

El desbloqueo compulsivo de celulares y la prohibición de la autoincriminación forzada: el estudio de la garantía en la era digital

The compelled unlocking of cellphones and the privilege against self-incrimination: its study in the digital age

Agustín Pablo Sarquis†*

Resumen

El desbloqueo compulsivo de teléfonos es una diligencia que comienza a aplicarse lentamente a lo largo de la jurisdicción penal federal de la Argentina. La discusión a la que nos lleva es si se trata de una medida, en primer lugar, válida en los términos de la prohibición constitucional de la autoincriminación forzada y, en segundo, viable desde una mirada procesal. El presente artículo propone responder tales interrogantes. Para ello, recurriré preliminarmente a un estudio sobre el origen histórico de la garantía, a su recepción en nuestro país y a las diversas posturas vinculadas a dicho tópico en el ámbito doctrinal y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Asimismo, abordaré la discusión que existe en los Estados Unidos sobre esta temática puntual. A partir allí, fundamentaré que, en el cuadro normativo constitucional y procesal imperante, no resultará admisible el desbloqueo compulsivo relativo al acceso con claves numéricas, alfanuméricas o un patrón. Sin embargo, afirmaré que la protección no operará cuando se requiera la utilización de rasgos biométricos de la persona imputada.

Palabras claves: desbloqueo compulsivo – garantía contra la autoincriminación forzada – evidencia física vs testimonial – conclusión ineludible – sujeto vs objeto de prueba – actividad vs pasividad

* Abogado (UBA –diploma de honor–). Especialización en Crimen Organizado, Corrupción y Terrorismo (Universidad de Salamanca - 44.º Curso de Especialización en Derecho). Magíster en Derecho Penal (UdeSA). Investigador independiente. Contacto: apsarquis@gmail.com.

† Salvo una serie de modificaciones, este es el texto que fue presentado y defendido como tesis para alcanzar el grado de Magíster en Derecho Penal, posgrado impartido por la Universidad de San Andrés. Dicho trabajo tuvo la dirección de la Prof. Mgt. María Luisa Piqué, a quien quiero especialmente agradecer por su acompañamiento y generosidad, cuyos aportes y comentarios fueron de extrema utilidad. Asimismo, quiero extender mis agradecimientos a la Prof. Dra. Alejandra Verde y los Profs. Mgts. Pablo Larsen y Jonathan Polansky, integrantes del jurado, por sus observaciones y críticas tan precisas.

Abstract

The compelled unlocking of cellphones is a measure that is slowly beginning to be applied throughout the federal criminal courts of Argentina. It leads us to discuss whether it is, in the first place, valid in the terms of the constitutional prohibition of forced self-incrimination and, in the second place, viable from a procedural perspective. This article addresses these questions. For this purpose, I will preliminarily resort to a study on the origin of the privilege, its reception in our country, and the various positions related to this topic in the legal scholarship and in the case law of the Supreme Court of Justice. Furthermore, I will address the discussion that exists in the United States on this specific issue. Based on this framework, I will argue that the compelled unlocking related to access with numerical, alphanumeric keys or a pattern will not be admissible under the prevailing constitutional and procedural order. However, I will argue that the privilege will not operate when is required biometrical features of the accused person.

Key words: compelled unlocking – privilege against self-incrimination –physical evidence vs testimonial evidence– foregone conclusion – test subject vs test object

I. Introducción

Los avances tecnológicos desarrollados en los últimos treinta años implicaron una modificación sustancial en todos los órdenes de la vida, la cual abarca desde la forma que tienen las personas para interactuar hasta los mecanismos de producción de bienes y servicios y sus respectivos medios de consumo. La irrupción del SARS-CoV-2 lo único que ha hecho es profundizar a un ritmo vertiginoso el empleo de la informática en la población. Prueba de ello resultan ser el *boom* del comercio electrónico, la generalización del *home office* y la interacción social y laboral mediante plataformas telemáticas.

