



Segundo Juzgado
en lo Civil, Comercial y Minas

Expte: 152.628

Fojas: 41

Autos Nº 152.628 "PROTECTORA ASOCIACION CIVIL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR C/FACEBOOK INC. P/SUMARIO".

Mendoza, 11 de mayo de 2010.-

AUTOS Y VISTOS:

I.- Que a fs. 22/33 se presenta el DR. JOSE LUIS RAMON en nombre y representación de PROTECTORA ASOCIACION CIVIL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR y promueve acción colectiva para que tramite en proceso de Amparo contra FACEBOOK INC., solicitando medida precautoria.

Entiende que se encuentran reunidos los recaudos comunes a estas medidas. Respecto al "fumus bonis iuris" o la presunción de verdadero del derecho del peticionante a los efectos de la acreditación del derecho invocado surge de la documentación acompañada.

Agrega que la Asociación se encuentra acreditada por la Constitución Nacional a través de los artículos 43 y por el artículo 53 de la Ley de Defensa al Consumidor para intervenir en acciones colectivas.

Por otra parte entiende que corresponde su otorgamiento en virtud de lo dispuesto por el art.3 y 37 de la Ley citada.

En cuanto al peligro en la demora afirma que se acredita mediante la documentación de prensa y documental del sitio de la demandada, que se ha extendido a todo el país la creación de grupos que quieren imitar lo hecho por grupos mendocinos.

Agrega que, de seguir se generará un alboroto social tanto en padres como en el sistema educativo, al ver como la organización de grupos se expone a ser damnificado tanto los propios menores, como otra personas que el grupo decida dañar y el sistema educativo.

Manifiesta que en atención a la acción colectiva, que goza de beneficio de litigar sin gastos se solicita la exención de cumplir la contracautela.

Que al explicar la petición en concreto, argumenta que con el material probatoria acompañado surge las deficiencias que presenta la red social Facebook con la consiguiente potencialidad de afectación masiva señalada, circunstancia que amerita la solicitud de medidas orientadas a hacer cesar, revertir o atemperar las consecuencias nocivas inminentes.

Afirma que siendo obligación constitucional de la las autoridades proveer a la tutela de consumidores y usuarios, y ante la mínima posibilidad de existencia de una lesión a los derechos de los usuarios en conjunto, creen que resulta necesario y oportuno que el suscripto ordene con carácter de medida preventiva la inmediata limitación al uso de las funciones del sitio web en respuesta a posibles signos de abuso, eliminación de contenido inadecuado, suspender o desactivar cuentas en violaciones y responsabilidades al agrupamiento de menores con intenciones de no ir al su ciclo escolar, in el debido consentimiento de sus padres o la autoridad escolar para juntarse en un sitio específico para poder festejar el incumplimiento..

Agrega que la empresa obligada deberá revertir los efectos causados.

En consecuencia, solicita con carácter de medida preventiva que se ordene: 1) el cese inmediato de los grupos creados o a crearse por menores de edad, con el objeto de promover la falta al ciclo escolar, sin el debido consentimiento de sus padres o la autoridad escolar, para festejar dicho incumplimiento; como también hacer extensivo a posibles otros objetos donde los menores de edad promuevan objetivos que puedan causarse daño ellos o a terceros con su accionar.

Peticona que la presente medida deberá tener efecto hasta tanto se demuestre el control de los contenidos de los grupos de menores de edad y su seguridad, en su caso hasta que exista en el presente expediente resolución definitiva.

2) Publicar a costa de la demandada las restricciones que pesan a los menores de edad sobre la formación de grupos destinados a cometer hechos que afecten su seguridad o la de terceros, en avisos tipo solicitada de no menos de diez centímetros de alto por siete centímetros de ancho por dos días, en el cuerpo central de los diarios LOS ANDES y UNO de la Ciudad de Mendoza, y en dos diarios de cobertura nacional. Solicita que la publicación tenga determinada información.

3) Que a los efectos de cumplimiento de la medida peticionada en los puntos 1 y 2 deberá ser acreditado formalmente en autos dentro de cinco días hábiles, bajo apercibimiento de remitir copia de las presentes actuaciones a la Justicia Penal y sin perjuicio de adoptar las medidas coercitivas que correspondan .

Ofrece prueba y funda en derecho.

II.- A fs.38 se ordena dar intervención a la Sra Asesora de Menores.

