

**Publicación: Revista Latinoamericana de Derecho Procesal**

**Fecha: 20-05-2015 Cita: IJ-LXXVIII-886**

**Publicaciones en las redes sociales: consideraciones acerca de su viabilidad como prueba en el marco del proceso judicial**

*Posts in social networks: considerations on their admissibility as evidence in court*

Germán Daniel Landau

**I. Introducción** [arriba] -

La aparición de las nuevas tecnologías siempre ha traído aparejadas diversas consecuencias en múltiples aspectos, y las redes sociales no constituyen una excepción a ello. Sin lugar a dudas, este fenómeno ha implicado cambios fundamentales en la forma que las personas tienen de comunicarse entre sí, ya sea que se encuentren en una misma ciudad, o bien, en distintas partes del mundo. De esta manera, en tanto medio de comunicación, resulta insoslayable que las redes sociales constituyen una inmensa fuente de información que no puede ser menospreciada por los tribunales al momento de resolver distintos casos.

En efecto, a la fecha en que es redactado este escrito, ya se han emitido sentencias en las cuales los jueces han considerado publicaciones que las partes hubieren realizado a través de sus respectivas cuentas personales en redes sociales como Twitter, Facebook, Instagram, entre otras. Ejemplo de ello es el caso *Lougheed Imports Ltd. (West Coast Mazda) v. United Food and Commercial Workers International Union*, que ha tenido lugar en Canadá, en el que el empleador despidió a dos de sus empleados en virtud de ciertos comentarios de índole insultante, agresiva y ofensiva, que fueron realizados en sus cuentas de Facebook, lo que motivó el impulso de una acción por parte del sindicato ante la *British Columbia Labour Relations Board*. Esta Junta desestimó el pedido fundándose en que los empleados no podían contar con una expectativa seria de privacidad respecto de sus publicaciones en la red social Facebook, las cuales consolidaban la justa causa para el despido. Más aún, la Junta consideró que los trabajadores en cuestión reunían cerca de 400 “amigos”, siendo algunos de ellos empleados de la empresa *West Coast Mazda*, y que aún cuando los comentarios hubieren sido efectuados fuera del horario laboral, bien podrían contribuir a hostilizar el ambiente de trabajo.[1]

Así, como puede observarse, las redes sociales han comenzado a jugar un rol de importancia en el ámbito laboral, como así también han empezado a incidir en el ámbito familiar. En efecto, en miras a acreditar la causal de injurias graves en materia de divorcio, hoy en día se han sumado a los medios tradicionales de prueba la constatación notarial de publicaciones, es decir, comentarios y contenidos de todo tipo localizados en redes sociales que constituyan presunciones graves, precisas y concordantes de la eventual existencia de una relación extramatrimonial por parte de uno de los cónyuges.[2]

Ahora bien, sin entrar en el debate de la valoración que pudieren llegar a realizar los jueces respecto de este tipo de pruebas, entendemos que resulta de sumo interés considerar la viabilidad en el proceso judicial respecto del pedido de información existente en las bases de datos de las redes sociales. Es decir, Internet reviste una naturaleza eminentemente pública, sin embargo, no puede soslayarse que las redes sociales permiten a sus usuarios configurar quienes pueden ser destinatarios de sus publicaciones. De este modo, cabe preguntarse si es posible que un tercero, en aras de acreditar su pretensión pueda invocar pruebas existentes en las susodichas bases de datos, aún cuando tales publicaciones hubieren sido realizadas en el marco de un supuesto marco de privacidad. A tales efectos, a fin de brindar luz en el asunto que aquí nos concierne, en primer lugar, delimitaremos los conceptos de red social y del derecho a la intimidad, los cuales resultan fundamentales para el objeto de este trabajo, tras lo cual analizaremos la política de uso de datos de las principales redes sociales y así concluir con una breve reflexión final.[3]

## II. Delimitación del marco teórico [arriba] -

### *i) Las redes sociales*

A nuestro entender, cuando hablamos de redes sociales nos referimos a plataformas informáticas orientadas a la comunicación entre personas localizadas en distintas partes del mundo, pero que se encuentran conectadas ya sea mediante vínculos de afinidad, parentesco, amistad, o bien porque comparten intereses comunes. A través de ellas, los usuarios pueden conversar, publicar fotos, contar experiencias personales, es decir, compartir toda clase de contenidos y en todo momento. Así, en este contexto, la palabra compartir pareciera ser el gran pilar en el que se fundan las redes sociales, ya que los usuarios intercambian contenidos de todo tipo mediante distintas aplicaciones diseñadas especialmente por cada red a fin de conectar personas que se relacionan libremente en el espacio virtual.[4]

