

EL USO DE LAS REDES SOCIALES COMO MÉTODO DE IDENTIFICACIÓN: SU LEGALIDAD Y VALOR EN EL PROCESO PENAL

COMISIÓN 2 PROCESAL PENAL:

Actores extraprocesales y juicios paralelos. Nuevas garantías para asegurar la imparcialidad judicial y la presunción de inocencia.

TEMARIO: LAS REDES SOCIALES

SUMARIO: I.- Introducción. II.- El derecho a la intimidad y a la imagen II.i.- La expectativa razonable de intimidad en las redes sociales. II.ii.- El interés público en la persecución y represión de los delitos. III.- Los distintos medios de identificación de personas. IV.- Valor probatorio. V.- Limitaciones. VI.- Conclusión.

Síntesis de la propuesta:

El presente trabajo busca afirmar la legalidad del uso de fotografías obrantes en redes sociales por parte de las fuerzas de seguridad a los fines de encauzar una incipiente pesquisa criminal. Se trata de una medida de identificación de los culpables, sobre todo al comienzo de una investigación donde no se cuenta con ninguna información respecto del autor o autores del hecho. A través del análisis constitucional, jurisprudencial y doctrinario se dará cuenta de la plena validez de esta herramienta en el marco del proceso penal, sobre la base de dos razones principales: la carencia de una expectativa razonable de privacidad y el interés del estado en la persecución de los delitos. El límite legal de esta exhibición estará dado en la medida que no exista sospecha alguna contra persona determinada que hagan necesario resignar su empleo en favor de otras diligencias, como puede ser un reconocimiento en rueda de personas. Por último, se propone pensar a futuro en la regulación de estos procedimientos y revestirlos de mayores formalidades a fin de evitar cualquier sindicación o direccionamiento de la imputación por parte de la policía.

Autor: Daniela I. M. Piombo

Dirección postal: 17 N° 370 La Plata

Teléfono de contacto: (0221)15-5450966

Email: danielaimpiombo@gmail.com

- Ponencia presentada en el marco del XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal.
- Postulación como participante de los concursos para los premios referidos en el art. 7 del Reglamento de la AADP.

I.- INTRODUCCIÓN

Actualmente el concepto de privacidad, tal como lo conocemos, atraviesa un período de crisis ante la irrupción de los nuevos medios tecnológicos en la vida de las personas.

En los últimos años ha ocurrido un incremento exponencial del uso de las plataformas digitales ligadas a la comunicación a través de medios electrónicos. Así, estadísticas recientes estiman la existencia de aproximadamente 3.48 billones de usuarios conectados a través de las redes sociales¹.

Pero a medida que el ciberespacio comenzó a dimensionarse exponencialmente, la expectativa de privacidad de las personas empezó a contraerse, ante la creciente posibilidad de sufrir en su ámbito privado injerencias, tanto de terceras personas como de los órganos del Estado. En tal contexto, estos últimos empezaron a considerar a las redes como una fuente de conocimiento y de prueba, con el objetivo de prevenir e investigar conductas criminales². Esta situación, nos ha llevado a interrogarnos acerca de la validez de la exhibición en sede penal de imágenes extraídas de perfiles sociales para proceder a la identificación de personas involucradas en un suceso criminal.

El hilo conductor para arribar a una respuesta pasará por la realización de una breve reseña constitucional de los derechos en juego. Asimismo, se determinará de qué modo incide el consentimiento prestado por los usuarios en el alcance de protección de los mismos. Además, corresponderá diferenciarlo que aquí es materia de estudio de otras diligencias probatorias de identificación. Para epilogar, se establecerá bajo qué condiciones estas intervenciones por parte del Estado serán consideradas legítimas y cuando no, y qué valor convictivo cabe asignarles.

II.- EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA IMAGEN

Es sabido que la Constitución Nacional protege un ámbito de intimidad, no solo frente a injerencias estatales sino también respecto de

¹ Estadísticas correspondientes al mes de enero de 2019. <https://wearesocial.com/blog/2019/01/digital-2019-global-internet-use-accelerates>.

