

EL DESBLOQUEO FORZOSO DE CELULARES. VALIDEZ CONSTITUCIONAL Y ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA



María J. Buglione ✓ 05/08/2024

Esta doctrina fue publicada en:

- Temas de Derecho Penal y Procesal Penal

I - INTRODUCCIÓN⁽¹⁾

El avance de la tecnología aplicada a telecomunicaciones permite hoy día tener toda la información personal en un único dispositivo, el celular.

En el celular, una persona tiene no solo sus contactos, con quienes puede mantener comunicaciones telefónicas, por mensajes o por videollamadas, sino que además alberga información financiera, de geoposicionamiento, bancaria, etc.

En particular, la tecnología asociada a las comunicaciones a través de la utilización de sistemas de mensajería celular actuales, tales como WhatsApp, Telegram, entre otros, ha tenido un impacto directo en la manera de conducir investigaciones penales desde que la utilización de las diferentes aplicaciones de mensajerías ha modificado la manera en que las personas se comunican, al tiempo que este tipo de aplicaciones no permiten acceder a su contenido a través de las intervenciones telefónicas tradicionales.

Pero, además, un teléfono celular puede contener no solo el registro de llamadas realizadas por su usuario, sino además contactos, *chats*, correos electrónicos, fotografías, audios y videos, historiales de búsquedas en sitios web y de lugares (GPS), notas; todos elementos cuyo análisis puede aportar una gran cantidad de elementos probatorios en aras de acreditar la hipótesis delictual que orienta una determinada investigación.

El rol que ocupa el dispositivo celular en las personas, en tanto continente de toda la información relevante que su usuario considera que debe tener al alcance de su mano, ha llevado a las empresas fabricantes a implementar nuevas y sofisticadas tecnologías para la protección de esos datos, dificultando, por tanto, el acceso a estos dispositivos en contra de la voluntad de su titular. Y ello se traduce, también, en un límite importante a la actividad investigativa al momento de intentar acceder al contenido de un celular secuestrado en el marco de una causa penal.

En efecto, la negativa -inobjetable- del imputado a proporcionar la clave de acceso al celular que hasta ese momento utilizaba conlleva la dificultad para vulnerar la clave de bloqueo utilizada.

Sin embargo, en la gran mayoría de los casos, además de la contraseña alfanumérica utilizada o del patrón de bloqueo establecido, muchos de estos aparatos de telefonía celular permiten su habilitación a través del acceso biométrico, que utiliza las huellas dactilares, o bien la identificación facial del usuario. Y es aquí donde se abre una ventana para el acceso rápido al contenido del celular secuestrado.

Sin embargo, ante la negativa del imputado de desbloquear su celular -sea mediante la introducción de la clave o el patrón de desbloqueo o la utilización de sus datos biométricos-, ¿es legal y constitucionalmente válido ordenar su desbloqueo forzoso?

El presente artículo tiene por objeto dar respuesta a esa pregunta mediante un análisis de los principios constitucionales y procesales en juego, como así también desde un recorrido por el estado actual de la jurisprudencia en este punto.

II - UFED Y “FUERZA BRUTA”

En la actualidad, existen diversas herramientas que son utilizadas para el análisis informático forense de los dispositivos portátiles, tales como los teléfonos celulares, siendo la más conocida el *software* desarrollado por la empresa Cellebrite y que se comercializa bajo el nombre de UFED.

El UFED 4PC es un *software* de análisis forense de dispositivos móviles de Cellebrite.

Esta herramienta permite detectar más de 9000 dispositivos móviles, por lo que, en primer lugar, se realiza una búsqueda manual de perfiles de extracción compatibles con el modelo de teléfono peritado. Sin embargo, puede ocurrir que, existiendo un perfil compatible, no ofrezca alternativas de extracción con omisión de desbloqueo. En este sentido, puede suceder que el perfil genérico para el dispositivo peritado no presente la opción de extracción con omisión de desbloqueo para ese *chipset* específico.

Se procede entonces a intentar desbloquear el teléfono utilizando los métodos genéricos “Lock Pick” y “Disable User Lock”.

Sin embargo, no todos los dispositivos pueden ser desbloqueados con esta herramienta. En particular, los últimos modelos de la empresa Apple son aquellos que tienen los niveles de seguridad más complejos y, por tanto, más difíciles de acceder.

En este tipo de celulares se utiliza un *software* más avanzado que se comercializa bajo el nombre de Cellebrite Premium. Tal como se informa en la web de la empresa, esta herramienta permite recuperar el código de acceso, desbloquear y realizar una extracción completa del sistema de archivos en dispositivos Apple que ejecutan las últimas versiones de *iPhone Operating System* (iOS). Los usuarios también pueden evitar bloqueos y realizar una extracción física en muchos dispositivos Android de alta gama.

