

Por **Dr. Ignacio Gallo**

Secretario juzgado de Garantías nro. 3 Moreno Gral. Rodríguez.

Dra. María Agustina Abagnale

Secretaria UFI 12 - Fiscalía especializada en estupefacientes- Moreno Gral. Rodríguez.



Nuevas tecnologías y Derechos Humanos: El desbloqueo compulsivo de teléfonos celulares



I.- Introducción:

El desarrollo de nuevas tecnologías (Inteligencia artificial, algoritmos, realidad virtual, coches autónomos, entre otros), no solo forma parte del paisaje que nos rodea en la vida diaria, sino que, además, ha generado profundas transformaciones en la investigación criminal, derivando en una mayor eficiencia y considerable reducción del tiempo que anteriormente acarrearba la toma de decisiones.

Cierto es que, en la actualidad, suele verse involucrado algún teléfono celular en las investigaciones penales, que resulta potencialmente apto para otorgar evidencia relevante, en pos de determinar la materialidad ilícita y

participación penal ¹.

No obstante, lo cierto es que la ausencia de regulación en materia de prueba digital tanto a nivel nacional como provincial, exige a los Jueces, a la hora de determinar su admisibilidad dentro del proceso penal, la evaluación concreta -caso por caso- a la luz del principio de la libertad probatoria, consagrado en el art. 209 de nuestro Código Procesal Penal.

En esta lógica, si bien el descubrimiento de la verdad se erige como el horizonte del proceso penal ², lo cierto es que el mismo no representa un fin absoluto, o, mejor dicho, a cualquier precio ³. Tal es así, que la norma preci-

tada establece que “...Además de los medios de prueba establecidos en este Código, se podrán utilizar otros siempre que no supriman garantías constitucionales de las personas o afecten el sistema institucional...” (sic art. 209 del CPP).

Por ello, las garantías constitucionalmente reconocidas emergen como el límite infranqueable ante los múltiples beneficios que representan las nuevas tecnologías aplicadas a la investigación criminal, en tanto, como objetivo primordial, buscan evitar una afectación desproporcionada de los derechos humanos fundamentales de la ciudadanía.

II.- El enfoque de Derechos Humanos

Desde el año 2009, Thérèse Murphy y Gearóid Ó Cuinn, en el marco de un trabajo de análisis sobre la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, puntualmente respecto de sentencias en materia de Derechos Humanos y nuevas tecnologías, pusieron de manifiesto el crecimiento exponencial de denuncias de violación de Derechos Humanos relacionados con el uso de la tecnología ⁵.

Asimismo, en el año 2019, durante su discurso titulado “Derechos humanos en la era digital. ¿Pueden marcar la diferencia?” Michelle Bachelet, por aquel entonces Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, afirmó que: “Es esencial que en esta era digital prestemos especial atención a los derechos humanos... La revolución digital plantea un considerable problema de derechos humanos a escala mundial. Sus beneficios indudables no anulan sus riesgos evidentes” ⁶ (sic).

Planteado el panorama, y sin desconocer que la discusión sobre los retos éticos que plantean las nuevas tecnologías ha crecido significativamente ⁴, el presente artículo propone analizar puntualmente, las diferentes posturas que existen en relación a la legitimidad del desbloqueo compulsivo de teléfonos celulares, como medio de prueba en el proceso penal.

Es decir, aquellos supuestos donde el imputado de un delito no provea de manera voluntaria la clave de acceso a su dispositivo, bien sea porque desee preservar su intimidad y/o evitar el hallazgo de contenido potencialmente incriminatorio.

Nótese que, ante el interrogante: “¿Y abordamos estos desafíos mediante la ética o mediante los derechos humanos?”, Bachelet fue contundente al afirmar que “los códigos éticos y el cumplimiento voluntario no constituyen, por sí mismos, una respuesta suficientemente enérgica para la escala del problema que afrontamos... No hay ningún segmento de la revolución digital que no pueda y no deba examinarse desde una perspectiva de derechos humanos” (Sic).

Las citas traídas a colación, marcan el enfoque que los organismos internacionales han empleado a la hora de evaluar las nuevas medidas de prueba que, con mayor frecuencia, y en ámbito de nuestra Provincia, el Ministerio Público Fiscal plantea ante los órganos jurisdiccionales, a efectos de tener por acreditada su tesis acusatoria en el marco de la Investigación Penal Preparatoria (I.P.P.).





III.- Ejes centrales. Análisis del supuesto.

