

18 de noviembre de 2022

LA CRÍTICA GASTRONÓMICA Y EL DERECHO

Alguien hizo saber en las redes sociales que la sopa no estaba buena....

Charola es un conocido restaurante en la ciudad de La Plata, en la provincia de Buenos Aires, Argentina.

Como la fama tiene su costo, los comentarios sobre Charola en las redes sociales son abundantes. Así, por ejemplo, alguno de sus clientes escribió: “el lugar no es malo. Pero tanto la atención, que roza la invisibilidad, como la distribución de las mesas, que están una pegada a la otra, podrían mejorar notablemente. La comida tardó en llegar y carecía de ingredientes; aún así estuvo buena. Pero a menos que no tuviera otro lugar al que ir, Charola no es un restaurante al que volvería”.

Pero no todas las opiniones fueron negativas. Otro dijo “excelente atención, variedad de comidas, muy rico todo, muy buenos precios. Recomiendo al 100%”.

Pero un grupo de usuarios de Instagram, algo más audaz, creó un perfil (“fukcharola”) en el que dejaron asentadas opiniones bastante más contundentes acerca del lugar, la calidad de su cocina y de los restantes servicios prestados allí.

Los comentarios deben haber sido muy críticos, porque las dueñas de Charola decidieron recurrir a los tribunales para que “se or-

denara [a Facebook Argentina SRL] la baja del perfil de Instagram “fukcharola” y/o cualquier otro creado o a crearse, con el fin de hacer cesar las perturbaciones, hostigamientos e instigaciones a cometer delitos efectuadas por dicho medio, en contra del emprendimiento comercial Charola, como así también sobre su persona, su honor, sus artes y capacidades”.

La forma en que se presentó el planteo judicial correspondió a lo que se llama una “medida autosatisfactiva”, tendiente a prevenir daños.

Esas medidas se solicitan cuando ocurre una acción u omisión antijurídica que hace previsible que se produzca o agrave un daño. Como no se encuentran específicamente reguladas en las leyes procesales, se las ejerce a través de los variados procesos urgentes que aquellas contemplan. Por consiguiente, las vías disponibles para interponer esta clase de acciones son varias.

El juez que recibió el pedido entendió que “la pretensión se dirigía a obtener una medida cautelar innovativa fundada en la prevención del daño invocado” y decidió definirla como “medida cautelar autónoma o autosatisfactiva”; es decir, no vinculada a la nece-

sidad de presentar una demanda de fondo más adelante.

Las medidas autosatisfactivas son autónomas y se agotan en sí mismas si el juez las admite, pues satisfacen definitivamente lo que pide quien las solicita.

Como todas las medidas de este tipo, tramitan sin audiencia de la otra parte pero requieren “una fuerte probabilidad de que lo pretendido sea atendible, sin que baste la mera verosimilitud”.

Al analizar los requisitos de una acción preventiva del daño, el juez entendió que, con respecto a la verosimilitud del derecho, estaba probado que Facebook “omitió dar de baja el perfil “fukcharola” de Instagram a pesar de los requerimientos” de las dueñas de Charola.

En consecuencia, consideró necesario determinar “si dicha omisión era antijurídica, si la existencia del perfil y su contenido configuraban una violación a algún derecho amparado por el ordenamiento jurídico o se trataba del ejercicio regular de un derecho o libertad”.

El juez entendió que en el caso había “diversos derechos en pugna” y que era imposible salvaguardarlos a todos simultáneamente.

En el caso de las dueñas de Charola, estaban afectados sus derechos al honor, a la privacidad, a la intimidad y a la imagen propia y de su local comercial y derechos patrimoniales propios.

Con respecto al creador del perfil, estaban en juego su derecho a la libertad de expresión, el acceso a la información de quienes participaban en él de modo pasivo (accediendo a la información) y el derecho a la libertad de o-

pinión y expresión de quienes participaban en el perfil de modo activo, compartiendo opiniones.

El juez analizó entonces las imágenes aportadas a la causa y entendió que, si bien habían sido denunciadas como “falsas o montadas”, eso no se había probado ni se habían ofrecido pruebas a tal fin.

Tampoco se habían exhibido espacios “reservados a la intimidad”, las imágenes carecían de referencias a lugares o fechas y sus autores no estaban identificados (ni se había pedido al juez que se los identificara).

Había, sí, denuncias genéricas, reclamos laborales, quejas por falta de limpieza y por la falta de un servicio gastronómico de calidad. *Pero no había ninguna referencia a datos particulares ni familiares de las propietarias.*

Entonces el juez entendió que “pese a que las manifestaciones vertidas resultan severamente críticas, no se encontraba acreditado que el perfil hubiera sido creado con el propósito de dañar a las [propietarias de Charola] y a su emprendimiento comercial”.

Por consiguiente, “las críticas no configuraban un ataque que mereciera el cierre del perfil en la red social Instagram”.

