

Nuevas tecnologías, viejos derechos



Manuel F. Carboni

Introducción

La autoincriminación forzada es para nuestro sistema legal un acto terminantemente prohibido. Así lo estipula nuestra Constitución Nacional en su artículo 18, como también las constituciones provinciales y todos los códigos de procedimiento penal vigentes en el país.¹ Al verse involucrada en esta prohibición una garantía fundamental del hombre, este precepto no puede ni debe interpretarse de manera restrictiva.

Su interpretación debe ser amplia, y sus alcances deben abarcar –y compatibilizarse con– una gama infinita de hipótesis novedosas en una realidad siempre cambiante, a riesgo de caer en letra muerta y de que su protección se vuelva ilusoria.

Por otra parte, puede decirse con cierto grado de verdad que las garantías constitucionales no pueden erigirse como escollos infranqueables para la eficacia investigativa, dado que la capacidad que presenta el sistema penal para dar respuesta a los conflictos es la fuente última de su legitimidad frente a la sociedad.

¹ Por citar solo algunos, art. 18 CN; 296 CPPN; 13 incs. 4to y 5to CCABA; 29 inc. 3 y 175 CPPCABA; 29 CPBA y 310 CPPPBA.

Esto cobra especial relevancia con el desarrollo de las nuevas tecnologías, en concreto, si atendemos a la capacidad que puede tener un equipo de telefonía celular para resguardar la información contenida hasta el extremo en que esta se vuelve totalmente inaccesible para cualquiera que no sea su titular.

Sentado esto, podemos preguntarnos: ¿hasta qué punto el derecho a la no autoincriminación protege los datos que se encuentran contenidos en un dispositivo de telefonía celular, o más bien, el derecho de su titular a no poner estos datos a disposición de una investigación penal? Por otra parte, ¿qué facultades dispone un magistrado para asegurarse esta colaboración por medios coercitivos?

La doctrina y la jurisprudencia local aún no han abordado el tema de manera profunda ni abundante. Por otra parte, desde la producción jurídica norteamericana, las respuestas a estos interrogantes son numerosas cuando no contradictorias y han dado lugar a la elaboración de hipótesis muy variadas que ofrecen respuestas diversas según el tipo de encriptación aplicable al equipo, o si se trata de un dispositivo de telefonía celular u otro tipo de dispositivo electrónico, tal como una PC o una tablet. Veamos.

El problema en los Estados Unidos de América

Diversas respuestas frente a contenidos encriptados en un dispositivo

Resulta particularmente interesante el desarrollo de este debate en el país del Norte, no solo porque adelanta las problemáticas que luego se ven reflejadas en nuestra práctica judicial, sino porque, además, nuestro esquema constitucional se basa directamente en el sistema allí elaborado. En concreto, y en lo que incumbe al presente trabajo, el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional replica –con particularidades propias– algunas de las garantías que se encuentran contenidas en la cuarta y quinta² enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América.

Y como se ha señalado en la introducción, se trata de un debate vigente, que aún no ha sido saldado y respecto del cual la Corte Suprema de Justicia de ese país aún no se ha expedido. En cambio, existen un sinnúmero de pronunciamientos de parte de tribunales inferiores que alcanzan conclusiones diversas y hasta contradictorias.³

Este debate tiene su correlato en la doctrina, y a este respecto se puede citar la obra del profesor Orin S. Kerr (2019: 767, 768 y 771), quien simplifica la problemática al considerar que un teléfono celular

2 “Ninguna persona podrá ser detenida para responder por un delito capital o infamante, a menos que sea acusada por un Gran Jurado, excepto en los casos ocurridos en las fuerzas militares terrestres o navales, o en el servicio militar, o al servicio de las fuerzas armadas en tiempos de guerra o peligro público; ni tampoco será sometida a proceso por el mismo hecho de modo tal que sea puesto en doble riesgo su vida o su integridad física; *ni se la obligará en ningún caso penal a testificar contra sí misma*, ni se la privará de su vida, su libertad, o su propiedad, sin un debido proceso legal; ni se tomará su propiedad privada, sin una compensación justa”.

3 V. gr., *United States v. Apple MacPro Comput.*, 2017, 3er Circ. Fed. Penn.; *United States v. Spencer*, 2018, *Cám. Fed. D.N. Cal.*; *Commonwealth v. Gelfgatt*, 2014, CS Mass.; *State v. Diamond*, 2018, CS Minn., y en sentido contrario, *Seo v. State*, 2020, CS Ind.

no es más que una caja fuerte, cuyo contenido se asimila a los papeles privados, y que, de obligarse a alguien mediante orden judicial al titular a desbloquear el equipo, no se está haciendo más que compeler a su propietario a que entregue la llave de esa caja fuerte.

Por lo demás, el contenido de esa “caja fuerte” no gozaría de ningún privilegio ni protección especial, por cuanto la autoridad, a priori, no tiene certeza alguna de que dicho contenido sea de naturaleza incriminatoria, y el hallazgo de elementos constitutivos de algún ilícito es una tarea que atañe al investigador y no al propio defendido.⁴ Este razonamiento parecer suficiente para aplacar cualquier duda en torno a los derechos contenidos en la cuarta enmienda.

