

DEBLOQUEO COACTIVO DEL TELÉFONO DEL IMPUTADO MEDIANTE OBTENCIÓN DE DATOS BIOMÉTRICOS. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A SU VALIDEZ CONSTITUCIONAL ¹

Norberto Emanuel Orué

1. INTRODUCCIÓN²

No es una novedad el hecho de que los avances producidos en materia de informática y tecnologías de la comunicación han cambiado profundamente la vida de las personas en todos sus ámbitos. Uno de los aspectos más relevantes de esta revolución tecnológica está dado por la utilización masiva de los teléfonos inteligentes, comúnmente conocidos como smartphones, cuyo uso se ha popularizado a tal punto que la mayoría de las personas utilizan estos pequeños dispositivos móviles para casi todas sus actividades cotidianas, lo que produjo un enorme avance hacia la digitalización de todos los aspectos de la vida del ser humano.

Es interminable la lista de tareas que con dichos aparatos se pueden realizar, ya que actualmente su uso no se limita a concretar comunicaciones mediante llamados y mensajes de texto, sino que su utilidad se ha ampliado a una multiplicidad de ámbitos (Márquez y Perzan, 2021). Se pueden utilizar para actividades laborales o académicas, para buscar y acceder a todo tipo de información a través de motores de búsqueda, para transacciones bancarias y comerciales, para actividades recreativas o de entretenimiento, entre tantas otras opciones.

Ahora bien, como correlato, cada una de las actividades que se llevan a cabo con un smartphone deja una suerte de rastro digital que se traduce en un perfecto registro de la vida del usuario (Salt, 2017). Por ejemplo, si se solicita un servicio de transporte, el dispositivo necesariamente requerirá información sobre la ubicación del punto de partida, así como registrará el recorrido y el destino final del viaje, lo cual generará un registro de los lugares por los que el usuario ha transitado. De la misma forma, quedan registrados los gustos personales del usuario al solicitar comida, o al escuchar música o

¹ Cítese como Orué, N. 2023. Debloqueo coactivo del teléfono del imputado mediante obtención de datos biométricos. Algunas consideraciones en torno a su validez constitucional, *Estudios sobre jurisprudencia*, 241-277.

² Este trabajo surgió como propuesta de trabajo final, en el marco del curso “Taller de escritura académica. Estrategias para el diseño y producción de estudios sobre jurisprudencia”, organizado por la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa, y dictado por la Dra. Natalia Saralegui, durante el mes de marzo de 2023.

seleccionar una película. Igualmente ocurre con la información que se registra cuando se utilizan los populares motores de búsqueda de internet.

Por la importancia que tiene la información contenida en cada dispositivo, resulta razonable que los usuarios de tengan preocupación o interés en mantenerla bajo cierto resguardo, a consecuencia de lo cual, los fabricantes de teléfonos celulares han diseñado medidas de seguridad para restringir el acceso a los mismos, con el fin de dotar al usuario de mecanismos para proteger sus datos personales más sensibles.

Así, la tecnología en materia de seguridad ha ido avanzando progresivamente, implementando mecanismos de seguridad cada vez más complejos, desde la utilización de claves numéricas o alfanuméricas, así como patrones de desbloqueo, hasta la actualidad, en que dichos sistemas han sido complementados o bien directamente sustituidos por la aplicación de procesos de autenticación biométrica, esto es, el uso de los datos biométricos de una persona como una llave de seguridad para el acceso al dispositivo.

Los datos biométricos son aquellos datos personales sensibles obtenidos a través de un método automatizado y técnico específico, que pueden surgir por el análisis de características biológicas o de comportamiento. Las primeras consisten principalmente en las huellas dactilares, el ojo (iris y retina) y el reconocimiento facial, mientras que las segundas consisten, por ejemplo, en el reconocimiento de la voz (Gómez Jolis, 2021).

Dicho en forma sencilla, mediante la autenticación biométrica, el smartphone registra esas características del usuario, y luego las requiere para brindar acceso al dispositivo cuando éste se encuentre bloqueado. Así, cuando el usuario proceda a apoyar un dedo, acercar el rostro o el iris del ojo, un lector incorporado al aparato reconocerá el rasgo biométrico y procederá a desbloquearlo, dando acceso total al contenido del mismo.

Ahora bien, así como resulta razonable que toda persona pueda tener un especial interés en resguardar la información contenida en su smartphone, también es de esperar que las autoridades estatales intenten acceder a ella en el marco de cualquier investigación penal, pues como señalé anteriormente, dichos dispositivos registran una inmensa cantidad de datos que reflejan casi a la perfección las actividades realizadas por el usuario. A partir del análisis de su contenido se pueden verificar, por ejemplo, los lugares donde estuvo situado el usuario, sus contactos, las llamadas y conversaciones, fotos y videos, y todo otro dato que pueda ser de especial relevancia para determinar la verdad sobre un hecho delictivo.

Es por ello que en la mayoría de las investigaciones criminales de la actualidad suele hallarse involucrado algún teléfono celular con potencialidad de otorgar evidencia de relevancia para determinar la existencia de un delito y la responsabilidad penal del autor

(Polansky, 2022). En consecuencia, las autoridades estatales seguramente estarán interesadas en incautar el teléfono del imputado, con el fin de obtener y analizar la información que contiene. Y si bien cuentan con herramientas tecnológicas para acceder a distintos tipos de dispositivos, también ocurre que, ante la rápida evolución de las técnicas de encriptación, aquéllas queden obsoletas e incapaces de proceder al desbloqueo.

En tales circunstancias, las autoridades pueden solicitar al imputado la clave de acceso, quien podría proveerla en forma voluntaria, aunque claro está, ocurrirá frecuentemente que no tenga intenciones de facilitar el acceso a su dispositivo, bien porque no desea una intromisión en el ámbito de su intimidad, o bien para evitar que cualquier contenido potencialmente incriminante quede en manos de los investigadores.

Ante la negativa, no quedarían muchas salidas, salvo exigir al imputado la clave o patrón de desbloqueo, o bien obligarlo a aportar sus datos biométricos para poder desbloquear el teléfono y acceder a la información que contiene. En este estudio, se expondrán una serie de decisiones que han tomado distintos tribunales de nuestro país y luego las analizaré en forma crítica, formulando algunas consideraciones en relación a distintas garantías constitucionales que podrían verse comprometidas.

1.1. Aclaraciones metodológicas y conceptuales

Preliminarmente, vale destacar que con la exposición y análisis de estos fallos no se pretende brindar una muestra representativa de la jurisprudencia nacional en la materia, ya que se trata de una discusión en cierto sentido novedosa en el ámbito local. Lo que se busca es un estudio de lo resuelto en un grupo de casos que, por guardar importantes similitudes entre sí, permiten un análisis en conjunto, e invitan a reflexionar críticamente sobre el avance de la tecnología, su impacto en el proceso penal y los desafíos que dicho contexto genera para la defensa de las garantías constitucionales.

Se realizará una breve descripción de los hechos de cada caso, la decisión y los argumentos brindados por los tribunales, para luego formular algunas consideraciones críticas en torno a las garantías constitucionales que se encuentran en juego, apoyándome para ello en la normativa vigente, opiniones doctrinarias y precedentes jurisprudenciales que citaré al efecto.

Con esta aproximación, se busca reflexionar y ofrecer una postura crítica desde la perspectiva del derecho de defensa y las garantías constitucionales, lo que responde al propósito de contribuir con la labor llevada adelante por la Secretaría de Capacitación y Jurisprudencia, en la construcción de una cultura legal orientada al respeto de los derechos fundamentales, acorde al rol institucional que corresponde a los integrantes del Ministerio Público de la Defensa.

Por otro lado, respecto al desbloqueo coactivo mediante la obtención compulsiva de datos biométricos, vale aclarar que este concepto puede englobar diversos supuestos. Dentro de ellos se ubican aquellos desbloques producidos en el marco de un procedimiento policial, cuando los agentes de las fuerzas de seguridad obligan al usuario a desbloquear su teléfono, mediante fuerza física, amenazas o intimidaciones; otros casos en los que la autoridad judicial ordena a la persona a aportar sus datos bajo amenaza de ser imputada por el delito de desobediencia; y otros en los que el hecho de negarse a brindar los datos pueda ser tipificado como un delito autónomo.

Todos los supuestos mencionados plantean una multiplicidad de cuestiones que escapan al abordaje que aquí se propone. En este estudio, se tratará un supuesto específico: la orden impartida por la autoridad judicial mediante la cual se intima al imputado a aportar la clave o patrón de seguridad de su teléfono, y para el caso de que se niegue a hacerlo, la disposición que autoriza a las fuerzas de seguridad a proceder al desbloqueo mediante la obtención compulsiva de datos biométricos. A este supuesto se hará referencia a lo largo del trabajo, indistintamente, como desbloqueo coactivo, desbloqueo forzoso, u obtención compulsiva de datos biométricos.

Por último, cabe aclarar que la problemática en sí es sumamente amplia y pasible de abarcar muchas aristas, que podrían dar lugar a diversas discusiones o a estudios profundizados. No obstante, aquí el centro estará puesto en analizar la cuestión en torno los siguientes ejes temáticos: el principio de libertad probatoria en el proceso penal y los límites que debe reconocer en las garantías constitucionales, el principio legalidad (como reserva de ley) en materia probatoria, la injerencia que tiene la medida en los derechos del imputado, y la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada (su interpretación y alcance). Sobre estos tópicos se esgrimieron los fundamentos de las sentencias que se analizarán a continuación.

2. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA SELECCIONADA

2.1. Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala II. “M.G., G.S”. Causa N°5150/2021. 7/4/2022.

En el marco de una investigación penal por transporte de estupefacientes, llevada adelante por el Juzgado Federal de Santa Rosa (La Pampa), el Juez de primera instancia intimó al imputado a que aporte la clave de desbloqueo de su celular al personal técnico del Área de Coordinación Operativa de Lucha contra el Narcotráfico de la Policía de la Pampa. Ello en virtud de que el celular secuestrado en la causa (Iphone 7) presentaba un patrón de desbloqueo y no fue posible su apertura a través del sistema UFED. Para el supuesto de que el imputado se negara a aportar la clave, el magistrado dispuso que se proceda compulsivamente al desbloqueo, mediante la huella dactilar o el iris del imputado. Contra dicha decisión, la defensa del imputado interpuso recurso de

reposición con apelación en subsidio, sosteniendo que lo dispuesto resultaba irrazonable y contrario a los derechos constitucionales como el derecho de defensa, la garantía contra la autoincriminación, el derecho a la privacidad, en cuanto implicaba una injerencia una intromisión arbitraria. Asimismo, sostuvo que no era el imputado quien debía aportar elementos de prueba para acreditar o descartar su responsabilidad, sino que era el Estado quien debía destruir su estado de inocencia.