También fue de la opinión que la ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales era inaplicable, porque no se demostró que la situación se enmarcara “en un contexto de violencia de género ni de discriminación por ser mujeres” ni encontró que la cuestión se pudiera abordar “desde la perspectiva de género”.

Las dueñas de Charola apelaron.

Dijeron que “el análisis realizado por el juez fue sesgado”, pues “omitió cuestiones que llevarían a concluir en sentido inverso”.

Para ellas, se habían afectado “derechos de máxima protección legal” y “de indiscutible valor jurídico”. Argumentaron que la protección de su honor permitía establecer una “restricción legítima” a la libertad de expresión y que el juez había preferido proteger el derecho de quien había optado por hacer declaraciones ofensivas desde la clandestinidad antes que “el derecho al honor y patrimonio” de las dueñas del restaurante.

Hace pocos días la Cámara de Apelaciones resolvió la cuestión¹.

Los jueces recordaron que las medidas auto-satisfactivas “suscitan un proceso autónomo” que puede cerrar el caso. En consecuencia, “el órgano judicial al analizarlas debe ser más exigente que en ocasión de emitir una tutela anticipada de urgencia”, porque prácticamente resultan inapelables.

Además, destacaron que es necesario que “el asunto que las convoca no requiera amplitud de debate ni complejidad probatoria [...] por cuanto como proceso autónomo, no es accesorio ni tributario respecto de otro que habilite mayor debate”.

Por eso, esas medidas “deben ser ponderadas con especial prudencia”, puesto que constituyen “un anticipo” respecto de la sentencia final que podría recaer en el asunto; más aun en los casos en los que la medida solicitada “no accede a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial podría ser esclarecida en un proceso [de mayor amplitud]”.

¹ In re “C., M.E. c. Facebook”, CFed. CyC (II), La Plata, exp. FLP 17631/2022/CA1; 18 octubre 2022; *ElDial.com* XXV:6069, AAD088B

En esos casos, “la concesión de la medida cautelar constituye una suerte de decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán, en principio, otro espacio para su debate” y, “en virtud de la vía elegida, la pretensión es independiente de un juicio posterior o contemporáneo de conocimiento”.

Para colmo, las medidas cautelares son peticiones sin audiencia de la otra parte, “de modo tal que la demandada no tendría la posibilidad de ejercer su defensa”, lo que afectaría sus derechos constitucionales.

Por eso los jueces tomaron una actitud sumamente prudente, sobre todo al tener presente la dificultad de impedir daños causados a través de las redes sociales, frente a la gran variedad de hechos con potencialidad para dañar (como las injurias, los discursos de odio, la publicación de fotos íntimas con intención de venganza, etc.) y la multiplicidad de redes sociales a través de las cuales se puede instrumentar ese daño.

También resaltaron la velocidad con la que puede causarse daño en virtud de su viralización; la interacción y participación, muchas veces anónima, de los usuarios de las redes a través de comentarios, opiniones, críticas y juicios de valor; la asimetría entre el desarrollo y el avance de la estructura tecnológica de las redes sociales y la evolución de los marcos jurídicos; la pluralidad de fuentes legales, de distinta jerarquía —contractual, constitucional y legal—, que tutelan el funcionamiento y uso de Internet y las redes sociales; la diversidad de derechos fundamentales que suelen estar involucrados, “generalmente colisionando entre sí” (como por ejemplo la libertad de información en contraposición a los derechos a la intimidad, a la vida privada, al honor, a la reputación, la dignidad, la imagen y la identidad).

Los jueces opinaron que el derecho a la libertad de expresión que se vería restringido si se dictara la medida solicitada no sólo sería ejercido por una persona desconocida y no identificada que creó el perfil de Instagram “sino que afectaría de igual manera a todos aquellos usuarios de la red que visitan el perfil y acceden a su contenido, participando de él, exponiendo también sus pensamientos y opiniones o solo leyendo lo que otros manifiestan, tomando conocimiento de experiencias ajenas, vale decir informándose”.

Los jueces señalaron que “la libertad de expresión no solo atañe al *derecho individual* de emitir y expresar el pensamiento, sino incluso al *derecho social* a la información de los individuos que viven en un Estado democrático; se constituye en una piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática, como sistema de autodeterminación colectiva por el cual los individuos toman las decisiones que fijan las reglas, principios y políticas públicas que regirán el desenvolvimiento de la sociedad política”.

Al analizar el contenido del perfil, los jueces comprobaron que, efectivamente, se nombraba a las propietarias de Charola, “asociándolas al local comercial, vinculándolas como las responsables del servicio que allí se brinda, el cual, según las personas que se expresan, sería de mala calidad”. Además se hacían referencias a los dueños de locales gastronómicos en general, calificándolos de “incumplidores de las normativas laborales”.