² Muchos autores se refieren a este fenómeno como el “panóptico de la modernidad”.

terceros, por lo que deberá existir un motivo fundado para que se habiliten intromisiones de este estilo³. La intimidad también encuentra protección en el plano de los tratados de Derechos Humanos, en los que se afirma que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada⁴. Asimismo, se lo ha definido como el ámbito de autonomía plena con que cuenta el sujeto, el cual no se limita únicamente al espacio físico. Por su parte, Samuel Warren y Louis Brandeis (1890) en su artículo llamado *The Right to Privacy* resumieron el derecho a la privacidad como el derecho “a ser dejado a solas o a no ser molestado”⁵.

La Corte Suprema de Justicia ha entendido que el derecho a la privacidad no solo se extiende al círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad tales como la integridad corporal o la imagen; de modo que nadie pueda inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas sin su consentimiento, y solo por ley podrá justificarse dicha intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen⁶.

Por su parte, el derecho a la imagen ha sido considerado como la potestad que permite oponerse a que por otros individuos y por cualquier medio se capte, reproduzca, difunda o publique su apariencia sin su consentimiento o el de la ley⁷. En otras palabras, puede decirse que protege la representación gráfica reconocible de una persona⁸.

Pero para definir el alcance de protección de la privacidad, resulta necesario acudir a un estándar desarrollado por el derecho norteamericano conocido como “expectativa razonable de privacidad”⁹. Según esta

³Art. 19 CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁴ Pacto de San José de Costa Rica art. 11 incs. 2 y 3 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas art. 17.

⁵ El ensayo completo se encuentra disponible en: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>.

⁶CSJN, 11/12/84, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A”, La Ley, 1985-B, p. 120.

⁷RIVERA, JULIO C., *Instituciones del Derecho Civil, Parte General*, T. II, 2da. Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 114.

⁸Desde la doctrina se ha discutido si el derecho a la imagen constituye un aspecto del derecho de intimidad o bien configura un derecho autónomo. En caso de considerarlo de ese modo, no será necesario ante la captación, difusión, reproducción o publicación de la imagen demostrar que se ha afectado la privacidad.

⁹“KATZ V. UNITED STATES”, 389 U.S. 347, 351 (1967).

categoría, una conducta se encuentra protegida cuando pueda razonablemente y sobre la base de antecedentes concretos y objetivos, considerar que su comportamiento tuvo carácter privado. En otras palabras, la regla exige que exista un doble requerimiento, esto es, primero que la persona haya actuado conforme a una real expectativa de privacidad y a su vez, que la sociedad esté preparada para reconocerla como razonable.

Nuestro Tribunal Supremo ha receptado este estándar de privacidad, estableciendo en diferentes casos el límite de protección de estos derechos. “La oposición a que otras personas capten, difundan, reproduzcan o publiquen la propia imagen reconoce ciertas restricciones, en razón del interés público, el cual cede si se dan circunstancias que tengan en miras un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho”. De lo expuesto, se desprende que el derecho a excluir a terceros se relativiza por dos motivos principales: cuando medie consentimiento de la persona u opere el interés del Estado. En consonancia con esto último, puede afirmarse entonces que el uso de fotografías extraídas de redes sociales para lograr la identificación de un sujeto en una investigación penal resulta un procedimiento totalmente válido desde el punto de vista constitucional, ello en base a la pérdida de una expectativa razonable de privacidad y la existencia de un interés estatal en la persecución de los delitos.

II.i.- La expectativa razonable de intimidad en las redes sociales

Salvo los casos en que nuestra Constitución presuma la existencia de una expectativa legítima de privacidad¹⁰, corresponderá caso por caso delimitar si se aplica tal restricción.

