

Medidas cautelares, honor e intimidad, hoy

Por Amalia Fernández Balbis

El tema del título concentra dos grandes ejes temáticos, por un lado, el derecho a la intimidad y el honor desde el punto de vista de aquello que pretende protegerse y, por el otro, las medidas cautelares, como mecanismo procesal que posibilita la protección.

1º Eje: Los derechos sustanciales.

El primer tema, el relativo al derecho a la intimidad y honor, se vincula directamente con el derecho a la información y a la libertad de expresión, a los que podríamos considerar como cara y contracara.

Desde hace décadas, estos conceptos nos remiten a jurisprudencia que repetimos como un mantra, entre otra, el *leading case* "Sullivan vs. New York Times Co." (1), donde se dijo que para la procedencia devla indemnización por daños producidos a través de la prensa, era preciso demostrar que la declaración a la que le atribuye aquél daño fue hecha con malicia verdadera (*actual malice*), es decir, con conocimiento de que era falsa, o con temeraria negligencia respecto de si era o no falsa.

Recordamos también, en nuestro medio, los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros, el fallo "Ponzetti de Balbín c/Ediciones La Urraca" (2), relativo a la protección de la imagen, "Campillay c/La Razón" (3), "Costa" (4), donde se hablaba del tiempo verbal potencial, necesario para la redacción de la noticia o de la reserva de la identidad de los implicados, "Locche" (5), donde se dijo que la libertad de prensa era una de las que posee mayor entidad y "Ekmedjian c/Sofovich" (6), que sienta aquello de que la Constitución Nacional protege su esencia democrática contra toda posible desviación tiránica.

Pero pasaron los años, y otras formas de comunicación irrumpieron con una fuerza inconmensurable, por el impacto de una información inmediata y sumamente accesible, a bajísimo costo, en el sentido más integral que pueda darse a esta expresión. Las redes sociales, los sitios web, los blogs y sus opiniones o comentarios se expanden de un modo extraordinario y con proyecciones incalculables para quienes transitamos la

década de los '80 o '90, en cuyo contexto se dictarán esos fallos.

Y, hay que decirlo, estas nuevas formas de comunicación nos alcanzan irremediablemente a todos, sin que puedan escapar a ellas ni quienes no quieren exhibir su privacidad y buscan resguardar su imagen o fotografías, ni los que encuentran la satisfacción de pasar sus días siendo parte de lo que Guy Debord describía en 1967, como "*la sociedad del espectáculo*" (7). Aludimos a aquélla donde todo lo que antes era vivido directamente se ha alejado en una representación. Donde el espectáculo es la afirmación de la apariencia. Porque hay que aparecer para "ser".

Entre el primer grupo, el de bajo perfil, encontramos el caso de Telma Ortiz (hermana de la entonces, Princesa de Asturias, hoy Reina de España), que fue una muestra de quien no quería "*aparecer para ser*". Se dijo allí, que la Constitución Nacional protege a todos los derechos por igual y que no había una gradación de los derechos. En ese supuesto, en el que la solicitud se formuló bajo la forma de medidas cautelares, éstas no fueron consideradas procedentes por no reunirse los requisitos. Y Telma Ortiz quedó sin la protección judicial que debió ser la propia de una inhibitoria (8).

En el otro, en tanto, tenemos al caso de la modelo demandada por su ex- marido (9), para la protección de su intimidad y la de sus hijos menores de edad, que motivó el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en 2016. Allí, el voto del Dr. Eduardo de Lázari refirió a que el derecho al honor se encuentra un escalón arriba del derecho a la información, siendo preciso garantizar la protección eficaz del primero.

La lectura de la jurisprudencia más actual nos permite concluir que los derechos de la personalidad se consideran en un primer escalón de la jerarquía de los derechos tutelados por la Constitución Nacional y los Tratados que participan del diálogo de fuentes a la hora de resolver.

2° Eje: Las medidas cautelares y las autosatisfactivas:

En lo que respecta a la cautelaridad, cuestión que nos ocupa en materia procesal, encontrándose en pugna ambos derechos (intimidad/honor vs. libertad de expresión), encontramos que se presenta uno de esos supuestos a los que refiere Lorenzetti (10) cuando alude al conflicto entre derechos fundamentales, en los cuales el juez no puede mantenerse al margen sino que debe intervenir para una rápida y efectiva satisfacción.

Precisamente, cuando la vía procesal de las medidas cautelares pueda resultar insuficiente o improcedente por no reunir los requisitos (verosimilitud del derecho, peligro en la demora, contracautela), o simplemente, cuando el objeto se agota con el dictado favorable de la medida de protección sin que exista una pretensión de iniciar la posterior acción de indemnización por daños y perjuicios, consideramos que no viola el principio de congruencia el juez que la encuadre en una medida autosatisfactiva.

