

Bahía Blanca, **27** de mayo de 2022.

VISTO: El presente expediente n^{ro}. **FBB 3139/2022/1/CA1**, caratulado: **“Incidente de Reposición... en autos: ‘MORA, Brisa Aylén por infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)’”**, proveniente del Juzgado Federal n^{ro}. **1** de la sede, para resolver las apelaciones deducidas a fs. 27/36 -en subsidio- contra el decreto de fs. 23/26; y a fs. 55/60 contra el auto dictado a fs. 44/50 (conforme numeración del sistema judicial lex 100).

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:

1ro.) A fs. 23/26, el Sr. Juez de grado requirió a Brisa Aylén MORA que aporte de manera voluntaria la clave de desbloqueo del teléfono celular que le fuera oportunamente secuestrado y, en el caso de no acceder a la petición, autorizó a que se efectúe un procedimiento de forma compulsiva y con la utilización de la mínima fuerza pública necesaria con el fin de obtener el patrón de desbloqueo de origen dactilar o de iris, a fin de realizar un peritaje integral del dispositivo legalmente secuestrado en el marco del proceso.

2do.) Frente a ello, a fs. 27/36 la Defensa de Mora manifestó oposición a la utilización de su pupila como medio de prueba y la compulsión física dispuesta, canalizando su planteo en el recurso de reposición con apelación en subsidio. Asimismo, en tal escrito solicitó la nulidad y su consecuente exclusión probatoria.

Sostuvo que su asistida se opone expresamente a un procedimiento que entiende violatorio de sus derechos y garantías constitucionales.

Calificó a la medida como irrazonable, inidónea, desproporcionada e innecesaria, y consideró que la misma atenta contra el derecho a la intimidad y privacidad, el derecho de defensa de la imputada y sobre todo la garantía que prohíbe la autoincriminación (arts. 18, 19 y 33 CN).

Expuso que invitarla nuevamente a aportar el patrón de desbloqueo del teléfono carece de sentido y es una excusa para proceder a la extracción de las claves en forma compulsiva.

Dijo que más allá de su planteo, el procedimiento –por su entidad- debería realizarse en el Juzgado Federal con presencia del magistrado y no en

USO OFICIAL



sede de la Gendarmería Nacional, a efectos de minimizar las lesiones a los derechos de su defendida

Indicó –con base en el informe de Gendarmería Nacional obrante en el legajo- que la imposibilidad de acceder al móvil se debe a la desactualización del sistema UFED, por lo que debieron procurarse los medios para actualizarlo y no utilizar a su pupila como objeto de prueba.

Citó en apoyo de su postura lo dispuesto en los arts. 296 del C.P.P.N. y 72 del C.P.P.F., por los derechos del imputado a negarse a declarar, imposibilidad de requerir promesa o juramento de decir verdad o sufrir coacción de cualquier naturaleza.

Cuestionó la amplitud de la orden de extracción de datos del celular y criticó la aplicación analógica de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que considera inaplicables por tratar cuestiones distintas (extracción de huellas dactilares y ADN).

Se preguntó cuál sería el límite a la “fuerza mínima necesaria” en caso de que la incusa se resista a mostrar su cara y adelantó que todo el producido de la medida no sería prueba válida en el proceso.

Entendió que lo concerniente a la era digital escapa a la legislación, doctrina y jurisprudencia de antigua data, que no da cuenta de las nuevas tecnologías.

3ro.) Los planteos efectuados fueron sustanciados, corriéndose vista al MPF de la instancia de grado, quien los consideró improcedentes (fs. 38/38).

Sin perjuicio de ello, solicitó que “*se modifique la forma de ejecución de la medida ordenada, la que correspondería -tal como sostiene la defensa- se efectivice ante S.S, Secretario actuante y con la presencia facultativa de ambas partes*”.

4to.) El planteo de reposición y pedido de nulidad (con la consecuente exclusión probatoria de la medida de prueba impugnada) fue considerado por el magistrado de grado a fs. 44/50, quien, en lo que aquí interesa, no hizo lugar al recurso de reposición y concedió el recurso de apelación planteado en subsidio. Mismo temperamento adoptó en relación a la nulidad planteada.

USO OFICIAL



USO OFICIAL

5to.) A su vez, sumado al recurso de reposición con apelación en subsidio (concedido a fs. 44/50), la defensa de Mora interpuso a fs. 55/60 recurso de apelación contra el rechazo de nulidad.