En la mayoría de las plataformas sociales digitales los usuarios, para poder formar parte de la respectiva comunidad, deben registrarse previamente. Para completar el registro es requisito indispensable que el sujeto preste consentimiento a las bases y condiciones del servicio. La mayoría de los contenidos, por defecto, se encuentran configurados de manera visible a todo el público, salvo que el usuario decida restringir el acceso a la información que comparte. En forma preliminar podemos afirmar

¹⁰ En el sentido clásico, el domicilio y los papeles privados.

que existe mayor expectativa de privacidad cuando un perfil permanece privado, con un número de contactos reducido y no ligado a ningún motor de búsqueda (circunstancia que dependerá exclusivamente de la configuración que el responsable de la cuenta haya establecido). No obstante, existen algunas categorías de información como el nombre de usuario y la foto de perfil que no pueden modificarse, permaneciendo siempre visibles.

Sobre este tema, Oscar Luis Vignale indica "...quien incorpora sus imágenes personales a una red social, lleva como primera intención compartirlas y asume un riesgo concreto que otras personas las observen". Agrega el mismo autor "...al hacerlo podrá luego alegar invasiones a su privacidad, justamente porque ese es el fin, hacer públicas determinadas cuestiones, en muchos casos privadas"¹¹. En el mismo sentido se ha expedido el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires estableciendo que "...la información y las imágenes que se publican en determinadas redes sociales -como Facebook- tienen como característica principal que su destino es la difusión y exhibición, de tal forma que su pertenencia y privacidad se relativizan"¹².

Como se observa, el conocimiento por parte de terceras personas depende en gran medida de la configuración de privacidad dispuesta por el titular de la cuenta, quien puede elegir qué es lo que desea dejar fuera del alcance de extraños. No obstante, quedará dentro del ámbito de protección de la intimidad las extracciones de imágenes que se realicen en flagrante vulneración a las medidas de seguridad que ofrece el propio sistema¹³ y surja clara e inequívocamente la voluntad del sujeto de mantenerlas en su ámbito de intimidad.

II.ii.- El interés público en la persecución y represión de los delitos

Las fuerzas de seguridad son, por lo general, las primeras en tomar conocimiento del acaecimiento de un hecho delictivo. Su tarea consiste principalmente en prevenir los delitos, pero una vez producidos, intervienen activamente en su investigación y en la búsqueda de los culpables. Dentro

¹¹VIGNALE, OSCAR L., *La prueba de reconocimiento de persona y sus límites*, DJ, 22-8-17, p. 8.

¹²TCP, Causa N°67393, "Rambaldi German Leandro s/ Recurso de Casación".

¹³Por ejemplo, los casos en que las autoridades extraigan fotografías no públicas de un perfil personal a través del ingreso no autorizado (o hackeo) de las plataformas.

de sus deberes y funciones se encuentran: recibir denuncias y declaraciones, recolectar pruebas, practicar diligencias útiles, individualizar a los culpables, entre muchas otras.

Frente a la ausencia normativa en este tipo de proceder, resulta necesario realizar una interpretación dinámica y armónica de las garantías constitucionales en juego, por un lado, el derecho de privacidad de las personas; y por otro, el de represión de los delitos de acción pública.

En el ejercicio de este deber podemos decir que los derechos fundamentales pueden ceder frente al interés estatal en la búsqueda de la verdad sobre un hecho, sus responsables y la necesidad de hacer efectiva la ley penal, más aún cuando exista premura y peligro en la demora que importe la frustración de la investigación.

Nuestro Código Procesal Penal Bonaerense sostiene el principio de libertad probatoria, esto significa que los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, en la medida que resulten conducentes para esclarecer la verdad y sean compatibles con los principios constitucionales.

En consecuencia, la utilización por parte de la policía de fotografías que se encuentren en redes sociales para poder dar con el o con los autores de un hecho, estará acotada a la imposibilidad de llevar adelante otros medios de prueba como veremos a continuación.

III.- LOS DISTINTOS MEDIOS DE IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS

El sistema jurídico patrio admite tres, dos de los cuales operan como medios probatorios. Estos son: la individualización a través de los álbumes de “modus operandi”, el reconocimiento a través de fotografías y el realizado en rueda de personas.