Este carácter transversal implica, a su vez, una alteración desafortunada en el ámbito criminal. Estamos desde hace varios años ante un desafío que se vincula a tres grandes campos de aplicación: nuevos fenómenos delictivos, la imperiosa cooperación internacional entre los Estados y las empresas privadas¹ y, en lo que a este trabajo interesará, la aparición de la evidencia digital.² Por esta, entendemos todo tipo de información o datos que han sido creados, almacenados y transmitidos independientemente de su soporte físico.³

La realidad social imperante me lleva a señalar que las personas desarrollan una gran cantidad de sus conductas –sociales, laborales e incluso delictivas– mediante el empleo de teléfonos, extensible a otros dispositivos electrónicos como *tablets*, *notebooks* y demás. En la actualidad, la excepción es aquella persona que no posee un celular de uso personal. Según el último relevamiento efectuado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, se estima que 84 de cada 100 argentinos emplean teléfonos.⁴

¹ En la etapa de recolección de prueba resulta habitual la práctica de requerimientos librados –por fuera de la vía diplomática tradicional– a empresas como *Meta* –propietaria de *Facebook*, *Instagram* y *WhatsApp*–, *Twitter*, *Microsoft Corporation*, entre otras.

² El Convenio sobre la Ciberdelincuencia del Consejo de Europa fue adoptado el 08 de noviembre de 2001. Se trata del primer tratado internacional destinado a armonizar la política penal vinculada a una nueva clase de fenomenología delictiva, a desarrollar nuevas herramientas procesales destinadas a la obtención de prueba y a fortalecer la cooperación, por un lado, entre los Estados y, por el otro, entre los Estados y el sector privado –proceso denominado cooperación asimétrica–.

³ Al respecto, el Convenio de Budapest define al dato informático como “(...) toda representación de hechos, informaciones o conceptos expresados bajo una forma que se preste a tratamiento informático (...)” (*cfr.* art. 1.b.). Por nuestra parte, la legislación argentina ha definido al documento digital como “(...) la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo.” (*cfr.* art. 6 de la Ley Nro. 25.506).

⁴ *Cfr.* INDEC, “Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación”, *Informe Técnicos* 4, nro. 83 (2019). Si nos limitamos únicamente al segmento poblacional que comprende a las personas entre 18 y 64 años, el promedio se eleva aproximadamente a un 95 %. Para más información, ver: <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel4-Tema-4-26-71>.

La particularidad que reviste este artefacto reside en la amplia gama de funciones que ofrece y su vasta de capacidad de almacenamiento. Los datos informáticos⁵ allí resguardados incluyen, a modo de ejemplo, conversaciones, listado de contactos, registros de llamadas y mensajes, imágenes, videos, geo-localizaciones, documentos, entre otros. Sobre este punto, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (en adelante, “SCOTUS”) tiene dicho:

[l]a capacidad de almacenamiento de los teléfonos móviles tiene varias consecuencias interrelacionadas para la privacidad. Primero, un teléfono celular recopila en un solo lugar muchos tipos distintos de información (...) que revelan mucho más en combinación que cualquier registro aislado. En segundo lugar, la capacidad de un teléfono celular permite que incluso un solo tipo de información transmita mucho más de lo que antes era posible. La suma de la vida privada de un individuo se puede reconstruir a través de mil fotografías etiquetadas con fechas, lugares y descripciones(...).⁶

Independientemente del uso que se le dé –sea, o no, alguna finalidad ilegal–, su acceso conlleva la posibilidad de obtener información de carácter privada y personal como nunca se ha visto.

Puede resultar, entonces, de vital importancia para los aparatos estatales destinados a la persecución penal el poder ingresar a aquellos en determinadas circunstancias. Concretamente, el eventual material probatorio que se pueda obtener podría resultar dirimente para un caso en específico. Una vía habitual para la obtención de evidencia digital consiste, en primera instancia, en el allanamiento de un lugar o la detención de una persona; en segunda, el secuestro de un móvil; y, en tercera, el acceso a la información allí alojada.