En tal escrito sostuvo que la medida no es de última ratio pues no se han agotado todas las posibilidades existentes a efectos de la apertura del teléfono celular. Sobre ello, destacó lo informado por Gendarmería Nacional y por la Policía de Seguridad Aeroportuaria, quienes manifestaron no haber podido proceder a la apertura del celular mediante sistema UFED, por carecer de la actualización del sistema necesaria al efecto.

En efecto, consideró que quedan aún otras medidas que efectuar y otras posibilidades –actualización de sistemas- a las que apelar antes de disponer medidas de tilde coercitivas sobre la imputada.

6to.) El Fiscal General presentó a fs. 65/67 el informe sustitutivo de la audiencia prevista en el art. 454 del CPPN, donde propició el rechazo del recurso y, a su turno, hizo lo propio el Defensor a fs. 64/64 desarrollando los fundamentos expuestos oportunamente.

7mo.) Conforme se verifica de las constancias obrantes, las presentes actuaciones se iniciaron con motivo de un procedimiento llevado a cabo en la vivienda de la imputada, que culminó con su detención y el secuestro de aproximadamente 500 kilogramos de marihuana y 5 kilogramos de cocaína (fs. 267, del expte. ppal), dinero y el teléfono marca Iphone modelo 11 pro max (cuya apertura aquí se debate), entre otras cosas.

Así, el juez de la instancia de grado decretó el procesamiento con prisión preventiva de la imputada por considerarla *prima facie* autora material y penalmente responsable del delito de almacenamiento de estupefacientes (art. 5 inc. “c” de la ley 23.737 y 45 del CP).

8vo.) Con posterioridad al auto de mérito, y en atención a la medida propuesta por el MPF en los términos del art. 198 y ccdtes. del CPPN, el a quo requirió a la imputada la clave de desbloqueo del teléfono celular que le fuera oportunamente secuestrado y, en el caso de no acceder a la petición, autorizó a que se efectúe un procedimiento de forma compulsiva; tal medida debía ser efectuada ante



testigos, por agentes de sexo femenino y obteniendo un registro fílmico de su materialización.

El magistrado tuvo en cuenta que ya habían sido ordenadas una serie de diligencias tendientes a lograr el desbloqueo del teléfono, las que arrojaron resultados infructuosos; y que la imputada se había negado a la invitación de aportar voluntariamente los datos necesarios para el desbloqueo.

El magistrado destacó que Mora “*se encuentra obligada a someterse a la realización de la medida bajo análisis, no ya como sujeto de la relación procesal, sino como objeto de prueba en el proceso penal que afronta, máxime cuando la medida no resulta lesiva o degradante y guarda proporcionalidad entre el medio elegido y el fin perseguido y no afecta, en modo alguno, la prohibición de autoincriminación garantizada por el art. 18 de la Constitución Nacional*”.

En base a tales consideraciones, el a quo dispuso la medida cuya legalidad se encuentra ahora bajo examen.

9no.) Conforme lo expuesto, surge que la medida dispuesta se erige como necesaria, razonable, pertinente y útil en relación a la hipótesis delictiva investigada, toda vez que lo que se intenta a través de la misma es el acceso al contenido del celular de quien resulta procesada por haber almacenado 500 kilogramos de marihuana y más de 5 kilogramos de cocaína aproximadamente, tiene sustento en lo actuado hasta la fecha, y luce ésta conducente para determinar otros posibles eslabones de la cadena de tráfico, su grado de participación, y demás circunstancias del hecho investigado.

La naturaleza compleja del delito investigado, y la gran cantidad de droga incautada imponen no descartar a estas alturas que otras personas aún no señaladas en la causa podrían estar involucradas, o posibles lugares donde se almacenasen más cantidades de estupefacientes o dinero no registrado proveniente de la actividad ilícita imputada, extremos que podrían dar cuenta de una organización delictiva de mayor envergadura, cuya determinación y desbaratamiento podría determinarse con la medida dispuesta, erigiéndose por tanto como una herramienta necesaria y oportuna para el avance de la investigación y el resguardo del interés social en castigar los delitos de esta naturaleza.