En lo que respecta al funcionamiento de las redes, el usuario debe, en primer lugar, crear una cuenta ingresando unos pocos datos personales (nombre, apellido, dirección de correo electrónico y fecha de nacimiento y sexo en el caso de Facebook), aunque nada obsta a que la información vertida sea falsa, dado que no se realiza ninguna clase de control sobre estos datos. Luego, una vez cumplido este paso, el usuario se encuentra facultado para ingresar en la red y comenzar a comunicarse, ya sea con sus “amigos” de Facebook, o bien, con sus “seguidores”, en el caso de Twitter e Instagram, o incluso con desconocidos con los cuales un usuario puede vincularse a través de publicaciones que guardan intereses comunes, etc.

Como bien observa Müller, las redes sociales solamente ofrecen el marco tecnológico, mas no ejercen un control sobre los perfiles o las opiniones que se publican, que pueda ser caracterizado como intenso, sino que en verdad resulta sumamente tenue, casi imperceptible.[5] Incluso, es factible crear una cuenta con datos completamente falsos y decir con absoluta libertad lo que se desee, aún cuando lo expresado pudiere resultar gravemente ultrajante para otras personas. En efecto, en este último caso, es decir, si un determinado contenido agraviase a alguien, recién a partir de la denuncia que la red ofrece puede llegar a analizarse la publicación, que podrá ser o no retirada de la plataforma informática. En materia de propiedad intelectual, por ejemplo, como consecuencia de la ley

que rige el contrato entre el usuario y Facebook, resulta aplicable el procedimiento de notificaciones previsto en la Digital Millenium Copyright Act (DMCA) del año 1998, conocido como "notice and take down", y que consta de un mecanismo extrajudicial que implica que una vez recibida la notificación pertinente (notice) se quiten (take down) de Internet aquellos contenidos que han sido denunciados como ilegales. Así, al recibir esta notificación la red social debe actuar con celeridad y dar de baja o, en su defecto, bloquear un contenido que le ha sido notificado que resulta difamatorio, atenta contra un derecho personalísimo o de propiedad intelectual.[6] Sin embargo, no puede dejar de mencionarse que, en los hechos, este procedimiento no resulta tan sencillo como parece.[7]

En todo caso, el control podría llegar a darse a través de la intervención de jueces, con todo lo que ello implica, como ha ocurrido en el Juzgado de 1ª Instancia de Rosario y de Salta de 8ª Nominación. En el primero de ellos, se ordenó a Facebook el cierre definitivo de una cuenta, debiendo asimismo la empresa demandada abstenerse en el futuro de habilitar el uso de enlaces, blogs, foros, grupos, sitios de fans, que injuriasen, ofendiesen, agrediesen, vulnerasen, o afectasen la intimidad personal y/o la actividad comercial de los actores.[8] Mientras que en el segundo, se ordenó a Twitter, Whatsapp, Facebook, Google y Yahoo que se abstengan de difundir videos relacionados con un menor y eliminar los registros referentes a él, tanto informáticos como los que se encontrasen en dispositivos que permitiesen su almacenamiento, pues la publicación de su imagen producía una afectación y perturbación de su intimidad e identidad, como así también la de todo su grupo familiar.[9]

## *ii. El derecho a la intimidad*

Por otro lado, no es fácil definir el derecho a la intimidad. El art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques". Ekmekdjian, por su parte, define este derecho diciendo que se trata de "la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privativo o reducto inviolable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado, mediante intromisiones de cualquier signo".[10]

Así, dentro de este marco conceptual, coincidimos con Pizarro, quien observa que la intimidad no solamente comprende aquellas conductas y situaciones que por su naturaleza y su desarrollo en un ámbito privado no están destinadas razonablemente al conocimiento de terceros sino, además, a aquellas acciones que aun cuando fuesen desplegadas en medios no privados, presentan un contenido netamente privado y, por ende, no susceptible de intrusión o divulgación.[11]

A su vez, no puede dejar de observarse que el derecho a la intimidad cede al otorgarse el propio consentimiento para que resulte público algo que habitualmente no lo sería, con lo cual deviene de sumo interés analizar hasta qué punto adquiere publicidad lo expresado en las redes sociales. A tales efectos, a fin de dilucidar la cuestión objeto de estudio en este escrito analizaremos, a continuación, la política de uso de datos o política de privacidad de dos reconocidas redes sociales.

