



/ Buenos Aires
31 de julio
1 y 2 de agosto de 2013

TEMA: ACTAS (EN ESPECIAL LAS DE INFORMÁTICA, NOTIFICACIONES PROCESALES).

TÍTULO: “ACTAS DE COMPROBACIÓN, DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA INVIOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA”.

AUTOR: MARIANA C. MASSONE.

TELS.: 4371-0021 / 4371-0079

E-MAIL: massone@escribaniamassone.com.ar

PONENCIA.

Las comunicaciones y mensajes transmitidos o recibidos a través de redes sociales (Facebook) sólo pueden ser objeto de comprobación notarial con la conformidad expresa del emisor/autor/remiteante de las comunicaciones o mensajes, o con la de su destinatario directo (al menos uno de ellos, si fueran varios).

Las comprobaciones que se diligencien sin cumplir la premisa anterior violan derechos garantizados por la Constitución Nacional (derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia).

ACTAS DE COMPROBACIÓN, DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA INVOLABILIDAD DE LA CORRESPONDENCIA.

El motivo de esta convocatoria nos recordó un caso que creemos es ilustrativo de nuestro pensamiento. En aquella oportunidad, un abogado nos solicitó realizar un acta de comprobación que sirviera como prueba para el reclamo del aumento de la cuota alimentaria que su cliente (a quien llamaremos “A”) estaba realizando contra su ex cónyuge (a quien llamaremos “B”), padre de los hijos de la actora. El profesional solicitaba la comprobación e impresión de publicaciones realizadas por “B” en su cuenta de Facebook, en la que éste comunicaba la adquisición de un nuevo automóvil y el ascenso obtenido en su trabajo. Ante nuestra pregunta sobre el acceso al perfil de Facebook de “B”, el abogado nos informó que, por razones obvias, “A” no tenía acceso directo a dicho perfil, sino que podía hacerlo a través de otra persona (a la que llamaremos “C”). Éste último, “C”, era “amigo”¹ de ambas partes y lo que el abogado de “A” pretendía era que, ingresando su cliente a su propia cuenta y, a través de ella, al muro de “C”, se pudiera comprobar e imprimir lo que “B” había comunicado respecto a sus mayores ingresos y nuevas posesiones.

Todo lo antes relatado fue producto de una conversación telefónica con el abogado en cuestión, al que le solicitamos que nos permitiera un tiempo prudencial para evaluar la viabilidad de lo requerido, ya que desde el inicio entendimos que la pretendida comprobación no podría llevarse a cabo.

No tuvimos nuevo contacto con el abogado, por lo que desconocemos cómo continuó el caso particular.

Ahora bien, ya fuera del caso antes narrado, nos resulta altamente interesante continuar con el análisis del tema, ya con carácter genérico, dado que en la actualidad situaciones con ribetes similares pueden presentársenos y deberíamos conocer los límites de nuestra actuación.

¹ En la terminología propia de la red social Facebook, “amigos” son aquellas personas a las que el titular de la cuenta o “perfil” permite el acceso a sus publicaciones, fotografías, etc.

Las consideraciones que aquí volquemos no tendrán en cuenta las cuestiones de índole netamente tecnológicas, que son analizadas en otros trabajos que se han presentado a esta Convención. Nuestra intención es el estudio de situaciones como la anteriormente descrita a la luz de la normativa que rige los derechos y garantías amparados por legislación.

La pregunta que nos hacemos, la misma que nos hicimos oportunamente, es si es posible y lícito realizar una comprobación con las características antes apuntadas. Y la respuesta, en nuestra opinión, es negativa, en el entendimiento de que, a través de dicha constatación, estaríamos violando el derecho a la intimidad, protegido en nuestro derecho a través del artículo 19 de la Constitución Nacional², del artículo 1.071 bis del Código Civil³ y de los Tratados Internacionales con rango constitucional a los que ha adherido o suscripto nuestro país⁴.

Este derecho a la intimidad, definido como el ámbito reservado de la vida, acciones, asuntos, sentimientos, creencias y afecciones de una persona, *“incluye básicamente dos aspectos importantes. Por un lado, la intimidad implica la facultad de exclusión que tiene el sujeto en cuanto puede limitar a terceros el acceso a aspectos reservados de la vida. Y esa facultad implica la facultad opuesta, es decir, la facultad de definir a quienes o con quienes el ámbito de privacidad quiere ser compartido... Es decir, toda persona tiene derecho a elegir a quien incluye y excluye de su ámbito de privacidad... El ámbito de la privacidad e intimidad de una persona incluye elementos estrictamente personales, como los ligados a su cuerpo y actividades íntimamente ligadas al desarrollo de lo que se conoce como vida persona (por ejemplo, la vida sentimental, las enfermedades, las creencias y prácticas religiosas), y cubre por extensión a lugares y actos en donde la personalidad se desenvuelve, como el domicilio, **la correspondencia**, la ropa, las partes*

² Art. 19 de la Const. Nac.: *“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...”*

³ Art. 1.071 bis del C.C.: *“El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesa 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 reparación”.*

⁴ Entre ellos, son de destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (art. 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 11, incs. 2º y 3º).