El primero consiste en la exhibición a las víctimas o testigos del ilícito de fotografías de personas con antecedentes penales referidos a hechos de similares características. Esta diligencia forma parte del repertorio de medidas investigativas iniciales con las que cuenta la policía y de las cuáles puede valerse a fin de comprobar la identidad de una persona en los hechos, cuando el presunto culpable sea desconocido, sobre todo durante los primeros estadios de la investigación.

Tanto la exhibición de fotografías en redes sociales como la aquí descripta constituyen medidas orientativas y útiles a los fines de encauzar una incipiente pesquisa criminal¹⁴. A su vez, ambas se caracterizan por tratarse de actos que no revisten carácter de medios probatorios y, por lo tanto, no se les exige mayores resguardos procesales en comparación con los otros medios legislados. Como diferencia entre una y otra puede destacarse que en el “modus operandi” la autoridad policial exhibe a la víctima o testigo un repertorio de fotografías contenidas en álbumes de sujetos que registran antecedentes penales, llegando muchas veces a ver cientos de imágenes antes de reconocer a alguien, mientras que el reconocimiento a través de un perfil social se realiza en forma directa mediante la exhibición normalmente de una única fotografía a la víctima o testigo del hecho.

Por otro lado, el reconocimiento fotográfico se trata de un medio de prueba de carácter irreproducible que debe realizarse bajo los requisitos formales establecidos en el 259 del código ritual bonaerense. El uso de este mecanismo resulta procedente si se verifica, en primer lugar, la existencia de una sospecha en relación con la intervención de una persona en un hecho delictivo y a su vez, que la misma no se encuentre presente o no pueda ser habida¹⁵. También será válida para el caso que el sujeto presente alteraciones de su fisonomía que la tornan distinta a la que lucía a la época de los hechos o no pudiere comparecer por razones de fuerza mayor¹⁶. A raíz de estas consideraciones es que muchos autores lo han definido como un medio de prueba subsidiario, solo practicable cuando el sujeto a identificar no pueda ser sometido a un reconocimiento en rueda de personas, por los motivos antes señalados. También ha sido caracterizado como irreproducible, ya que no podría renovarse sin variar las circunstancias originales de su realización¹⁷, razón por la que se exige la observancia de ciertos requisitos formales prescriptos por ley, a fin de salvaguardar el derecho de defensa en juicio.

¹⁴CNCC, Sala V, “Lazo, Ricardo”, 19/03/2001.

¹⁵ Ya sea porque se encuentre prófugo o se ignore su domicilio o paradero, e inclusive cuando, a pesar de haber sido localizado, medie la imposibilidad material de que comparezca al lugar del acto. Casi toda la doctrina es conteste en afirmar que no basta una simple ausencia.

¹⁶Cfr. PALACIO, LINO, *La prueba en el proceso penal*, Lexis Nexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

¹⁷D’ALBORA, FRANCISCO, *Código procesal de la Nación*, Abeledo Perrot, 3ra. Edición, Buenos Aires, 1997, p. 297.

Pero sin duda el medio de identificación de mayor complejidad es el reconocimiento en rueda depersonas, que se realiza con el fin de que la víctima o testigo syndique presencialmente a una persona entre varias de características físicas semejantes, como la responsable de participar en un determinado hecho delictivo. En otras palabras, el reconocimiento tendrá como objeto establecer si la persona sometida a proceso es la misma contra la cual se dirige la pretensión punitiva.¹⁸ Ya no se trata de un acto de carácter investigativo, sino que supone un medio probatorio dirigido al señalamiento de la persona responsable de un delito¹⁹. Se lo califica también como un acto de naturaleza irreproducible en la media que no puede ser recreado bajo las mismas condiciones, ya que una vez efectuado, configura una experiencia incorporada que torna ineficaz la realización de una nueva, en virtud del factor psicológico preponderante en la persona llamada a reconocer. De ahí, que con el fin de asegurar la validez del acto se incorpore la notificación previa a las partes a efectos de garantizar el pleno control de la diligencia, como así también la asistencia letrada del imputado y la integración por cierto número de sujetos con características semejantes.