La reposición fue rechazada y se le dio trámite al recurso de apelación en subsidio. Finalmente, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, rechazó -por una mayoría- el recurso interpuesto por la defensa técnica, convalidando la resolución del Juez a quo (jueces Larriera, Fariña, y Picado -en minoría-)

Dentro de las consideraciones del juez Larriera para arribar a esa conclusión, puede destacarse lo siguiente:

[S]i 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), es posible hacer extensivo dicho razonamiento a la medida aquí dispuesta, en tanto la misma no comporte una violación a la garantía que lo protege contra la autoincriminación o su dignidad.

Siguiendo los lineamientos fijados en la materia por la CSJN, el Juez formuló una distinción entre aquella prueba que surge de declaraciones y dichos del imputado, supuestos alcanzados por la protección de la garantía contra la autoincriminación, de aquellos supuestos en los que el imputado actúa como objeto de prueba o portador material de los elementos probatorios, en los cuales recae sobre él un deber de tolerancia, donde sólo se le exige un comportamiento pasivo frente a la medida probatoria ordenada. A partir de ello, sostuvo que:

Colocar un dedo o la mirada sobre el teléfono celular no importa obtener coercitivamente una expresión o manifestación del encartado, sino la utilización pasiva de su cuerpo, en el marco de una investigación penal en la que se le atribuye participación en el transporte de estupefacientes, y no se advierte que sea necesaria una intensa actividad para vencer una eventual resistencia, no diferente a aquella que se hubiese requerido en caso que se negase a la extracción de huellas dactilares para su identificación.

Reforzó su razonamiento haciendo alusión a la mínima e indispensable fuerza necesaria para la realización de la diligencia, la cual caracterizó como propia de la básica injerencia que el proceso penal implica en para el imputado.

Por su parte, la jueza Fariña sostuvo que:

[E]l imputado no está obligado a aportar la clave numérica de desbloqueo de su celular tal como afirma la defensa, lo que puede implicar una declaración de voluntad contra su voluntad, sino que el a quo a través de su decisión ordenó: ‘...se efectúe el procedimiento de forma compulsiva únicamente respecto del desbloqueo de origen dactilar o de iris...’ [...], medida de prueba ésta, asimilable al reconocimiento en rueda de personas o extracción compulsiva de sangre que se encuentra autorizada por la CSJN [...] donde el rol que el imputado desempeña dentro del proceso, es como objeto de prueba y no como sujeto de prueba”.

En base a ello, concluyó que obligar al imputado a ingresar sus datos biométricos para permitir el desbloqueo del teléfono celular no afecta la garantía de autoincriminación, en tanto esta acción no requiere por parte del imputado “la exteriorización de proceso mental alguno ni manifestación del pensamiento”.

En su voto en minoría, el juez Picado sostuvo que si bien es cierto que la CSJN se ha expedido a favor de la constitucionalidad del requerimiento judicial que obliga al imputado a participar de la rueda de reconocimiento y de la extracción compulsiva de sangre, estas medidas no resultan análogas al desbloqueo forzoso del celular del imputado.

Destacó que la concepción del imputado como objeto de prueba “no implica que el ser humano sea tratado procesalmente como una cosa, sino que tiene como eje aquellas situaciones en que se admiten determinadas injerencias en su cuerpo con prescindencia de su voluntad y consentimiento, ya que no se necesita más que su presencia y tolerancia, sin que se exija manifestación de voluntad o acción positiva”.

Aplicando dicha concepción al caso concreto, sostuvo que el desbloqueo coactivo que se pretendía realizar:

de ninguna manera prescinde de la voluntad del imputado, dado que el acto de acceder al dispositivo móvil implica de por sí una intención, una voluntad de hacer, que no puede ser requerida coactivamente del imputado [...] independientemente del método utilizado para bloquear

el teléfono, ya sea que dependa de datos biométricos (huella dactilar, lectura de iris o reconocimiento facial) o que requiera que se ingrese una clave alfanumérica o patrón de desbloqueo.

Asimismo, hizo hincapié en lo desproporcionada que luce la medida de prueba en cuestión, afirmando que aceptar su validez *“implicaría consentir el uso de la fuerza para obligar a la persona que opone resistencia a que abra sus ojos a fin de que, posicionando la pantalla frente a él, el teléfono logre desbloquearse, o a que coloque sus dedos en contra de su voluntad en el lector para que éste reconozca sus huellas dactilares, lo cual a todas luces aparece como arbitrario y desproporcionado en el caso”*.

El Juez señaló que la garantía más comprometida en el caso era la que establece la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo (art. 18 CN, 8.2 de la CADH y 14.3 PIDCyP), y adoptó una concepción amplia para definirla como un derecho que implica *“que la persona sometida a un proceso penal no se encuentra obligada a realizar ninguna manifestación ni aportar elementos con el fin de colaborar con la investigación realizada por los órganos estatales”*, pues sobre éstos pesa la carga de aportar la prueba de cargo para destruir el estado jurídico de inocencia del cual goza el imputado.

Apartándose de la interpretación literal de la garantía de mención, sostuvo que no puede entenderse como un resguardo limitado a las declaraciones verbales, sino que debe extenderse hacia un significado más amplio que comprenda el derecho de todo imputado no sólo a no auto incriminarse mediante declaraciones, sino también a negarse a colaborar con la construcción de su acusación.

Concluyó el voto recordando la obligación del Estado de procurar los medios para cumplir con la carga de la prueba, en base a lo cual eran las autoridades estatales quienes debían arbitrar los medios tecnológicos necesarios para desbloquear el teléfono. En esa dirección, sostuvo que *“Obligar a la persona señalada como responsable de un ilícito a que facilite prueba que resulte incriminatoria para su parte es una clara violación a la garantía que veda la obligación de auto incriminarse y la de declarar contra sí mismo...”*.

2.2. Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca. Sala I. “M., B.A”. Causa N°3139/2022. 27/05/2022.

La causa “M., B.A.” se inició con motivo de un procedimiento en la vivienda de una mujer, el cual culminó con su detención, y el secuestro aproximadamente 500 kilogramos de marihuana, 5 kilogramos de cocaína, dinero y un teléfono marca iPhone modelo 11 pro max. El Juez de primera instancia decretó su procesamiento por el delito de almacenamiento de estupefacientes (art. 5 inc. “c” de la ley 23.737). Con posterioridad al auto de mérito, el a quo efectuó requerimiento a la imputada a fin de que brindara la clave de desbloqueo del teléfono celular que le fuera secuestrado y, para el caso de no

acceder voluntariamente a lo requerido, autorizó que se proceda en forma compulsiva - mediante la utilización de la mínima fuerza necesaria- a obtener el desbloqueo mediante el empleo de la huella dactilar o del iris. El magistrado tuvo en cuenta que ya se habían ordenado diligencias a lograr el desbloqueo del dispositivo, pero que todo intento había resultado infructuoso. Además, destacó que la imputada se encontraba obligada a someterse a la realización de la medida, no como sujeto del proceso, sino como objeto de prueba, y que con ello no se afectaba la prohibición de autoincriminación del art. 18 de la CN.

Ante ello, la defensa de la imputada interpuso reposición con apelación en subsidio, así como también planteó la nulidad de la medida. En líneas generales, se planteó que la medida resultaba irrazonable, inidónea, desproporcionada e innecesaria, considerando que la misma atentaba contra el derecho a la intimidad, el derecho de defensa, y sobre todo, la garantía que prohíbe la autoincriminación. Así también, se sostuvo que la imposibilidad de acceder al móvil se debe a la desactualización de sistema UFED, ante lo cual debieron procurarse los medios para actualizarlo antes que una medida coercitiva contra la imputada.

La Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca resolvió rechazar el recurso de la defensa (voto del juez Candisano Mera al que adhiere la jueza Fariña). Dentro de sus fundamentos, los jueces sostuvieron que:

[L]a 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.

Realizando una suerte de ponderación entre los fines del proceso y los derechos de la imputada, sostuvieron que la medida en cuestión resultaba razonable en función de la necesidad procesal para el avance de la investigación, y proporcionada en función de la mínima injerencia en la persona de la imputada.

Al igual que en el caso anteriormente descrito, el Tribunal invocó lo resuelto por la CSJN en el precedente “Rau”, para determinar que la extensión de la garantía contra la autoincriminación. Así, sostuvo que la cláusula del art. 18 CN “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...”.

Por otra parte, se hizo especial mención a los avances tecnológicos y su impacto en el proceso penal. Al respecto, se observó que en la actualidad las evidencias de mayor importancia para el proceso penal suelen hallarse almacenadas en dispositivos electrónicos de información. Como consecuencia de ello, el Tribunal propuso un nuevo abordaje de las herramientas procesales, señalando que:

Resulta menester aceptar que la era digital contemporánea produce la necesidad y el gran desafío de los organismos 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.

De forma similar a lo argumentado en el caso anterior por la Sala II, los jueces sostuvieron que, la obtención compulsiva de datos biométricos era asimilable a las medidas de prueba que requieren de la presencia física del imputado, al aporte de su huella dactilar o incluso a la extracción compulsiva de sangre, y por tanto no resultaba amparada por la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada.

Como conclusión, el Tribunal sostuvo que todo imputado puede ser obligado compulsivamente a la utilización de su cuerpo para la extracción de datos de interés para la causa, siempre que sea razonable y pertinente, y en tanto ello no implique una injerencia tal en el cuerpo que redunde en un trato degradante o humillante, sean dañosas para la salud o produzcan sufrimientos innecesarios.

2.3. Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán. “M., E.A. y otros”. Causa N°7458/2022. 29/12/2022.

Lo resuelto en el caso “M., E. A.” se dio en el marco de una investigación penal contra un hombre, a quien -en principio- se imputaba por el delito de promoción y facilitación de la prostitución de menores de edad. En dicho contexto, el Ministerio Público Fiscal, con la pretensión de determinar si el delito podría encuadrar en el tipo de trata de personas, solicitó al juez de la causa que convoque al imputado para que aporte la clave de desbloqueo de su teléfono celular, bajo apercibimiento de proceder al desbloqueo de manera coercitiva, ya sea a través de la huella dactilar o bien mediante el reconocimiento

facial, debiendo documentarse la diligencia y registrar filmicamente el procedimiento, con presencia de profesionales técnicos para realizar la extracción de datos.

El celular en cuestión, un iPhone 13, no pudo ser desbloqueado por los técnicos a quienes se había encargado la pericia, por cuanto la misma sólo podía ser efectuada en laboratorios forenses del extranjero que contaban con los recursos técnicos para desbloquear aparatos de dicha calidad.

El juez de primera instancia, tomando los fundamentos del acusador público, hizo lugar a la medida, entendiendo como razonable la medida en función de los objetivos del proceso, que de la misma podrían surgir pruebas importantes, sobre todo a partir del testimonio de una víctima que declaró que el imputado le tomó fotos con el teléfono y que en el dispositivo también guardaba fotos de otras mujeres. Asimismo, sostuvo que la medida se incluía entre las situaciones en las cuales el imputado se ubicaba como objeto de prueba, lo cual no resultaba violatorio de las garantías constitucionales.