Este *software* permite una extracción forense del sistema de archivos completo que incluye la posibilidad de tener acceso a las contraseñas y *tokens* almacenados en el llavero (*Keychain*), obtener correos electrónicos y archivos adjuntos, y recuperar datos de aplicaciones desarrolladas por terceros, incluyendo WhatsApp, Facebook, Telegram, etc. Esta última funcionalidad resulta sumamente relevante, en tanto permite la recuperación de mensajes y audios borrados que hayan sido enviados utilizando las aplicaciones señaladas, aportando así información de gran valor probatorio en las investigaciones penales.

En este sentido, Cellebrite Premium se presenta como una herramienta específica para desbloquear, omitir y/o deshabilitar sistemas de seguridad del binomio dispositivo/usuario, como así también para extraer datos de equipos de telecomunicaciones de alta gama que utilizan los sistemas operativos iOS y Android.

La bibliografía enseña que dentro del universo de los dispositivos celulares cada uno de ellos presenta un sinnúmero de sistemas operativos y versiones, además de componentes electrónicos variables (*chipset*), como así también la capacidad de acceso a los datos almacenados en los mismos (acceso bloqueado por el usuario, bloqueo con clave PIN de la tarjeta SIM, *rooteado* de teléfonos, etc.).

Sin embargo, una vez que se logra desbloquear el dispositivo, las posibilidades que se abren son infinitas, en tanto permite incluso la recuperación de archivos borrados de todo tipo, tales como contactos, llamadas, mensajes, fotografías, etc.

El análisis forense permite la elaboración de informes de evidencia digital, los que varían según el método utilizado, que a su vez varía en función del modelo y la marca del equipo de telefonía celular peritado:

- *Extracción de datos lógica*: se trata de un método compatible con la mayor cantidad de dispositivos móviles existentes en el mercado. Mediante este sistema es posible obtener registros de llamadas, contactos, *Short Message Service* (SMS), eventos de calendario, archivos multimedia y datos de aplicaciones. Sin embargo, en la mayoría de los casos, este tipo de extracción lógica no es posible si el dispositivo se encuentra bloqueado.

- *Extracción de datos por sistema de archivos*: permite recuperar los archivos almacenados en la memoria de un dispositivo móvil. En este sentido, el sistema de archivos puede contener archivos del sistema ocultos a los cuales no se puede acceder mediante una extracción lógica. De esta manera, mediante la utilización de este método, se accede a todos los archivos presentes en la memoria de celular analizado, lo que resulta sumamente importante toda vez que la mayoría de las aplicaciones de usuario integradas almacenan sus datos en estos archivos de bases de datos. Se logra por este medio acceder a contraseñas, datos de aplicaciones, entradas de contactos, registros de llamadas y mensajes, entre otros.

- *Extracción de datos lógica avanzada*: se trata de un método de extracción rápida compatible con el mayor número de dispositivos. Al igual que la extracción de datos lógica, no es posible realizar este tipo de extracción en la mayoría de los casos si el dispositivo peritado se encuentra bloqueado.

- *Extracción de datos física*: este método se caracteriza por realizar la copia más exhaustiva y completa del celular peritado, ya que mediante un sistema de avanzada permite obtener una imagen *bit a bit* de la *memoria flash* del dispositivo móvil, de manera tal de acceder a la información de usuario, la ubicación, el sistema de archivos, el sistema oculto y los archivos eliminados.

Al momento de peritar un dispositivo celular y establecer que se encuentra bloqueado con un *personal identification number* (PIN) de acceso que se desconoce, el equipo se conecta al *software* forense UFED Cellebrite Premium, el cual procede al desbloqueo y la obtención de la clave de acceso, y la consecuente extracción de datos de aquellos equipos de telefonía celular que poseen sistemas operativos iOS y Android, mediante la técnica llamada "fuerza bruta".

Esta técnica introduce automáticamente un listado (diccionario) de claves predeterminadas por la herramienta, en un tiempo determinado, hasta lograr el desbloqueo del equipo para poder realizar la extracción de todos los datos disponibles. El *software* tiene la capacidad de realizar aproximadamente 129 intentos de desbloques por día, registrando un millón de intentos como límite.

Resulta, por tanto, imposible determinar, *a priori*, cuánto se tardará para acceder al contenido del celular, existiendo incluso la posibilidad de que ello no se logre dentro del plazo de vigencia de la acción penal para la investigación de la que se trate.

Sin embargo, a pesar de ser un sistema forense de avanzada, el tiempo que insume la obtención de la clave es considerable, lo que atenta contra el avance de la investigación penal, máxime en aquellos casos en que la información que podría obtenerse del celular secuestrado permitiría detectar la participación de otras personas. En los casos de investigaciones relacionadas con la comercialización de estupefacientes (L. 23737), el acceso rápido a la información que pudiere contener un celular secuestrado en poder de alguno de los miembros de la información permite obtener, en la gran mayoría de los

procesos, conversaciones con otros miembros de la organización, datos sobre lugares de almacenamiento del estupefaciente que se comercializa, datos en relación con los proveedores de droga; de manera tal que la velocidad con que se acceda a esa información puede, generalmente, condicionar el éxito de la investigación.

III - PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES

Tal como se vio en el apartado anterior, la medida de desbloqueo forzoso se presenta como una medida útil y necesaria en aquellos casos en que el acceso rápido a la información que potencialmente puede contener un aparato de telefonía celular secuestrado condiciona severamente el avance de la investigación penal.

Piénsese, sobre todo, en casos en los que se investigan organizaciones narcocriminales en los que el rápido acceso a las comunicaciones que pudiera registrar el imputado en su teléfono celular permitiría obtener información relevante tendiente a establecer la identidad de otros miembros de la organización, lugares de guarda y acondicionamiento del material estupefaciente, proveedores, etc., información que da cuenta de un estado de situación que el paso del tiempo -y, sobre todo, la detención de algún miembro de la banda- puede modificar, fulminando de esa manera el avance de la investigación hacia los responsables máximos y otros participantes de mayor escalafón jerárquico.

Ante la negativa del imputado de aportar el patrón de desbloqueo del celular secuestrado en su poder y en virtud de la urgencia para acceder a la información que de allí se podría obtener, el desbloqueo forzoso se presenta como una medida razonable, toda vez que, conforme fue explicado en el apartado precedente, es el único medio de desbloqueo rápido posible, paso previo e indispensable para acceder a la información.

De esta manera, la cuestión para analizar deberá responder la siguiente pregunta: ante la negativa del imputado de aportar el patrón de desbloqueo de su celular y, por tanto, en contra de su voluntad, ¿es legal ordenar de manera compulsiva la obtención de su huella dactilar o de sus datos biométricos con el objeto de acceder al dispositivo celular bloqueado?

En caso de que se ordene el desbloqueo forzoso, ¿contraviene esta medida la prohibición prevista en el artículo 18 de la Constitución Nacional y receptada en diversos instrumentos internacionales y expresada en la cláusula "*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*"?

Ahora bien, el desbloqueo forzoso de celulares debe cumplir con ciertos requisitos, a la luz de cumplimentar las exigencias constitucionales que autorizan al juez a ordenar una medida de esa índole.

En primer lugar, es necesario fundamentar la *importancia* y *urgencia* que la medida solicitada reviste para el avance de la pesquisa, lo que dependerá no solo del hecho investigado, sino además de la perspectiva en relación con la información que con ella se pretende obtener. En este punto, resultará determinante el estado de la investigación, las características del hecho investigado, la posibilidad de obtener información en relación con otros partícipes del delito, etc.

En segundo lugar, atento que el desbloqueo forzoso del celular mediante la utilización de la huella digital o los datos biométricos del imputado podría suponer un ejercicio de fuerza sobre la persona, debe analizarse también el grado de la fuerza a emplear en relación con el fin buscado.

Así, partiendo desde el criterio de mínimo daño e injerencia posible sobre la persona del imputado, resulta claro que el grado de fuerza que eventualmente sería necesario aplicar para el desbloqueo de celular mediante la huella digital o los datos biométricos guarda

absoluta proporcionalidad y razonabilidad con los elementos que, por su intermedio, se desean conseguir.

El análisis de la proporcionalidad de la medida implica la realización de dos exámenes.

El primero de ellos es anterior a la decisión de ordenar el desbloqueo forzoso, es decir, está directa y necesariamente relacionado con los argumentos que sirven para justificar el grado de convicción exigido para disponerlo. Este elemento se refiere, entonces, a la necesidad de la medida, determinada a partir de la conexión entre la existencia de un hecho ilícito y el objeto de esta intromisión.

El segundo examen presenta tres aristas íntimamente relacionadas entre sí y que deben ser valoradas a la luz de los elementos obrantes en el expediente, que se refieren a la idoneidad, la subsidiaridad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida peticionada:

- *Idoneidad*: la inferencia sobre la persona del imputado que la medida supone debe ser idónea para la satisfacción del objeto y del fin para el que está prevista. Tal como se señaló, la negativa del imputado a aportar el código de desbloqueo determina que el desbloqueo forzoso sea la medida idónea para acceder de manera urgente a la información contenida en el dispositivo en cuestión. Ello así, en tanto sin la clave o patrón de desbloqueo el celular solo podrá desbloquearse rápidamente a partir de la huella o datos biométricos del imputado.

- *Subsidiaridad*: el principio de subsidiaridad en derecho plantea que, ante una determinada situación en la que existen dos opciones que no son equivalentes, solo se podrá acudir a una de ellas en defecto de la otra. Este punto de vista implica que no debe haber otro medio menos lesivo que el propuesto para producir el mismo resultado buscado.

- *Proporcionalidad*: el análisis de la proporcionalidad lleva intrínseco un juicio de valor, desde que algo que puede ser considerado proporcionado para un determinado criterio puede transformarse en desproporcionado a la luz de un criterio diferente. Teniendo en cuenta, entonces, que el desbloqueo forzoso se logra mediante la utilización de la huella dactilar o el reconocimiento biométrico (*face ID*), la fuerza que eventualmente debería utilizarse sobre el cuerpo de la persona imputada es mínima.