#### IV. La política de privacidad de las redes sociales [arriba] -

El vínculo existente entre las redes sociales y los usuarios parte de la base de un contrato de adhesión, el cual generalmente no es leído por estos últimos, pero que sin lugar a dudas reviste gran importancia.

##### *i. Twitter*

En el caso de Twitter existen tres cuestiones acerca de las cuales el ingresante a la plataforma debe manifestar su aceptación, que son las Condiciones de Servicio, la Política de Privacidad y la Política de Cookies. En honor a la brevedad nos dedicaremos a analizar la segunda[12]. Aquí, se dispone, en primer lugar, que los usuarios registrados pueden enviar un Tweet, es decir, publicar un mensaje de hasta 140 caracteres que puede incluir otros contenidos como fotos, videos y enlaces a otros sitios web, y que es público de forma predeterminada. Así, ya sea que se utilice Twitter desde el sitio web, se publiquen o reciban Tweets a través de SMS o se acceda desde una aplicación, como por ejemplo Twitter para Mac, Twitter para Android o TweetDeck, se está consintiendo la recogida, cesión, tratamiento, almacenamiento, revelación y otros usos de la información según lo descrito en la Política de Protección de Datos. Es decir, sin importar el país en el que reside el usuario o desde el que se facilita información, se está autorizando a Twitter a utilizar esa información tanto en los Estados Unidos de América como en cualquier otro país en el que opere esta red social.

Más aún, la susodicha política establece que la mayoría de la información facilitada es información que se solicita que se haga pública. De este modo, no sólo los metadatos facilitados con los Tweets, las personas a las que se sigue, los Tweets que son marcados como favoritos o Retwitteados, así como muchas otras informaciones que se generan por el uso de los servicios provistos por la red social, revisten una naturaleza pública hasta el momento en que el usuario la elimine de Twitter. En efecto, esta información pública de perfil de usuario y Tweets públicos pueden ser buscados por motores de búsqueda y entregados inmediatamente, a través de SMS y APIs, a un amplio elenco de usuarios y servicios, por ejemplo la Librería del Congreso de los Estados Unidos, que archiva Tweets con fines históricos. Así, Twitter termina aconsejando que al momento de compartir información, ya sean fotografías, vídeos y/o enlaces, debe reflexionarse cuidadosamente acerca de aquello que será publicado.

Por último, en el apartado sobre la cesión y revelación de información queda más que clara la publicidad de los contenidos existentes en esta red, ya que se dispone que Twitter puede conservar o revelar información en caso de considerar que es razonablemente necesaria para cumplir con una ley, reglamento o requerimiento legal; para proteger la seguridad de cualquier persona; para tratar problemas de fraude, de seguridad o técnicos; o para proteger los derechos o la propiedad de Twitter, lo cual no obsta a que el usuario eventualmente plantease algún tipo de defensas u objeción ante el requerimiento para que se revele su información.

De esta manera, aún cuando Twitter permite al usuario llevar a cabo determinadas configuraciones a fin de reservar cierta información a un ámbito de mayor privacidad, resulta evidente que el contenido que se encuentra en esta red social reviste una naturaleza eminentemente pública y, por ende, constituye una prueba que puede ser solicitada en el marco de un proceso judicial.

## *ii) Facebook*

Facebook, por su parte, recibe un gran caudal de información por parte de sus usuarios, mucho más incluso que la que dispone Twitter. En efecto, Facebook cuenta con la información ingresada al momento de registrarse; aquella que el usuario decide compartir, es decir, actualizaciones de estado, fotos subidas, comentarios realizados en la “historia” de un amigo; la que otras personas comparten con el usuario; como así también otras informaciones que surgen del uso de las funciones de la plataforma, como cuando se consulta la biografía de otra persona, se busca a otro usuario o una página, es decir, siempre que se hace clic para consultar o interactuar con algo determinado.

Esta red social permite al usuario disponer quienes serán los destinatarios de una publicación, pudiendo optar entre hacerla pública, es decir, que cualquiera, incluso personas que no pertenecen a la comunidad de Facebook puedan acceder a esa información; compartirla exclusivamente con los amigos de Facebook; o bien, personalizar aún más el grupo de personas con las cuales se comparte la publicación, pudiendo ocultarla a ciertos usuarios.