IV.- VALOR PROBATORIO

Es indudable la importancia que posee la exhibición fotográfica de imágenes obrantes en las plataformas sociales digitales para dar con los intervinientes de un ilícito. El reconocimiento “impropio” se trata a nivel probatorio, de una simple manifestación informal de conocimiento de carácter orientativo para encauzar una investigación criminal, y no de un medio de prueba propiamente dicho.

Los detractores a la utilización de esta herramienta por parte de los órganos del Estado sostienen que la exhibición realizada en sede policial necesariamente interferirá en el proceso evocativo del reconociente y como consecuencia, se producirá la pérdida de espontaneidad del acto por la imposición de la imagen previa²⁰.

¹⁸JAUCHEN, EDUARDO M., *Tratado de derecho penal*, Rubinzal Culzoni, 1ra. Edición, Santa Fe, 2012, p. 65.

¹⁹OBACH MARTINEZ, JORGE Y GARCIA MARTINEZ, CARMEN, *Praxis judicial sobre los reconocimientos de identidad*, Ed. Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2014, p. 87.

²⁰CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La Prueba en el Proceso Penal*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 136. El autor advierte sobre el defecto de que exista un acto diferente entre la percepción originaria y el reconocimiento final

Sin embargo, creemos que esta exhibición previa no priva de validez a las demás diligencias que pudieran disponerse y practicarse en el futuro, sino al contrario, la misma deberá ser mejorada y reforzada mediante la disposición de un reconocimiento en rueda de personas de manera presencial una vez que el imputado sea identificado, o en su defecto, de forma fotográfica si no fuera habido; pero bajo ningún aspecto puede afirmarse que la anula. No obstante, dependiendo el caso, podrá verificarse el debilitamiento de su fuerza probatoria²¹. El juzgador podrá, según su libre convicción, otorgar plena eficacia convictiva o no a los actos de identificación llevados a cabo por el sujeto reconociente luego de su evaluación conjunta con el resto de la prueba producida²².

La Cámara Federal de La Plata ha sostenido sobre este punto que, en caso de que la víctima hubiera visto a los imputados en fotografías antes de identificarlos en rueda de reconocimiento, esta circunstancia no le quita validez al acto. Y de existir elementos que le quiten espontaneidad, deberá esto ser meritado por los jueces al momento de valorar la prueba²³.

Creemos que la exhibición realizada por la policía resulta un medio razonable, legítimo, proporcional y compatible con las garantías constitucionales y los derechos del imputado, en tanto que al inicio de una investigación se cuenta con poca o directamente ninguna información respecto del autor de un suceso delictivo. Según Caffera Nores “privar a la policía de dicha atribución sería limitar su tarea más allá de lo tolerable, exponiéndola al riesgo de un fracaso institucional”²⁴.

en rueda de personas “Si se practica un segundo reconocimiento, cabrá siempre el peligro de que la imagen adquirida durante el primero persista en la mente del reconociente, superponiéndose a la percepción originaria, complementándola o sustituyéndola. Y ello arrojará dudas acerca de que realmente sea esta última la que se confronte con la obtenida en el nuevo acto”.

²¹Cámara en lo Criminal y Correccional de Río Tercero, “Romero, Carlos F”, 27/08/1999, LLC 2000, p. 459. “El reconocimiento en rueda de personas de quien fuera reconocido anteriormente por fotografías, no resulta inválido, pero su eficacia probatoria no surtirá los mismos efectos que si el fotográfico no hubiere sido practicado”.

²² Cámara de Apelación Penal de Santa Fe, Sala III, “MJMM s/ recurso de apelación”, 21/06/2012. “La observación de imágenes que pudieran corresponder al imputado en Facebook, no invalida el acto de reconocimiento en rueda de personas, sino que los mismos deberán ser valorados conforme las reglas de la sana crítica por el juez de la sentencia, como parte integrante de las declaraciones testimoniales de las víctimas”.