USO OFICIAL



Así entonces, la medida dispuesta guarda completa congruencia con los antecedentes que le sirven de causa, y siendo que con ésta se pretende obtener información proveniente del hecho ilícito investigado, la misma resulta una derivación razonada de la necesidad procesal para el avance de la investigación, por lo que esta mínima injerencia en la imputada es así proporcional para poder arribar al esclarecimiento del hecho y en consonancia con los fines que informan la realización del proceso penal.

10mo.) Sentado ello, cabe ahora determinar la legalidad de la obtención compulsiva de la prueba a la luz de las garantías constitucionales que la defensa alega se verían vulneradas.

Sobre el punto, nuestro Máximo Tribunal *in re* “*Rau, Alejandro Oscar s/causa no 16.400*”, determinó la extensión de la cláusula constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, sosteniendo que tal garantía veda el uso de cualquier forma de coacción o artificio tendiente a obtener *declaraciones* acerca de los hechos que la persona no tiene el deber de exteriorizar, mas no abarca los supuestos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del garantido (*Fallos*: 339:480).

Es decir, conforme el entendimiento que cabe otorgarle a dicha cláusula, corresponde realizar un distingo entre aquella prueba proveniente de declaraciones y dichos del encartado (que se encuentra incuestionablemente alcanzada por la garantía en análisis), de aquellas que se extraen del imputado quien actúa como portador material de los elementos probatorios que se pretenden introducir al proceso.

Pues, si bien no es dable forzar al imputado a colaborar activamente con la pesquisa llevada en su contra, tampoco resulta atendible que éste no pueda ser objeto de ciertas injerencias corporales –siempre, claro está, respetándose su dignidad e integridad– por parte del Estado para contribuir al esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos y cuya intervención se le atribuye.

Ahora bien, para realizar el distingo señalado, corresponde partir de una premisa básica que reza que todo imputado de un delito tiene un derecho *absoluto* a que de ninguna forma sea compelido a brindar declaraciones que puedan autoincriminarlo sobre el hecho producto de la investigación que se lleva a cabo en su contra, declaraciones que solo pueden ser dadas libremente.



La extensión de dicha garantía ampara también manifestaciones de voluntad realizadas por cualquier medio de expresión, pues se entiende que expresar, declarar y/o comunicar ideas implica una colaboración activa del imputado, un *hacer* a su cargo. Y sobre la base de esta inteligencia, se ha extendido la protección del art. 18 CN –en análisis–, a la prohibición de forzamiento de realización de un cuerpo de escritura. Lo que, en la especie, resulta equiparable a los métodos de desbloqueo de celular que impliquen aportar un código de identificación alfanumérico o el patrón de desbloqueo. Por lo que, en dicho caso, la compulsión de una medida como la descripta deviene ilegal. Ello, sin perjuicio de la facultad del juez de requerirlo, y –asimismo– el derecho del imputado de negarse a aportarlo.

Distinto es el análisis en los casos en que el imputado resulta objeto de prueba, es decir, cuando el sujeto investigado es el portador de la prueba misma. En estos casos, éste se constituye en objeto de prueba, y no se busca que el imputado realice un acto o manifestación, sino simplemente recae sobre él un deber de tolerancia, donde sólo se le exige un comportamiento pasivo frente a la medida probatoria ordenada. Sobre el punto, el hecho de que el cuerpo del imputado pueda ser utilizado para adquirir prueba en su contra, y en consecuencia, éste pueda ser compelido –en tanto objeto de prueba– a someterse a la medida probatoria dispuesta, ha sido convalidado –para ciertas prácticas y con determinados recaudos– por nuestro Máximo Tribunal.

11vo.) Deslindado ello, corresponde ahora analizar si el hecho de solicitarle a la imputada que proporcione sus datos biométricos y, eventualmente, obligarla a colocar su dedo sobre el lector de huellas o su rostro/iris frente a la cámara implica una violación a la garantía que veda la exigencia de declarar contra sí mismo.

Previo a ello, y tal como ha sido expuesto por la defensa, la presente circunstancia que involucra el uso de nuevas tecnologías, no se encuentra prevista en el marco regulatorio de “antigua data”.