Ahora bien, cuando esta contraseña se trata de una frase o código memorizado por el propietario del equipo, entonces se reconoce que podría verse involucrada la garantía de la quinta enmienda, pues un tribunal estaría forzando a una persona a revelar mediante una declaración asertiva aquello que se encuentra guardado en su íntimo conocimiento, y esta declaración podría tener consecuencias autoincriminatorias.

Fueron diversas las soluciones propuestas por las diversas cortes norteamericanas para dar tratamiento a este dilema. Por poner un ejemplo, en el año 2018 la Corte Federal de Apelaciones del distrito del norte de California consideró en *United States v. Spencer*⁵ que en tanto el acusado no se vea obligado a revelar la contraseña a la autoridad, tan solo a desbloquear el equipo y ponerlo a su disposición, entonces se ve resguardada la garantía de la quinta enmienda, ya que para ello no media declaración alguna por parte del acusado.

Más aún, en el mismo año, la Corte Suprema del Estado de Minnesota entendió en *State v. Diamond*⁶ que una contraseña en sí no constituye ningún tipo de testimonio protegido por la quinta enmienda y que, por lo tanto, no hay afectación alguna a esta garantía. En consecuencia, un juez puede ordenar a un defendido a revelar el código de acceso de su celular.

Finalmente, en el otro extremo de la discusión, la Corte Suprema del Estado de Indiana en el año 2020 comprendió en *Seo v. State*⁷ que no es admisible el desbloqueo compulsivo de celulares bajo ningún aspecto, ni aun en los casos en los que se trate de un patrón de desbloqueo o un *dispositivo de reconocimiento datos biométricos*, si este procedimiento no se ajusta a los estándares contenidos en la quinta enmienda, con una sola excepción.⁸

4 “Cuando a un sospechoso se le ordena presentar un dispositivo electrónico desbloqueado, el acto compulsivo, normalmente, será sólo desbloquear el dispositivo. La pesquisa sobre su contenido atañe al estado, y la autoridad no necesariamente conoce lo que va a encontrar cuando comienza su pesquisa” (Kerr, ob. cit.: 787.

5 *United States v. Spencer*, No. 17-cr-00259-CRB-1, 2018 WL 1964588, at *2 (N.D. Cal. Apr. 26, 2018).

6 *State v. Diamond*, 905 N.W. 2d 870, 875-78 (Minn. 2018).

7 *Seo v. State*, 109 N.E.3d 418, 431 (Ind. Ct. App. 2018), vacated, 119 N.E.3d 90 (Ind. 2018).

8 La doctrina de la *Foregone Conclusion*, o “hallazgo inevitable”, según la cual, si la evidencia obtenida por la medida compulsiva no agrega elementos sustanciales con los que el investigador no contara de antemano, o que hubieran sido obtenidos inevitablemente por otros medios, entonces no hay afectación al privilegio de la quinta enmienda.

La utilización compulsiva de datos biométricos

Para comenzar, vale aclarar que cuando hablamos de la utilización de datos biométricos, nos referimos a la utilización de huellas dactilares, de patrones faciales o el reconocimiento ocular para la operación del mecanismo de desbloqueo de un dispositivo de telefonía móvil.

En estos supuestos, la problemática adquiere una nueva dimensión: un sector importante de la doctrina considera que la utilización compulsiva de estos datos no implica por sí misma ningún tipo de declaración ni testimonio por parte del acusado,⁹ y que, por ende, no puede verse alcanzada por el privilegio de la quinta enmienda. Se agrega que, en numerosas ocasiones, una persona se ve obligada a aportar su huella dactilar para numerosos actos de la vida cotidiana, sin que ello suscite discusión alguna en torno a su derecho a no testificar en su propia contra.

Para sumar peso al argumento, se ha dicho que la práctica tribunalicia ha admitido medidas aún más invasivas sobre el cuerpo de las personas, tales como la extracción compulsiva de sangre y de orina, y que la Corte Suprema de los Estados Unidos entendió en varios pronunciamientos que las mismas son válidas siempre y cuando se ajusten o sean proporcionales a la gravedad del hecho que se investiga.¹⁰

En conclusión, desde tal punto de vista, no puede suscitarse polémica por una medida menos invasiva, tal como aquella que imponga a un imputado la obligación de desbloquear su celular mediante la aplicación compulsiva de su huella digital o del reconocimiento de sus rasgos faciales.

La concreta afectación a la quinta enmienda

Sin embargo, esta visión tampoco es ajena a la polémica. Y más allá de que sea cierto que en la práctica se admitan medidas probatorias sumamente invasivas sobre el cuerpo sin que ello suscite reproche, esto no brinda respuesta al problema de fondo. Esto es, la afectación de la quinta enmienda —o el derecho a no autoincriminarse— que se puede ver involucrada en una práctica de esta naturaleza.

En el año 2020, en el caso *Seo v. State*, la Corte Suprema de Indiana entendió que

Otorgar a la autoridad un smartphone desbloqueado es una forma de admitir frente al Estado, como mínimo, que (1) el sospechoso conoce la clave de desbloqueo; (2) que los archivos existen; y (3) que el sospechoso posee esos archivos. El amplio espectro de esta declaración merece la protección de la quinta

9 “Una huella digital no es una declaración: el estado puede obligar a un sospechoso a que apoye su pulgar en un lector de huellas dactilares sin que ello suscite la protección de la garantía” (Kerr, ob. cit.: 796).

