

XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

Comisión II: Derecho Procesal Penal:

“Estrategias de investigación. Delitos complejos”

TEMA PROPUESTO: “Validez de la obtención de fotografías publicadas en redes sociales para la identificación de acusados en ilícitos”

- **Autora:** Estefanía Beatriz Araya.
(Ayudante alumna en la cátedra de Teoría y Práctica Procesal I, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo - Ponencia avalada por la Sra. Susana García, profesora titular de la cátedra)
- **Dirección postal:** barrio Santa Rita de los Milagros MA casa 4. Cód. Postal 5573. Junín, provincia de Mendoza.
- **Teléfono:** 02634- 535645
- **Correo electrónico:** estefania.araya@yahoo.com.ar

PROPUESTA: La obtención de fotografías provenientes de una publicación en una determinada red social, cuyo material haya sido configurado por el titular de la cuenta como de acceso público -para su posterior utilización en un proceso penal-, no puede considerarse como violatorio a los derechos de privacidad e intimidad, toda vez que dicho material pueda extraerse sin necesidad de acceso en forma ilegítima a la cuenta.

Postulación: como ponente expreso mi voluntad de participar de los premios “Asociación Argentina de Derecho Procesal” y “El Dial”, que se entregarán a las mejores ponencias.

XXVIII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

COMISIÓN II: DERECHO PROCESAL PENAL

Tema: “Validez de la obtención de fotografías publicadas en redes sociales para la identificación de acusados en ilícitos”

Sumario: 1. Introducción. 1.1.- Tecnologías y Redes Sociales. 1.2.- La Problemática Jurídica de las Redes Sociales. 2.- El derecho a la intimidad. 3.- Tecnologías de la Información y la Investigación en un proceso penal. 3.1.- Limitaciones fiscales en la investigación cuando se utilizan datos provenientes de redes sociales. 3.2.- Uso de banco de datos. ¿Necesidad de autorización? La protección de Datos Personales. 3.3.- Incorporación como prueba al proceso penal. Validez y respeto de garantías constitucionales en su obtención. 4.- Aportación de material probatorio por parte de la propia víctima. 5.- Actos procesales y medidas de coerción sustentadas en la transcripción de conversaciones o reconocimiento de fotografías. 5.1.- Recursos por parte de la defensa. Argumentos (falta de consentimiento, invasión a la privacidad). 6. Consideraciones finales.

Estefanía Beatriz Araya*

1.- Introducción

En primer lugar y a modo de presentación de este trabajo, expresaré una cuestión que me generó inquietud desde un principio: la especialidad¹ del tema elegido. Al comenzar con la redacción si bien creí encontrarme con una orfandad de material, al devenir en el desarrollo su extensión fue variando notablemente, advirtiéndome que el mismo puede ser objeto de una publicación con mucho más contenido, pero me acataré a la brevedad y dimensiones que merece un trabajo para ser presentado en la ocasión que nos congrega.

Es imprescindible decir que actualmente la espada de la justicia ha cambiado sustancialmente en todos los aspectos mediante el uso de la investigación dirigida (investigaciones penales online, control de flujos de datos, procesamiento de datos) y el empleo de tecnologías avanzadas en la investigación judicial². Justamente representa un gran desafío de los

* Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo.

¹ Me corresponde aclarar, que este vocablo lo he utilizado para referirme a lo novedoso y particular de la temática planteada.

² VERVAELE, John. “Redefinición de los objetivos, la naturaleza e instrumentos del sistema de justicia penal bajo el paradigma de la seguridad”. Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 1, La Ley, setiembre de 2011, pág. 316 y 317

operadores jurídicos lograr la adecuación a esta nueva realidad, que sin duda exige una buena administración de justicia.

1.1.- Tecnologías y Redes Sociales

Para comenzar, es necesario realizar una breve introducción sobre lo que constituyen las llamadas “redes sociales”, consideradas aquellas como formas de interacción social definidas como un intercambio dinámico entre personas, grupos e instituciones en contextos de complejidad. Consisten en un sistema abierto y en construcción permanente que involucra a conjuntos que se identifican en las mismas necesidades y problemáticas y que se organizan para potenciar sus recursos.

Las llamadas redes sociales online consisten en servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado.