La defensa del hombre imputado interpuso un recurso de apelación, sosteniendo -en líneas generales- que la pretensión de acceder al teléfono del imputado implica una injerencia innecesaria, irrazonable y desproporcionada. En primer lugar, porque el juzgado ya contaba con la información a partir de la obtención de los chats que intercambiaron las víctimas con el imputado. Que, por otra parte, someter físicamente al imputado para desbloquear su teléfono resultaba análogo a la admisión de una declaración obtenida bajo tormentos.

La Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto por la defensa del imputado (jueces Cossio, Leal y Moltini), en base a dos argumentos principales.

Por un lado, el Tribunal efectuó un análisis de proporcionalidad y razonabilidad de la medida, entendiendo que la misma no resultaba invasiva para la persona del imputado, en tanto “se trata de obtener una huella o una imagen, del nombrado, que es el único motivo que impide la realización de la pericia sobre el teléfono.” A la par de ello, se ponderaron la gravedad del delito investigado y el hecho de que las víctimas eran todas niñas, señalando un especial deber de investigar por parte del Estado. Así, el Tribunal sostuvo que:

[L]a medida dispuesta resulta necesaria, razonable, pertinente y útil en relación a la hipótesis delictiva investigada, toda vez que lo que intenta es el acceso al contenido del celular de quien resulta procesado por promoción y facilitación de la prostitución de menores de edad.

[S]e debe tener en cuenta la naturaleza compleja del delito aquí investigado y la gran cantidad de víctimas menores involucradas, alguna de las cuales todavía no pudieron ser identificadas, por lo que la medida ordenada podría aportar a la investigación más personas involucradas, así como otros delitos que se hubieran cometido.

Por otro lado, los jueces señalaron que, en el marco del proceso penal, todo imputado puede ser obligado compulsivamente a la utilización de su cuerpo para la extracción de datos de interés para la causa, en tanto aquella no impliquen de ninguna manera, una injerencia tal en el cuerpo que redunde en un trato degradante o humillante.

Así también, el Tribunal invocó los precedentes de la CSJN que señalan que el art. 18 de la CN no prohíbe las medidas probatorias que requieren la presencia física del imputado como prueba de su identidad 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. En tal sentido, se sostuvo que:

Ese razonamiento es aplicable a la medida ordenada, 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.

En resumen, puede advertirse que los fallos descriptos precedentemente han ordenado el desbloqueo compulsivo bajo similares argumentos. Por un lado, afirmando que apoyar el dedo en el lector de huellas digitales, o acercar el rostro o el iris para su reconocimiento, son acciones que no tienen contenido declarativo, por lo que no resultan protegidas por la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada. Por otro lado, que la medida de prueba no resulta invasiva, degradante ni humillante para la persona del imputado. Incluso, se planteó que la disposición analizada podría equipararse a otras medidas de prueba autorizadas por la normativa procesal, como ser la participación del imputado en un reconocimiento en rueda de personas, el aporte de sus huellas dactilares, o la extracción de material genético, en las cuales el imputado no es concebido como sujeto sino como objeto de prueba. Asimismo, que el juzgador debe readecuar la interpretación de las herramientas procesales vigentes a los avances de la ciencia, lo cual implica que ante la falta de previsión legislativa de una medida no debería optarse por su invalidez, sino por una adaptación de la normativa a las circunstancias actuales.

Sin embargo, tal y como se intentará demostrar a continuación, existen serios argumentos para sostener que la obtención compulsiva de los datos biométricos del imputado es una medida que resulta objetable desde el punto de vista de la adecuada

tutela de las garantías constitucionales. Preliminarmente, abordaré la cuestión del principio de libertad probatoria en el proceso penal y los límites que debe reconocer, para luego exponer dos problemas que surgen claramente en torno a la disposición de la medida bajo análisis. Por un lado, la ausencia de regulación legal específica y la aplicación analógica (*in malam partem*) de normas relativas a otros medios de prueba, lo cual resulta violatorio del principio de legalidad (como reserva de ley). Por otro lado, el conflicto que implica para la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada la obligación impuesta al imputado a desbloquear su teléfono, exponiendo contenido potencialmente incriminante.

3. LA LIBERTAD PROBATORIA Y SUS LÍMITES

Los fallos expuestos asientan su razonamiento en el principio de libertad probatoria como premisa básica, conforme a lo cual, en el proceso penal, todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba.

Este principio de libertad probatoria, cuya consagración normativa puede ubicarse en el art. 193 inc. 1° del CPPN³, se extiende tanto al objeto como a los medios de prueba. En relación al primero, se encuentra permitido probar todo hecho o circunstancia, siempre y cuando resulte de relevancia para la investigación, es decir, siempre que sea pertinente y útil para el descubrimiento de la verdad. En relación a lo segundo, la libertad se traduce en que la normativa procesal no establece de manera taxativa los medios que deberán utilizarse para probar algo, sino que es posible obtener pruebas aún a través de medios que no estén reglamentados (Márquez y Perzan, 2021, 240).

Al tener presente que el descubrimiento de la verdad ha sido señalado tradicionalmente como uno de los fines del proceso penal, se puede advertir rápidamente la razonable vigencia de un principio como éste, pues sólo un proceso flexible y dinámico, libre de estructuras rígidas y requisitos taxativos, podría aspirar a obtener la tan buscada verdad. En tal sentido, la CSJN ha señalado desde antiguo que “la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva e impedir su ocultamiento ritual, reconoce base constitucional como exigencia del adecuado servicio de justicia que garantiza el art. 18” (Fallos: 247:176). Asimismo, y en relación a libertad de los medios de prueba, la doctrina ha destacado la idea de la CSJN según la cual “los jueces no pueden prescindir del uso de los medios a su alcance para determinar la verdad jurídica objetiva y evitar que el proceso se convierta en una sucesión de ritos caprichosos” (Navarro y Daray, 2019, 219). En concordancia con ello, también se ha razonado que “la búsqueda de la verdad en el

³ “Art. 193.- La instrucción tendrá por objeto: 1°) Comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad [...]”.

proceso penal exige la reducción al mínimo de requisitos para llegar a ella en toda la amplitud del objeto a probar” (Clariá Olmedo, 2008, 460)

Precisamente este principio de libertad probatoria es la base en la cual se apoyan las decisiones descriptas en el punto anterior, pues, con el objeto de profundizar la pesquisa en relación a las hipótesis delictivas investigadas, los tribunales han optado por un medio de prueba que no se encuentra entre aquellos expresamente reglados en la ley procesal.

Ahora bien, la necesidad de encontrar la verdad no puede traducirse en un principio absoluto a partir del cual se justifique cualquier tipo de actividad probatoria en el proceso penal. En relación a ello, señala Cafferata Nores que el principio de libertad probatoria no implica que se obtenga la prueba “de cualquier modo -ya que hay que respetar las regulaciones procesales de los medios de prueba-, ni mucho menos ‘a cualquier precio’, pues el orden jurídico impone limitaciones derivadas del respeto de la dignidad humana y otros intereses” (1998, 27). De lo planteado se deduce que la averiguación de la verdad no representa un fin absoluto en el proceso penal, sino que debe coexistir con la protección de la dignidad individual y otros valores reconocidos a la persona (Maier, 1996, 869).

En síntesis, el Estado no puede avanzar de manera irrestricta e ilimitada sobre los derechos del imputado, aun bajo pretexto de la búsqueda de la verdad, pues por mandato constitucional (art. 18 CN) se ha establecido el debido procesal legal como requisito previo para la imposición de una pena. En consecuencia, se derivan una serie de garantías que funcionan como un límite al poder punitivo. En virtud de ello, las pruebas obtenidas mediante la vulneración de derechos y garantías constitucionales no podrán tener cabida en un proceso que pretenda ser respetuoso de los derechos humanos.

Aquí es donde se pretende poner el foco: en los necesarios límites que el poder punitivo estatal debe reconocer en las garantías constitucionales. El desbloqueo coactivo del celular de un imputado, a partir de la obtención compulsiva de sus datos biométricos, tal y como fue ordenada en los fallos comentados, puede interpretarse como una decisión que colisiona con los límites que imponen la Constitución Nacional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En tal sentido, el estudio se centrará en dos problemas relevantes. En primer lugar, la ausencia de previsión y regulación de este tipo de medidas en la normativa procesal, y la aplicación analógica de las reglas relativas a otros medios de prueba supuestamente similares. En segundo lugar, el problema relativo a la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada, que podría verse vulnerada al obligar al imputado a brindar sus datos biométricos para desbloquear su teléfono.

4. EL PROBLEMA DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN Y LA ANALOGÍA *IN MALAM PARTEM*

La irrupción de la tecnología en el proceso penal y la cada vez más frecuente utilización de evidencia digital o informática trajeron consigo enormes ventajas ya que facilitan el esclarecimiento de los delitos. No obstante, acarrearán también importantes problemas, como el derivado de la aparición de la tecnología con posterioridad a las normas procesales, que no han receptado la incorporación de la evidencia digital al proceso penal, y menos aun la que se obtiene de forma directa desde el dispositivo que la contiene afectando la intimidad de su titular (López Borghello, 2021, 3).

Sin perjuicio de ello, ante la falta de regulación, ha prevalecido la solución de aplicar las normas tradicionales, diseñadas para la producción e incorporación de las pruebas físicas, a los nuevos elementos y medios de prueba digitales (Salt, 2017; Sergi, 2018). Ello se apoya fundamentalmente en el ya mencionado principio de libertad probatoria, cuya consecuencia práctica implica recurrir a la aplicación analógica de las normas que regulan los medios de prueba previstos y que mayor similitud guardan con el medio no reglado.

En referencia al tema de estudio, la normativa procesal -CPPN- no ha previsto ni regulado ninguna norma relativa al desbloqueo coactivo de dispositivos electrónicos, ni a la obtención compulsiva de datos biométricos con dicha finalidad. Sin embargo, en los fallos descriptos con anterioridad, los tribunales ordenaron la realización de la medida argumentando que la ausencia de regulación no resultaba un obstáculo para su validez por los argumentos ya expuestos.

Esta postura también ha sido propugnada desde algún sector de la doctrina, en base a la tesis según la cual el procedimiento se asemeja, en lo esencial, al caso previsto en el art. 218 bis del CPPN “donde se regula la extracción compulsiva de elementos corporales que serán analizados para luego ser utilizados como prueba, es decir, la prueba se obtiene a través de un cuerpo que no realiza un comportamiento activo” (Portillo y Matteo, 2019, 188).

No obstante, desde una perspectiva contraria, se sostiene que la solución a la que llegaron estos tribunales implicó una aplicación analógica *in malam partem*, que tiene lugar cuando -en el marco de un proceso penal- se comprueba un hecho que consolida la hipótesis acusatoria, mediante la utilización de un medio de prueba no reglado expresamente por la normativa procesal vigente para probar la hipótesis acusatoria (Pérez Barberá, 2009, 276-277). Como se verá a continuación, esto importa una violación de las garantías previstas en los arts. 18 y 19 de la CN, y 30 de la CADH.