El supuesto planteado para este artículo, amerita un abordaje que encuentra su razón de ser en tres ejes centrales e ineludibles.

Tal como afirma Bruzzone, “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”⁷.

En primer lugar, será esencial determinar si el hecho de obligar al imputado a colocar su huella dactilar, utilizar su rostro (reconocimiento facial), y/o cualquier otro dato biométrico⁸, resulta, o no, una forma de injerencia estatal que compromete su derecho a la no autoincriminación (cf. art. 18 C.N. y/o arts. 8.2 inc. g) de la C.A.D.H. y 14. 2 inc. g) del P.I.D.C. y P).

Para ello, en segundo término, deberá dictaminarse si, el aporte compulsivo de estos datos biométricos, resulta equiparable a una declaración por parte del imputado, y, en consecuencia, amparada por la garantía precitada.

Finalmente, y a efectos de consolidar una evaluación del supuesto con enfoque respetuoso de las garantías y los derechos humanos fundamentales en juego, habrá de establecerse si el imputado, en este tipo de casos, debe ser concebido como sujeto u objeto de prueba, es decir, en un rol activo como impulsor del proceso a través de dichos y/o declaraciones, o, por el contrario, en un rol pasivo, como portador material de la evidencia de interés para el proceso.

Sentado cuanto precede, destáquese que la garantía prevista por el artículo 18 de nuestra Carta Magna establece que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” (Sic), lo que, en palabras de Jauchen, supone “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 conscientemente⁹.

Sumado a lo antedicho, recuérdese que en el precedente “Rau, Alejandro Oscar s/ causa no 16.400”, nuestra Corte Suprema de Justicia determinó que tal garantía veda el uso de cualquier forma de coacción o artificio tendiente a obtener declaraciones acerca de los hechos que la persona no tiene el deber de exteriorizar, mas no abarca los supuestos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del garantido¹⁰.

En este sentido, véase que la jurisprudencia norteamericana, en el precedente N° 4-19-70053 del 10/06/2019¹¹, realizó una interpretación de lo que ha de ser considerado declaración y/o testimonio en los términos constitucionales precitados.

En dicho fallo, el Tribunal consideró que el testimonio no se limita a las comunicaciones verbales o escritas, toda vez que los actos que implican afirmaciones de hecho, pueden constituir comunicación testimonial a los efectos de la Quinta Enmienda – equiparable en nuestro País, al artículo 18 de nuestra C.N.-. Al desarrollar su postura, los Jueces argumentaron que las características biométricas sirven para el mismo propósito que un código de acceso: asegurar el contenido del propietario, lo que las hace funcionalmente equivalentes, como medida de seguridad inexorable para garantizar la privacidad del contenido del teléfono.

Por ello, concluyeron que, si no se puede obligar a una persona a proporcionar una contraseña, porque se trata de una comunicación testimonial, tampoco se puede obligar a una persona a proporcionar su dedo, pulgar, iris, rostro u otra característica biométrica para desbloquear ese mismo dispositivo, en tanto, en los hechos, equivale a admitir que el teléfono estaba bajo su posesión y control, autenticando la propiedad o el acceso al teléfono y a todo su contenido digital.

Asimismo, y como refutación de la tesis que plantea equiparar este supuesto, a aquel donde el imputado es considerado objeto de prueba (v.gr. toma de huellas dactilares), el Tribunal afirmó que la obtención del dato

biométrico supera con creces las “pruebas físicas”, en tanto su resultado no requiere comparación ni corroboración posterior para confirmar una coincidencia positiva. En respaldo a esa postura, el propio Aboso afirma que, en tanto el desbloqueo mediante el uso de datos biométricos es un acto propio que afirmaría la existencia, posesión, control y autenticación de los documentos almacenados en ese aparato, debe ser considerado como un acto de autoincriminación¹².

Por otro lado, quienes sostienen la tesis contraria, afirman 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” (sic)¹³.

En defensa de esta postura, la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, afirmó que la obtención compulsiva de datos biométricos resulta 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 resulta amparada por la garantía que prohíbe la autoincriminación forzada.

Al motivar su resolución, argumentaron que “..Si se ha afirmado que la cláusula constitucional que proscribe la compulsión de la autoincriminación no resulta alcanzada

por medidas probatorias tales como aquellas que requieren la presencia física del imputado como prueba de su identidad... 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...”(sic)¹⁴.

Además, asimilando la obtención compulsiva de datos biométricos a medidas que requieren la presencia física del imputado (v.gr. huella dactilar; extracción compulsiva de sangre) los Jueces sostuvieron la validez de obligarlo 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 innecesarios¹⁵.