III.- A fs.39 la Sra Asesora de Menores asume la intervención por la menor M C B, solicitando se acompañe partida de nacimiento de la menor.

CONSIDERANDO:

I.- REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA MEDIDA PRECAUTORIA: Que para dilucidar la procedencia de la medida solicitada es necesario adentrarnos en el análisis de los requisitos establecidos por el art. 112 del CPC.

El primero de los presupuestos que menciona es el de la verosimilitud del derecho.

Respecto del *fumus bonis juris*, se ha señalado que la misma “*debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista, y no como una incontestable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite* (*Cám. Nac. Civ., sala E, 1-7-77, L.L. 1.980, v. C., pág. 714*). *Ocorre que las medidas cautelares se justifican por el temor de la frustración del derecho o su urgencia, por lo que se suprime el contradictorio y solamente se pide que la comprobación de la existencia del derecho se haga en forma sumaria, de manera que proporcione la verosimilitud del mismo: “ la cognición cautelar se limita a un juicio de probabilidades”* (*Cám. 2a., Sala 2a., La Plata, 27-5-80*).-

Que en este orden de ideas, estimo que, sin realizar ninguna valoración del fondo de las cuestiones planteadas en autos, este requisito se encuentra cumplido ya que la Asociación, en virtud de normas constitucionales y la Ley de Defensa al consumidor, se encuentra legitimada para accionar en defensa al derecho a la integridad física y moral de los menores ante la denuncias realizadas por los padres sobre un hecho que ha acontecido y a fin de que el mismo vuelva a producirse.

Así lo ha sostenido la doctrina al decir que “ *se trata de la verosímil presunción mediante un conocimiento sumario, de que lo que se dice es probable, o que la demanda aparece como destinada al éxito*” (*DE LAZZARI EDUARDO N. Medidas Cautelares. Tomo I. 2°edició. Página 24*).

Ahora bien, la medida solicitada, debe contemporizar que en el caso se encuentran en colisión dos derechos. La libertad de expresión y la integridad física y moral de los menores.

“Libertad de expresión” es definida por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al decir “la libre comunicación de opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre y que todo ciudadano podrá hablar, imprimir libremente, salvo su responsabilidad por el abuso de esta libertad en el caso determinado por la ley”.

En reiteradas oportunidades se ha considerado que este derecho tiene un anverso que es el derecho individual de cada uno de nosotros a recibir y emitir ideas, y un reverso que es el derecho colectivo de quienes reciben información.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva de 13 de noviembre de 1985 “Stephen Schmidt”, establece la doctrina de que “cuando se restringe la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también es el derecho de todos a recibir información e ideas”. Agrega además que “se ponen así de manifiesto las dos dimensiones

Segundo Juzgado en lo Civil, Comercial y Minas

de la libertad de expresión. En efecto ésta requiere por un lado que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su pensamiento..., pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno". Toda vez que llega a nuestras manos un artículo sobre libertad de prensa queda totalmente reconocido que este derecho es esencial a la forma republicana de gobierno y al sistema democrático.

Sobran razones para fundamentar que la libertad de expresión es y debe ser una de las libertades preferidas en un Estado democrático pues en un orden de prelación ajustado al espíritu de nuestra organización republicana la libertad de expresión ocupa un lugar primordial entre los bienes merecedores de protección jurídica.

Pero los derechos plasmados en la Constitución nacional no son absolutos, sino que son pasibles de reglamentación razonable, el ejercicio de un derecho debe guardar armonía con los restantes. Tampoco el derecho a la libertad de expresión es absoluto; respecto del cual si bien hay un acuerdo casi unánime en sentido del no ejercicio de la censura previa, sí se han reconocido otro tipo de límites a dicha libertad tales como el derecho a la vida privada, al honor y a la propia imagen.

La Corte Suprema de Justicia Argentina se ha preocupado por destacar que el derecho a la libre expresión no es absoluto y que origina responsabilidades establecidas por ley, para casos de abusos producidos a través del ejercicio del mismo. Así lo estableció en 1918 en la causa "Menéndez c/ Valdez", en "Ponzetti de Balbín c/Editorial Atántida S.A." y en el caso "Campillay" en el que el Alto Tribunal expresa que "... el derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador pueda determinar a raíz de los abusos cometidos mediante su ejercicio... Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión... tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la libre expresión.