De esta manera, la mínima inferencia que se impone sobre la persona del imputado para la obtención de su huella dactilar revela la proporcionalidad que la medida guarda en relación con el fin para el cual se propone, esto es, la obtención de información de interés criminalístico en el marco de la investigación por narcotráfico a gran escala.

Por lo demás, la acreditación de los requisitos reseñados deviene necesaria para establecer la pertinencia y validez de la medida.

Al realizar un repaso de las garantías constitucionales que le son reconocidas a todos los individuos sometidos a proceso, se concluye que la medida de desbloqueo forzoso de celulares no colisiona con ninguna de ellas.

Por el contrario, es respetuosa de los derechos que allí se reconocen.

En este sentido, al analizar la garantía contra la autoincriminación forzada prevista en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional (CN), la doctrina ha sostenido que “[s]e puede trazar una distinción a partir del alcance dado a la garantía: esta solo protege a las comunicaciones, sean verbales, escritas, gestuales, porque en esos casos la prueba está en la mente, cuya exteriorización depende de la voluntad del sujeto, de su conciencia y de los procesos de sus razonamientos. Cualquier tipo de coacción tendiente a obtener una comunicación está prohibida. Se dice que en esos casos, el procesado es tratado como ‘sujeto de prueba’, lo cual impide obligarlo a declarar, a realizar la reconstrucción de un hecho, o un cuerpo de escritura, o a aportar prueba incriminante. En cambio, el punto aquí tratado difiere notablemente: se prescinde totalmente de la voluntad, consentimiento o

aquiescencia del sujeto, la prueba se va a buscar a su cuerpo. El procesado es tratado como 'objeto de prueba', lo cual da lugar a la factibilidad de otras medidas, como la extracción de huellas dactilares, de pelos, toma de fotografías, reconocimientos en rueda de personas por la fuerza, entre otras".⁽²⁾

Por su parte, Maier expone que *"la cláusula nemo tenetur únicamente se refiere a los conocimientos transmitidos por el imputado por vía oral o escrita, esto es, con la palabra o el idioma, cualquiera que él sea, e impide toda clase de coacción para que él nos revele datos sobre la imputación que se le formula o ligados a ella. El imputado es considerado por esa cláusula como sujeto de procedimiento ... representa un sujeto incoercible del procedimiento penal.*

En cambio, cuando él porta en su cuerpo algún rastro útil para recomponer la realidad que se juzga o cuando parte de ese cuerpo debe ser utilizado en operaciones de comparación de peritos, él ya no es más un sujeto del procedimiento penal, una persona portadora de facultades, derechos y deberes, sino que su cuerpo es, tan solo, un objeto de investigación".⁽³⁾

Concluye así que, en esos casos, las reglas a la luz de las cuales corresponde realizar el análisis sobre la legalidad o ilegalidad de una intervención mediante orden judicial -mediando, claro, la oposición del imputado- ya no dependen del principio de incoercibilidad del imputado previsto en los artículos 18 de la CN, 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino de otras reglas.

La garantía en cuestión, entonces, *"[n]o lo ampara, en cambio, cuando ella misma [la persona] es objeto de prueba, esto es, cuando es objeto investigado, como cuando, por ejemplo, se extrae una muestra de sangre o de piel o se lo somete a un reconocimiento por otra persona, actos que no consisten en proporcionar información por el relato de hechos, circunstancias o acontecimientos, y para los cuales no es necesario el consentimiento de la persona afectada, que puede ser forzada, en principio al examen".*⁽⁴⁾

De esta manera, la distinción entre el imputado como "sujeto de prueba" (que se encuentra protegido por la regla *nemo tenetur*) y como "objeto de prueba" (no comprendido por la prohibición constitucional) permite determinar claramente la subsunción legal que corresponde hacer de la medida bajo análisis.

Toda vez que el desbloqueo forzoso del celular implica la realización de una medida de injerencia sobre la persona del imputado que tiene como único objeto obtener la impresión dactilar o los datos biométricos del causante, indudablemente el acto procesal reconoce la naturaleza de objeto de prueba.

No es necesario ningún análisis adicional para acordar que las huellas digitales o los datos biométricos (los rasgos de su rostro que permiten la apertura del dispositivo por reconocimiento facial) no dependen ni de su psiquis ni de su conciencia ni, por supuesto, de su voluntad.

Al decir de Jauchen, el imputado *"está obligado a cooperar cuando él mismo con su persona sea el portador material del elemento probatorio. Pues en este caso no es sujeto sino objeto de prueba. Su libre determinación y voluntaria ayuda es garantizada cuando puede aportar, con su consentimiento u obrar, datos o elementos de prueba, pero no cuando él mismo es el investigado en su persona física por contener intrínsecamente la prueba. En estos casos puede ser incluso forzado para lograr la prueba".*⁽⁵⁾

Se ha sostenido que las reglas en virtud de las cuales se deberá analizar la legalidad de la actividad procesal señalada están relacionadas con los bienes jurídicos que la medida de desbloqueo forzoso pone en juego, a saber, los derechos a la salud, al pudor, a la intimidad y a la dignidad del imputado.