10 V.gr. *Winston v. Lee*, 470 U.S. 753, 763–66 (1985); *South Dakota v. Neville*, 459 U.S. 553, 563 (1983); *Birchfield v. North Dakota*, 136 S. Ct. 2160, 2178 (2016) o *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 173 (1952), por citar algunos pronunciamientos.

enmienda, a menos que el Estado logre demostrar que toda esta información ya era conocida con anterioridad (traducción del autor).¹¹

Tal como señala Laurent Sacharoff (2019: 69), en sintonía con lo resuelto por el máximo tribunal de Indiana:

si puede abrir el dispositivo [el imputado], es probable –pero no seguro– que sea suyo. Si es suyo, los archivos contenidos en el mismo son probablemente suyos y, por ende, es también probable que los posea con conocimiento e intención de poseerlos (traducción del autor).

En otras palabras, el desbloqueo de un celular por parte de un imputado, por más que no implique una declaración verbal o escrita asertiva de su parte, tampoco es, como se pretende en la visión de Kerr, un mero acto físico mediante el cual se pone a disposición de la autoridad documentación resguardada en el domicilio. Se trata, ya en un ámbito simbólico, del *reconocimiento* de una serie de circunstancias que rodean al acto, que implícitamente tiene un carácter *declarativo y potencialmente incriminatorio*.

Como oportunamente se ha mencionado, aún la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos no se pronunció sobre el fondo de esta cuestión particular, pero ya en el pasado otorgó la protección de la quinta enmienda a actos que por analogía podrían aplicarse a la materia bajo estudio. Esto es, a actos compulsivos que a primera vista no revisten las características de una declaración verbal asertiva, pero que implícitamente pueden constituir testimonio.

En ese sentido, vale mencionar el caso de *Fisher v. United States*,¹² de 1976. En este caso, la IRS –el equivalente a la AFIP en nuestro país– ordenó a una serie de contribuyentes la presentación de cierta documentación pertinente para su labor fiscalizadora, que estaba en poder de diversos abogados y contadores. Sin embargo, uno de estos abogados se negó a acatar dicha orden de presentación alegando que obedecer este mandamiento implicaría para su cliente –el titular de dicha documentación– una violación del derecho de no autoincriminarse consagrado en la quinta enmienda.

Fue en este caso que la Corte Suprema de los EE. UU. elaboró la denominada doctrina de los *actos de presentación*, mediante la cual se entiende que la presentación compulsiva de documentación por orden de la autoridad puede representar un acto declarativo o testimonial si mediante dicho acto se admite implícitamente la existencia, la posesión y/o la autenticidad de dichos documentos.

11 “Giving law enforcement an unlocked smartphone communicates to the State, at a minimum, that (1) the suspect knows the password; (2) the files on the device exist; and (3) the suspect possesses those files. This broad spectrum of communication is entitled to Fifth Amendment protection unless the State can show that it already knows this information, making it a foregone conclusion”, Corte Suprema del Estado de Indiana, *Seo v State*, Caso No. 18S-CR-595, 23/6/2020.

12 *Fisher v. United States*, Corte Suprema de los Estados Unidos de América, 425 U.S. 391 (1976).

Entonces, al tratarse de un acto de naturaleza declarativa o testimonial, puede verse comprendido por la garantía contenida en la quinta enmienda, y que a tales efectos *resulta irrelevante* que nos encontremos o no ante una declaración asertiva por parte del imputado. Es una declaración implícita.

Este criterio fue reiterado en otros pronunciamientos¹³ de la Corte desde entonces, y bien puede resultar aplicable a la materia bajo discusión, tal como se hizo en *Seo v. State*, lo que deslizaría ya el eje del debate. No estaríamos discutiendo, entonces, si se trata de una medida invasiva, sino, más bien, *en qué grado esta medida implica para el imputado una declaración*, aunque sea implícita, y si por lo tanto se hace merecedora de la protección constitucional.

En vista de este irresuelto panorama, y hasta tanto no se alcance algún grado de certeza, el debate continuará, y el nivel de incertidumbre manejado en torno al tema gravitará en nuestro propio debate jurídico.

Situación en la Argentina

Diferencias sustanciales

Como se ha apuntado en el capítulo precedente, el derecho comparado –en concreto, la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas– no terminan de brindar una respuesta única al interrogante que motiva este trabajo. Y si bien el rico debate brevemente resumido puede servir de guía para nuestra discusión, no debe perderse de vista que, a pesar de sus similitudes, nuestro sistema de protección tiene particularidades que lo diferencian del estadounidense.

Para empezar, con la reforma de la Constitución de 1994, el Estado argentino dio jerarquía constitucional a los tratados internacionales de DD.HH. enumerados en su artículo 75 inciso 22.¹⁴ Los EE.UU., por su parte, no han firmado ni ratificado los mismos tratados que nuestro país, y esta distinción incide directamente sobre la forma en que cada Gobierno a través de sus distintos poderes se ve obligado a interpretar las garantías contenidas en su constitución.

En efecto, y como se ha observado en el pasado, nuestro país se ha visto expuesto a responsabilidad internacional¹⁵ por la inobservancia de cláusulas contenidas en la normativa internacional suscripta, y

13 *United States v. Doe*, 465 U.S. 605 (1984) y *United States v. Hubbell*, 530 U.S. 27 (2000).