En cuanto a su clasificación, fundamentalmente se dividen en dos grandes tipos: son aquellas en las que las relaciones sociales, con independencia de su origen, se desarrollan sin mediación de sistemas electrónicos (analógicas o redes oficiales off-line); y aquellas que tienen su origen y se desarrollan a través de medios electrónicos (redes digitales o redes sociales on-line). A su vez, estas últimas, se pueden clasificar por ser de *público objetivo y temática*; y por ser redes sociales horizontales, que son aquellas dirigidas a todo tipo de usuario y sin una temática definida. Se basan en una estructura de celdillas permitiendo la entrada y participación libre y genérica sin un fin definido, distinto del de generar masa. Los ejemplos más representativos del sector son Facebook, Orkut, Identi.ca, Twitter.

1.2.- La Problemática Jurídica de las Redes Sociales.

En los últimos tiempos, los servicios de redes sociales han experimentado gran auge entre el público. Entre otras cosas, estos servicios ofrecen medios de interacción basados en perfiles personales que generan sus propios usuarios registrados, lo que ha propiciado un nivel sin precedentes de divulgación de información de carácter personal de las

personas interesados (y de terceros). Aunque los servicios de redes sociales aportan un amplio abanico de oportunidades de comunicación, así como el intercambio en tiempo real de todo tipo de información, la utilización de estos servicios puede plantear riesgos para la privacidad de sus usuarios (y de terceras personas): los datos personales relativos a las personas son accesibles de forma pública y global, de una manera y en unas cantidades nunca sin precedentes, **incluidas enormes cantidades de fotografías y vídeos digitales**, sin perjuicio de las distintas actividades delictivas que se pueden llevar a cabo usando estas redes como medios para la comisión de ilícitos (Delitos Informáticos, Delitos contra el Honor, contra la propiedad intelectual, industrial, etc.).

En este orden, nos encontramos antes diferentes problemáticas jurídicas que afectan a las redes sociales:

- Protección de los derechos al honor, a la propia imagen, intimidad y privacidad de los usuarios.
- Protección de Datos de Carácter Personal.
- Protección de los consumidores.
- Protección de la propiedad intelectual e industrial.
- Protección de menores e incapaces.
- Protección de los trabajadores.
- Aspectos relativos a la seguridad de la información³

2.- El derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad tiene por objeto la protección de la esfera más íntima de la persona, y se encuentra estrechamente ligado a la protección de la dignidad del individuo.

El derecho a la privacidad e intimidad, fundado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, protege jurídicamente en relación directa con la libertad individual un ámbito de autonomía personal, así como acciones, hechos y datos que, conforme a las formas de vida acogidas por la sociedad,

³ FREA, Leandro Gonzalo. Aspectos Legales y Normativos de las Redes Sociales, “*Un breve Análisis Jurídico de las Redes Sociales en Internet en la óptica de la normativa Argentina*”. Acceso 20 de mayo de 2015. Disponible en <http://www.gonzalezfrea.com.ar/derecho-informatico/aspectos-legales-redes-sociales-legislacion-normativa-facebook-regulacion-legal-argentina/265/>

están reservadas al individuo, y cuyo conocimiento y divulgación por extraños implica peligro real o potencial para la misma intimidad.

La protección de la intimidad se volcó específicamente al Código Civil, en su artículo 1071 bis, agregado por la ley 21.173, en la siguiente forma: *“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación⁴”*.

Es el derecho que tiene toda persona humana a que sea respetada su vida privada y familiar, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. Se trata de hechos de menos gravedad y que solamente afectan a valores morales de la vida doméstica o de la debida cortesía que impone entre los hombres la convivencia en el seno de la sociedad⁵.

La cuestión central del presente trabajo consiste en analizar de qué manera las nuevas tecnologías y las redes sociales interactúan con este derecho esencial considerado por nuestro ordenamiento jurídico.

3.- Tecnologías de la Información y la Investigación en un proceso penal

El rápido desarrollo de las tecnologías de la información y de las comunicaciones ha producido también cambios en el proceso penal, como lo señalé acertadamente en el inicio del presente trabajo. Estos cambios son tanto cualitativos como cuantitativos. Cualitativos en la medida en que significan nuevos medios de investigación, más sutiles, más incruentos, más

⁴ Este artículo sustituía al art. 32 bis del mismo ordenamiento que en sentido similar había agregado la ley 20.889.

⁵ FREA, Leandro Gonzalo. Ob. Cit.

seductores, y en cuanto significan una dimensión nueva y particularmente peligrosa de lesión a los derechos fundamentales. En lo cuantitativo significan una mayor cantidad de herramientas en manos de las autoridades de la instrucción para efectos de realizar sus actividades. Estas herramientas van desde la observación de personas por periodos largos o cortos (incluso por medios audiovisuales) y el uso de agentes provocadores; pasando por la escucha de las conversaciones de los ciudadanos en vehículos y habitaciones, hasta el uso extensivo de medios de la tecnología de la información para comparar y escrutar datos personales.

