

**Marcelo Pablo Fortín**

# **Derecho a la privacidad en Facebook**

**Límites a la persecución de delitos  
y protección penal  
de la información restringida  
por el usuario**

*Prólogo de  
Leopoldo H. Schiffrin*



**LIBRERÍA  
EDITORIA  
PLATENSE**

**La Plata, 2016**

# TABLA DE CONTENIDO

PRÓLOGO.....	19
--------------	----

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA

I. El problema	
1. Introito.....	23
2. La relevancia del problema en el campo penal.....	24
3. La relevancia del problema desde la perspectiva de una sociedad liberal.....	27

## CAPÍTULO II

### BASES PARA EL TRATAMIENTO DEL PROBLEMA

I. El funcionamiento básico de Facebook	
1. Cuenta y Perfil.....	31
2. Barra de búsqueda y Solicitud de amistad.....	33
3. Configuración de privacidad: “Público”, “Amigos”, “Sólo yo” y “Personalizado”.....	34
4. La parte del perfil que no se puede restringir.....	36
5. Grupos de interés.....	37
6. “Publicar”, “Comentar”, “Me Gusta”, “Etiquetar”, “Compartir”, “Descargar” y “Bloquear”.....	38
7. Desactivar y eliminar la cuenta.....	40
II. El test de la Corte Suprema de los EE.UU. en el fallo “Katz” (expectativa de privacidad subjetiva y objetiva).....	40

## CAPÍTULO III

### EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD SUBJETIVA EN FACEBOOK

I. Introducción.....	45
II. Desarrollo	
1. Expectativa de privacidad subjetiva y “Perfil	

Facebook Público”.....	46
2. Expectativa de privacidad subjetiva y “Perfil Facebook Amigos”.....	49
3. Expectativa de privacidad subjetiva y “Perfil Facebook Sólo yo”.....	54
4. Expectativa de privacidad subjetiva y “Perfil Facebook Personalizado” (“Perfil Facebook Amigos de Amigos”).....	55
5. Expectativa de privacidad subjetiva y Grupos.....	57
III. Resumen.....	59

CAPÍTULO IV

EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD OBJETIVA EN FACEBOOK

I. Introducción.....	61
II. Razones derivadas del derecho reconocido en el art. 19 de la Constitución Nacional	
1. Derecho a la autodeterminación de consciencia	
a. Consideraciones generales.....	61
b. Consideraciones vinculadas a Facebook.....	66
2. Derecho a la autodeterminación informativa	
a. Consideraciones generales.....	68
b. La sentencia “ <i>Volkszählung</i> ” ( <i>BVerfGE</i> 65, 1).....	70
c. El art. 43 C.N. y la Ley 25.326.....	79
d. Consideraciones vinculadas a Facebook.....	82
3. Jurisprudencia relacionada	
a. La sentencia “ <i>Online-Durchsuchung</i> ” ( <i>BVerfGE</i> 120, 274)	
aa. La sentencia.....	83
bb. El traslado a Facebook de la doctrina de la sentencia.....	89
cc. Opinión.....	90
b. Los casos “N.N. s/Secuestro extorsivo” (Sala II Cámara Federal de Apelaciones de La Plata) y “R., E. W. s/recurso de casación” (Sala III Cámara Federal de Casación Penal)	
aa. Los fallos.....	93
bb. Síntesis de las líneas de los dos fallos.....	97
cc. Opinión. Límites a las fuerzas policiales y de	

seguridad para explorar perfiles Facebook públicos.....	98
4. Resumen general.....	102
III. Razones derivadas de la Ley 26.388 y la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina vinculada a Facebook (Competencias <i>in re</i> “Jutton” e <i>in re</i> “Díaz Sergio D.”).....	104
IV. Razones derivadas de cierto aspecto análogo entre <i>e-mail</i> y una cuenta o un perfil Facebook restringido o privado.....	107
V. Razones derivadas de la Ley 27.078.....	109
VI. Razones derivadas de la protección de la imagen personal como aspecto de la privacidad en el orden jurídico argentino.....	110

CAPÍTULO V

EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD OBJETIVA EN FACEBOOK (CONTINUACIÓN)

I. Introducción.....	111
II. La protección jurídico-constitucional de la imagen.....	111
III. La protección jurídico-civil de la imagen.....	113
1. La protección en el Código Civil.....	113
2. Violación del derecho a la imagen sin violación al derecho a la intimidad.....	115
3. Violación de la intimidad mediante obtención de imágenes en espacios públicos.....	118
IV. La protección jurídico-penal de la imagen	
1. El panorama de la protección penal de la imagen en el Código Penal de 1921	
a. Una posible protección penal de la imagen por el art. 153 C.P., negada por la doctrina clásica.....	121
b. Las razones a favor de una protección penal de la imagen fotográfica impresa por el art. 153 C.P.	
aa. Las razones vinculadas con los criterios usuales de interpretación de la ley.....	124
bb. Las razones relacionadas específicamente con la perspectiva político-criminal en un Estado de Derecho.....	127

2. El panorama de protección penal de la imagen en la Ley de Inteligencia 25.520.....	130
3. El panorama de protección penal de la imagen luego de la reforma de la Ley 26.388.....	131
V. Resumen.....	133