14 Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho [...] a las siguientes garantías mínimas: [...] g) no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”. Asimismo, el art. 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948 establece que “nadie será sometido a tortura ni a [...] tratos crueles, inhumanos o degradantes”, estableciéndose en su art. 10 que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y un juicio público en el que se le hayan asegurado las garantías necesarias para su defensa”. Además, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “se presume que todo acusado es inocente, hasta que no se pruebe que es culpable”.

15 Por ejemplo, el caso *Bulacio vs. Argentina*, Sentencia del 18 de septiembre de 2003, o el caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, sentencia del 29 de noviembre de 2011, ambas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

dichos precedentes no pueden pasarse por alto a la hora de garantizar ciertos estándares mínimos de respeto a los derechos humanos en el orden interno.

Además, la tradición jurídica norteamericana, a lo largo de su historia, fue interpretando el derecho a no declarar contra uno mismo de manera más restrictiva que la tradición doctrinaria local. Por ejemplo, allí *se admite la declaración del imputado en el marco de un interrogatorio policial*, atribución que nuestros diversos ordenamientos procesales solo reservan al juez o al fiscal, dependiendo del sistema adoptado en cada jurisdicción.

Por último, basta una somera lectura de los derechos enunciados en la denominada *Advertencia Miranda*¹⁶ para comprobar que nuestro ordenamiento procesal¹⁷ ofrece al imputado un marco de protección más amplio sobre el contenido de su declaración. Por caso, el artículo 296 del CPPN prevé que “En ningún caso se le requerirá [al imputado] juramento o promesa de decir verdad”, protección que no goza un acusado en el proceso penal norteamericano.

El alcance de la prohibición de la autoincriminación forzada

En este orden de ideas, se vuelve incuestionable que nuestro sistema puede y debe otorgar a esta garantía un alcance distinto y más amplio que el otorgado por la Constitución norteamericana. ¿Cómo interpreta, entonces, la doctrina local este precepto?

Bidart Campos (2003: 324) afirma que la inmunidad que acuerda el artículo 18 debe interpretarse como proscripción de todo método y de toda técnica que, antes o durante el proceso, ante cualquier autoridad –sea administrativa o judicial– tienda a obtener por coacción física, psíquica o moral, una declaración o confesión, o a indagar su conciencia a través de drogas o procedimientos científicos de cualquier tipo. Los demás sistemas que, sin usar la fuerza física, disminuyen biológica o psíquicamente la capacidad del hombre o penetran en su intimidad personal para descubrir hechos que el hombre no está obligado a declarar agravan por igual a su dignidad y deben considerarse prohibidos por la misma constitución.

Por otra parte, se ha considerado que “porque durante el proceso el imputado goza de un estado jurídico de inocencia y nada debe probar, es que *nadie puede intentar obligarlo a colaborar con la investigación del delito que se le atribuye* (art. 18, CN)”. También que

aquél [el imputado] no podrá ser inducido, engañado, constreñido o violentado a declarar ni a producir pruebas en contra de su voluntad (exclusión de la coacción de cualquier naturaleza, art. 8.2.g, CADH)

16 “La persona detenida debe, previo al interrogatorio, ser claramente informada de que tiene derecho a guardar silencio, y de que cualquier cosa que diga será usada en su contra en un juicio; debe ser informado con claridad de que tiene derecho a consultar con un abogado y a que el abogado esté presente durante la interrogación, y que si es indigente, un abogado será designado para representarlo”, Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, in re *Miranda v. Arizona*, 13/6/1966, CS EE. UU.

17 Ver nota 1.

pues el sistema constitucional así lo garantiza. Ello implica la exclusión de la coacción directa [...] Consecuentemente, la declaración del imputado debe ser considerada *medio para su defensa y no un medio de prueba*. Como derivación de la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo, se proscribe igualmente imponerle su intervención activa como órgano de prueba (v. gr., en una reconstrucción del hecho, en un careo, etc.) (Cafferata Nores, 2011: 100).

Este último autor distingue, de modo muy interesante, que aquello que se encuentra prohibido es la “intervención activa” de un imputado como “órgano de prueba”. Queda preguntarse, entonces: ¿hasta qué punto hay intervención activa cuando la única conducta que se le exige a la persona investigada es que preste su cuerpo para desbloquear un celular?

Sobre esto, algún sector de la doctrina¹⁸ entiende que, en algunas circunstancias, el defendido no interviene como sujeto de la relación procesal, sino apenas como un objeto de prueba en ese proceso y que, por lo tanto, no se encontrarían vulnerados sus derechos constitucionales al somerérselo compulsivamente a una medida de esta naturaleza.

La clave de esta distinción recae sobre el posible vicio en la voluntad de la persona. Si se trata de un acto en el que no se pretende la voluntad activa del sujeto, sino apenas que este tolere pasivamente una intervención compulsiva sobre su cuerpo, entonces no podríamos hablar nunca de una voluntad viciada y, por lo tanto, no habría reproche constitucional alguno sobre esa medida de prueba.