En América Latina no ha habido (o bien es escasa y se limita a cuestiones básicas que no alcanzan aún gran complejidad) hasta el momento una regulación del uso de estas nuevas tecnologías en el proceso penal, como así también es necesario una reflexión sobre las incumbencias de orden constitucional. De igual manera no hay investigaciones que permitan aquilatar el grado de desarrollo y de utilización de equipos de cómputo y de conexiones telemáticas en una investigación criminal. Solo se tienen datos aislados de los esfuerzos de algunos poderes judiciales de la región por incorporar sistemas de cómputo para el manejo de incipientes proyectos informática jurídica documental y de gestión, y no existe –o quizá existe pero aún en forma minúscula- efectivo manejo del poder informático en manos de la policía y del ministerio público. Cabe suponer que los avances en esta materia tarde o temprano serán utilizados ampliamente por el sistema de justicia penal, lo que generará, sin duda, la necesidad de reflexionar sobre el papel del proceso penal en una justicia penal que vela por un bien jurídico "novedoso" como lo es la "funcionalidad" o la "eficiencia" de la administración de justicia penal⁶.

Los peligros de este poder informativo en manos de las autoridades de la investigación aumentan en la misma medida en que aumentan también las justificaciones de orden jurisprudencial y legal que pretenden respaldar este rearme del Leviatán investigador y castigador, lo cual hace que cualquier tesis que sostenga lo contrario, y pretenda una reafirmación de los

⁶ SANCHEZ, Alfredo Chirino. "Las Tecnologías de la información y el Proceso Penal". Revista online NEXOS, Costa Rica. Derecho y Legislación. Acceso 20 de mayo de 2015. Disponible en <http://www.nexos.co.cr/archivo/perspectivas/tecnologias-informacion-proceso-penal.htm>

derechos del ciudadano en esta edad informativa signifique, de hecho, y a nivel ideológico, simplemente una forma de establecer una protección de delincuentes, y en construir defensas para los "enemigos de la libertad, de la eficiencia y de la seguridad".

Estas contradicciones revelan ciertos problemas en el marco de los fines simbólicos del proceso penal: el proceso penal se ha convertido en una herramienta para tranquilizar conciencias en la opinión pública y en la lucha electoral. Se trata de demostrar que los peligros de la criminalidad pueden ser controlados con el poder de choque del proceso penal. La criminalidad, mientras tanto, es presentada sin contornos ni colores como un fantasma que se pasea por todos los rincones de la sociedad, y en donde la única medida para su destrucción consiste en rearmar a las autoridades de la investigación, especialmente a la policía y al ministerio público, reduciendo – según algunos autores- al mismo tiempo los derechos y garantías del acusado en el proceso penal. Es debido a este panorama que una criminalidad necesitada de definición, como lo es la criminalidad organizada, ha permitido que se produzcan "**reformas urgentes**" que en realidad sólo tienen que ver con reducciones de derechos, ampliación de prerrogativas y de ataques a derechos fundamentales, así como también como con un recrudecimiento del derecho penal. La pregunta acerca de la necesidad de estos cambios no suele plantearse. La política sólo muestra las nuevas direcciones en que la lucha contra este fantasma debe realizarse. En opinión de **Alfredo Chirino Sánchez** (exjuez del Tribunal de Apelación de Sentencia de Goicoechea e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica), con gran generosidad se le han concedido a la policía y al ministerio público cada vez más amplios poderes para atacar derechos fundamentales. La característica fundamental de estos cambios se notan en mayores posibilidades para grabar y procesar datos personales de personas, incluso más allá de las usuales capacidades de la policía para reaccionar frente a peligros⁷.

⁷ SANCHEZ, Alfredo Chirino. Ob. Cit.

3.1.- Limitaciones fiscales en la investigación cuando se utilizan datos provenientes de redes sociales

Particularmente Fischer considera que el proceso penal –y con mayor razón la sentencia penal- no sólo constituye una realidad de especial naturaleza, esencialmente distinta a la investigación científica, sino que a la vez, produce la realidad mediante la compactación (reducción de complejidad) y la aplicación de atribuciones normativas⁸. Al devenir de los tiempos, en el proceso penal se ha visto una suerte de “desformalización” en cuanto a los medios para recolectar información útil para la investigación, lo cual se ha ido evidenciando como resultado del uso de los mismos operadores jurídicos, y su incorporación al sistema, que si bien ha comenzado en forma casi desapercibida, hoy ya no puede ignorarse su utilidad y eficiencia.