Mérito que, como ya se señaló *ut supra*, debe superar los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Desde este punto de vista, resulta claro que la actividad procesal de desbloqueo de un celular que implica o bien apoyar el dedo del causante en el dispositivo por algunos segundos, o bien poner frente a su rostro el aparato en cuestión, no acarrea ninguna consecuencia física ni funcional y, por tanto, la salud del imputado no se encuentra afectada ni comprometida.

Lo mismo sucede con el pudor, desde que lo que se requiere es una acción decididamente pública que, por tanto, no tiene ningún tipo de relación ni con su sensibilidad, ni con su decencia o recato.

En cuanto al derecho de intimidad del imputado, la actividad de apoyar el dedo o de poner su rostro para desbloquear el aparato celular no guarda, por sí misma, ninguna relación con este derecho.

Por su parte, el derecho a la intimidad analizado en función del contenido que, hipotéticamente, podría aportar el aparato peritado se encuentra garantizado desde que la medida es ordenada por la judicatura interviniente, lo que supone la exclusión -y, por tanto, la imposibilidad de ser agregado al expediente- de cualquier material o información que tenga carácter estrictamente privado y que, por tanto, no tenga relevancia probatoria.

Finalmente, la dignidad del imputado tampoco se encuentra comprometida con la actividad procesal que la medida analizada conlleva, desde que su realización supone una mínima injerencia en su persona, tal como fue explicado precedentemente.

En línea con ello, el Máximo Tribunal ha sostenido, en el caso “H. G. S. y otros s/apelación de medidas probatorias”⁽⁶⁾ con remisión al precedente “Cincotta”, que “...desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la Ley Fundamental es compeler física o moralmente 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 -como el de autos- en que la evidencia es de índole material”.

En efecto, en el fallo “Cincotta”⁽⁷⁾, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) sentó el principio según el cual la identificación en ruedas de presos “no puede ser resistido con fundamento constitucional”.

Para así decidir, sostuvo que la medida en cuestión no se encuentra “comprendid[a] en los términos de la cláusula que veda la exigencia de ‘declarar contra sí mismo’, ni es corolario de la exención postulada de producir otra prueba incriminatoria. Ello tanto porque la presencia del imputado en las actuaciones del proceso no es ‘prueba’ en el sentido de la norma del caso, cuanto porque constituye corriente y razonable ejercicio de la facultad estatal investigatoria de los hechos delictuosos.

Que es por tal razón que la jurisprudencia americana ha decidido que la cláusula que proscribe la autoacriminación 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 (218 U.S. 245; Corwin: ‘The Constitution of the United States’, p. 842; Willoughby: ‘Principles of the Constitutional Law of the United States’, p. 480)”.

Tal como señala Carrió, “[s]e ha intentado así hacer una distinción entre los casos en que se pretende convertir al imputado en ‘un sujeto activo de prueba’ (obligarlo a que declare o a que haga un cuerpo de escritura) de aquellos en que a aquel se le reclama un comportamiento ‘pasivo’, ya sea para extraerle sangre, huellas dactilares, etc.

En esta interpretación, la garantía contra la autoincriminación funcionaría en el primer supuesto -imputado como ‘sujeto activo’, pero no en el segundo”.⁽⁸⁾

Por otra parte, en un caso sobre apropiación de niños o niñas víctimas, la Corte Suprema admitió la validez de la extracción compulsiva de sangre cuando dicha medida resultare necesaria para acreditar un hecho delictivo. En esa oportunidad, analizando la garantía contenida en el artículo 18 de la CN, afirmó que no se observaba *“la afectación de otros derechos fundamentales, como la vida, la salud, o la integridad corporal, porque la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, si se realiza por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, la defensa de la sociedad y la persecución del crimen”*.

Agregó, además, que debía rechazarse el *“agravio referente al derecho a disponer del propio cuerpo, en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo, toda vez que la negativa a la extracción de sangre no se dirige al respeto de aquel (vid. causa B.605.XXII, ‘Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar’, resuelta el 6 de abril de 1993), sino a obstaculizar una investigación criminal en la que ellos resultan imputados y la menor víctima, es decir, afecta los derechos de terceros (art. 19 de la Constitución Nacional, a contrario sensu)*.

Y a ello cabe agregar que por no constituir una práctica humillante o degradante, la intromisión en el cuerpo que la medida dispuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley (arts. 178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en Materia Penal), pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquel no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia”.⁽⁹⁾

Este criterio fue luego reafirmado en el caso “Gualtieri Rugnone de Prieto”, en el año 2009, en el que el Máximo Tribunal analizó la validez de la obtención de material biológico de la víctima de sustracción de menores y alteración de la identidad por el plan de apropiación de niños durante la última dictadura militar.