El problema de una ausencia de regulación en materia de evidencia digital y el intento de solucionarlo a partir de la aplicación analógica de normas relativas a la prueba tradicional es una cuestión que desde hace tiempo ha suscitado la atención de la doctrina. Por un

lado, se ha señalado que la naturaleza disímil que tiene la evidencia digital respecto a los medios probatorios tradicionales conlleva déficits en la eficiencia estatal en la investigación de los delitos, pues, al tratarse de fenómenos ontológicamente diferentes, merecen un tratamiento ciertamente distinto. Así, se destaca que la evidencia digital es más frágil y volátil que la física, lo que hace que su contenido pueda alterarse o destruirse con mayor facilidad, resultando imprescindible que su manipulación quede en manos de especialistas, para evitar problemas relacionados a su legítima incorporación, autenticidad y adecuada cadena de custodia. Por otro lado, se ha evidenciado un problema relacionado a la adecuada tutela de las garantías del imputado, que pueden verse afectadas por la actuación del Estado cuando obtiene evidencia digital en un proceso penal (Salt, 2017; Sergi, 2018).

En relación a esto último, en doctrina podemos encontrar opiniones contrarias a la aplicación de medidas de prueba no reguladas, cuando ellas impliquen injerencias en los derechos fundamentales de las personas, conclusión a la que se llega por aplicación del principio denominado *nulla coactio sine lege*. Sin perjuicio de que hay quienes ubican su fuente en el principio de legalidad del art. 18 CN (Bruzzone, 2005; Díaz Cantón, 2019), mientras otros entienden que deriva como corolario del principio de reserva de ley de los arts. 19 CN y 30 CADH (Salt, 2017; Sergi, 2018), el fundamento es el mismo: la necesidad de establecer una garantía tendiente a evitar la arbitrariedad por parte del Estado en el ejercicio de su actividad punitiva.

Sobre la aplicación del principio de legalidad (art. 18 CN), no surgen dudas respecto de su plena vigencia en el ámbito del derecho penal sustantivo, en virtud del cual la aplicación analógica de la ley penal se encuentra admitida siempre que sea *in bonam partem* y totalmente prohibida en caso contrario. Ahora bien, en materia procesal penal, la regla parece tener un alcance restringido sólo a aquellos casos en que esté en juego la libertad ambulatoria del imputado o cuando se trate de una norma que restrinja alguna de sus facultades o poderes (Pérez Barberá, 2009), interpretación a la que se arriba a partir de la lectura del art. 2 del CPPN⁴ (Navarro y Daray, 2019), por lo que cabe preguntarse entonces si la regla del mencionado artículo se aplica en materia probatoria.

En relación a ello, si bien la adopción del principio de libertad probatoria pareciera indicar que el legislador autoriza plenamente la aplicación analógica de las normas que regulan la materia, lo cierto es que, dado que no todas las medidas de prueba tienen igual naturaleza, ni se valen de los mismos métodos, ni implican igual nivel de injerencia, resulta preciso hacer una distinción entre las diligencias que persiguen una finalidad

⁴ “Interpretación restrictiva y analógica

Art. 2° - Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente. Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía”.

meramente probatoria, y aquellas medidas que se valen de la restricción o limitación de los derechos del imputado, con el fin de obtener evidencias. En tal sentido, Bruzzone señala la importancia de no confundir los “medios de prueba en general con medidas de coerción a través de las cuales se puede incorporar elementos de prueba” (2005, 245) por considerar que, sin perjuicio del sistema abierto -*numerus apertus*- que adopta nuestra legislación en materia de recolección de evidencia, existen fuertes limitaciones al respecto. El autor argumenta en esa senda que “siempre que la medida probatoria ponga en crisis derechos y garantías de manera directa, nos encontraremos, en realidad, frente a una medida de coerción o de injerencia y, como tal, no es posible utilizarlos sin limitaciones” (2005, 247).

De esa manera, Bruzzone sostiene que la regla de la libertad probatoria encuentra una fuerte limitación, que surge como corolario del principio constitucional de legalidad (*nullum crimen*), que en derecho procesal penal se define como la regla *nulla coactio sine lege*. Ésta se traduce en que toda medida que implique una injerencia, restricción o limitación en los derechos fundamentales, debe encontrarse expresamente prevista en la ley procesal para poder ser empleada válidamente. De lo contrario, sostiene el autor, si se emplea una medida de coerción que no está expresamente prevista en la ley o no lo está para una determinada clase de casos, entonces se estaría violando el mandato del art. 18 CN, de la misma manera que se conculcaría el principio en caso de aplicar conceptos analógicamente.

En cuanto al fundamento, el autor señala que el principio de legalidad y su corolario en la regla *nulla coactio*, se constituye como una importante garantía tendiente a evitar la arbitrariedad y el peligro que supone la adopción mecánica de este tipo de medidas de coerción -ya sea con finalidad cautelar o probatoria-, pues con ellas se producen profundas injerencias en derechos fundamentales. Se trata de exigir al legislador la mayor certeza posible en lo que se refiere a normas que hacen a la afectación de derechos y garantías, y de esa manera establecer criterios previsibles que puedan ser constatados *ex ante*, y de esa forma evitar arbitrariedades.

En concordancia con dicha postura, también se ubica Díaz Cantón (2019), para quien la existencia de una ley se constituye como requisito ineludible para la realización válida de medidas de prueba que conlleven una injerencia en derechos fundamentales, y que ni siquiera una orden judicial fundada puede suplir la ausencia de regulación normativa.

Por otra parte, existen opiniones que derivan la prohibición de analogía *in malam partem* en materia probatoria, del principio de reserva legal, previsto en el artículo 30 de la CADH, y que dispone lo siguiente:

Art. 30. Alcance de las restricciones: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y

libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

En tal sentido, y en términos generales, se ha hecho hincapié en la fortaleza de este principio como fuente de protección frente a la actividad estatal, pues del mismo se derivan prohibiciones y mandatos respecto a las exigencias de forma y contenido en relación para las normas restrictivas de derechos fundamentales, que proveen a éstos de una suerte de blindaje frente a la arbitrariedad estatal. Así, dada la fuerza que el principio de reserva de ley tiene para neutralizar la posibilidad de exceso estatal en la injerencia en los derechos fundamentales, se constituye en la fuente constitucional de la que se derivan, para el derecho procesal penal, las prohibiciones de retroactividad y de analogía contraindividual, y los mandatos de determinación y de proporcionalidad (Pérez Barberá, 2015).

Con específica referencia al problema de la evidencia digital, Salt (2017, 45) postula una opinión en similar sentido. Así, sostiene que la regla de la libertad probatoria colisiona con el principio *nulla coactio sine lege*, a partir del cual todos los medios de prueba que impliquen algún grado de injerencia en los derechos fundamentales, o que se valgan de coerción, deberán necesariamente estar previstos en las leyes, y compadecerse con el estándar constitucional en materia de reglamentación de derechos.

En cuanto al fundamento que subyace a este principio, puede decirse que con su consagración se pretende establecer límites al ejercicio de la actividad estatal, para evitar que las injerencias que en tal contexto se hagan sobre los derechos fundamentales de las personas, no se traduzcan en abusivas o arbitrarias. Es que, si bien los derechos fundamentales pueden ser pasibles de limitaciones o restricciones, éstas deberán siempre estar supeditadas a la concurrencia de determinados requisitos establecidos en el art. 30 de la CADH, y que operan como límites al poder del Estado. En relación a la interpretación de esta disposición, la Corte IDH ha señalado que:

[L]a protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución [...]. La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento

*esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad*⁵.

En igual sentido, en oportunidad de dictar sentencia en el caso “Tristán Donoso v. Panamá”⁶, la Corte IDH se refirió a la previsión legal expresa como un requisito primordial para la habilitación de injerencias en los derechos fundamentales por parte del Estado. En tal oportunidad, dijo que:

El primer paso para evaluar si una injerencia a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida cuestionada cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.

Ciertamente, uno de los ámbitos donde se pueden observar mayores injerencias a los derechos de las personas es el proceso penal, en cuyo marco el imputado padece fuertes restricciones y limitaciones a derechos fundamentales como la libertad o la intimidad. Es así que, por ejemplo, para evitar que un imputado se fugue o entorpezca la investigación, se encuentra prevista la posibilidad de restringir su libertad ambulatoria, ordenando su detención preventiva. Así también, la autoridad judicial puede ordenar el allanamiento del domicilio de una persona, cuando tenga motivos válidos para creer que allí encontrará evidencias relacionadas a un delito. Ahora bien, dichas medidas se encuentran específicamente previstas y reguladas en la normativa procesal, delimitando el campo de acción de las autoridades, para evitar que con su implementación se produzcan arbitrarias o abusivas injerencias sobre ámbitos y derechos que se consideran merecedores de especial protección.

Precisamente, en virtud de esa naturaleza sumamente intrusiva que caracteriza al proceso penal, resulta imprescindible contar con límites, para que las injerencias que se produzcan sobre los derechos de aquellos sometidos al proceso no sean dispuestas de manera arbitraria, irracional o desproporcionada.

Así, frente a las medidas de prueba que implican injerencias en los derechos del individuo, el principio *nulla coactio sine lege* -ya sea que su fuente se ubique en el principio de legalidad o en el principio de reserva de ley- se erige como un límite para evitar abusos por parte de la autoridad estatal, exigiendo que sea una ley en sentido formal la que

⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva N° 6/86, párr. 22.

⁶ Corte IDH, Resolución del 27/01/2009, párr. 77.

establezca, de manera previa, cierta y precisa, las condiciones en las cuales se producirán tales injerencias.

La medida de prueba específicamente aquí analizada de desbloqueo forzoso mediante la obtención compulsiva de datos biométricos conlleva fuertes injerencias en los derechos del imputado, pues a la vez que vulnera la libre determinación del sujeto, también se afecta su ámbito de intimidad. En relación a esta cuestión, los fallos reseñados en el punto 2 han considerado que la medida no se traduce en un trato desmedido, humillante ni degradante para la persona, sino una mínima injerencia en la persona imputada, que no causa un sufrimiento innecesario o desproporcionado, señalando incluso que se trataría de una injerencia menos importante que otras medidas, como la extracción de ADN.

Sin embargo, se trata de un análisis acotado, al que cabe formular dos objeciones. En primer lugar, la ausencia de regulación legal hace que sea imposible determinar el mecanismo (ni su intensidad) a emplearse para vencer la resistencia del imputado, lo cual implica otorgar un amplio grado de discrecionalidad al agente público que llevará adelante la medida. Para adecuar la práctica al estándar constitucional, una ley debería determinar bajo qué supuestos podría ordenarse, a cargo de qué funcionario quedaría la diligencia, con qué recaudos deberá realizarse y hasta dónde podrá llegar la autorización para obrar coercitivamente. En segundo lugar, los fallos han hecho alusión sólo a la posible afectación que la medida podría implicar para la integridad física o libertad corporal del imputado, soslayado otros derechos que pueden verse afectados -en igual o incluso mayor medida- al desbloquear un dispositivo de telefonía móvil y acceder a su contenido, como es el caso del derecho a la intimidad.