Desformalizar significa que no deben existir reglas rígidas para acumular información. Esta característica se vincula íntimamente con la finalidad que cumple la etapa de investigación, pues es fundamentalmente una fase administrativa orientada a la búsqueda de información. Binder señala que esta idea afecta a lo ritual y lo lineal del trámite, que surgen de las condiciones de la palabra escrita y la producción de los textos, pero que no afecta la necesaria rigidez de las formas que acompañan a las garantías⁹.

Corresponde ahora analizar, la significancia de estos medios y su grado de credibilidad. Se ha dicho entonces, que entre pertinencia de la prueba y valor probatorio existe una conexión específica, y aquellas pruebas que “pretenden demostrar una cuestión” deben tener cierto grado de fiabilidad¹⁰, y en qué medida, el fiscal puede hacer uso de ellos, “*sin caer en abuso*”. Cuando la valoración inicial de la prueba recae sobre él, ya que en estos casos actúa como un “órgano imparcial de la justicia que asiste al poder judicial”, y además existe una presunción a favor del mismo de que él cumple sus obligaciones con buena fe¹¹. Y preguntándonos de manera

⁸ FISCHER Tomás. “Análisis de credibilidad y valoración de la prueba. Acerca de la prueba de la función específica”. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 9/2011. Abeledo Perrot, setiembre de 2011, pág. 1532

⁹ BINDER, Alberto. “Ideas y materiales para la Reforma de la Justicia Penal”. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 131, nota 1

¹⁰ MONTOLIÚ, Ana Beltrán. “Tendencias probatorias en los tribunales penales internacionales”, en Temas Dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2010, pág. 366

¹¹ MONTOLIÚ, Ana Beltrán. Ob. cit., pág. 373

adecuada si está facultado para la utilización de cualquier medio probatorio, como bien dice el gran maestro del derecho procesal -Julio Maier-, dentro de esta problemática, desarrollada históricamente sobre la base de los métodos de investigación tradicionales, aparece hoy agregado a ella un problema nuevo, perteneciente a la llamada “posmodernidad”. Ciertos métodos que antes no eran utilizados o, al menos, no eran utilizados procesalmente, han sido revalorizados y legitimados por reglas jurídicas, a la vista de las dificultades que sufre la investigación de ciertos delitos.¹²

3.2.- Uso de banco de datos. ¿Necesidad de autorización? La protección de Datos Personales.

A la hora de investigar, en el ámbito del desarrollo de cualquier proceso judicial y no únicamente el proceso penal, el trabajo siempre debe estar rodeado del respeto adecuado a la propia legislación interna. Cuando se procede a obtener datos personales necesarios para un fin específico, es inevitable considerar lo que prescribe para ello la **Ley 25.326 de Protección de Datos Personales**¹³. Esta ley no protege la autoría o propiedad de la base de datos en si, sino el derecho del titular de los datos (persona a quien refiere los datos) al acceso, honor, intimidad y correcto uso y tratamiento de los mismos según lo establece el artículo 43 de la Constitución Nacional. Para esto la ley establece la obligatoriedad de la inscripción de la base de datos cumpliendo con ciertos requisitos y el incumplimiento de esta obligación resulta en infracción penada con multas y clausura de la base de datos¹⁴.

Trayendo a colación lo desarrollado en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en Mar del Plata en el año 1983, la Comisión Nº 1 en el despacho de lege ferenda recomendó¹⁵ la reglamentación del uso de la informática para evitar agresiones a la vida privada, contemplando los siguientes aspectos: a) el derecho del sujeto a verificar la amplitud y el tenor de los datos recogidos; b) el de exigir y lograr la corrección y actualización de los datos; c) la limitación del derecho de acceso a la información a los

¹² MAIER, Julio B. J. “*Derecho Procesal Penal, Parte General: Sujetos procesales*”. Tomo II. Editores del Puerto, 1º edición, 2º reimpresión, Buenos Aires, 2011, pág. 135

¹³ PODER LEGISLATIVO NACIONAL ARGENTINO. Sancionada: 4 de octubre de 2000. Promulgada Parcialmente: 30 de octubre de 2000.

¹⁴ FREA, Leandro Gonzalo. Ob. cit.