*separadas del cuerpo, y el ejercicio profesional - es decir el secreto profesional respecto de información que adquiera en el ejercicio de la profesión-, sin que esto implique limitación alguna. En esencia y en la práctica, la intimidad es una esfera de hechos, circunstancias, conductas y actos que pertenecen a un ser humano y que **no corresponde que sea divulgados fuera del círculo en el que dicha persona los divulga** porque hacen a su ámbito más personal, que dicha persona ha elegido directa o indirectamente. Lo expuesto implica que el solo hecho de publicar o divulgar hechos, actos, o circunstancias personales o íntimas de una persona, haciéndoles perder dicho carácter, ya sirve para producir violación al derecho a la intimidad que toda persona tiene. Es decir, **el ilícito se configura con la sola publicidad de la intimidad de una persona**. Violar la intimidad es hacer público un ámbito de la vida privada de una persona que no lo era, no es necesario hacer imputación alguna, ofensiva o no...”⁵ (los destacados nos pertenecen).*

Si, como todos sabemos, la principal finalidad de esta clase de actas de comprobación es la preconstitución de prueba que será analizada judicialmente, no podemos dejar de considerar que, en la medida que ella resulte violatoria de derechos de rango constitucional, no sólo podrá generarse responsabilidad civil (y hasta penal) de quienes intervinieron en dicha violación, sino que **la prueba buscada puede no surtir ningún efecto**. En este sentido, ha dicho la jurisprudencia: “... *Es que cualquier injerencia en el ámbito privado de una persona debe ser realizada con el control insoslayable del órgano jurisdiccional y ajustarse a las previsiones contenidas en la normativa procesal, que no es más que la implementación de las garantías contenidas en nuestra carta magna. Cualquier apartamiento de estas premisas debe ser neutralizado por los jueces abocados al conocimiento de tales circunstancias, y en consecuencia, descartado al momento de desarrollar la argumentación de una decisión de mérito como la que se intenta, extremo que no se evidencia satisfecho en el sub lite...* Asimismo, sostuvo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que la justificación de los métodos para averiguar la verdad depende de la observación de las reglas jurídicas que regulan cómo se incorpora válidamente conocimiento al proceso, de manera tal que todos los métodos están permitidos y que a los autorizados se los debe practicar según la disciplina de la ley procesal (Comisión IDH, informe nº 1/95, caso 11.006), regla general impuesta tanto al Estado como a los particulares; sin perjuicio de que la justicia no puede prescindir de la

⁵ FISSORE, Diego M. “La reparación en especie a los daños a la intimidad, al honor y a la imagen”. Revista de Derecho Privado y Comunitario nº 1, año 1993, págs. 375 y ss.

ratio legis y del espíritu de la norma, pues considerar la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el común tanto de la tarea legislativa como de la judicial (CSJN, “Saguir y Dib”, rta.: 06/11/1980)... En cuanto sanción, pues, la nulidad se muestra como un medio práctico para retomar el curso normal del proceso, cuando por causa de la actividad procesal irregularmente cumplida se ha desviado de sus fines o ha alterado algún principio fundamental para su inicio, desarrollo o finalización (Clariá Olmedo, Derecho Procesal Penal, Editorial Ediar, t. IV, año 1966, p. 186), lo que a no dudarlo, sucedió en el sub lite...”⁶

Si avanzamos un poco más sobre tópicos que no han sido expresamente tratados por la doctrina y la jurisprudencia, nos atrevemos a decir que los mensajes, comentarios o publicaciones que el titular de una cuenta o perfil de Facebook realice en su muro, no sólo estarían dentro del ámbito de su intimidad, sino que podrían ser equiparados a la correspondencia.

Respecto a los correos electrónicos o *e-mails* se los ha definido como “*toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras.*”⁷ De esta definición, en nuestra opinión, resultan caracteres similares a las publicaciones que pueden realizarse a través de una red social: se trata de un mensaje o información (publicación en el muro) que se trasmite a varias personas (“amigos” del titular de la cuenta) por medio de una red de interconexión (internet es la plataforma a través de la cual se conectan estas personas).