Nuestra jurisprudencia aún no ha abordado la cuestión de este estudio en profundidad, pero respecto de lo elaborado en los párrafos anteriores, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional¹⁹ entendió en el año 2019 que

dicha salvaguarda, de raigambre constitucional, conforme a la cual nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 CN y 184 CPPN), debe ser entendida como la ‘proscripción de todo método o técnica que, antes o durante el proceso, y ante cualquier autoridad –sea administrativa o judicial–, tienda a obtener por coacción física, psíquica o moral una *declaración o confesión* de un habitante de la Nación Argentina’ (CFCP; Sala III; “Gastaldi”, causa n° 1394; rta. 23/6/1998).

Por otra parte, tiene dicho la Corte Suprema que aquello prohibido por nuestra Constitución es “compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que

18 “la producción de prueba, como la pericial que pueda decretar el órgano jurisdiccional, no puede ser eludida por el imputado, que está obligado a someterse a su realización (deber de tolerancia), porque en tal caso su actuación no será en calidad de sujeto de la relación procesal sino como objeto de prueba en el proceso”. Más aún se considera que “no se viola la garantía constitucional de prohibición de la autoincriminación forzada, pues no se busca un hacer del imputado (como podría ocurrir frente a su forzamiento para la realización de un cuerpo de escritura) ni un acto que nazca de su voluntad viciada, de la que directamente se prescinde, sino solo un tolerar, sometido a reglas de razonabilidad y proporcionalidad de la prueba en función de su objetivo” (Navarro y Daray, 2018: 226 y ss.).

19 CNCyC, Sala de Feria A, rto. el 23/7/2019, en “G.R., M.F.”, M-CCC 11728/2019.

debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad” (*Fallos*: 318:2518), y que “la cláusula que proscribiera la auto-incriminación no requiere la exclusión de la presencia física del acusado como prueba de su identidad, como no impide la obtención y el uso de las impresiones digitales” (CSJN *Fallos*: 255:18).

Resulta cierto también que, en numerosas oportunidades, nuestro máximo tribunal admitió la extracción compulsiva de sangre como medida de prueba, en pronunciamientos tales como *Cincotta*; *Guarino*; *Prieto I* y *Prieto II*, solo por mencionar algunos, resguardándose siempre los estrictos lineamientos de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, incorporados posteriormente al CPPN en el artículo 218 bis,²⁰ mediante la sanción de la Ley N° 25549 del 27/11/2009.

Pareciera, entonces, que nuestro ordenamiento jurídico no puede excluir la medida de aporte compulsivo de datos biométricos para el desbloqueo de un equipo de telefonía celular, o al menos dentro de los márgenes del derecho a la no autoincriminación, ya que la misma

no implica que el imputado manifieste algo que lo perjudique sino, más bien, se utiliza su cuerpo como llave de acceso a la evidencia que, eventualmente, podría ser utilizada. Esto último, a luz del principio de proporcionalidad, resulta válido y hasta menos intrusiva que otras medidas de igual naturaleza como, por ejemplo, la extracción compulsiva de sangre (Portillo y Matteo, 2019: 11).

Una manifestación asertiva

¿Qué pasa, luego, cuando el sistema de protección de datos de un equipo celular consiste en el ingreso de una clave personal de acceso alfanumérica, o de un patrón de puntos? Como se ha mencionado en acápite anterior, esta distinción ya adquirió relevancia para la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas.

Es que en una hipótesis tal, y de exigírsele a un imputado que brinde su clave de acceso, no estamos ante una situación en la que un individuo es apenas un objeto pasivo de una medida de prueba. Al contrario, se le está exigiendo a una persona que participe activamente en la recolección de evidencia, mediante una declaración asertiva en la que se afirma o se manifiesta información que el sujeto tiene guardada en la privacidad de su memoria. Además, en dicho acto se vería forzado a ser veraz en sus dichos o a sufrir una consecuencia sancionatoria por faltar a la verdad.

20 Art. 218 bis CPPN - Obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN). El juez podrá ordenar la obtención de ácido desoxirribonucleico (ADN), del imputado o de otra persona, cuando ello fuere necesario para su identificación o para la constatación de circunstancias de importancia para la investigación. La medida deberá ser dictada por auto fundado donde se expresen, bajo pena de nulidad, los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad en el caso concreto.

Una actividad tal ya implica un acto intelectual pretensamente voluntario y como tal debe verse sin lugar a duda protegido por las previsiones del artículo 18 de la CN ya que, según tiene dicho la CSJN,

la declaración de quien es juzgado por delitos, faltas o contravenciones, debe emanar de la libre voluntad del encausado, quien no debe verse siquiera enfrentado con un problema de conciencia, cual sería colocarlo en la disyuntiva de faltar a su juramento o decir la verdad.²¹

En esta misma tónica, entiende Polansky que

La única alternativa posible para acceder a la información contenida en ellos es a través de la exigencia de la clave del dueño. Pero, si este resulta ser el imputado de un delito, las posibilidades de llevar a cabo tal exigencia, a la luz del art. 18 de nuestra CN, no parecen ser muy alentadoras (Polansky, 2020: 75).

Una distinción irrazonable

Sentadas estas premisas, podemos decir que, a la hora de enfrentar una orden judicial para desbloquear su celular, una persona que tiene un celular con clave alfanumérica puede negarse a obedecerla, invocando la protección del artículo 18 de la CN, y una persona que tiene un sistema de reconocimiento de huella dactilar se ve obligado a obedecerla, o enfrentar algún tipo de sanción.