¹⁵ Punto VII de la reglamentación.

casos en que media un interés legítimo y d) la utilización de los datos conforme con la finalidad para la que fueron recogidos¹⁶.

Entonces, si nos encontramos en la investigación de un proceso penal, es de concluir con razón suficiente que para ingresar a una base de datos o correo electrónico, **se deberán tomar los mismos recaudos que para allanar un domicilio o interceptar una llamada telefónica**, esto es, **una orden fundada de autoridad competente**¹⁷. Sólo las pruebas obtenidas de esa manera podrán ser valoradas debidamente en juicio, pues, de lo contrario, podrán ser excluidas de acuerdo con las reglas de exclusión¹⁸ de la prueba obtenida ilegalmente¹⁹.

3.3.- Incorporación como prueba al proceso penal. Validez y respeto de garantías constitucionales en su obtención.

Quien ingresa ilegítimamente a un banco de datos y se apodera de ellos, comete una acción tan reprochable como quien allana un domicilio sin orden²⁰. Las medidas coercitivas de prueba (allanamientos, requisas, intervenciones telefónicas, etc.) “sólo proceden cuando hubieren indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante para la causa”, siempre que no fuere posible a través de otras vías²¹.

El concepto de autonomía personal es un principio importante que subyace a la interpretación de sus garantías. Existe por lo tanto, una zona de interacción de una persona con otras, aún en un contexto público, que puede caer dentro del ámbito de la ‘vida privada’²².

Claro está que no se exige a los magistrados una semiplena prueba de culpabilidad de la persona que deberá soportar la intervención, en tanto

¹⁶ LANDAU, Germán Daniel. “Publicaciones en las redes sociales: consideraciones acerca de su viabilidad como prueba en el marco de un proceso judicial”.

¹⁷ Y en tal sentido lo establece el Código Procesal Penal – Ley 6730- de la provincia de Mendoza, en sus artículos 216 a 223, 227 a 229, 229 bis, 229 ter y 229 quater; y el Código Procesal Penal de la Nación, en sus artículos 224 a 229, 231 a 236.

¹⁸ Artículo 207 del Código Procesal Penal –Ley 6730- de la provincia de Mendoza: “Carecen de toda eficacia probatoria los actos que vulneren garantías constitucionales. La ineficacia se extiende a todas aquellas pruebas que, con arreglo a las circunstancias del caso, no hubieren podido ser obtenidas sin su violación y fueran consecuencia necesaria de ella”.

¹⁹ ABOSO, Gustavo Eduardo y ZAPATA, María Florencia. “Cibercriminalidad y Derecho Penal”. Editorial Bdef., Buenos Aires, 2006, pág. 12 y 13

²⁰ EKMEKDJIAN, Miguel A. y PIZZOLO, Calegero (h). “Habeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática”. Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 4

²¹ LEDESMA, Ángela Ester. “La prueba en el proceso judicial”, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 288

²² GULLCO Hernán. “Diálogo acerca de los requisitos constitucionales y legales del allanamiento”. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 6/2011. Abeledo Perrot, junio de 2011, pág. 1001

ello equivaldría a exigir que los jueces conociesen el resultado de las medidas de investigación que disponen las que, precisamente, parten de un campo de ignorancia que están destinadas a eliminar²³.

4.- Aportación de material probatorio por parte de la propia víctima

Llegado a esta instancia entonces, el interrogatorio que surge es ¿qué sucede cuándo el material que se incorpora en el proceso, y que luego puede llegar a ser el sustento de alguna medida importante –sea orden de detención, allanamiento, imputación de un delito, etc.- provenga de la aportación que realiza la propia víctima de un delito?, en este caso, ¿deben aún respetarse a rajatabla las garantías procesales para la obtención de cualquier otro medio de prueba?. Podría considerarse o no, para algunos, como relacionado al tema de la carga de la prueba²⁴, en cuanto no determina quién debe llevar la prueba, sino quién asume el riesgo de que no se produzca²⁵. En el proceso penal no existe en puridad la distribución de la carga de la prueba, según la cual trae como consecuencia cierta fijación formal de los hechos constitutivos de la litis, en virtud de la obligación de cada parte de probar los hechos que afirma²⁶.