La función social que hoy en nuestra sociedad moderna cumplen las redes, supone que han de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de expresarse no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y física de las personas y en particular de los menores.

Estimo que, sin realizar ninguna valoración del fondo de las cuestiones planteadas en autos, el ejercicio del derecho de expresión no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía de los derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de integridad física y moral de las personas. El derecho de informar no constituye de por sí una causa de justificación de los daños a la integridad espiritual y social, sino que debe ser ejercido regularmente, sin abuso ni exceso, sino que debe de los menores afectados.

A su vez la Ley 26.061 conforme el interés superior de los menores exige una mayor responsabilidad cuando la publicación se dirige a ellos, responsabilidad que surge el art. 902 del C. Civil.

III.- El segundo de los presupuestos de procedencia, es el peligro en la demora, que es el interés jurídico que justifica las medidas cautelares. No existe medida cautelar alguna que no se dé para disipar un temor de daño inminente, sea que se exija su acreditación prima facie, sea que se presuma por las circunstancias del caso (Podetti, ob. cit., pág. 57).-

Como lo señala Eduardo de Lazzari este presupuesto "*no alcanza a ser configurado por la sola opinión personal del reclamante o por su temor, aprehensión, recelo, apreciación subjetiva o mero pesimismo, debe provenir de hechos que puedan ser apreciados, en sus posibles consecuencias, aún por terceros. Se trata de motivaciones de orden racional, que autorizan a pensar o creer en la factibilidad del desbaratamiento* (ob. cit. pág. 37). El periculum debe probarse adecuadamente, acreditando los motivos por los cuales es necesario conceder la protección jurisdiccional anticipada.

En este sentido la jurisprudencia ha afirmado que *“uno de los presupuestos específicos y propios de las medidas cautelares, interés jurídico que las justifica es el peligro en la demora; si bien no es necesaria la plena acreditación de su existencia se requiere que resulte en forma objetiva; no basta el simple temor del solicitante, sino que debe derivar de hechos que puedan ser apreciados -en sus posibles consecuencias- aún por terceros”* (C.N.C., sala C, 26-6-80, J.A. 1.981, p. 477) y *“El peligro en la demora es un requisito común de todas las medidas cautelares; es más puede afirmarse que constituye su razón de ser jurídica y de hecho, que se consustancia con ellas. El Juez debe ser un poco más severo en la apreciación de la prueba que a tal fin se rinda, que en la referida a la justificación prima facie del derecho”*(2a. C.C., L.A. 68-349).-

La aplicación de los principios expuestos al caso de autos, nos lleva a concluir que estaría acreditado el peligro en la demora que justificaría la concesión de la medida solicitada ante la convocatoria a una nueva reunión de estudiantes y la extensión de la “rateada mendocina” hacia otros grupos y lugares; evitándose de esta manera la creación de nuevos grupos que tiendan a lesionar la integridad de los menores. Dichas convocatorias han sido publicas a través de los medios de comunicación masiva.

Al respecto nuestra jurisprudencia ha dicho: *“ El tiempo que pueda demorar la tramitación de la causa, no es suficiente acreditación de este presupuesto. Todos los procesos insumen tiempo. Fácil resulta comprender que de aceptarse esta argumentación, en cualquier juicio habría que tener por acreditado, sin más, el peligro en la demora. Si bien la demostración del peligro en la demora no admite limitación en los medios probatorios, ese "periculum" debe ser objetivo, es decir, no un simple temor o aprensión del solicitante, sino derivado de hechos que puedan ser apreciados -en sus posibles consecuencias- aún por terceros, pudiendo "exempli gratia" surgir de la actitud del demandado, de su conducta actual o posible comportamiento futuro que puede apreciarse incluso por indicios, como normalmente ocurre cuando se ejecutan actos que implican la disminución voluntaria y presumiblemente de mala fe del patrimonio del deudor; y en autos no se advierte se haya hecho ver de algún modo tal requisito, de donde si el peligro en la demora alegado resulta ser meramente conjetural, la medida cautelar solicitada resulta improcedente. Lo expuesto, sin perjuicio de la posibilidad de reiteración del pedido para que se decrete embargo, siempre y cuando se formule consideración fundada, novedosa y relevante que revele la procedencia de la impetración”* (Expediente: 24475 - GASSIBE ZUAZQUITA IRMA GLADYS ESTRELLA EDAURDO NéSTOR EMBARGO PREVENTIVO Ubicación: LA150 - Fs.028CUARTA CÁMARA EN LO CIVIL - PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL)”

Estimo que el peligro en la demora se encuentra acreditado en cuanto, el transcurso del tiempo desde la interposición de esta acción hasta la resolución de la misma tornaría ilusorio la protección a los consumidores que tiende a cumplir la accionante.