Para la Cámara, resultó “indudable” que el pedido de eliminar el perfil de Instagram “planteaba una tensión entre el derecho al honor y la protección de la libertad de expresión”. Pero esta última “goza de una protección más intensa siempre que se trate de publicaciones referidas a funcionarios públicos, personas públicas o *temas de interés público*

por el prioritario valor constitucional que busca resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran personalidades públicas o *materias de interés público* como garantía esencial del sistema republicano”.

En ese sentido, “la libertad de expresión comprende el derecho de transmitir ideas, hechos y opiniones a través de Internet, un gran foro público por las facilidades que brinda para acceder a información y para expresar datos, ideas y opiniones”.

“El derecho de expresarse a través de dicha red” –agregaron– “fomenta la libertad de expresión tanto en su dimensión individual como colectiva, ya que a través de ella puede concretarse el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, transmitir, difundir y exteriorizar –o no hacerlo– sus ideas, opiniones, creencias y críticas. Desde el aspecto colectivo, constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y formación de la opinión pública”.

“Puede concluirse entonces, analizado el contenido del perfil de Instagram en cuestión, que estamos en presencia de usuarios de dicha red social que han creado un perfil al cual otros tantos usuarios tienen también posibilidad de acceso, donde comparten sus opiniones respecto a [Charola], pudiendo incluso cualquier usuario de la red social tomar conocimiento de dichas expresiones sin necesidad de emitir opiniones ni de interactuar con el perfil denunciado”.

Para el tribunal, “toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva y toda censura previa que sobre ella se ejerza padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad y, por ende, la carga argumentativa y probatoria de su necesidad pesará sobre quien invoca dicha restricción”.

Para la Cámara, “ésto lleva a invertir la carga de la prueba”, a que el tribunal “interprete restrictivamente los supuestos en los cuales podría corresponder hacer una excepción”, y a que la medida que se adopte “sea estrictamente indispensable para satisfacer la finalidad” que se busca.

Sobre la base del contenido publicado en el perfil, la Cámara opinó que “no podía afirmarse que se realice una afrenta al honor o se perjudique el derecho a la intimidad” de las propietarias de Charola, puesto que “no se brindan detalles de su vida personal ni familiar”.

Lo expuesto en el perfil son “expresiones que no se relacionan con la vida privada o la esfera de la intimidad” de las propietarias” sino “con su actuación en la gestión del local gastronómico que explotan”.

Con esos argumentos, bastaba para rechazar el pedido de dar de baja el perfil de Instagram. Pero la Cámara agregó otro, de notable *peso específico*: “a pesar del anonimato de quien creó el perfil, las personas que se expresan en él como así también quienes solo visitan dicha página y acceden a la información que allí se vuelca, son *potenciales consumidores*”.

Por esa “particular condición”, el tribunal entendió que correspondía recordar que la Constitución reconoce que “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”.

Por consiguiente, para el tribunal “el derecho a una información adecuada y veraz resguarda tanto los derechos patrimoniales como los personales”.

Además, la Ley de Defensa al Consumidor “garantiza el derecho a la información en forma explícita y establece a favor de los consumidores una protección especial”. En consecuencia, los proveedores de servicios tienen “la obligación [...] de suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización”.

Para el tribunal, el cumplimiento del deber de información conduce a equilibrar la desigualdad de conocimientos entre consumidor y proveedor, “y se constituye en un derecho subjetivo del primero, en relación directa con un conocimiento reflexivo del negocio y del producto o servicio, brindándole los datos necesarios para tomar una decisión”.

Por consiguiente, concluyó, “si un grupo de personas, potenciales clientes de un local gastronómico, exponen sus experiencias personales negativas en una red social, sin que se verifique una lesión a la intimidad de sus dueñas y sin que surja de manera palmaria la falsedad de sus declaraciones, *no habría motivos suficientes para impedirles compartir dichas opiniones con otros usuarios*”.

“Tampoco se advierte que corresponda evitar que [otros consumidores] puedan conocer aquellas manifestaciones, todo lo cual sería la consecuencia inmediata si el perfil fuera levantado, lo que no aparece como indispensable, al menos en esta instancia”.

El tribunal terminó diciendo que “el mayor o menor agravio o mortificación que la difusión de la información pueda suscitar [...] no es un argumento suficiente para limitar, sin más, el legítimo derecho a la libre circulación de ideas”.

Para que exista una “intromisión ilegítima” en el derecho al honor “se exige la falta de veracidad o exactitud de la información que se divulga. El solo motivo de que esas expresiones puedan resultar ingratas u ofensivas para las personas involucradas, tampoco podría sustraerlas, sin más, de la protección constitucional”.

Por consiguiente, la Cámara volvió a rechazar el pedido de que se levantara el perfil de Instagram.

El Filosofito, que nos lee en borrador, concluyó: “el derecho constitucional a quejarse públicamente por una mosca en la sopa ha quedado consagrado”.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**