Es que, como bien señala la doctrina, nuestra Constitución Nacional, a través de las fórmulas establecidas en los artículos 18 y 19, “ha consagrado ámbitos de privacidad que, con distintos matices, quedan protegidos de una indiscriminada invasión estatal” (Carrió, 2022, 541). Dentro de dicho ámbito de protección se encuentra sin dudas la información contenida en los teléfonos celulares, pues como señalé inicialmente, dada su enorme capacidad para almacenar información personal del usuario y el uso masivo que le da el ser humano en la actualidad, cada smartphone contiene un caudal inmenso de información sobre la vida de su dueño, en base a lo cual “no cabe duda alguna de que la fuente de información más abundante sobre una persona determinada es hoy el análisis de su teléfono celular” (López Borghello, 2021, 7)

Estas características especiales fueron reconocidas en la jurisprudencia internacional, en el precedente “Riley vs. California”, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el cual se señala con precisión la magnitud que tiene el registro del contenido de un teléfono celular. Entre otras cuestiones, se ha destacado que la capacidad de almacenamiento de los teléfonos celulares tiene gran correlación con la intimidad del usuario, pues en un

solo lugar se recolecta información de lo más variada y en mayor cantidad que en cualquier otro tipo de registro físico, a lo que se agregó el uso masivo de estos dispositivos en la sociedad actual, en cierto punto omnipresentes. Incluso, se sostuvo que, con la inspección del contenido del teléfono celular de una persona, su intimidad puede verse afectada con mayor intensidad que con las clásicas medidas de prueba, pues podría exponer a las autoridades mucho más que el más exhaustivo allanamiento de un domicilio o el registro vehicular.

Como consecuencia, no resulta trabajoso inferir que cualquier medida de prueba que implique el registro y extracción de evidencia digital de un teléfono celular tiene la potencialidad para afectar diferentes ámbitos de la intimidad, y de una manera mucho más intensa que con otras medidas de prueba. Es en base a ello que las injerencias sobre el mismo merecen una específica regulación, que determine la autoridad competente para ordenar su desarrollo, bajo qué casos y con qué justificativos (Díaz Cantón, 2017, 80-81).

Al respecto, cabe aquí recordar que la CSJN, en distintas oportunidades, ha reiterado que la Constitución Nacional veda las intromisiones arbitrarias en la privacidad, por lo que la validez de las injerencias en dicho ámbito se encuentra sujeta a la concurrencia de ciertos requisitos ineludibles. Así, las circunstancias y razones que validan la irrupción en el ámbito privado de los individuos deben estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática⁷.

Las decisiones judiciales que han ordenado obligar al imputado a aportar sus datos biométricos para el desbloqueo de su teléfono han soslayado que la ausencia de regulación constituye un importante obstáculo para su validez constitucional, problema que no parece ser fácil de superar a partir de la aplicación analógica de las normas correspondientes al reconocimiento en rueda de personas o la extracción de ADN. En rigor, cuando se trata de medidas probatorias que implican fuertes injerencias en los derechos del imputado, la ausencia de regulación normativa no puede ser suplida por la aplicación analógica de otros medios de prueba tradicionales, ya que “ello dejaría en cabeza de cada juez el análisis concreto de vulneración o no de garantías sin un sustento legal sobre el que deba basar su decisión, lo que conduce directo a la arbitrariedad” (López Borghello, 2021, 11).

La solución a este problema vendría dada -en principio- por la armonización o adaptación de la legislación procesal a las vicisitudes que propone la recolección de evidencia digital (Sergi, 2018). En tal sentido, la tensión entre el resguardo de derechos personalísimos y el interés social en la prevención y la investigación de los delitos requiere que el legislador

⁷ CSJN. “Halabi”, Fallos: 332:111, considerando 25; Acordada 17/2019, punto V.-; entre otros.

adecúe la normativa procesal a los avances de la tecnología, y enuncie con precisión los supuestos en los cuales serán posibles las limitaciones y restricciones de los derechos constitucionales y la forma en que ello se hará (Tobías, 2021).

Sin embargo, allí no se acaban los inconvenientes, pues la previsión y regulación legal es condición necesaria, pero no suficiente para la validez constitucional de la medida de prueba bajo estudio. En rigor, el cumplimiento constitucional del requisito de “ley previa” no es suficiente -por sí solo- para justificar la restricción estatal a los derechos, pues tal como se resolvió en el precedente “Daray”, “no basta con la existencia de una ley previa que autorice la coacción estatal con fines procesales, sino que esta autorización legal debe ser respetuosa de las libertades individuales aseguradas por la Constitución” (Gullco, 2019, 122).

Es que, cuando la Constitución Nacional establece el requisito del juicio previo para la imposición de una pena (art. 18), si bien exige un proceso reglado por ley, no se trata de cualquier procedimiento establecido legislativamente, sino uno acorde con las seguridades individuales y formas que postula la misma ley suprema (Maier, 1996). Esto lleva directamente al segundo problema en relación al objeto de estudio: determinar si el desbloqueo coactivo del celular del imputado, a través de la obtención compulsiva de sus datos biométricos, resulta ser una medida respetuosa de la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación forzada.

5. EL PROBLEMA DE LA AUTOINCRIMINACIÓN FORZADA. UN ANÁLISIS DESDE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

A partir de la lectura de los casos jurisprudenciales expuestos en este estudio, surge un interrogante: ¿se puede forzar al imputado a desbloquear su celular mediante la obtención compulsiva de sus datos biométricos, sin violentar la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación forzada?

Para abordar este problema, en primer lugar, corresponde señalar que el art. 18 de la CN dispone que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, garantía que ha sido receptada en forma similar por los tratados internacionales de derechos humanos, como la CADH, en su art. 8 inciso 2.g, y el PIDCyP, en su art. 14 inc. 3.g. Así también, los códigos procesales contienen disposiciones tendientes a reglamentar esta garantía⁸.

⁸ Así, el art. 296 del CPPN dispone: “El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconveniones tendientes a obtener su confesión”. Por su parte, el art. 4 del CPPF establece que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad”.

En este sentido, la garantía contra la autoincriminación forzada puede conceptualizarse como “el derecho de todo habitante de abstenerse de suministrar de cualquier manera sea verbal, escrita o gestual, toda explicación, información, dato o cosa que pueda incriminarlo penalmente”, lo cual sólo será válido en la medida en que lo haga voluntaria y conscientemente (Jauchen, 2006, 206).

El fundamento de la garantía analizada ha sido interpretado en sintonía con el principio de inocencia, de la dignidad de la persona humana y el derecho de defensa. Es que, si se tiene presente que todo ciudadano es considerado inocente hasta que se demuestre lo contrario, que la carga de probar su culpabilidad recae en las autoridades estatales, y que -frente a la acusación- el imputado tiene derecho a defenderse, surge como lógica consecuencia el reconocimiento de que éste no tiene deber alguno de contribuir con pruebas de cargo que coadyuven a su incriminación. Admitir una solución contraria sería inadmisibles en un Estado de Derecho, pues imponer al imputado la obligación de contribuir con la administración de justicia aun a costa de sí mismo, implica degradarlo a la condición de mero objeto, violando con ello el principio de dignidad humana y la propia esencia de su personalidad (Reyna Alfaro y Ruiz Baltazar, 2014).

Por el contrario, y a diferencia de lo que acontecía en la época de la inquisición en la que el imputado era considerado un objeto de persecución e incluso era pasible de ser sometido a torturas para obtener su confesión, el proceso criminal moderno se estructura como una relación jurídico-procesal en la que el imputado es parte y, en tal virtud, sujeto de un amplio abanico de garantías que lo amparan frente al poder punitivo del estado (Jauchen, 2006).

En tal sentido, el imputado es un sujeto procesal incoercible, circunstancia que no implica que esté prohibido para las autoridades la posibilidad de detenerlo o ponerlo bajo custodia, sino que, en forma amplia, supone la imposibilidad de obligar al imputado a actuar en su contra o impedirle que lleve adelante toda legítima actividad que tienda a su defensa. De esta regla, conocida también como principio de incoercibilidad del imputado, surgen a su vez ciertas consecuencias concretas como la “prohibición de influencia de cualquier modo para obtener del imputado prueba en su contra; [la] prohibición de exigir prueba de descargo al imputado, y [la] necesidad de que el imputado actúe estando libre en su persona” (Clariá Olmedo, 2008, 507-508).

Ahora bien, tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestro país han efectuado ciertas distinciones respecto al alcance de la garantía, diferenciando aquellos casos en que el imputado es un sujeto activo de prueba (y como tal, se busca obligarlo a que declare o a que haga un cuerpo de escritura), de aquéllos en que a aquél se le reclama un comportamiento “pasivo”, ya sea para extraerle sangre, huellas dactilares, entre otros (Carrió, 2022).

La doctrina es concordante al efectuar la distinción, señalando que, en función de la literalidad del texto constitucional, el concepto de “declarar” se traduce como cualquier expresión, ya sea verbal, escrita, gestual o en cualquier forma susceptible de exteriorizar un pensamiento o mensaje consciente y voluntario del individuo. En este aspecto, el imputado es órgano o sujeto de prueba, calidad en la cual no puede ser compelido a expresarse, lo cual no ocurre cuando la prueba es el mismo individuo en su materialidad, o cuando resulta ser portador de un elemento que se pretende introducir al proceso como evidencia, caso en el cual será considerado objeto de prueba, situación en la que resultará válido obligarlo a someterse a diferentes medidas o diligencias (Jauchen, 2006; Clariá Olmedo, 2008).

La jurisprudencia de la CSJN también ha sido coherente en interpretar que la garantía contra la autoincriminación ampara al imputado que actúa como sujeto activo (órgano de prueba), mas no en aquellos casos en que se lo tiene como objeto de prueba. Así, en “Cincotta”⁹, del año 1963, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que la identificación en rueda de personas no resultaba violatoria de la cláusula que veda la exigencia de declarar contra sí mismo, bajo el argumento de que la sola presencia del imputado que exige dicha medida se corresponde con el “corriente y razonable ejercicio de la facultad estatal investigatoria de los hechos delictuosos”.

En otra oportunidad, ya en 1995, en el caso “HGS”¹⁰ la CSJN confirió validez a la extracción compulsiva de sangre ordenada por la autoridad judicial, en el marco de la investigación por la posible apropiación de un niño durante la última dictadura cívico-militar. En dicho contexto, con cita del precedente “Cincotta”, el máximo tribunal señaló que:

[D]esde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la ley fundamental es compeler física o moral mente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos [...] en que la evidencia es de índole material...