Si de la prueba a rendirse, eventualmente surgiera la existencia de este menoscabo en los derechos personalísimos reconocidos por nuestra Constitución, resultaría imposible remediar el daño ocasionado en su caso.

IV.- PRETENSIÓN DE LA ACTORA

La actora, solicita el CESE INMEDIATO de los grupos creados o ha crearse por menores de edad, con el objeto de promover la falta al ciclo escolar, sin el debido consentimiento de sus padres o la autoridad escolar, para juntarse en un sitio específico para poder festejar dicho incumplimiento; como también hacer extensivo a posibles otros objetos donde los menores de edad, promuevan objetivos que puedan causarse daño ellos o a terceros con su accionar hasta tanto se demuestre el control de los contenidos de los grupos de menores de edad y su seguridad o, en su caso, hasta que exista en el presente expediente resolución definitiva firme (art. 42 Const. Nac.; arts. 5 y ccs. Ley 24.240.

Lo solicitado, entiende el suscripto, resulta procedente y aparece como materialmente posible, toda vez que Facebook dice reservarse el derecho de aplicar métodos de protección especial para menores (proporcionarles un contenido adecuado a su edad), y que utiliza medidas sociales y automatizadas para aumentar la seguridad, limitar el uso de funciones del sitio web en respuesta a signos de abuso, eliminar contenido inadecuado o enlaces a contenido ilegal (<http://www.facebook.com/policy.php>).

Segundo Juzgado
en lo Civil, Comercial y Minas

Pero el suscripto encuentra una limitación de competencia territorial, que impide la aplicación de lo resuelto fuera del ámbito provincial por lo que la medida debe otorgarse respecto de los contenidos que sean vistos en la Provincia de Mendoza o subidos y/o dirigidos a menores que se encuentren en ésta.

De esta limitación territorial surge a su vez la cuestión de la competencia, en virtud de lo dispuesto por la Corte Nacional, en la causa "P.S.A. v. Prima S.A. y U.S. S.A. s/acción de amparo". La Corte Nacional entendió que correspondía la competencia federal y no la provincial, como lo había sostenido la Sra Juez titular del Veintitrés Juzgado Civil de Mendoza, por cuanto la difusión de las imágenes excedía el ámbito local. Específicamente la Procuradora General de la Nación dijo: "Es claro que el objeto de la pretensión se encuentra dirigido a garantizar la protección de los menores contra la prostitución infantil y su utilización por medio de Internet, con fundamentos en acuerdos internacionales como, la Convención sobre los Derechos de los Niños y el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, aprobado por Ley 25.763, instrumentos de naturaleza federal. Además, al referirse la acción a actividades que se llevarían a cabo por vía de Internet, medio de interrelación global que permite acciones de naturaleza extra local, cabe concluir que compete a la Justicia Federal conocer en el presente amparo (Ver sentencia de V.E. del 23 de diciembre de 2004, y sus citas, S.C. Comp. Nº 637, L.XL, en los autos: "Asociación Vecinal de Belgrano c/ Manuel Belgrano s/ medida autosatisfactiva").

A su vez, como bien lo señala Norberto Novellino, en su obra "Embargo y Desembargo y demás medidas cautelares", pág.54: "...corresponde que el Juez se pronuncie sobre la viabilidad o no de la medida cautelar sin perjuicio de lo que oportunamente se resuelva acerca de su competencia, si fuera pertinente..."; y ante la inminencia de la próxima convocatoria para el día 14 de mayo próximo, corresponde al suscripto expedirse sobre la medida y luego, dar vista al Ministerio Fiscal a fin de que dictamine sobre la competencia.

Respecto a la solicitud de publicar a su costa y cargo las restricciones que pesan a los menores de edad sobre la formación de grupos destinados a cometer hechos que afecten su seguridad o la de terceros en avisos tipo "solicitada", esta aparece como sobreabundante, dada la información que suministra el sitio al aceptar las condiciones de uso, además lo solicitado sólo es procedente conforme el art. 1071 bis para la adecuada reparación del daño.