Allí señaló que *“no se observa que la medida en cuestión ocasione la afectación de derechos fundamentales, tales como la vida, la salud, o la integridad corporal, puesto que la extracción de unos pocos centímetros cúbicos de sangre, realizada por medios ordinarios adoptados por la ciencia médica, ocasiona apenas una perturbación ínfima en comparación con los intereses superiores de resguardo de la libertad de los demás, de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen (Fallos: 318:2518, considerando 10)...*

Corresponde señalar que resulta adecuada a los fines indicados en la resolución apelada, puesto que favorece de un modo decisivo la obtención del resultado pretendido, por cuanto aparece como un medio dotado de absoluta idoneidad para arribar a la verdad material, habida cuenta del elevadísimo grado de certeza que brinda. En efecto, dicha práctica permitirá arribar a la verdad objetiva de los hechos investigados en esta causa, esto es, determinar si efectivamente G. G. P. es hijo del matrimonio P-G o, en su caso, si tiene vínculo biológico con el núcleo familiar P-Z. Despejada esa desafortunada incógnita, se terminará con las angustias de quienes aparecen como víctimas del hecho investigado, consagrándose así el derecho a la verdad y cumpliéndose además la obligación del Estado de proteger a las víctimas e investigar y perseguir delitos de extrema gravedad que, como en el caso, han tenido una honda repercusión social en los últimos tiempo”.

Concluyó así que la diligencia cuestionada *“...no se revela como una medida que afecte sustancialmente los derechos invocados por el apelante, toda vez que existen indicios suficientes que avalan su producción, guarda inmediata vinculación con el objeto procesal materia de la causa, resulta propia del proceso de investigación penal, aparece como idónea para alcanzar la verdad material de los hechos investigados y porque, además, ni siquiera involucra acción alguna del apelante, en tanto las muestras a utilizarse en el examen de ADN han sido tomadas a partir de una recolección de rastros que si bien pertenecen a su cuerpo, al momento de incautarse, se hallaban desprendidos de él”*.⁽¹⁰⁾

Tratándose, entonces, de una medida que tiene por objeto la obtención de un rasgo físico del imputado y no una información proveniente de su conciencia o que reclame su voluntad, la diligencia analizada puede ser efectivizada con una mínima injerencia sobre la persona del imputado, siempre que, previamente, se le haya solicitado que aporte el patrón de desbloqueo y el imputado se haya negado a informarlo.

Se presenta así como una medida necesaria, razonable, pertinente y útil en relación con la hipótesis delictiva investigada.

Desde otro ángulo, también debe señalarse que la medida que en el presente artículo se analiza no implica, de ninguna manera, un exceso en las facultades del juez que la dispone -como magistrado que interviene en el caso-, en tanto esta facultad ya se encuentra contenida de manera explícita en aquellas que el ordenamiento de forma le reconoce para la realización de tales actos, por ejemplo, la identificación del imputado mediante sus impresiones digitales o mediante ruedas de reconocimiento.

Tal como se explicó, la CSJN ha sostenido que la garantía contra la autoincriminación opera para proscribir la obtención de “*comunicaciones verbales*” del imputado y que, por tanto, no resulta de aplicación en requerimientos que tengan por objeto solicitarle que se preste a la extracción de sus huellas digitales, que se pare erguido -pensemos en una rueda de reconocimiento- o incluso la obtención de un mechón de su pelo.

Resulta claro que una correcta inteligencia del criterio fijado por el Máximo Tribunal en los precedentes señalados permite afirmar que el desbloqueo forzoso del celular encuadra dentro de aquellas medidas que la propia CSJN ha expresamente autorizado por no resultar violatoria de ningún derecho constitucionalmente reconocido.

IV - ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA

Con fecha 27/5/2022, la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca⁽¹¹⁾ confirmó el auto que requirió a la imputada que aporte de manera voluntaria la clave de desbloqueo del teléfono que le fue oportunamente secuestrado, en el marco de una investigación por posible almacenamiento de estupefacientes; en el caso de no acceder a la petición, autorizó a que se efectúe un procedimiento de forma compulsiva y con la utilización de la mínima fuerza pública necesaria con el fin de obtener el patrón de desbloqueo de origen dactilar o de iris, a fin de realizar un peritaje integral del dispositivo legalmente secuestrado.

Para así resolver, los jueces consideraron que la medida dispuesta se erigía como necesaria, razonable, pertinente y útil en relación con la hipótesis delictiva investigada. Y, además, porque la naturaleza compleja del delito investigado y la gran cantidad de droga incautada imponían no descartar que otras personas aún no señaladas en la causa pudieran estar involucradas.

Conforme surge del precedente que se comenta, ante la resolución del magistrado de grado, la defensa planteó su oposición a que su pupila sea utilizada como medio de prueba y a la compulsión física dispuesta.

Señaló que su defendida se oponía expresamente al procedimiento en tanto lo entendía como violatorio de sus derechos y garantías constitucionales.