En “Rau”¹¹, en 2016, la CSJN revocó una sentencia absolutoria emitida por la Cámara Federal de Casación Penal que había entendido que se había vulnerado la garantía de mención al utilizarse como prueba las firmas estampadas por el imputado en las actuaciones, comparándolas con la asentada en el dorso de un cheque adulterado que había sido presentado para su cobro. Llegado el caso a examen de la Corte, el Procurador

⁹ CSJN, Fallos, 255:18.

¹⁰ CSJN, Fallos, 318:2518.

¹¹ CSJN, “Rau, Alejandro O. s/ causa 16.400”, Fallos, 339:480; 19/04/2016. Del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo.

General emitió dictamen, cuyos argumentos fueron compartidos en totalidad por el máximo tribunal, en tanto:

La cláusula constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo 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.

En conclusión, el derecho argentino parece haber tomado una posición concordante en materia de autoincriminación forzada, delimitando el alcance protectorio de la garantía a aquellos casos que poseen contenido declarativo o comunicacional, de manera tal que lo que estaría vedado por la Constitución es aquella prueba que surge a partir de declaraciones y dichos del imputado, obtenidas sin su consentimiento, mientras que no se hallarían prohibidas aquellas evidencias que se extraen del imputado como portador material de los elementos probatorios que se pretenden introducir al proceso.

Como consecuencia de lo expuesto, para determinar si la medida de prueba bajo estudio resulta o no violatoria de la garantía contra la autoincriminación, se deberá dilucidar si el acto de desbloquear el celular mediante los datos biométricos posee contenido declarativo (Polansky, 2022). Las decisiones judiciales expuestas en el punto 2 de este estudio -con excepción de la minoría en el fallo "M.G."- han considerado que obligar al imputado a desbloquear su celular mediante el aporte coactivo de sus rasgos biométricos, no conculca la garantía de mención, pues no implica un obrar activo ni una declaración de su parte. Por el contrario, entendieron que colocar un dedo o la mirada sobre el teléfono celular no importa obtener coercitivamente una expresión o una manifestación del encartado, sino la utilización pasiva de su cuerpo, por lo que el imputado actuaría en estos casos como objeto de prueba, pesando sobre él un deber de tolerancia que lo obliga a colaborar con la realización de la diligencia.

Sin embargo, este razonamiento merece algunas objeciones. Por un lado, porque se interpreta de una manera que podría ser valorada como incorrecta la naturaleza ontológica del desbloqueo de un teléfono mediante datos biométricos, y a partir de ello se lo equipara erróneamente a otras medidas que son disímiles en tal sentido. Por otro lado, porque se asigna a la garantía contra la autoincriminación forzada un alcance limitado a lo meramente declarativo, conclusión a la que se llegó mediante una interpretación literal del texto constitucional, método que no resulta adecuado al verdadero alcance que merece la garantía como límite al poder punitivo estatal. En tal sentido, a continuación, expondré algunas posturas que permiten arribar a una

conclusión diferente a la planteada por la mayoría de las decisiones judiciales presentadas en el punto 2.

5.1. Breves referencias al problema en términos ontológicos

Se puede efectuar una distinción en términos ontológicos entre el desbloqueo forzoso del celular del imputado y otras medidas como el reconocimiento en rueda de personas o la extracción compulsiva de sangre o de huellas digitales. Esto, por cuanto, al hablar del imputado como objeto de prueba se hace referencia a toda situación en la que la persona es portadora de un elemento material que sirve como evidencia, a partir de lo cual se admiten injerencias en su cuerpo con prescindencia de su voluntad y consentimiento, ya que para extraer el elemento probatorio no se necesita más que su presencia y tolerancia, sin que se exija manifestación de voluntad o acción positiva de su parte. En el caso del desbloqueo del celular la situación es diferente, porque sin importar cuál sea el método empleado, no se prescinde de la voluntad del imputado. Así, como bien argumentó el voto en disidencia en el caso “M.G.”:

[E]l acto de acceder al dispositivo móvil implica de por sí una intención, una voluntad de hacer, que no puede ser requerida coactivamente del imputado [...] independientemente del método utilizado para bloquear el teléfono, ya sea que dependa de datos biométricos (huella dactilar, lectura de iris o reconocimiento facial) o que requiera que se ingrese una clave alfanumérica o patrón de desbloqueo.

El desbloqueo compulsivo mediante datos biométricos difiere de aquellas medidas tradicionales en las que el imputado es considerado objeto de prueba. Respecto a estas últimas, no tienen contenido declarativo o testimonial pues se son actos en los cuales se restringe la libertad física del imputado, ya sea exigiendo su sola presencia, ya sea utilizando su cuerpo con el fin de extraer de él un elemento material, como una mínima porción de tejido o tomar la impresión de sus huellas digitales. Este tipo de medidas por sí mismas no informan ni comunican nada, sino que proveen un elemento que luego ha de ser sometido a un análisis comparativo o de constatación, que será lo que finalmente dotará de contenido comunicativo a la medida de prueba.

Resulta ilustrativo el ejemplo brindado por Miller (2019), quien señala que el objetivo de someter a un sospechoso a la toma de huellas digitales es cotejar sus registros con la evidencia física encontrada previamente en la escena del crimen. La impresión digital obtenida de la persona no comunica nada por sí sola. Por el contrario, recién luego de efectuada su comparación con otro elemento físico se podrá llegar a la conclusión de que, por ejemplo, el imputado ha estado en determinado lugar o ha apoyado su mano en determinado sitio. Dicho de otra forma, la huella no tiene contenido testimonial, lo

que le da contenido en tal sentido es la posterior comparación que se haga con aquella encontrada en la escena del crimen.

A la misma conclusión podemos llegar respecto del reconocimiento en rueda de personas, medida regulada en los arts. 270 y sigs. CPPN, que implica posicionar al sospechoso en formación dentro de un grupo de sujetos de similares características, con la finalidad de que un observador -testigo o víctima- confirme que si se trata o no del autor del hecho que se investiga. En este caso, la sola presencia del sospechoso carece de contenido declarativo, pues por sí sola no informa nada, sino que la información que interesa incorporar al proceso proviene del reconocimiento que pueda hacer el observador, manifestación que sí tiene contenido testimonial. Por esa razón, más allá de que la presencia del sospechoso sea contra su voluntad y que luego de ese acto pueda obtenerse prueba de cargo, la medida no tiene potencial para resultar autoincriminante y, por ende, no goza de la protección constitucional en estudio.

Por el contrario, parte de la doctrina sostiene que el acto de desbloquear un celular mediante el uso de datos biométricos sí tendría un contenido declarativo o testimonial, pues por sí solo comunica algo. Así, con un simple toque en la pantalla del teléfono, o incluso con sólo acercarse al mismo, el imputado confirmaría la propiedad respecto del dispositivo y autenticaría todo su contenido, lo que sitúa a la medida en terreno cercano al testimonio contra uno mismo (Miller, 2019). En igual tesitura, se ha dicho que toda persona que desbloquea un teléfono a través de su huella digital, rostro o iris “está informando a las autoridades estatales que es el usuario de ese dispositivo, que tienen el control sobre él y, por lo tanto (y salvo evidencia en contrario) que su contenido le pertenece”, por lo que cabe atribuirle al acto un contenido testimonial implícito que lo distingue de las medidas como el reconocimiento en rueda de personas o las extracciones de sangre¹² (Polansky, 2022, 91-95).

El debate aquí presentado ya ha sido abordado por la jurisprudencia de los EEUU¹³. Desde esa perspectiva, existe un consenso en que las autoridades estatales no pueden obligar al sospechoso a aportar las claves de acceso a su dispositivo, pues ello conculcaría el derecho a la no autoincriminación, contenido en la Quinta Enmienda¹⁴ de la carta magna estadounidense. No obstante, existen discrepancias en la jurisprudencia en cuanto a la posibilidad de someterlo a utilizar los datos biométricos en sus sensores. Por un lado, una

¹² Sin perjuicio de entender que el desbloqueo mediante datos biométricos tiene contenido testimonial implícito, el autor sostiene que, bajo determinadas circunstancias, la medida resultaría admisible constitucionalmente (véase, pág. 96).

¹³ La mención de estos fallos no agota el análisis de la jurisprudencia estadounidense, ni busca recoger una muestra representativa, sino que responde al solo efecto de enriquecer el debate local que se plantea en este apartado.

¹⁴ “No person [...] shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself [...]” que puede traducirse como “A ninguna persona se le obligará, en ningún caso penal, a testificar contra sí misma”.

postura que considera que la medida no contradice el precepto constitucional, pudiendo señalarse como principal exponente el precedente “Baust”¹⁵, en el que una persona fue acusada por tentativa de homicidio y, en el marco de la investigación, las autoridades pretendieron acceder a su teléfono por considerar que contenía un video que podría probar la hipótesis acusatoria. El tribunal denegó la autorización para obligar al acusado a entregar su código de acceso sin perjuicio de lo cual entendió que sí podía ser obligado a colocar su huella para el desbloqueo, por cuanto dicha acción no carecía de contenido declarativo (Polansky, 2022).

Con una postura opuesta a la volcada en el caso “Baust”, una serie de fallos entendieron que la acción de desbloquear el teléfono mediante datos biométricos era equiparable a una manifestación de voluntad del individuo y, por lo tanto, se encontraba amparado por la quinta enmienda antes mencionada (Aboso, 2023). Entre dichos precedentes, se destaca el caso resuelto por un tribunal del Estado de California en 2019¹⁶, en el cual la fiscalía solicitó una orden de allanamiento en el domicilio de individuos sospechados de haber extorsionado a una persona con la divulgación de material íntimo. La solicitud contenía, además del allanamiento, un pedido para secuestrar dispositivos electrónicos relacionados al delito, solicitando autorización para obligar a sus dueños a aportar sus datos biométricos para el desbloqueo. Si bien el tribunal autorizó el allanamiento, en este caso rechazó el pedido respecto al desbloqueo compulsivo de los celulares, en el entendimiento de que ello podría violentar la garantía contra la autoincriminación. En tal sentido, sostuvo que el testimonio no podía limitarse sólo a la comunicación verbal o escrita, sino que también debía incluirse en la protección aquellos actos que implicaran afirmaciones de hecho como el desbloqueo mediante datos biométricos (Miller, 2019).

5.2. Breves referencias al problema en términos de interpretación

En otro orden de ideas, corresponde considerar si la interpretación literal del texto constitucional -como la que han efectuado los fallos bajo análisis-, que restringe el alcance de la garantía del art. 18 CN, brinda una respuesta adecuada o limita la eficacia de la carta magna en el cumplimiento de una de sus principales misiones, la de la debida tutela de los derechos fundamentales de las personas frente al poder punitivo estatal.

En tal sentido, González Ferreyra Solá considera incorrecto limitar el concepto de sujeto/órgano de prueba -y por ende la protección constitucional- a la faz puramente declarativa, pues debe tenerse presente que la noción de imputado como sujeto incoercible comprende algo mucho más amplio que las expresiones verbales. En rigor, la idea de incoercibilidad brinda protección a “toda clase de actuación racional o inteligente

¹⁵ “Commonwealth of Virginia v. David Baust”, caso n° CR-14-1439, Segundo Distrito Judicial del Estado de Virginia, 28/10/2014.