²³ Cámara Federal de La Plata, Sala II, Causa Nº 6437, “N.N. s/Secuestro Extorsivo”, 22/12/2011.

²⁴CAFFERATA NORES, José, *Ob. cit.*, p. 135.

V.- LIMITACIONES

El uso de imágenes personales incorporadas a una red social no podrá emplearse en todos los casos en el marco de una investigación penal. Su uso se encuentra restringido a que el autor del hecho no se halle identificado o individualizado, circunstancia que imposibilite llevar adelante otras medidas probatorias. En el caso que ya se cuente con sospechas o indicios sobre la autoría de una persona, no podrá emplearse esta diligencia. En esta inteligencia más alto Tribunal ha sostenido "...Que dicha práctica no resultó de la imposibilidad de proceder de otro modo pues el condenado revistió tempranamente la calidad de imputado y también había prestado declaración ante la instrucción, extremos que permitían su localización y posterior citación a efectos de llevar a cabo la medida de prueba en los términos previstos por la ley procesal local. A su vez - y más allá de que la omisión apuntada no puede cargarse sobre el imputado - adquiere sustancial relevancia el hecho de que el cuestionado reconocimiento impropio se ha erigido en la prueba por excelencia -o prácticamente exclusiva- para fundar la atribución de culpabilidad"²⁵.

También podrá rechazarse su utilización cuando los órganos del Estado practiquen la extracción de las fotografías en clara vulneración a los mecanismos de seguridad y normas de privacidad que esas mismas tecnologías ofrecen. En definitiva, solo podrán utilizarse aquellas imágenes que sean de carácter público y, consiguientemente, de acceso irrestricto.

Por último, podrá repelerse su uso cuando se compruebe algún intento de manipulación de la imputación por parte de las autoridades policiales, circunstancia que podría provocar no solo la nulidad insalvable de dicho reconocimiento sino de todo lo que se derive en consecuencia de ello, por vulnerar el derecho de defensa en juicio, además de constituir una grave infracción a sus deberes funcionales.

²⁵ Fallos 329:5643

VI.- CONCLUSIÓN

El empleo de este recurso investigativo resulta desde el plano formal, plenamente válido, en especial durante los albores de la investigación donde no se cuenta con sospecha alguna sobre el autor o autores de los hechos.

Bajo ningún concepto puede sostenerse de manera genérica y sobre la base de presunciones, que este tipo de diligencia previa limite la espontaneidad del reconocimiento posterior. Son los jueces quienes deberán en su caso, al momento de valorar la participación de una persona, ponderar la fiabilidad del testigo que llevó adelante la identificación y examinar su declaración junto con los demás elementos de convicción recolectados.

A fin de disipar cualquier sospecha sobre la actividad policial, emerge como necesario la regulación de este procedimiento con ciertas garantías a nuestro código de forma. Así, por ejemplo, imponer que la exhibición se realice junto a otras fotografías de personas con características fisonómicas semejantes o que dicha diligencia sea llevada a cabo delante de un testigo hábil que pueda dar cuenta del lugar que se extrajo la imagen exhibida y del proceso de evocación de la víctima.

La represión de los delitos constituye un deber primordial del Estado, cuyo propósito viene enunciado desde el mismo Preámbulo de la Constitución Nacional "...constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer la defensa común, promover el bienestar general...". Privar a los brazos del Estado de tal instrumento conspiraría en su lucha contra la criminalidad, lo que devendría en la impunidad de los culpables.

Finalmente, haciendo propias las palabras de Rubén Chaia, ex presidente del Colegio de Magistrados de Entre Ríos, una postura contraria implicaría "encorsetar" los elementos probatorios, convirtiendo a la investigación en un proceso estanco, desconectado de la realidad y por sobre todo, ajeno a los adelantos de la ciencia²⁶.

²⁶CHAIÁ, RUBÉN A., *La prueba en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, pág. 102.