En la actualidad, no caben dudas acerca de que los *e-mails* o correos electrónicos gozan de la misma protección que la correspondencia epistolar y su inviolabilidad, que se

⁶ CNCriminal, Sala 4a, noviembre 15 de 2004. Causa n° 25.065. Autos: “R., F. L. y otros s/estafa”. Publicado en RDN 880, pág. 134, con comentario de ROMANO DUFFAU, Gustavo. En el caso, se trató la inviolabilidad de la correspondencia epistolar contenida en la casilla de *e-mails* laboral del empleado denunciado. En el comentario referido, su autor sostuvo: “... *NUNCA deberán olvidarse los principios rectores que la Constitución Nacional consagra ya que, aun cualquier innovación tecnológica posterior, siempre deberá enmarcarse dentro de los derechos y garantías allí preexistentes, y su excepción avallasamiento deberá encontrar apoyatura en alguna cláusula procesal que así lo haya admitido con el control jurisdiccional correspondiente, so pena de poder hallarse incurso en algún delito penal.*”

⁷ CNTrab., sala VII, 27/3/2003 “Pereyra, Leandro R. c/ Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A.” TySS 2004-22, citado por VANINETTI, Hugo Alfredo y CATENA, Germán Ramón en “Correo electrónico e intimidad”, E.D. 221, pág. 883

encuentran garantizadas por el artículo 18 de nuestra Carta Magna⁸, el Pacto de San José de Costa Rica⁹, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

Roberto DURRIEU (h) afirma que *“el acceso de un tercero a un correo electrónico, ya sea privado o laboral, plantea la posibilidad de entrar en fricción con una buena parte de los derechos fundamentales contemplados en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional; esto es, con el derecho a la intimidad, derecho a la reserva personal y familiar, derecho a la privacidad y, finalmente, derecho al secreto de las comunicaciones.”*¹⁰

De la misma opinión participa nuestra jurisprudencia, que ha dicho *“... queda claro que el tan difundido “e-mail” de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc.; es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema. Es más, el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarse... nada se opone para definir al medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada. En tal sentido, la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o receptado, goza de la misma protección que quiso darle el legislador al incluir los arts. 153 al 155 en la época de redacción del Código sustantivo...”*¹¹

Y, entonces, nos preguntamos si las mismas normas no protegerían a los mensajes o publicaciones que son objeto de nuestro trabajo. La respuesta inicial parece ser afirmativa, aunque serán nuestros Tribunales y doctrinarios los que, finalmente, confirmen o descarten nuestra idea. Sin perjuicio de ello, no nos quedan dudas respecto a que, como mínimo, se está invadiendo la esfera de la intimidad de una persona que no ha prestado su

⁸ Art. 18 de la Const. Nac.: *“... es inviolable... la correspondencia epistolar... y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.”*

⁹ En su art. 11 apartado 2º dispone que *“nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su... correspondencia...”*

¹⁰ DURRIEU (h), Roberto. *“¿Puede la empresa acceder al e-mail de sus empleados?”* L.L. 2008-C, pág. 1032.

¹¹ CNCrim. y Correc., Sala VI, 4/3/1999, “Lanata, Jorge”. Publicado en “Derecho Informático 3.”, pág. 99, bajo la dirección de ZARICH, Faustina. Editorial Juris.

conformidad para ello.

Por lo expuesto, sostenemos que debemos ser en extremo cuidadosos en oportunidad de requerírse nos este tipo de comprobaciones. No nos bastará la manifestación del interés legítimo que realice el requirente; previamente, consideramos imperioso evaluar el contenido y alcances de la comprobación requerida. Si del análisis de las circunstancias relatadas por el requirente en la audiencia previa resultara que podrían encontrarse afectadas las garantías de intimidad, reserva y secreto de las comunicaciones del o de los sujetos que no son requirentes, sino “objeto” o motivo de la comprobación, entendemos que lo correcto es no aceptar tal requerimiento y abstenerse de llevar adelante dicha diligencia. Como ha quedado dicho en las transcripciones precedentes, sólo el órgano jurisdiccional es el que puede autorizarlo, por las razones que contempla nuestra Constitución. Nuestra Corte Suprema de Justicia, en el caso “N., M. E.”, desestimó por mayoría el recurso extraordinario que fuera planteado por la destinataria de una carta post mortem, quien recurrió la resolución del juez del sucesorio del autor de esa misiva que había autorizado la apertura de la carta que el albacea testamentario acompañó al expediente y le había sido dada por el causante para que le fuera entregada al heredero después de su muerte. El Alto Tribunal argumentó que no se advierte una intromisión arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas ya que cabía presumir que su contenido **no saldría del ámbito de quienes están ligados a la cuestión**¹².