De este modo, lo expuesto en el párrafo anterior pareciera reflejar un cierto ámbito de privacidad respecto de aquellas publicaciones cuyos destinatarios han sido limitados. Sin embargo, la Política de Uso de Datos[13] de Facebook dispone que la red social se encuentra facultada para acceder a toda la información, así como conservarla y compartirla en respuesta a un requerimiento legal, ya sea una orden de registro, orden judicial o citación siempre que la red crea, de buena fe, que la ley así lo exige. Así, resultan incluidas las respuestas a requerimientos legales de jurisdicciones ajenas a los Estados Unidos cuando se crea, de buena fe, que la ley de esa jurisdicción exige dicha respuesta, que afecta a los usuarios en dicha jurisdicción y que resulta coherente con estándares reconocidos internacionalmente. Asimismo, Facebook puede acceder, conservar y compartir información cuando crea, de buena fe, que es necesario detectar, evitar y responder al fraude y a otras actividades ilegales; protegerse a sí misma y a los usuarios, incluso como parte de investigaciones; o evitar que se produzcan lesiones físicas inminentes o mortales.

Más aún, la susodicha política establece que es posible que la red consulte, procese o conserve aquella información recibida durante un período prolongado de tiempo cuando se encuentre sujeta a una solicitud u obligación judicial, una investigación gubernamental o investigaciones relacionadas con posibles infracciones de las políticas o condiciones de la red social, o bien, para evitar daños.[14] Y, por último, Facebook también puede conservar información sobre las cuentas que han sido desactivadas al incumplir las condiciones

establecidas, pudiendo conservar estos datos durante al menos un año en miras a evitar que se repitan conductas abusivas.

A tales efectos, aún a pesar de las configuraciones respecto de la privacidad que esta red ofrece y si bien el usuario es propietario de la información que Facebook recibe, se presenta una situación semejante a la que se plantea en Twitter, de modo tal que cabe concluir que la información contenida en esta red social también puede ser solicitada como prueba en el marco de un proceso judicial.

#### **IV. Breve reflexión final** [arriba] -

Conforme resulta de público conocimiento, con el correr del tiempo las redes sociales han ido adquiriendo cada vez mayor relevancia a un punto tal que, a la fecha, juegan un rol trascendental en la sociedad contemporánea. No obstante, la legislación argentina continúa manteniéndose al margen de este fenómeno, lo cual, a nuestro entender, resulta harto criticable. En efecto, la realidad exige la delimitación de un marco legal en aras de la seguridad jurídica, como así también de la tutela del derecho a la intimidad. Más aún, vinculado a esto último y si bien en un contexto completamente diferente al actual, en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en Mar del Plata en el año 1983, la Comisión N° 1 en el despacho de lege ferenda recomendó en el punto VII 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 casos en que media un interés legítimo y d) la utilización de los datos conforme con la finalidad para la que fueron recogidos.

Así, si bien el debate por la reglamentación de Internet aún tiene un largo camino por recorrer, creemos que los Estados deben comenzar a sancionar ciertas normas orientadas a delimitar la disponibilidad irrestricta de la información de las personas por parte de las redes sociales. De esta manera, en tanto se mantenga el status quo, los usuarios deberán lidiar con su incapacidad para gestionar su privacidad en estas redes, debiendo reflexionar antes de realizar una publicación si la misma podría afectarlos en un futuro, en caso de ser empleada como una prueba en su contra en el marco de un proceso judicial. Y así, naturalmente, nunca olvidar que tienen derecho a permanecer en silencio y a consultar a un abogado, ya que cualquier cosa que publiquen en una red social podrá ser usada en su contra ante un tribunal.