CAPÍTULO VI

LA INCONSISTENCIA DE LOS ARGUMENTOS INVOCADOS PARA NEGAR UNA EXPECTATIVA DE PRIVACIDAD EN FACEBOOK

I. Introducción.....	135
II. La naturaleza de la red social conspira contra una expectativa de privacidad.....	135
III. La aceptación de formar parte de Facebook implica aceptar el riesgo de perder la privacidad.....	139
IV. Quien es miembro de Facebook está dispuesto a hacer público todo.....	141
V. Los usuarios deberían haber evaluado mejor los eventuales riesgos.....	143
VI. La inevitable pérdida de control de la información.....	144
VII. El carácter público de la red social Facebook.....	147

CAPÍTULO VII

EL ACCESO INDEBIDO A UN PERFIL O GRUPO RESTRINGIDOS, EL APODERAMIENTO DE SU CONTENIDO Y SU PUBLICACIÓN COMO SUPUESTOS SUBSUMIBLES EN LOS ARTS. 153, 153 BIS Y 155 C.P. (LEY 26.388)

I. Privacidad como bien jurídico de los arts. 153, 153 bis y 155 C.P.....	151
II. Cuenta de Facebook como objeto de protección del art. 153 C.P.	
1. El tipo penal del art. 153 C.P.....	152
2. Cuenta de Facebook como “comunicación electrónica”.....	152
3. Las principales conductas típicas.....	153
III. Cuenta de Facebook como objeto de protección del art. 153 bis C.P.	
1. El tipo penal del art. 153 bis C.P.....	155

2. Cuenta de Facebook como “dato informático de acceso restringido”.....	155
3. La conducta típica del art. 153 bis C.P.....	156
IV. Concurso de figuras.....	158
V. La conductas de “comunicar a otro”, “publicar” o “hacer publicar” una comunicación electrónica o su contenido, previstas en los arts. 153 y 155 C.P.	
1. Generalidades.....	159
2. Es impune la conducta de “comunicar a otro” realizada por el que accede legítimamente a la comunicación electrónica.....	161
3. La eximente de responsabilidad del art. 155 C.P.....	162
VI. Delitos de acción privada.....	164

CAPÍTULO VIII

CASOS EN QUE EXTRAÑOS PUEDEN ACCEDER LEGÍTIMAMENTE A LA INFORMACIÓN PERSONAL DE UN PERFIL O GRUPO RESTRINGIDOS

I. Introducción.....	165
II. El acceso mediante orden judicial.....	165
III. El acceso en virtud de estado de necesidad o legítima defensa.....	169
IV. El acceso mediante consentimiento del titular.....	170
1. El acceso compartido	
a. La jurisprudencia en los tradicionales casos de control común de un área: los casos “Matlock” y “Frazier” de la Corte Suprema de los EE.UU. y el caso “Hansen” de la Corte Suprema argentina	
aa. “United Stated v. Matlock”.....	172
bb. “Frazier v. Cupp”.....	173
cc. “Cristian Enrique Hansen”.....	173
dd. Sobre la posible aplicación de la doctrina in re “Matlock”, “Frazier” y “Hansen” a Facebook.....	175
b. La opinión de la jurisprudencia argentina respecto de e-mails	
aa. El caso “S.R. y otros s/Inf. Ley 24.769 (causa 488760)”.....	177

bb. Sobre la posible aplicación de la doctrina *in re* “S.R. y otros s/Inf. Ley 24.769 (causa 488760)” al caso Facebook.....178

2. La solicitud de amistad engañosa. Particulares y funcionarios actuando encubiertos

a. El supuesto fáctico.....178

b. Particulares.....179

c. Funcionarios del Estado.....179

d. La cuestión en el Derecho norteamericano.....180

aa. “López v. United States”

aaa. El caso.....180

bbb. Opinión sobre el traslado a Facebook del caso “López”.....182

bb. “Hoffa v. United States” y “Lewis v. United States”

aaa. Los casos.....183

bbb. Opinión sobre el supuesto traslado a Facebook de los casos “Hoffa” y “Lewis”.....186

e. La cuestión en el Derecho alemán.....188

f. La cuestión desde la perspectiva de nuestro Derecho

aa. El tema desde el ángulo del caso “Fiscal v. Víctor Hugo Fernández”.....190

bb. Nuestra posición.....192

CAPÍTULO IX

EL CASO “[...] Y OTRA S/INF. ART. (S) 153 BIS C.P.” COMO UN BUEN EJEMPLO DE LA PROBLÁMICA

I. El hecho.....195

II. Los fundamentos de la Justicia para sostener la atipicidad. Comentario.....196

1. La decisión del juez a cargo del Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n° 6 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

a. Fundamentos.....197

b. Comentario.....198

2. La decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

a. Fundamentos.....201

b. Comentario.....202

3. La decisión del Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

a. Fundamentos.....204

b. Comentario

aa. Nuestras consideraciones.....205

bb. La posición del Fiscal General Adjunto.....208

CONCLUSIONES.....211

POSFACIO.....213

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....211