Recordemos que la autosatisfactiva es "un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables, que se agota con su despacho favorable, no siendo por tanto necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento. Son requisitos para su procedencia: 1) la fuerte probabilidad, como grado de convicción exigido en el derecho del postulante, 2) el peligro de su frustración actual o inminente; 3) la cesación de las conductas o vías de hecho que encarnan su peligro, como interés exclusivo y urgente del postulante" [\(11\)](#).

Esa reconducción de la postulación encuentra apoyo en el principio "iura novit curia", dado que es un deber profesional del magistrado enmarcar la cuestión sometida a juicio en la norma o legislación pertinente, y aún en instituciones consagradas por la doctrina o la jurisprudencia, como sería el caso de las medidas autosatisfactivas, del modo en que se lo hizo en el antecedente a que referimos de la Corte Bonaerense.

En el análisis de la verosimilitud del derecho y del peligro en la demora no ha de pasarse por alto que también mediaron cambios, venidos de la mano del mismo ciberespacio del que, muchas veces, procede esa información o noticia a cuyos daños se busca poner fin a través de una medida cautelar o su equivalente en todas las variables. Estamos hablando del *principio de conexión inquisitiva (o conexión oficiosa)*, porque mientras que en el proceso de papel (el proceso escrito que conocemos), los autos son la propia encarnación material de la división entre lo que se decide y lo que está en la sociedad-mundo, en el proceso de hoy no le está vedado al juez conocer lo que está en el mundo virtual de las informaciones [\(12\)](#), y creemos que esa posibilidad transforma al proceso en que se debate este tipo de cuestiones en un proceso más ético, pues aumenta la posibilidad de la búsqueda para el juez de la verdad real-virtual, ya que los hechos, su entidad y trascendencia, le serán fácilmente verificables. Esa posibilidad de conexión inquisitiva por parte del juez podrá ser decisiva para su información en la esfera probatoria en lo concerniente a esta materia. Se termina así, con el consabido: "lo que no está en el expediente no está en el mundo".

En este campo, además, tiene lugar una inversión de la carga probatoria, de tal manera

que, acreditando el entrometimiento, la invasión, la incursión de otro en la vida privada, debe presumirse que ella es arbitraria. De este modo, señala de Lazzari (13), le bastará al afectado con justificar sumariamente que ha mediado la intromisión del demandado en su vida, porque la arbitrariedad de esa irrupción queda presumida.

3. Cierre:

"Nuestro tiempo prefiere la imagen a la cosa, la copia al original, la representación a la realidad, la apariencia al ser", nos dice el filósofo Feuerbach.

Cuando esa preferencia se torna malsana y afecta derechos tan preciados de terceros, las herramientas procesales deben ser idóneas, ágiles y operar de manera urgente; en síntesis, estar a la altura de estos tiempos que corren.

(1) "Sullivan c/New York Times Co.", 336 U.S. 254 (del 9 de marzo de 1964).

(2) "Ponzetti de Balbín", del 11/12/84, CSJN Fallos 306:1892.

(3) "Campillay", del 15/5/1986, Fallos 308: 789, LL 1986-C, 411.

(4) "Costa", del 12/3/87, Fallos 310: 508.

(5) "Locche", del 20/8/98, Fallos 321:2250.

(6) "Ekmedjian", del 7/7/92, Fallos 315:1492.

(7) DEBORD, Guy, *La société du spectacle*, 1967, ed. Buchet-Chastel, Paris, Francia.

(8) LLAMAS POMBO, Eugenio, *Reflexiones sobre Derecho de Daños: casos y opiniones*, Ed. La Ley, grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2010, pág.192.

(9) SCBA, Causa n° 119234, "L.M.G. c/N, W.S. s/ Medidas precautorias", 6/4/2016.

(10) LORENZETTI, Ricardo Luis, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Rubinzal-Culzoni, 2010.

(11) PEYRANO, Jorge W., *Medidas autosatisfactivas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pág. 13 y 700, citado por CARBONE, Carlos A. "Abusos de buscadores en Internet y en redes sociales: las medidas autosatisfactivas y anticipatorias como remedio", 2º ed. actualizada, tomo II, Parte especial, Santa Fe, 2014, pág. 125.

(12) DE RESENDE CHAVES JÚNIOR, José Eduardo, "El expediente en red y la nueva Teoría General del Proceso (los principios del proceso electrónico)", en *Principios*

Procesales, op.cit. tomo II, pág. 775.

(13) DE LAZZARI, Eduardo, *Medidas cautelares*, ed.LEP, tomo 2, 2002, 3º edición, págs. 243 y ss.

Citar: elDial.com - DC23EF