#### **Bibliografía citada** [arriba] - (Ordenada alfabéticamente)

Ekmekdjian Miguel Ángel, Manual de la Constitución Argentina, 5° ed., Depalma, Buenos Aires, 2002, pág. 95

García Vior Andrea, “La inviolabilidad relativa del correo electrónico”, La Ley N° 2007-F, 514

González Pondal Tomás Ignacio, “Facebook: Reflexiones sobre el derecho a la intimidad”, La Ley Online AR/DOC/1909/2009

Moeremans Daniel y Gonzalo Casas Manuel, “Protección del e-mail como extensión del derecho a la intimidad”, La Ley N° 2007-E, 740

Müler Germán Esteban, “La responsabilidad de las redes sociales en Internet”, La Ley Online AR/DOC/4692/2012

Pizarro Ramón, Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación, 2° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 232

Tomeo Fernando, “El impacto de las redes sociales en el año 2011”, La Ley Online AR/DOC/1992/2012

Tomeo Fernando, “Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil”, La Ley Online AR/DOC/3469/2010

Viel Temperley Facundo y Bidegain Tomás, “El valor probatorio de los mensajes de correo electrónico”, La Ley N° 2011-D, 95.

-----  
[1] Cfr. British Columbia Labour Relations Board, Loughheed Imports Ltd. (West Coast Mazda) v. United Food and Commercial Workers International Union, Local 1518, 2010 CanLII 62482 (BC LRB), en

<http://www.canlii.org/en/bc/bclrb/doc/2010/2010canlii62482/2010canlii62482.html>  
(acceso el 24-V-2014)

[2] Cfr. Tomeo Fernando, “El impacto de las redes sociales en el año 2011”, La Ley Online AR/DOC/1992/2012

[3] Adviértase que el objeto de este escrito se dirige a la información contenida en las publicaciones realizadas en las redes sociales, mas no a aquella información que pudiere encontrarse en las conversaciones que los usuarios pueden llevar a cabo a través de los llamados “mensajes” de Facebook o “mensajes directos” de Twitter. Respecto de ello, entendemos que debe aplicarse analógicamente el criterio vigente en materia de correos electrónicos, para lo cual el lector puede remitirse a Viel Temperley Facundo y Bidegain Tomás, “El valor probatorio de los mensajes de correo electrónico”, La Ley 2011-D, 95; García Vior Andrea, “La inviolabilidad relativa del correo electrónico”, La Ley 2007-F, 514; Moeremans Daniel y Gonzalo Casas Manuel, “Protección del e-mail como extensión del derecho a la intimidad”, La Ley 2007-E, 740

- [4] Cfr. Tomeo Fernando, “Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil”, La Ley Online AR/DOC/3469/2010
- [5] Cfr. Müller Germán Esteban, “La responsabilidad de las redes sociales en Internet”, La Ley Online AR/DOC/4692/2012
- [6] Cfr. Tomeo Fernando, “Las redes sociales...”, op. cit.
- [7] Cfr. How to File a DMCA Takedown Notice, en <http://sarafhawkins.com/how-to-file-a-dmca-takedown-notice/> (acceso el 24-V-2014)
- [8] Cfr. Juzg. 1ª Inst. Civ. y Com. Rosario, “B. F. y Otros c/Facebook Argentina SRL s/Medida Autosatisfactiva”, IJ-LXV-353
- [9] Cfr. Juzg. 1ª Inst. Civ. y Com. Salta 8ª Nom, “M.L.P. en rep. de la menor F. C c. Redes sociales Twitter, Whatsapp, Facebook, Google, Yahoo y/o usuarios de Twitter s/medida autosatisfactiva”, La Ley 2013-B, 46
- [10] Cfr. Ekmekdjian Miguel Ángel, Manual de la Constitución Argentina, 5º ed., Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 95 cit. por González Pondal Tomás Ignacio, “Facebook: Reflexiones sobre el derecho a la intimidad”, La Ley Online AR/DOC/1909/2009
- [11] Cfr. Pizarro Ramón, Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación, 2º ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 232
- [12] Cfr. Política de Protección de Datos de Twitter, en <https://twitter.com/privacy> (acceso el 25-V-2014)
- [13] Cfr. Política de Uso de Datos, en [https://www.facebook.com/full\\_data\\_use\\_policy](https://www.facebook.com/full_data_use_policy) (acceso el 25-V-2014)
- [14] A título ilustrativo deviene de interés destacar que la red social Instagram, adquirida por Facebook en septiembre de 2012, contiene en su Política de Privacidad (Cfr. <http://instagram.com/about/legal/privacy/#>) una réplica exacta de lo hasta aquí expuesto. No obstante, cabe advertir que tras la terminación o desactivación de la cuenta de Instagram, la misma red social, sus filiales o proveedores de servicios pueden conservar la información y el contenido del usuario durante un plazo razonable en términos comerciales, con fines de copia de seguridad, archivo y/o auditoría.