Desde esa postura, descalificó la medida por considerarla irrazonable, inidónea, desproporcionada e innecesaria, afirmando así que atentaba contra el derecho a la intimidad y privacidad, el derecho de defensa de la imputada y, sobre todo, la garantía que prohíbe la autoincriminación (arts. 18, 19 y 33, CN).

Además, agregó que, eventualmente y en virtud de su entidad, el procedimiento debería realizarse en la sede del Juzgado Federal con presencia del magistrado y no en

Gendarmería Nacional, ello a fin de minimizar las lesiones a los derechos de su defendida.

Resaltó que la imposibilidad de acceder al móvil tenía directa relación con la desactualización del Sistema UFED con el que contaba la prevención, por lo que la solución a ese problema debió haber pasado por la previsión de la fuerza en procurarse de los medios para actualizarlo y no en la decisión de utilizar a su pupila como objeto de prueba, fundando su postura en los artículos 296 del Código Procesal Penal de la Nación y 72 del Código Procesal Penal Federal, por los derechos del imputado a negarse a declarar, imposibilidad de requerir promesa o juramento de decir verdad o sufrir coacción de cualquier naturaleza.

Cuestionó también la amplitud de la orden de extracción de datos del celular y criticó la aplicación analógica de fallos de la CSJN que considera inaplicables por tratar cuestiones distintas (extracción de huellas dactilares y ADN). Y ello en atención a que los avances que suponen las nuevas tecnologías disponibles escapan a la legislación, doctrina y jurisprudencia de antigua data que, como tal, no puede ser aplicada al caso.

Finalmente, hipotetizó sobre cuál sería el límite a la “*fuerza mínima necesaria*” en caso de que la persona imputada se resistiera a mostrar su cara, adelantando así que, a su criterio, toda la información obtenida de la medida cuestionada no podría ser considerada prueba válida en el proceso.

En su voto, el juez de Cámara, el doctor Pablo A. Candisano Mera -al que adhirió la Dra. Fariña-, recordó que luego del auto de mérito por el que se procesó a la imputada como autora material y penalmente responsable del delito de almacenamiento de estupefacientes, a instancias del Ministerio Público Fiscal -en los términos del art. 198 y concs. del CPPN-, se requirió a la causante la clave de desbloqueo del teléfono celular que le fuera oportunamente secuestrado, autorizándose para el caso de que la nombrada no accediera a tal petición a que se efectúe un procedimiento de forma compulsiva, medida que debía ser realizada ante testigos, por agentes de sexo femenino y obteniendo un registro fílmico de su materialización.

Para así resolver, el magistrado de grado había tenido en cuenta que en el expediente se habían ordenado una serie de diligencias tendientes a lograr el desbloqueo del teléfono que habían arrojado resultados infructuosos y que la imputada, habiendo sido invitada a aportar voluntariamente los datos necesarios para el desbloqueo, había manifestado su negativa.

El doctor Candisano Mera recordó que el juez de la instrucción, a fin de fundar su decisión, había sostenido que la imputada “*se encuentra obligada a someterse a la realización de la medida bajo análisis, no ya como sujeto de la relación procesal, sino como objeto de prueba en el proceso penal que afronta, máxime cuando la medida no resulta lesiva o degradante y guarda proporcionalidad entre el medio elegido y el fin perseguido y no afecta, en modo alguno, la prohibición de autoincriminación garantizada por el artículo 18 de la Constitución Nacional*”.

De conformidad con ello, el juez de Cámara consideró que la medida bajo análisis se erigía 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 esta conducente para determinar otros posibles eslabones de la cadena de tráfico, su grado de participación, y demás circunstancias del hecho investigado*”.

La naturaleza compleja del delito investigado, y la gran cantidad de droga incautada imponen no descartar a estas alturas que otras personas aún no señaladas en la causa podrían estar involucradas, o posibles lugares donde se almacenasen más cantidades de

estupefacientes o dinero no registrado proveniente de la actividad ilícita imputada, extremos que podrían dar cuenta de una organización delictiva de mayor envergadura, cuya determinación y desbaratamiento podría determinarse con la medida dispuesta, erigiéndose por tanto como una herramienta necesaria y oportuna para el avance de la investigación y el resguardo del interés social en castigar los delitos de esta naturaleza.

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

Establecido lo que antecede, el magistrado continuó por analizar la legalidad de la obtención compulsiva de la prueba a la luz de las garantías constitucionales que la defensa alega se verían vulneradas.

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

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

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

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

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

Distinto es el análisis en los casos en que el imputado resulta objeto de prueba, es decir, cuando el sujeto investigado es el portador de la prueba misma. En estos casos, este se constituye en objeto de prueba, y no se busca que el imputado realice un acto o manifestación, sino simplemente recae sobre él un deber de tolerancia, donde solo se le

exige un comportamiento pasivo frente a la medida probatoria ordenada. Sobre el punto, el hecho de que el cuerpo del imputado pueda ser utilizado para adquirir prueba en su contra, y en consecuencia, este pueda ser compelido -en tanto objeto de prueba- a someterse a la medida probatoria dispuesta, ha sido convalidado -para ciertas prácticas y con determinados recaudos- por nuestro Máximo Tribunal.