En síntesis, quienes avalan esta práctica, mayormente sustentan su posición en que estas acciones compulsivas no presentan contenido declarativo y, en consecuencia, devienen ajenas a la protección del artículo 18 de nuestra C.N., sumado al hecho de que las mismas no resultan invasivas, degradantes ni humillantes para la persona del imputado, equiparándola a medidas conocidas y autorizadas por nuestro Código Procesal, como el reconocimiento en rueda de personas, el aporte de sus huellas dactilares, o la extracción de material genético.

IV.- Conclusión

En función de lo analizado anteriormente, resulta fácilmente advertible que la problemática es abordable desde diferentes puntos de vista, que claro está, inclinan la suerte de la cuestión para uno u otro lado.

Por ello, el presente no busca sentar una postura a favor y/o en contra del supuesto planteado, sino por el contrario, evidenciar las diferentes discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que, mayoritariamente, se manifiestan ante la falta de regulación legislativa en la materia: antesala del uso de analogías que responden a medios de prueba convencionales y ontológicamente diferentes¹⁶.

Tal es así, que Díaz Cantón plantea que 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 normativa¹⁷.

Asimismo, Pérez Barberá identifica al principio de reserva de ley como la fuente constitucional de la cual se derivan para el derecho procesal penal, entre otras, la prohibición del uso de la analogía contraindividual¹⁸.

En igual orden de ideas, nótese que en el marco del precedente “Tristán Donoso v. Panamá”¹⁹, la Corte I.D.H. se refirió al requisito de legalidad como condición ineludible para la habilitación de injerencias en los derechos fundamentales por parte del Estado.

En efecto, así como es cierto que resulta tarea del Estado, en cabeza del Ministerio Público Fiscal, hacerse de la prueba que sustente su acusación, también lo es

que nuestro Máximo Tribunal de Justicia ha sido preciso al determinar que la obligación del Estado de perseguir y sancionar delitos le permite restringir ciertos derechos a los ciudadanos, bajo ciertos estándares, específicamente delimitados por las garantías constitucionales, en base a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

La razonabilidad se encuentra dada ante la existencia de la posibilidad de la realización de la medida y que la misma sea conducente para la investigación, la proporcionalidad halla su fundamento en la relación entre el hecho ilícito que se investiga y la limitación del derecho, y la necesidad aparece con la imposibilidad de la realización de una medida menos lesiva⁰.

Por ello, a la luz de los argumentos anteriormente desarrollados, señálese que, si bien la seguridad de los dispositivos digitales no es un concepto nuevo, y se ha valido históricamente de códigos numéricos o alfanuméricos, hoy en día eso ha cambiado. No obstante, insisto, esta nueva realidad no se encuentra reflejada en nuestro modelo de proceso penal, donde no han sido incorporadas –de momento– normas que regulen la evidencia digital y su impacto probatorio.

Lo antedicho, para parte de la doctrina, contribuye a la incertidumbre ante el desconocimiento de qué casos y con qué justificativos resulta procedente obrar coercitivamente; máxime, tomando en consideración que 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 prueba²¹.

Al respecto, véase que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso “Riley vs. California”²², destacó no sólo la magnitud de capacidad de almacenamiento de información que los celulares receptan en comparación con cualquier otro tipo de registro físico – con el consecuente riesgo que la inspección de su contenido puede representar para la intimidad de su usuario –, sino que además, los mismos se han convertido en una parte tan omnipresente e insistente de la vida cotidiana, que resultan asimilables a una característica importante de la anatomía humana.

A modo de cierre, e invitando a profundizar sobre la temática, conclúyase que luce indispensable, a efectos de dotar de certeza y previsibilidad a la actuación judicial, la discusión legislativa sobre el desbloqueo compulsivo como medio de prueba lícito en el marco del proceso penal.

Como señalara Edward Ashford Lee, profesor de la Universidad de California en Berkeley, es importante centrarse en el uso, y no tanto en el diseño de las nuevas tecnologías, considerando, además, la efectividad que podría traer aparejada la sanción de normas centradas en educar a la sociedad en derechos humanos²³.

1- Cfr. Polansky, J. 2022. Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital. Ed. Hammurabi.

2- En tal sentido, la C.S.J.N. afirma 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).