En efecto, dados los vertiginosos avances tecnológicos, el núcleo duro de evidencias a utilizarse en el marco de una investigación penal, se almacena –en su generalidad– en dispositivos electrónicos de información, que antes eran conservados en su totalidad en soportes físicos. Resulta menester aceptar que la era digital contemporánea produce la necesidad y el gran desafío de los organismos

USO OFICIAL



USO OFICIAL

llamados a investigar y juzgar los delitos de *readecuar la interpretación de las herramientas procesales vigentes* –que fueron dictadas en un momento determinado (en el caso, en 1991, donde el proceso de informatización masiva resultaba incipiente)– a la realidad del momento en que deben ser utilizadas, so riesgo de caer en anacronismo, y –por no lograr aggiornarse a los avances digitales– resultar obsoleto para resguardar los intereses de la sociedad en la persecución y juzgamiento de los delitos. Por ello, la circunstancia de su falta de previsión legislativa, lejos de representar un impedimento para la realización probatoria –como pretende la defensa– implica una adaptación de la normativa a las circunstancias actuales.

Dicho esto, entiendo que si se ha afirmado que la cláusula constitucional que proscribe la compulsión de la autoincriminación no resulta alcanzada por medidas probatorias tales como aquellas que requieren la presencia física del imputado como prueba de su identidad (vgr. rueda de reconocimiento, CSJN, *Fallos* 255:18, “Cincotta”), o que requieran que éste aporte su huella dactilar, tolere que se le realice una radiografía, o hasta incluso se someta a la extracción compulsiva de sangre (*Fallos*: 318:2518), a mi juicio, es posible hacer extensivo dicho razonamiento a la medida aquí dispuesta, en tanto la entidad de ésta (que consiste en aportar la característica biométrica del imputado ya sea colocando la huella dactilar, o a través del reconocimiento facial para desbloquear el dispositivo electrónico) resulta similar –o hasta incluso menos invasiva– que las señaladas.

Nuestra Corte sostuvo que “*la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen*”.

Asimismo, el Tribunal agregó que “*...por no constituir una práctica humillante o degradante, la intromisión en el cuerpo que la medida dispuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley (arts. 178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en Materia Penal), pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia...*”.



En conclusión, en medidas de prueba como las aquí analizadas, todo imputado puede ser obligado compulsivamente a la utilización de su cuerpo para la extracción de datos de interés para la causa, en tanto aquellas no impliquen de ninguna manera, una injerencia tal en el cuerpo que redunde en un trato degradante o humillante, sean dañosas para la salud o produzcan sufrimientos innecesarios, y no guarden una adecuada razonabilidad y proporcionalidad como sostén de la pertinencia de la medida de prueba ordenada para actuar compulsivamente sobre el cuerpo del imputado.

12vo.) Sobre esto último, se observa que la forma de cumplimiento compulsivo dispuesta por el magistrado de grado cumple con los parámetros señalados, pues dispuso específicas condiciones en que esta debía realizarse, en un procedimiento ante testigos e íntegramente documentado mediante registro fílmico –descartándose así una intensa actividad para vencer una eventual resistencia–, por lo que los agravios referidos a atentados a la integridad de la encartada, no pueden ser atendidos.

13vo.) Por último, el planteo realizado sobre el lugar en dónde debe llevarse a cabo la medida tampoco ha de prosperar, pues no solo tal acto estará dotado de los resguardos señalados en el párrafo anterior –de por sí suficientes–, sino que además el juez ha dado explicaciones más que suficientes por la conveniencia de realizarlo donde trabajan los profesionales que conectarán al equipo, una vez desbloqueado, al sistema UFED.

Por todo lo expuesto, **propongo al acuerdo:** se rechace los recursos interpuestos, y en consecuencia, se confirme el auto de f. 44/50.

La señora Jueza de Cámara, Silvia Mónica Fariña, dijo:

Por compartir sustancialmente las consideraciones formuladas en el voto que antecede, me adhiero a la solución propuesta por el doctor Pablo A. Candisano Mera.

Por ello, **SE RESUELVE:** Rechazar los recursos interpuestos, y en consecuencia, confirmar el auto de fs. 44/50.

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN N^{tos.} 15/13 y 24/13) y devuélvase. No suscribe el señor Juez de Cámara, doctor Roberto Daniel Amabile (art. 3°, ley 23.482).



Pablo A. Candisano Mera

Silvia Mónica Fariña

Ante mí:

María Alejandra Santantonin
Secretaria

amc

USO OFICIAL