¹⁶ Tribunal de Distrito Norte de California, Estados Unidos. Caso N° 4-19-70053, 10/1/2019.

de la persona, aun cuando no fuera estrictamente declarativa o relatora sino meramente actoral o conductual” (2015, 7). Así, la diferencia entre objeto y sujeto de prueba “no depende de que el sujeto ‘declare o relate’ [...] sino, más bien, de que la practica respectiva involucre (órgano de prueba) o no (objeto de prueba) su personalidad moral y su psiquismo expresivo como emanación actitudinal de su personalidad” (2105,8).

En similar sentido, Aboso, al comentar uno de los fallos bajo estudio -el caso “M., B.A.”- expone una visión crítica respecto a la distinción entre objeto/sujeto de prueba, subrayando la naturaleza que reviste el uso de los datos biométricos como mecanismo de seguridad para bloquear el celular, haciendo hincapié en la “exteriorización de la personalidad” que implica el uso de los datos biométricos por parte del titular del teléfono, más allá de que ello no constituya una declaración verbal. En tal sentido, sostiene que “el acto de desbloquear cualquier aparato electrónico importa necesariamente una exteriorización de voluntad que expresa la pertenencia y el dominio de los datos almacenados y su utilización en contra de sus intereses” (2023, 299-300)

De acuerdo con estas opiniones, restringir el alcance de la protección constitucional exclusivamente a la información autoincriminatoria que surge de las declaraciones verbales no resulta del todo satisfactoria. Por ello, se propone un abordaje de la cuestión a partir de los métodos de interpretación a los que recurrido en distintas oportunidades la CSJN, en su carácter de intérprete final de la Constitución, para intentar desentrañar el sentido y alcance que debe asignarse a las garantías previstas en la ley suprema.

Como bien señala Sagüés, la suerte de las normas jurídicas depende, en un porcentaje decisivo, de cómo se las interprete (2017, 149). Es que, en ciertas ocasiones, el alcance de un precepto es difícil de determinar por cuanto los términos utilizados en su redacción pueden ser oscuros, vagos o ambiguos, mientras que, en otras, la dificultad puede surgir por el contexto histórico en que se ha dictado, pues el paso del tiempo -y la falta de actualización por parte del legislador- hace que la norma pueda quedar obsoleta e inaplicable frente a la ocurrencia de circunstancias fácticas que eran impensadas originariamente.

Estas particularidades se acentúan cuando se trata de normas constitucionales, generando enormes desafíos en la determinación de su alcance y contenido. Es que, los objetivos y funciones características de las constituciones, la creación y organización de los poderes del Estado, el establecimiento de límites a su actuación, y la consagración de derechos fundamentales, producen que sus normas sean particularmente vagas, ambiguas y genéricas, a lo que debe sumarse que, en general, también son antiguas (Manili, 2014, 61-62). En estos casos, el intérprete se encuentra ante el desafío de intentar determinar el alcance de la norma, para lo cual puede echar mano -en forma

individual o combinada- a distintos métodos de interpretación, entre los cuales podemos señalar: literal o gramatical, sistemático, histórico, dinámico, teleológico, entre otros.

Al respecto, los tribunales cuyos fallos se analizaron a lo largo del artículo determinaron que la garantía contra la autoincriminación forzada no ampara a quien es forzado a aportar sus datos biométricos, arribando a tal decisión a partir de una interpretación literal del texto del art. 18 de la Constitución. Así, entendieron que dicha medida no entraba en conflicto con la garantía mencionada, pues desbloquear el teléfono mediante los datos biométricos no implica “declarar” contra uno mismo en el sentido gramatical utilizado por el constituyente al dictar la norma. Como puede apreciarse, este método de interpretación atiende principalmente al texto del precepto constitucional cuyo sentido se pretende desentrañar, observando las palabras utilizadas por el constituyente según el significado que usualmente se les asigna.

Sin embargo, si bien se considera que este es el primer método al que debe acudir el intérprete, utilizando los demás sólo ante la insuficiencia de éste, ello merece ser matizado. Por un lado, se trata de un método que, “si es aplicado a rajatabla, conduce a la negación de la interpretación del derecho por parte de los jueces” (Manili, 2014, 68), aplicación mecánica y automática que soslaya que “las normas jurídicas, en cuanto autorizan, prohíben o hacen obligatorias ciertas acciones humanas, y en cuanto suministran a los súbditos y a las autoridades pautas de comportamiento, están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales” (Carrió, 1986, 49), y que como consecuencia de ello, también presentan los problemas propios del lenguaje natural (ambigüedad, vaguedad y textura abierta). Por otro lado, también se presenta otro inconveniente con la interpretación literal y es que, “si la constitución es antigua, el significado de las palabras puede haberse alterado con el transcurso del tiempo, tanto en sentido ideológico o técnico” (Sagüés, 2017, 161), lo que ocasionaría que la carta magna se torne obsoleta frente a la continua evolución de la sociedad que está destinada a organizar.

En vista de esos inconvenientes, la CSJN ha acudido en distintas ocasiones a la implementación de otros métodos de interpretación. Así, el máximo tribunal ha dicho que, más allá de que el primer paso para interpretar la ley es su propia letra, también deben tenerse en cuenta otros elementos. En el fallo “Rizzo”, por ejemplo, el máximo tribunal expresó que:

Esta Corte ha sostenido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos, 307:2153; 312:2078 y 314:458, entre muchos otros) pero a ello cabe agregar que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, y computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen

*con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional...*¹⁷

Con ello se hace referencia a los métodos de interpretación denominados teleológico y sistemático. Respecto al primero, implica indagar en los fines que persigue la norma en cuestión, pues ocurre que las expresiones literales pueden verse agotadas ante la indeterminación y multiplicidad de casos que pueden darse en la realidad y que lógicamente escapan a la previsión del legislador. En virtud de ello, en ciertos casos es recomendable que la interpretación no se agote en la literalidad del texto, sino que también se busque su sentido en los fines que persiguió el legislador al redactar la norma. En tal sentido, la CSJN ha dicho que:

*La misión judicial -ha dicho este Tribunal- cuando la expresión literal presenta imperfecciones técnicas, dudas o ambigüedades jurídicas, o admite razonables distinciones, consiste en recurrir a la ratio legis, porque no es el espíritu de la ley el que debe subordinarse a las palabras sino éstas a aquél, máxime cuando aquella ratio se vincula con principios constitucionales que siempre han de prevalecer en la interpretación de las leyes*¹⁸.

Por su parte, el método denominado sistemático consiste en analizar cada norma en consonancia con las demás que integran la Constitución (Manili, 2014). Ello en razón de que toda carta magna se enmarca en determinada corriente o doctrina de pensamiento, por lo que sus preceptos “no nacen de la nada, ni se dictan para cualquier fin, sino que son tributarios de intereses y demandas sociales, económicas, culturales, etc., reflejadas y defendidas en concreto por doctrinas e ideologías políticas” (Sagüés, 2017, 158).

Otra herramienta para interpretar el significado y alcance de una norma es el denominado método histórico, que atiende al contexto imperante al momento de sanción de la disposición. Al respecto, desde un punto de vista histórico, puede advertirse que el origen de la garantía bajo estudio tenía como finalidad evitar que las declaraciones hechas bajo tortura puedan ser utilizadas como prueba de cargo en un proceso criminal. En tal sentido, si bien “no hay uniformidad de criterio sobre cuál es realmente el probable origen de la consagración legal del derecho contra la autoincriminación” (Jauchen, 2006, 182), sí resulta posible deducir su justificación como una respuesta ante los abusos cometidos por los antiguos regímenes totalitarios de corte puramente inquisitivo, contexto en el cual la confesión del acusado constituía la prueba por excelencia para la

¹⁷ CSJN, “Rizzo”, Fallos, 336:760, 2013.

¹⁸ CSJN, Fallos, 323:212, consid. 11.

incriminación, llegando a permitirse la aplicación de variados y atroces métodos de tortura para obtenerla.

Sin embargo, cabe destacar que el método histórico, también denominado estático, ha sido dejado de lado -o al menos matizado- por la Corte en diferentes oportunidades, lo que resulta lógico si se tiene presente la vocación de permanencia que reviste toda Constitución, herramienta destinada a regir no sólo el presente, sino también el futuro y, por lo tanto, su contenido debe adaptarse a las nuevas realidades, tarea que corresponde al intérprete, ganando terreno así el método dinámico, que propone interpretar las cláusulas constitucionales conforme el significado actual y no histórico de las palabras, pregonando una permanente adaptación del texto a las realidades presentes (Sagüés, 2017, 169).

Desde antaño puede observarse como el máximo tribunal del país ha implementado en forma combinada distintos métodos de interpretación para determinar el alcance de las normas constitucionales, distanciándose tanto del método literal como del método histórico, que no siempre resultan del todo adecuados. Un buen ejemplo de ello es el caso “Kot”¹⁹, en el cual la CSJN, dejando de lado los métodos literal e histórico, acudió a una interpretación teleológica, sistemática, y dinámica, para ampliar la procedencia de la acción de amparo, reconociéndola como vía de protección tanto frente a actos de la autoridad pública, como de particulares.

Por un lado, la CSJN intentó desentrañar la intención de los constituyentes de 1853 más allá del sentido literal del texto, señalando que si bien el objetivo inmediato fue la protección de los derechos fundamentales del individuo contra los excesos de la autoridad estatal, el espíritu liberal de la ley suprema indica que el fin último es proteger y garantizar la libertad, sin distinguir que el ataque provenga del Estado o de particulares. Así, se sostuvo que:

Nada hay, ni en la letra de la ley ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada [...] por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos...

Por otro lado, fijó un importante estándar en relación a la vocación de permanencia de la Constitución Nacional, cuyo contenido, lejos de perder vigencia con el paso del tiempo,

¹⁹ CSJN, “Kot”, Fallos, 241:291, 1958.

puede adaptarse a los constantes cambios de la sociedad. Esto es trascendente por cuanto otorga cierta potestad al intérprete para dotar de dinamismo al texto constitucional. Al respecto, la CSJN sostuvo:

Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción [y] la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo, tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existían en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales, que es de natural desarrollo y no de contradicción, es la obra genuina de los intérpretes, en particular de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para que fue dictada la Constitución.