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

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

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

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

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

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

Concluyó así, en relación con la medida analizada, que "todo imputado puede ser obligado compulsivamente a la utilización de su cuerpo para la extracción de datos de interés para la causa, en tanto aquellas no impliquen de ninguna manera, una injerencia tal en el cuerpo que redunde en un trato degradante o humillante, sean dañosas para la salud o produzcan sufrimientos innecesarios, y no guarden una adecuada razonabilidad y

proporcionalidad como sostén de la pertinencia de la medida de prueba ordenada para actuar compulsivamente sobre el cuerpo del imputado”.

Por su parte, y en relación con la forma en que la medida compulsiva en cuestión había sido dispuesta, consideró que cumplía *“con los parámetros señalados, pues dispuso específicas condiciones en que esta debía realizarse, en un procedimiento ante testigos e íntegramente documentado mediante registro fílmico -descartándose así una intensa actividad para vencer una eventual resistencia-, por lo que los agravios referidos a atentados a la integridad de la encartada no pueden ser atendidos”.*

En igual sentido resolvió la Cámara Federal de Tucumán⁽¹²⁾ al confirmar la autorización para el desbloqueo compulsivo en un caso en el que se investigaba al imputado por promover la prostitución de adolescentes.

Para así decidir, se sostuvo que *“no puede entenderse que la medida sea invasiva en 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”.*

Por otra parte, los jueces señalaron que no debía dejar de considerarse *“la gravedad del delito que se investiga en autos, que las víctimas son todas menores y la responsabilidad y la obligación del Estado argentino de investigar este tipo de delitos.*

Además, con posterioridad a la resolución apelada, el fiscal general subrogante, puso en conocimiento que, en el marco de los autos principales se produjo la declaración testimonial en sala Gesell de la víctima, quien manifestó que el imputado le tomó fotografías con el teléfono ‘Iphone’ y, asimismo, almacenaba material de igual naturaleza, pero de otras mujeres, todo lo cual era transmitido en grupos de mensajería.

Esta declaración reafirma la necesidad de proceder al desbloqueo del celular, en tanto el material que podría encontrarse podría incorporar a la causa pruebas de gran valor, así como otros potenciales partícipes en la misma.

Entendemos que la 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.

Es decir, se debe tener en cuenta la naturaleza compleja del delito aquí investigado y la gran cantidad de víctimas menores involucradas, algunas 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.

Es por ello, la medida dispuesta guarda completa congruencia con los antecedentes de la causa constituyéndose como una derivación razonada de la necesidad procesal para el avance de la investigación”.

Finalmente, afirmaron que *“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 implique de ninguna manera una injerencia tal en el cuerpo que redunde en un trato degradante o humillante, lo cual no sucede en la medida ordenada.*

En este sentido se expidió nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre el alcance de la cláusula constitucional que proscribe la compulsión de la autoincriminación.

Entendió el Máximo Tribunal que no resultan alcanzadas por la prohibición las medidas probatorias 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 este 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).

Ese razonamiento es aplicable a la medida ordenada, en tanto la entidad de esta (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”.

V - CONCLUSIÓN

A partir del análisis realizado, puede afirmarse que la orden judicial que autoriza el desbloqueo forzoso o compulsivo de un dispositivo celular secuestrado en el marco de una investigación penal encuentra su ropaje legal en la armónica interpretación de las normas procesales previstas en los artículos 74, 270 y siguientes del Código Procesal Penal de la Nación, en el artículo 18 de la CN y en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica. Por tanto, es legal y constitucionalmente válida.

Notas:

(1) Abogada y licenciada en Ciencia Política. Fiscal subrogante de Fiscalía Federal de Primera Instancia

(2) De Luca, Javier A.: “Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales” - Ed. Rubinzal-Culzoni - Revista de Derecho Penal - T. 2000-1 - Bs. As. - pág. 393

(3) Maier, Julio B. J.: “Derecho procesal penal” - Ed. Ad-Hoc - Bs. As. - 2015 - T. III - pág. 204

(4) Maier, Julio B. J.: “Derecho procesal penal” - Ob. cit. en nota 3

(5) Jauchen, Eduardo M.: “Tratado de la prueba en materia penal” - Ed. Rubinzal-Culzoni - Bs. As. - 2002 - pág. 116

(6) CSJN, Fallos: 318:2518

(7) CSJN, Fallos: 255:18

(8) Carrió, Alejandro: “Garantías constitucionales en el proceso penal” - Ed. Hammurabi - Bs. As. - 2006 - pág. 526

(9) CSJN, Fallos: 318:2518

(10) CSJN, Fallos: 332:1769

(11) “M., B. A. s/infracción ley 23737” - CFed. Apel. Bahía Blanca - Sala I - 27/5/2022

(12) Puede consultarse en <https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2023/01/Res-CFAT-Desbloqueo-Iphone-Testado.pdf>