Entonces, cabe preguntarse: ¿hasta dónde resulta razonable que nuestro ordenamiento jurídico garantice una protección distinta a los derechos de una persona, dependiendo del sistema que eligió para bloquear el contenido de su teléfono celular? Un sujeto que optó por un sistema de reconocimiento facial, ¿tiene menos derecho a defenderse en un proceso penal que alguien que aplicó una clave alfanumérica?

Se puede intuir que quien decide bloquear su celular por cualquier mecanismo está eligiendo activamente resguardar su contenido de toda injerencia exterior. Lo hace, además, a sabiendas de que el ordenamiento penal protege su decisión mediante las sanciones previstas por el artículo 153 bis del CP, contando no solo con una barrera material sino también con una barrera jurídica que no hace distinciones sobre el método de validación del equipo.

Por otra parte, la revelación de lo que allí se contiene implica por sí sola una exteriorización o manifestación de aquello que la persona prefiere reservar en el fuero de su intimidad. En otras palabras, su sola revelación, ya sea compulsiva o voluntaria, por medios verbales o con el simple desbloqueo mecánico

²¹ CSJN, rto. el 11/10/1864, *Mendoza, Fallos*, 1:350.

de un aparato electrónico, implica una declaración. Tanto su resguardo como su revelación –voluntaria o compulsiva– involucran siempre un acto de la voluntad que no puede ser suplida por la fuerza.

En el campo de la seguridad informática, los medios de identificación biométrica son considerados, generalmente, más seguros que las claves de acceso convencionales, porque son más fáciles de conservar, más difíciles de falsear y es menos probable que se pierdan. Por ende, su utilización debe interpretarse como una manifestación más enfática del deseo de privacidad.

En el plano jurídico, en cambio, lo opuesto pareciera cierto: los datos biométricos podrían ser captados y utilizados para fines sancionatorios. Bajo este entendimiento, una choza de paja se vería protegida del ingreso policial, y una casa de ladrillos no (Choi, 2019: 77).

A colación de este ejemplo, al garantizar la inviolabilidad del domicilio, nuestra Constitución no distingue si se trata de una casa de material, de una carpa, de una caja de cartón, o si la puerta se encuentra cerrada o abierta. Lo importante es ceñirse al concepto moral de morada o a la voluntad del ocupante de sentirse a resguardo en ella, y en esos términos la inviolabilidad del domicilio es absoluta. Las excepciones previstas por el ordenamiento jurídico a este principio, y que habilitan su allanamiento con o sin orden judicial, no se ciernen sobre circunstancias tales como la calidad de la cerradura de la puerta de ingreso.

Dijo la Corte Suprema en *Fiorentino* que

la íntima conexión existente entre la inviolabilidad del domicilio, y especialmente de la morada, con la dignidad de la persona y el respeto a su libertad, *imponen a la reglamentación condiciones más estrictas que las reconocidas respecto de otras garantías*, pues al hallarse aquéllas entrañablemente vinculadas, se las debe defender con igual celo, porque *ninguna cadena es más fuerte que su eslabón más débil*, aunque aquélla no sea reductible a éste. Por consiguiente, cuando se trata del derecho a la inviolabilidad de la morada, *al igual que de otros de mismo rango*, resulta inapropiada la latitud con la cual admiten restricciones reglamentarias.²²

Tanto el derecho a la inviolabilidad del domicilio, como así también el derecho a no declarar contra uno mismo, se encuentran contenidos en el mismo artículo de la Constitución, y se ven receptados por igual en los mismos instrumentos internacionales de DD.HH. No cabe duda en cuanto a que ambos derechos se encuentran dentro de la misma categoría y que gozan del mismo rango jerárquico.

Por lo tanto, y conforme a la doctrina de nuestra corte, se debe ser sumamente estricto a la hora de admitir restricciones reglamentarias y/o excepciones al goce pleno de un derecho de tal magnitud, ya sea que se trate de la inviolabilidad del domicilio o su equivalente jerárquico, el derecho a la no

²² CSJN, rto. el 27/11/1984, *Fiorentino*, Diego E.

autoincriminación. ¿Por qué, entonces, deberíamos admitir sobre el ejercicio de uno, distinciones que no podrían ser admitidas sobre el ejercicio del otro?

En los hechos, ya sea mediante el desbloqueo de un celular con el aporte forzado de sus datos biométricos, o mediante el aporte compulsivo de su clave de acceso, una persona está haciendo lo mismo. Esto es, suministrando *contra su voluntad* un contenido que decidió resguardar en su fuero íntimo, y que luego podrá ser utilizado por el investigador para desvirtuar su presunción de inocencia. Por lo tanto, ambos supuestos merecen por igual la protección del artículo 18 de la CN, ya que este no nos protege de que nos obliguen a emitir un sonido con la voz, nos protege de las consecuencias jurídico-penales que ese sonido puede traer aparejado.