Otro precedente paradigmático, más cercano a la actualidad, es el caso “Quaranta”, oportunidad en que la CSJN, mediante una interpretación dinámica y sistemática de la Constitución, extendió la protección que el art. 18 otorga al domicilio y la correspondencia, a las comunicaciones telefónicas. En tal tesitura, sostuvo:

Que esta Corte, al referirse al art. 18 de la Constitución Nacional, ha expresado que en él se consagra ‘el derecho individual a la privacidad del domicilio de todo habitante -correlativo al principio general del art. 19- en cuyo resguardo se determina la garantía de su inviolabilidad, oponible a cualquier extraño, sea particular o funcionario público’ [...]. Si bien allí no se hizo mención a las comunicaciones telefónicas ni a la protección de su secreto, una interpretación dinámica de su texto más lo previsto en su artículo 33 y en los artículos 11, inciso 2°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 17, inciso 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto contemplan, en redacción casi idéntica, que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, permiten hacer extensivas aquellas consideraciones a casos como el presente²⁰.

A partir de las pautas brindadas precedentemente, cabe concluir que una implementación combinada de los distintos métodos de interpretación reseñados podría resultar más adecuada al problema de la obtención compulsiva de datos biométricos. En

²⁰ CSJN, Q. 124. XLI. “Quaranta, José Carlos s/ inf. ley 23.737”, Causa n° 763, 21/08/2010, consid. 17.

esa dirección, es posible considerar que una interpretación dinámica indicaría que el avance de la tecnología ha provocado profundas modificaciones en la vida del ser humano, generando ventajas en muchos sentidos, pero también nuevos desafíos para la adecuada tutela de los derechos fundamentales. Puede advertirse que la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada, originalmente prevista para evitar que el imputado sea objeto de torturas tendientes a arrancarle una confesión, actualmente ha quedado inocua frente a la innovación tecnológica, que permite obtener mayor cantidad de información del teléfono del imputado, antes que de cualquier declaración verbal. Al respecto, se ha señalado que:

[U]na correcta interpretación dinámica y progresiva de la garantía recomienda su constante acomodamiento a las nuevas técnicas de investigación y a las tecnologías científicas de avanzada, según un entendimiento amplio de la voz originaria (“declarar o dar testimonio”), comprensivo de todo comportamiento activamente auto-inculpatorio. De tal manera, extendiendo razonablemente el universo protectorio de la garantía (más allá de lo que encierra la simple declaración o expresión de ideas) se optimiza en forma plausible la eficacia tutelar del principio. (González Ferreyra Solá, 2015, 6).

Es claro que “la declaración oral o escrita como forma de confesión en el proceso penal y candidata natural a la aplicación del manto de tutela constitucional resulta claramente inocua frente al progreso en el campo de la tecnología” (Aboso, 2023, 299). Por ello, resulta necesario adaptar la interpretación de la garantía, dotándola de un mayor alcance y eficacia para la tutela frente a nuevas formas de amenaza para los derechos fundamentales del ciudadano. Una interpretación que no atienda los profundos cambios que la tecnología ha provocado en la forma en que el ser humano resguarda su privacidad, implicaría desconocer la realidad y también despojar de eficacia a la Constitución Nacional como herramienta de protección a los derechos y límite al poder punitivo estatal.

Por otra parte, cabe atender a los fines perseguidos por el constituyente al establecer la garantía, esto es, consagrar al imputado como un sujeto de derechos incoercible, condición derivada del respeto a su dignidad y presunción de inocencia, y a partir de lo cual se encuentra exento de toda carga u obligación de contribuir con la prueba de su acusación. Respecto a ello, la interpretación literal lleva a resultados contradictorios, pues por un lado, protege al ciudadano evitando que se vea forzado a autoinculparse mediante declaraciones verbales, mientras que por otro, se le permite al Estado utilizar la fuerza física para obligarlo a desbloquear su teléfono celular mediante sus datos biométricos, con el fin de obtener pruebas en su contra.

Así también, la interpretación literal se traduce en un fuerte contrasentido al asignar irrazonablemente una menor protección a la intimidad del individuo cuando es protegida por los datos biométricos, en total desconexión con el resto de las normas de la CN, que otorgan una protección amplia a la privacidad, sin distinción del método que la resguarda, pues de lo que se trata es de poner un límite al Estado. En tal sentido, si los datos biométricos tienen la misma función que la clave alfanumérica, el patrón de desbloqueo, o el reconocimiento por voz, esto es, proteger la intimidad, entonces no debería asignárseles un diferente amparo constitucional. El contenido digital que se oculte bajo una contraseña numérica no será diferente al que se esconda bajo el reconocimiento facial. Llevan consigo las mismas expectativas de privacidad, por lo cual deviene absurdo el razonamiento que le quita la protección constitucional al método que utiliza sensores biométricos (Miller, 2019b).

En conclusión, los fallos descriptos en el punto 2, que otorgaron validez al desbloqueo coactivo del celular del imputado mediante la obtención de sus datos biométricos, evidencian dos defectos claramente marcados en relación al alcance de la garantía que protege contra la autoincriminación forzada. En primer lugar, por haber excluido a los datos biométricos de la protección constitucional, considerando que la obtención compulsiva que de ellos se haga no implica una “declaración”, en los términos textualmente empleados en el art. 18 de la CN, lo cual soslaya que el acto en sí tiene un contenido testimonial implícito. En segundo lugar, por la utilización de un método interpretación literal que no se compadece con el fin que ha tenido en miras el constituyente al consagrar la garantía, ni resulta adecuado en vista del importante avance que ha experimentado la tecnología y el consecuente impacto que tiene para el resguardo de los derechos constitucionales, así como tampoco armoniza el alcance de la manda constitucional con los demás principios fundamentales y el espíritu general de tutela de los derechos que ha dado vida a nuestra carta magna.

6. REFLEXIONES FINALES

En conclusión, el proceso acelerado de digitalización y uso masivo de la tecnología ha impactado de lleno, no sólo en la vida cotidiana de las personas, sino también en el proceso penal, que no logra dar respuestas satisfactorias frente a esta nueva realidad, dado que su modelo, pensado para prácticas tradicionales, no ha incorporado modificaciones normativas que se adapten a los desafíos de la evidencia digital.

Sin embargo, este panorama no autoriza a las autoridades a adoptar cualquier solución, sino que la misma debe adecuarse a los principios y garantías constitucionales, en virtud del alto grado de afectación que algunas medidas de prueba -como la aquí analizada- implican para los derechos fundamentales. El imputado no tiene el deber de colaborar aportando prueba que colabore con su incriminación, pues dicha carga corresponde a las

autoridades estatales, quienes no pueden hacer cargar al imputado con la insuficiencia de recursos, obligándolo a aportar la prueba que no pudieron conseguir por falta de tecnología adecuada. Tampoco debe soportar injerencias arbitrarias en sus derechos, lo cual es pasible de ocurrir cuando se utiliza la analogía para implementar medidas prueba no reguladas que se valen de limitaciones o restricciones a los derechos fundamentales.

Existen buenos argumentos para cuestionar la validez constitucional de la medida de prueba bajo estudio. Lejos de pretender agotar la discusión o establecer una conclusión definitiva sobre el tema, el objetivo buscado en estos párrafos fue llamar a la reflexión y formular algunas consideraciones en torno a los problemas generados por el avance de la tecnología, su impacto en el proceso penal, y el consecuente desafío para la adecuada defensa de los derechos constitucionales.

BIBLIOGRAFÍA

Aboso, G. E. 2023. *Desbloqueo de datos biométricos y «nemo tenetur se ipsum accusare»*, en Riquert, M. A. (dir.) Sueiro, C. C. (coord.). *Sistema penal e informática*. Hammurabi. Vol. 6.

Bruzzone, G. A. 2005. *La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal*, en Baigún, D. et al. *Estudios sobre justicia penal: Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*. Editores del Puerto.

Cafferata Nores, J. I. 1998. *La prueba en el proceso penal*. 3era edición. Depalma.

Carrió, A. 2022. *Garantías constitucionales en el proceso penal*. 6ta edición. Hammurabi.

Carrió, G. R. 1986. *Notas sobre derecho y Lenguaje*. Abeledo-Perrot.

Clariá Olmedo, J. A. 2008. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Rubinzal-Culzoni.

Díaz Cantón, F. 2019. *Prácticas actuales de investigación y recolección de evidencia digital 'versus' garantías de debido proceso*, en Ledesma, A. E. (Dir.) – Lopardo, M. (Coord.), *El debido proceso penal*. Volumen 5. Hammurabi.

Gómez Jolis, G. 2021. *Biometría y derecho. Usos, aplicación y protección de los datos biométricos*. La Ley 2021-D, 329.

González Ferreyra Solá, J. 2015. *Nemo tenetur se ipsum accusare*. Pensamiento Penal.

Gullco, H. V. 2019. *Los derechos en la Constitución Nacional. Casos y métodos*. Ad Hoc.

Jauchen, E. M. 2014. *Derechos del Imputado*. 1ª edición, 2ª reimpresión. Rubinzal-Culzoni.

López Borghello, G. J. 2021. El registro de dispositivos electrónicos: estándar convencional y constitucional. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 2021 (julio), 101. La Ley.

Manili, P. L. 2014. *Teoría Constitucional*. Hammurabi.

Maier, J. B. 1996. *Derecho Procesal Penal*. 2da. Edición. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto.

Márquez, I.M. – Perzan, M.C. 2021. *Acerca de los nuevos límites en materia coercitiva estatal. Dispositivos móviles: su acceso mediante códigos de bloqueo y/o datos biométricos*, en Ordoñez Pablo (dir.) *Medios de prueba en el Proceso Penal*, t. 4, 1ª Edición. Hammurabi. 219-252.

Miller, C. H.

- (2019a). *¿Pueden las fuerzas de seguridad forzar el desbloqueo de un dispositivo con datos biométricos del sospechoso? Acerca de los recientes fallos de la justicia de los Estados Unidos*. La Ley.
- (2019b). *Un paso atrás en la protección de los datos biométricos del sospechoso*. Suplemento Especial Legal Tech II 2019 (noviembre), 97. La Ley.

Navarro, G. R. y Daray, R. R. 2019. *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. 5ta edición. 4ta reimpresión. Hammurabi.

Pérez Barberá, G. E.

- (2009). *Nuevas tecnologías y libertad probatoria en el proceso penal*. NDP.
- (2015). *Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal*. Pensamiento Penal.

Polansky, J. 2022. *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*. Hammurabi.

Portillo, V. H. - Matteo, J. M. 2019. *Autoincriminación y nuevas tecnologías*, en Riquert, M. A. (dir.) Sueiro, C. C. (coord.). *Sistema penal e informática*. Vol. 2. Hammurabi.

Reyna Alfaro, L. M. y Ruiz Baltazar, C. E. 2014. *El derecho de no autoincriminarse. Contenido esencial y problemas prácticos fundamentales*. DPyC 2014 (mayo), 57. La Ley.

Sagüés, N. P. 2017. *Derecho Constitucional*. Astrea.

Salt, M. 2017. *Nuevos desafíos de la evidencia digital: Acceso transfronterizo y técnicas de acceso remoto a datos informáticos*. Ad-Hoc.

Sergi, N. 2018. *Análisis jurídico de la situación de la evidencia digital en el proceso penal en Argentina. Volumen 3*. Asociación por los Derechos Civiles.

Tobías, J. W. 2020. *Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías*. La Ley.