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

4- Cfr. Hopster, Jeroen (2022), “The Ethics of Disruptive Technologies: Towards a General framework”, en: De Paz Santana, J.F. et al. (eds), *New Trends in Disruptive Technologies, Tech Ethics and Artificial Intelligence*. DiTTet 2021. *Advances in Intelligent Systems and Computing*, vol 1410, Springer, Cham, 1-12, p. 133 y ss.).

5- Murphy, T. (2010). Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, v. 10, (4),601-638).

6- Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/2019/10/human-rights-digital-age>.

7- Bruzzzone, 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, pg. 245-247.

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

9- Jauchen, E. M. 2014. *Derechos del Imputado*. 1ª edición, 2ª reimpresión. Rubinzal-Culzoni. pág. 206.

10- C.S.J.N. (Fallos: 339:480).

11- Tribunal de distrito de los Estados Unidos, Distrito Norte de California. “orden por la que se deniega la solicitud de una orden de registro”. caso n° 4-19-70053 del 10/06/2019.

12- Aboso, G. 2023. El principio de incoercibilidad del imputado y sus consecuencias en el proceso penal. 1ª edición. *El Dial*. pág. 153.

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

14- Sic fallo op. cit.

15- Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca. Sala I. “B.A”. Causa N°3139/2022 del 27/05/2022.

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

17- 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. El debido proceso penal*. Volumen 5. Hammurabi.

18- Pérez Barberá, G. E. (Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal. *Pensamiento Penal*. (2015)

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

20- C.S.J.N. (Fallos 332:1835).

21- Cfr. Díaz Cantón, op. Cit (p. 80-81).

22- Corte Suprema de los Estados Unidos, precedente “Riley vs. California” del 25/06/2014.

23- Cfr. Lee, Edward A. (2022), ¿“Are We Losing Control?”, en: Werthner, Hannes et al. (eds.), *Perspectives on Digital Humanism*, Springer, Cham, 3-8.

Bibliografía

- Aboso, G. 2023. El principio de incoercibilidad del imputado y sus consecuencias en el proceso penal. 1ª edición. *El Dial*. pág. 153.
- Bruzzzone, 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, pg. 245-247.
- C.S.J.N. Fallos (247:176).
- C.S.J.N., Fallos (332:1835).
- C.S.J.N., Fallos (339:480).
- Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca, Sala II. “M.G.,G.S”.Causa N°5150/2021 del 7/4/2022.
- Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca. Sala I. “B.A”. Causa N°3139/2022 del 27/05/2022.
- Corte IDH, Resolución del 27/01/2009, párr. 77.
- Corte Suprema de EE.UU, fallo “Riley vs. California” del 25/06/2014)
- 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. El debido proceso penal*. Volumen 5. Hammurabi.
- Ferrajoli, Luigi. (2010). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. (Madrid: Editorial Trotta, séptima edición.).
- Gómez Jolis, G. 2021. *Biometría y derecho. Usos, aplicación y protección de los datos biométricos*. La Ley 2021 D, 329.
- Hopster, Jeroen (2022), “The Ethics of Disruptive Technologies: Towards a General framework”, en: De Paz Santana, J.F. et al. (eds), *New Trends in Disruptive Technologies, Tech Ethics and Artificial Intelligence*. DiTTet 2021. *Advances in Intelligent Systems and Computing*, vol 1410, Springer, Cham, 1-12, p. 133 y ss.
- <https://www.ohchr.org/es/2019/10/human-rights-digital-age>.
- Jauchen, E. M. 2014. *Derechos del Imputado*. 1ª edición, 2ª reimpresión. Rubinzal-Culzoni. pág. 206.
- Lee, Edward A. (2022), ¿“Are We Losing Control?”, en: Werthner, Hannes et al. (eds.), *Perspectives on Digital Humanism*, Springer, Cham, 3-8.
- Maier, J. B. 1996. *Derecho Procesal Penal*. 2da. Edición. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto.
- Murphy, T. (2010). Works in Progress: New Technologies and the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, v. 10, (4),601-638).
- Pérez Barberá, G. E. (Reserva de ley, principio de legalidad y proceso penal. *Pensamiento Penal*. (2015)
- Polansky, J. 2022. *Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital*. Ed. Hammurabi.
- Salmón Gárate, Elizabeth, “El ‘control de convencionalidad’ y su impacto en el diálogo entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Novakovic, Marko (ed.), *Basic concepts of Public International Law. Monism & Dualism*, Belgrado, Universidad de Belgrado, 2013, p. 525).
- 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.
- Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Norte de California. “orden por la que se deniega la solicitud de una orden de registro”, caso n° 4-19-70053 del 10/06/2019