La declaración de la víctima es muy similar a la del imputado - lógicamente sabemos que se trata de sujetos con intereses diametralmente opuestos- pero considerándola desde el punto de vista de la valoración que le merecen en el proceso. Aunque diversos ordenamientos se empeñen en negarle su papel de parte en el proceso penal, lo cierto es que posee exactamente el mismo interés que el imputado, aunque en sentido contrario. La víctima es una persona que ha acusado al reo como responsable de los hechos, y si persiste en la acusación, lo natural es que desee la condena²⁷.

²³ HAIRABEDIÁN Maximiliano. “Los datos anónimos como motivo de allanamientos e intervenciones telefónicas”. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, 3/2011. Abeledo Perrot, marzo de 2011, pág. 427. En el mismo sentido, es recomendable ver los fallos: CNCP, Sala III, 2/10/2003, en “Benito” y 5/11/2002, en “Costilla”; Sala II, 28/08/2003, en “Chueke” y 10/04/2003 en “Blanco”; entre otras.

²⁴ La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado que “las reglas atinentes a la carga de la prueba deben guardar consonancia con la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva”. (E.D. 28-419 y 173-591), olvidando que sólo a través de la valoración de la prueba colectada puede alcanzarse la verdad acerca de los hechos, mientras que la regla de la carga de la prueba no equivale, en absoluto, a una especie de prueba legal.

²⁵ DEVIS ECHANDÍA, H. “Teoría general de la prueba judicial”. 2ª edición, Víctor de Zavallía, Buenos Aires, 1972, pág. 441

²⁶ JAUCHEN, Eduardo. “Tratado de Derecho Procesal Penal”, Tomo II. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2013, pág. 710

²⁷ FENOLL, Jordi Nieva. “Fundamentos de Derecho Procesal Penal”. Editorial Bdef., Buenos Aires, 2012, pág. 242

Los relatos de las víctimas evidentemente pueden ser coherentes y contextualizados, pero no suelen serlo precisamente debido a la situación de estrés que han padecido, lo que hace que borren por completo algunos detalles que deberían ser obvios.

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucedería cuando la víctima al ver el nombre del imputado en el mismo expediente o que llegue a su conocimiento porque tuvo contacto casual quizá con alguna notificación **en algún momento del proceso, procede a realizar ella misma una búsqueda nominal en una red social**, obteniendo fotografías u otros datos que arrojen un convencimiento positivo de que se trata del sindicado en el delito que ha padecido, y oportunamente **luego lleva “estas fotografías” a mano de la fiscalía reconociendo y aseverando haber identificado al agresor**²⁸. En base a todo lo desarrollado hasta aquí en el presente trabajo, ¿puede considerarse esto válido?, **¿el fiscal se encuentra vinculado a esta identificación** –que si bien se ha realizado por fuera del proceso- **cuenta con la certeza y afirmación de la propia víctima?**, ¿ello implica otorgarle a la víctima un poder con el que no cuenta aún?, ¿es **necesario el consentimiento del titular de la cuenta para realizar la extracción de fotografías?**, para otorgarle esta intervención a la persona damnificada, ¿debe la misma constituirse en querellante particular?. Estos interrogantes, más que ser respondidos en este trabajo, creo deberán ser objeto de una ardua tarea de reflexión y análisis de este particular auditorio.

En consecuencia, podría decirse –como tradicionalmente se ha expresado en doctrina- que “no se deberán tomar en cuenta las pruebas obtenidas ilícitamente, de manera directa o indirecta, quebrantando derechos fundamentales. La vulneración de esta prohibición acarreará la nulidad de pleno derecho”²⁹. Por ello, y en el caso de que esto ocurra, como

²⁸ Como ocurrió en la **causa N° 6437 caratulada “N.N s/ Secuestro Extorsivo, víctima F. G.”**, procedente del Juzgado Federal de Quilmes, fecha 22 de diciembre de 2011, en donde la víctima de autos, logró efectuar un dictado de rostro de uno de los captores, (...). A su vez, en audiencia prestada en sede de la Fiscalía Federal de Quilmes, F. G., por un lado ratificó su exposición (...), y por otro lado, señaló que estaba seguro de haber visto con anterioridad a uno de los captores, sobre el que había efectuado el dictado de rostro (...), por lo **que inició una búsqueda y encontró en el “Facebook” de una amiga** (...), a una persona que reconoció como uno de quienes lo mantuvo cautivo, coincidente con el dictado de rostro mencionado, por lo que mantuvo una comunicación con la mencionada (...), quien a su vez le remitió a la víctima una fotografía en la que estaba el mencionado A. O. junto a otra persona.

²⁹ *Reglas de Mallorca*, art. 33, inc. 2º

estrategia defensiva correspondería intentarse el remedio de la sanción de nulidad de los actos.