Es que, en el marco de un proceso penal, esta cláusula debe ser entendida como una disposición que sostiene el derecho a no suministrar pruebas contra sí mismo. Esta prohibición es una de las manifestaciones más claras del derecho a la presunción de inocencia, la cual sitúa en la acusación la carga de la prueba, que no puede desplazarse hacia el imputado haciendo recaer en él la obligación de aportar evidencias que conduzcan a reforzar su responsabilidad.

Es decir que el imputado de un delito no puede ser obligado a proporcionar pruebas que lo incriminen, aun cuando, a consecuencia de ello, se corra el riesgo de que el delito quede impune (Maier, 2004). *¿Con qué lógica, entonces, admitiríamos que se otorgue semejante protección constitucional solo a quien utilice una clave alfanumérica en el celular y, por el otro lado, se la negemos a quien optó por el uso de sus patrones biométricos?*

La respuesta a este interrogante no puede ser una que restrinja el goce de este derecho o que se lo niegue a todos por igual, teniendo siempre en cuenta que, en materia de derechos y garantías, la solución nunca consiste en bajar la vara.

Una alternativa posible

En miras de sortear esta distinción irrazonable, y con afán de no restringir el derecho a no declarar contra uno mismo previsto en nuestra Constitución, debemos buscar un nuevo enfoque conceptual.

Por ejemplo, a modo de ensayo teórico, podríamos adoptar una visión similar a aquella que adoptó la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el citado fallo *Fisher v. United States* (Sacharoff, 2019), y que luego fuera aplicado por analogía al caso de *Seo v. State of Indiana*²³ de la Corte de dicho Estado.

En esa inteligencia, ya sea con la protección de un patrón de datos biométricos, o mediante un sistema de clave alfanumérica, el contenido de un equipo de telefonía celular podría asimilarse a documentación o a papeles privados, comprendiendo que el contenido en estos equipos goza de similar natu-

23 Ver nota 11.

raleza. Este carácter se ve signado por la expectativa de privacidad de su titular, quien eligió ponerlo a resguardo mediante un sistema más o menos eficaz de bloqueo contra el acceso de terceros (entre ellos, la autoridad).

Entonces, para acceder a este contenido, un juez puede ordenar una medida tal como aquella que se encuentra prevista por el artículo 232²⁴ del Código Ritual Federal, que tiene como ventaja que a) ya se encuentra plenamente regulada y b) para su materialización, es irrelevante la existencia o no una declaración verbal por parte del imputado. El objeto de la manda legal consiste en que el defendido ponga a disposición del tribunal dicho contenido. De esta manera, ya no estaríamos evaluando la procedencia de la garantía contenida en el artículo 18 según qué tipo de celular tiene el imputado. Esta se aplicaría para todos los casos por igual, sin distinciones irrazonables, y solo sobre la base del contenido que se pretende revelar.

Ahora bien, resulta de sumo interés un pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal del año 2016, que dijo:

el requerimiento de presentación regulado en el art. 232 del ordenamiento adjetivo veda, expresamente, dirigir la medida a aquellas personas que puedan o deban abstenerse de declarar como testigos, en consonancia con lo normado en los arts. 242, 243 y 244 de dicho cuerpo legal. Va de suyo lógicamente, que tampoco puede, en ningún caso, dirigirse al imputado, tal como ocurrió en el caso. Un requerimiento de ese tenor implica obligar al imputado a descubrir prueba que lo involucra, lo que resulta inadmisibles, pues atenta contra la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación forzada (art. 18 de la C.N.).

En esa línea, continuó:

En este sentido, cabe apuntar que el imputado no puede ser obligado a aportar prueba y que la garantía constitucional contemplada por el artículo 18 de la Constitución Nacional privilegia la libertad de declarar o de abstenerse a hacerlo. Así, la intimación a W. J. C. para que presente la documentación que lo compromete, bajo apercibimiento de procederse al allanamiento del domicilio donde funcionaba su estudio jurídico, claramente equivale a compeler al encausado a producir prueba autoincriminatoria, esto es, a obligarlo a declarar contra sí mismo, lo que se encuentra vedado por nuestra Carta Magna. Cabe señalar que cualquier forma de coacción dirigida a obtener una declaración en contra de los deseos del encausado resulta violatoria de la Constitución Nacional (ver Carrió, Alejandro D., “Garantías constitucionales en el proceso penal”, 6ª ed., Edit. Hammurabi, Bs. As., 2014, pág. 547, y D’Albora, Francisco, “Código Procesal Penal de la Nación...”, 9ª ed., Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, pág. 425).

24 Art. 232 CPPN – “En lugar de disponer el secuestro el Juez podrá ordenar, cuando fuere oportuno, la presentación de los sujetos o documentos a que se refiere el artículo anterior; pero esta orden no podrá dirigirse a las personas que puedan o deban abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco, secreto profesional o Estado”.

Finalmente, citó precedentes de la Corte Suprema de Justicia, tanto local como norteamericana, en cuanto se dijo que

Sobre ello, la producción compulsiva del documento, que era buscado para ser secuestrado, constituye obligar al imputado a declarar contra sus intereses, en forma coactiva, y a ser testigo en su contra. Lesiona el acto el derecho a no sufrir una incriminación forzada (ver, en este aspecto, la doctrina de la C.S.J.N. en los fallos “Mendoza” (1:350) y “Charles Hnos.” (46:36), como así también de la Corte Suprema de EE.UU. en el fallo “Boyd vs. United States”, 116 U.S. 616 (1886).²⁵

Desde una óptica semejante, resultaría siempre inconstitucional una orden que, por medios coercitivos, obligue a una persona a desbloquear su celular y poner su contenido a disposición del tribunal, por cuanto de hallarse en él evidencia incriminatoria, se estaría entonces obligando a un defendido –sobre quien subsiste la presunción de inocencia– a producir prueba que luego podrá ser utilizada en su contra.