En cuanto al pedido de que el cumplimiento de la medida se acredite, bajo apercibimiento de remitir copia certificada a la Justicia Penal, tal apercibimiento resulta también sobreabundante toda vez que en caso de que no se cumpla la medida, rige lo previsto por el art. 239 del Código Penal, norma de Orden Público y que se reputa conocida.

V.- CONTRACAUTELA

Respecto al inc. III del artículo citado, el presentante sostiene que atento a las características de la acción colectiva, que goza de beneficio de litigar sin gastos, solicita la exención de cumplir con la contracautela.

Sin embargo, sostiene reiteradamente la Jurisprudencia que la gratuidad derivada del beneficio de litigar sin gastos no exonera de la prestación de una contracautela en los casos de las medidas precautorias.

Al respecto tiene dicho la Jurisprudencia: "El solicitante del beneficio de litigar sin gastos no está eximido de rendir contracautela al pedir la traba de la medida precautoria. Es que la caución como requisito de admisibilidad de las cautelares, concreta el principio de igualdad, ya que contrarresta la ausencia de contradicción inicial, asegurando al actor un derecho aún no actuado, y al demandado la efectividad del resarcimiento de los daños si aquel derecho no existiera o no llegare a actualizarse, manteniendo así el Juez el equilibrio que debe buscar en la protección de los intereses de ambas partes.136210 - LÓPEZ DE BORTOLÍN, DELIA - MARIO SÁNCHEZ Y NUEVA GENERACIÓN EMBARGO PREVENTIVO Fecha:

01/07/1997 - AUTOTribunal: SEGUNDA CÁMARA CIVIL - PRIMERA Circunscripción. Magistrados: VARELA DE ROURA – CASO.

“La contracautela tiende al afectado por una medida precautoria el efectivo resarcimiento de los daños que hubiera sufrido si el derecho invocado no existiere. Siendo la contracautela un presupuesto de la medida cautelar, ella debe constituirse antes de su cumplimiento. En caso de que no se hubiere procedido así, habría que emplazar perentoriamente a quien la obtuvo para que la otorgue, bajo apercibimiento de levantarla sin más trámite.” 73584 - COOPERATIVA GENERAL MOSCONI LTDA. - CARMELO Y JORGE FRASCAS S.R.L. MEDIDA PRECAUTORIA Fecha: 06/08/1997 - AUTOTribunal: SEGUNDA CÁMARA CIVIL - PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN Magistrados: CASO - MARZARI CESPEDES Ubicación: LA082 - 440 .

A fin de cumplir con la medida ordenada la Asociación accionante deberá ofrecer caución juratoria de los profesionales que interviene en el presente proceso

Por lo expuesto y normas citadas corresponde admitir la medida peticionada por lo tanto,

RESUELVO:

1) HACER LUGAR parcialmente a la medida precautoria solicitada, bajo exclusiva responsabilidad de la parte actora y en consecuencia, ordenar a FACEBOOK INC: el cese inmediato de los grupos creados o a crearse por menores de edad, respecto de los contenidos que sean vistos en la Provincia de Mendoza o recibidos y/o dirigidos a menores que se encuentran en ésta, con el objeto de promover la falta al ciclo escolar, sin el debido consentimiento de sus padres o la autoridad escolar, para juntarse en un sitio específico para poder festejar dicho incumplimiento; como también hacer extensivo a posibles otros objetos donde los menores de edad promuevan objetivos que puedan causarse daño ellos o a terceros con su accionar; y haga efectivo el control de los contenidos de los grupos de menores de edad y su seguridad, conforme lo manifestado en las condiciones publicadas en <http://www.facebook.com/policy.php>, hasta que exista en el presente expediente resolución definitiva.

2) Previo al cumplimiento de la medida, rindase caución juratoria de los profesionales intervinientes.

3) Atento al domicilio de la demandada denunciado a fs.22, líbrese oficio ley 22.172 al Juez Civil competente a fin de cumplir la medida ordenada.

4) Notifíquese a la Sra. Asesora de Menores, con remisión de autos.

4) Notificada la presente medida, dése vista al Ministerio Fiscal a fin de que se expida sobre la competencia.

CUMPLASE. NOTIFIQUESE

Fdo: Dr. Alfredo Dantiacq Sánchez - Juez