5.- Actos procesales y medidas de coerción sustentadas en la transcripción de conversaciones o reconocimiento de fotografías

Lo interesante de llegar hasta aquí es ver cómo la jurisprudencia ya se ha pronunciado sobre estos interrogantes, si bien en una escasa cantidad de precedentes, pero que seguramente serán los primeros de una gran colección de fallos en el que se aborden la temática propuesta por esta ponente.

Del análisis de los mismos, puede diferenciarse dos posturas distintas, aquella (aunque minoritaria) en la que se hace lugar a la nulidad de todo lo actuado a partir de actos derivados de la obtención de fotografías extraídas de redes sociales donde no ha mediado el consentimiento del titular de la cuenta³⁰; y aquella postura (mayoritaria) en donde se ha otorgado **validez al reconocimiento de fotografías y transcripción de conversaciones provenientes de redes sociales como Facebook**³¹.

En los precedentes descriptos a pie de página, se realizaron medidas tendientes a individualizar, ***detener y procesar a sujetos involucrados en ilícitos, o en instancias superiores fueron confirmados procesamientos y condenas***, todas sustentadas en la obtención de material –fotografías- proveniente de Facebook, considerada como una de las redes sociales más utilizada por el común de las personas. Lógicamente, el mismo material luego fue confrontado, a través de un reconocimiento en rueda por parte de la víctima. Se tiene dicho que la diligencia del reconocimiento en rueda tiende a la identificación de alguien que puede estar vinculado a un hecho, pero si quien afirma esa vinculación lo conoce nominalmente, tal extremo no es necesario que se realice³².

³⁰ Del voto minoritario del Juez Schiffrin en la causa N° 6437 caratulada "N.N s/ Secuestro Extorsivo, víctima F. G.", procedente del Juzgado Federal de Quilmes, fecha 22 de diciembre de 2011.

³¹ En fallos CCC 39989/2012/CA1, Sala IV, "R, J. C. s/ procesamiento", Juzgado de Instrucción N° 16, fecha 8 de julio de 2013; fallo CCC 40155/2013/CA1 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, "F., L. C. s/ Nulidad y procesamiento", Juzgado de Instrucción N° 10, fecha 29 de agosto de 2014; y recientemente en fallo CCC 2912/2012/TO1/CFC1 Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, "**Rojas, Eduardo Walter s/ Recurso de Casación**", fecha 31 de marzo de 2015.

³² JAUCHEN Eduardo. "*Estrategias de litigación penal oral*". Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 176

En el caso del reconocimiento fotográfico positivo, la práctica de un reconocimiento propio o jurisdiccional posterior, es decir, en rueda de personas, hace que se le otorgue el irrestricto respeto a las formalidades que impone la realización de un acto “definitivo e irreproducible”. Dice LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en este sentido que: *“aún cuando una persona haya sido identificada por medio de una fotografía, deberá realizarse siempre un reconocimiento en rueda posterior”*.³³

Teniendo en cuenta los avances tecnológicos que se han ido sucediendo posteriormente en materia de medios de comunicación y de observación, aunque parezca lo contrario, el ámbito de la privacidad ha tenido que aumentar para defender la libertad del ciudadano frente al uso indiscriminado de esos medios de seguimiento por parte de las autoridades. Y probablemente tendrá que seguir aumentando en el futuro si la sociedad desea conservar las mismas dosis de libertad que en la actualidad, sin que **cualquier dato de la vida privada de un individuo que trascendió casi por azar en un espacio público, pueda servir para rastrearlo e involucrarlo en cualquier hecho delictivo**³⁴.

5.1.- Recursos por parte de la defensa. Argumentos (falta de consentimiento, invasión a la privacidad)

Es así, que razonablemente, quienes tienen a su cargo la defensa técnica de quienes se encuentran involucrados en los ilícitos, solicitan la nulidad aduciendo a la ausencia de legitimación en la obtención de fotografías, la falta de consentimiento por parte del titular de la cuenta –de manera similar que se necesita el consentimiento para el allanamiento de morada-, **comprometiendo el ámbito de la privacidad**, protegida por el art. 19 CN, al haberse utilizado imágenes procedentes de Facebook extraídas sin legal autorización y desvirtuando la finalidad para la que fueron publicadas, circunstancia que sumada a la ausencia de otra fuentes

³³ AROCENA, Gustavo. “El reconocimiento por fotografía, las atribuciones de la policía judicial y los actos definitivos e irreproducible”, Temas de Derecho Procesal Penal. 1º reimpresión, editorial Mediterránea, Córdoba, 2004, pág. 98 y 99

³⁴ FENOLL, Jordi Nieva. Ob. cit., pág. 127, 130 y 131

alternativa determina que deba invalidarse el procedimiento³⁵ de identificación inicial de los imputados y por ende decretarse la absolución y la desvinculación de los encausados.