Y en esos términos siempre nos encontraremos ante una violación de la garantía que prohíbe todo tipo de autoincriminación, ya que el acto mismo de facilitar verbal o mecánicamente un contenido personal que se eligió resguardar, y hacerlo bajo coacción, es a la vez una declaración y un acto potencialmente autoincriminatorio. En opinión de quien escribe, y hasta tanto no obtengamos un pronunciamiento claro por parte de nuestra Corte Suprema de Justicia, encontramos en esta propuesta un satisfactorio marco de interpretación para la problemática tratada.

La misma se funda sobre una conceptualización más que válida que encuentra su asidero en el derecho comparado,²⁶ y que además se sostiene sobre precedentes jurisprudenciales de nuestra Corte Suprema de Justicia (a saber, Mendoza y Charles Hnos.). Pero, sobre todo, hace extensiva la protección constitucional contenida en el artículo 18 a todos por igual, sorteando las distinciones irrazonables que fueron desarrolladas en el anterior acápite, y que representan una verdadera afectación al derecho de defensa en juicio.

Conclusión

El derecho siempre corre detrás de los hechos. No hay previsión posible para las novedades que pueda llegar a ofrecer la tecnología. Por eso, la tarea del operador jurídico implica una constante discusión respecto de cómo interpretamos las garantías constitucionales a la luz de las infinitas posibilidades –y dificultades– que se presentan con cada nuevo avance tecnológico.

²⁵ CNCyC, Sala V, rta. el 4/3/2016, en “C., W. J. s/ procesamiento y embargo”, CCC 46083/2015/CA1.

²⁶ La Corte Suprema del Estado de Indiana, en el precedente *Seo v. State of Indiana*, ha dicho que “Primero, ingresar un password para desbloquear un dispositivo es análogo al acto de físicamente entregar documentación. [...] Y segundo, los archivos contenidos en un smartphone son análogos a los documentos finalmente presentados”. Luego continuó “...los aspectos declarativos de una presentación de documentos se ven comprendidos por la protección de la Quinta Enmienda. De lo contrario, los actos compulsivos de un sospechoso revelarían al Estado información que previamente no conocía –precisamente aquello que la garantía contra la autoincriminación ha sido diseñada para prevenir”.

Nuestro constituyente en el siglo XIX jamás pudo imaginar que apenas un siglo y medio después, cada habitante de la nación iba a portar consigo un dispositivo electrónico que fuera capaz de abarcar, en tan poco espacio, tanta información sobre la vida privada. Tampoco su contemporáneo, Julio Verne, logró predecir la existencia de un ámbito tan dinámico para la interacción humana como lo es la *world wide web*, un espacio en el que toda expectativa de privacidad se torna relativa.

Entonces, desde el humilde lugar que nos toca como estudiantes del derecho, es nuestra obligación reinterpretar nuestro texto constitucional y buscar en la medida de lo posible compatibilizar aquellas garantías fundamentales sobre las que se funda nuestro Estado de derecho con los nuevos desafíos que enfrentan las agencias de seguridad para la prevención y la investigación de hechos ilícitos.

Pero en esta empresa no debe perderse nunca de vista que estas garantías no fueron meros caprichos de nuestro constituyente. Las mismas son el producto de una evolución histórica, y en el acto de reinterpretarlas no podemos reducirlas hasta tornarlas ilusorias en afán de metas como la eficacia de la investigación penal.

Y mucho menos suspenderlas a la espera de que la ciencia y la tecnología logren superar las dificultades enfrentadas en la recolección de evidencia.

Bibliografía

- Bidart Campos, G. (2003). *Manual de la Constitución reformada* (Tomo I) Buenos Aires: Ediar.
- Cafferata Nores, J. I. (2011). *Proceso penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Choi, B. H. (2019). The Privilege Against Cellphone Incrimination. *97 Texas Law Review Online*, 73. Recuperado de <https://texaslawreview.org/the-privilege-against-cellphone-incrimination/>
- Kerr, O. S. (2019). Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination. *97 Texas Law Review Online*. Recuperado de <https://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2019/03/Kerr.V97.4.pdf>
- Maier, J. (2004). *Derecho Procesal Penal: Tomo I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.
- Navarro, G. R. y Daray, R. R. (2018). *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. (Tomo 2). Buenos Aires: Hammurabi.
- Polansky, J. A. (2020). *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Portillo, V. H. y Matteo, J. M. (2019). Autoincriminación y nuevas tecnologías. En M. A. Riquert y C. C. Sueiro (coords.), *Sistema penal e informática*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Sacharoff, L. (2019). What Am I Really Saying When I Open My Smartphone? A Response to Orin S. Kerr. *97 Texas Law Review* Recuperado de <https://texaslawreview.org/what-am-i-really-saying-when-i-open-my-smartphone-a-response-to-orin-s-kerr/>