Creemos que el mismo principio rector aceptado respecto de la correspondencia, es aplicable a las comunicaciones realizadas a través de las redes sociales (Facebook, en nuestro caso). Es decir, sólo con la conformidad expresa del emisor/autor/remite nte de las comunicaciones o mensajes, o con la de su destinatario directo (al menos uno de ellos, si fueran varios) podemos aceptar el requerimiento para la comprobación sobre la existencia de estas comunicaciones o mensajes existentes en las redes sociales.

¹² Sentencia del 9/5/2006, publicada en J.A., 2006-III-73 y citado por FACCENDA, María Cecilia y DELLACQUA, Mabel en “Cartas post mortem y comunicaciones electrónicas ante la intimidad”, L.L. 2008-A, pág. 1042. Las autoras comparten la opinión de Sambrizzi, contraria a la expuesta, puesto que al no conocerse el contenido de la carta antes de su apertura, ni siquiera el juez podría haberlo resuelto. Entienden que debió haberse aplicado lo normado por el art. 1036 C.C. e impedirse la apertura, protegiendo el principio de la inviolabilidad de la correspondencia, que se vio afectado al haberse opuesto su destinataria a su apertura y al existir la posibilidad de que la misma fuera confidencial.

BIBLIOGRAFÍA.

- BADENI, Gregorio. *“Tratado de Derecho Constitucional”*. Tomo I. Editorial La Ley.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *“Manual de la Constitución Reformada”*. Tomo II. Editorial Ediar.
- CIFUENTES, Santos. *“La protección de datos personales y el internet”*. La Ley, Tomo 2007-F, pág. 761.
- DURRIEU (h.), Roberto. *“¿Puede la empresa acceder al e-mail de sus empleados?”*. La Ley, Tomo 2008-C, pág. 1031.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *“Manual de la Constitución Argentina”*. Editorial LexisNexis Depalma.
- FACCENDA, María Cecilia y DELLACQUA, Mabel. *“Cartas post mortem y comunicaciones electrónicas ante la intimidad.”* La Ley, Tomo 2008-A, pág. 1042.
- FERREYRA, Raúl G. *“¿Tienes un correo electrónico para comunicarte? Observaciones en torno a la equiparación, en el ámbito del ordenamiento constitucional, de la correspondencia enviada por correo electrónico (e-mail)”*. Jurisprudencia Argentina, Tomo 2004-I, pág. 1188.
- FISSORE, Diego M. *“La reparación en especie a los daños a la intimidad, al honor y a la imagen”*: Revista de Derecho Privado y Comunitario, número 1, año 1993, pág. 369. Editorial Rubinzal Culzoni.
- FORNARI, María Julia y LAVALLE CORBO, Jorge. *“El derecho a la intimidad y su relaciones con las comunicaciones electrónicas”*. La Ley, Tomo 2007-F, pág. 1307.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída (Directora) y PARELLADA, Carlos A. (Coordinador). *“Derecho de daños. Segunda parte”*. Ediciones La Rocca.
- MOEREMANS, Daniel E. y CASAS, Manuel Gonzalo. *“Protección del e-mail como extensión del derecho a la intimidad”*. La Ley, Tomo 2007-E, pág. 740.
- PEYRANO, Guillermo F. *“El derecho a la “intimidad informática”*. Jurisprudencia Argentina, Tomo 2007-IV, pág. 1313.
- ROMANO DUFFAU, Gustavo. *“Nota a fallo: Algo más acerca de e-mails, correos electrónicos, su privacidad e inviolabilidad”*. Revista del Notariado número 880, pág. 136.

- SOBRINO, Waldo A. R. “*La ilegalidad de las ‘cookies’ y el ‘spam’ en el derecho argentino y la violación de la privacidad y la intimidad a través de Internet*”. *Jurisprudencia Argentina*, Tomo 2001-III, pág. 1194.
- TRIGO REPRESAS, Félix A. y STIGLITZ, Rubén S. (Directores). “*Derecho de daños. Primera Parte*”. Ediciones La Rocca.
- ZARICH, Faustina (Directora). “*Derecho informático 3*”. Editorial Juris.
- VANINETTI, Hugo Alfredo y CATENA, Germán Ramón. “*Correo electrónico e intimidad*”. *El Derecho*, Tomo 221, pág. 883