De intentarse este camino, la nulidad estriba en la acción que lleva a cabo un órgano jurisdiccional extirpando los efectos jurídicos de un acto procesal irregular. El acto típicamente defectuoso no es inválido en tanto no medie una expresa declaración judicial en tal sentido, la que, incluso, puede no producirse nunca en el desarrollo de un proceso penal. Si esto último ocurriera, el acto defectuoso devendría inmovible en razón de la consolidación propia de la cosa juzgada de la sentencia definitiva firme. La cosa juzgada traduce allí una causa de subsanación de la nulidad procesal³⁶.

6.- Consideraciones finales

Por último, y llegando al final de este respectivo trabajo, como propuesta final de análisis y reflexión, me corresponde la valoración sobre la temática elegida.

Considero que un importante campo de desarrollo para el derecho a la autodeterminación informativa lo constituye, sin duda, el proceso penal. Los cambios introducidos por la tecnología en la dimensión y estilo de las investigaciones criminales no sólo han traído mejoras en el trabajo cotidiano de las autoridades de la investigación, sino que también han acarreado nuevos retos y problemas al legislador y a la doctrina, a fin de tutelar también en este ámbito el derecho del ciudadano a controlar quién, cuando y bajo qué circunstancia toma contacto con sus datos personales. En la actualidad, ya nadie puede escapar al fenómeno de la globalización en el que nos encontramos inmersos hace años, como así tampoco puede el sistema judicial dejar de actualizarse y adecuarse al mismo, aportando una redefinición de sus estructuras clásicas y estrategias para la investigación de

³⁵ Considerando III, pto 2, en fallo CCC 2912/2012/TO1/CFC1 Cámara Federal de Casación Penal, Sala III, “**Rojas, Eduardo Walter s/ Recurso de Casación**”, fecha 31 de marzo de 2015.

³⁶ CREUS, Carlos. “*Invalidez de los actos procesales penales*”. 2º edición actualizada y ampliada, editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 81

delitos. Incluso, proyectos de investigación ³⁷ que buscan generar un sistema de reconocimiento facial para buscar directamente el perfil en las redes sociales de una persona desconocida, en donde se envía la imagen al sistema (servidor) y se compara la foto con millones de registros en línea para entregar de vuelta el nombre, más fotos y los enlaces a los perfiles en redes sociales como Facebook, Twitter o Instagram.

Desde mi punto de vista, no puede considerarse que resulte violatorio al principio de privacidad protegido por el art. 19 de la CN la extracción de contenido –en cuanto sea el mismo **de acceso público**, ya que estas redes sociales permiten realizar configuraciones de privacidad, donde los usuarios establecen que “*pueden ver*” sus amigos y que no-subido en Facebook u otra red social de similares características, ya que en la mayoría de los casos la medida puede llevarse a cabo sin necesidad de realizar hackeo alguno, engaño o método indebido. Estas redes sociales son de soporte digital, que otorgan libre albedrío a sus usuarios para formalizar sus contactos, dar noticia de lo que acontece en sus vidas, exponiendo imágenes e información que los mismos elijen “**hacer pública**”. Por ello, desde el mismo inicio en el que una persona procede a la obtención de cuenta en una red social, podría decirse que de alguna manera estaría consintiendo en que su vida privada se transforme en pública, de conocimiento y acceso a un sinnúmero de personas. Lógicamente, en cuanto se trate de la obtención de otros datos que de alguna manera no aparezcan como de acceso público, es que deberán entonces respetarse todas las garantías y seguirse el procedimiento normado por las leyes procesales para la obtención de dicha información.

Deberán adaptarse a ello la normativa penal de fondo y de forma razonablemente, para dar paso a estas novedosas estrategias de investigación y sistemas de información.

³⁷ Proyectos como “DEEPFACE” desarrollado por la empresa Facebook y la Universidad de Tel Aviv; o el proyecto “FACIALNETWORK” de la empresa NameTag, que además busca comparar las fotografías con las existentes en el Registro de Ofensores Sexuales de los Estados Unidos.