Sin embargo, se ha generalizado en la población el empleo de técnicas para resguardar la información como un mecanismo de protección frente a un robo o acceso ilegítimo. De esta manera, el usuario puede restringir su acceso con la previa colocación de una clave, la cual varía entre las siguientes opciones: a) PIN –numérico o alfanumérico–, b) un patrón lineal y c) autenticación biométrica –huella digital, reconocimiento facial o reconocimiento de iris–. Respecto al último método, consiste, por un lado, en la colocación de la huella sobre el sensor del teléfono y, por el otro, en la identificación que realiza la cámara mediante la obtención de una fotografía del rostro

⁵ Comprensivo de los datos de abonado, tráfico y contenido.

⁶ SCOTUS, “Riley vs California”, 25 de junio de 2014, voto del Juez Roberts, p. 18.

completo o el ojo. Este obstáculo es, asimismo, empleado por los criminales con el objeto de procurar la inaccesibilidad de sus datos informáticos.⁷

Si los auxiliares de la justicia logran ingresar al celular a través del desbloqueo efectuado por su propietario –consecuencia directa de su consentimiento libre y voluntario– o, incluso, mediante la utilización de herramientas forenses⁸ no existe inconveniente alguno. Ahora bien, ¿qué es lo que ocurre cuando su única vía de acceso depende exclusivamente de la colaboración del acusado? ¿Se puede argumentar que existe una facultad jurisdiccional para obligarlo a facilitar su desbloqueo? Lo anterior, a su vez, es posible a través del empleo de la fuerza pública en caso de resultar estrictamente necesario.

Uno de los desafíos que produce la irrupción de la tecnología consiste en la necesidad de repensar y compatibilizar garantías penales rectoras diseñadas hace más de doscientos años, donde esta clase de controversias jamás pudieron haber sido previstas. La respuesta a este interrogante, sea por la afirmativa o la negativa, conlleva un análisis previo sobre una de las restricciones a la búsqueda de la verdad –formal o material– más generalizadas en el mundo occidental: la prohibición de la autoincriminación forzada.

El interés social en la investigación de delitos y la eventual aplicación de sanciones encuentra uno de sus límites en el sistema garantista consagrado en la Constitución Nacional (en adelante, “CN”).⁹ Al proceso penal lo podemos caracterizar como un camino sinuoso donde coexiste un equilibrio entre el interés en la represión de los delitos y la necesidad de respetar el bloque de derechos y garantías que establece la Ley Suprema. Justamente, un caso como el presente exhibe palmariamente la colisión entre ambos extremos.

Me propongo, entonces, determinar si compeler al imputado es admisible en los términos del artículo 18 de la CN. ¿La respuesta variará debido al modo en que un celular

⁷ Al respecto, un estudio efectuado en el año 2013 por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha revelado que entre el 60 y 80 % de los países –a excepción de Asia y Oceanía– han reportado que los sospechosos encriptaron sus dispositivos electrónicos. Para mayor precisión, ver: United Nations Office on Drugs and Crime, “Comprehensive Study on Cybercrime – 2013” (Nueva York: Naciones Unidas, 2013). Disponible en: https://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf.

⁸ El *brute force attack* consiste en la implementación de distintas combinaciones destinadas a determinar la contraseña exacta dentro del número finito de posibilidades. A modo de ejemplo, si la clave consiste en 4 dígitos, existen estadísticamente 5.040 posibilidades distintas.

⁹ María Angélica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Comentada*, 2.^a ed., 1.^a reimpresión [Buenos Aires: La Ley, 2004 (2001)], pp. 171 y 172.

puede ser desbloqueado? ¿Existirá una diferencia en obligarlo a decir su clave, en exigirle que realice una conducta –apoyar la huella de su dedo sobre el sensor– o que tolere alguna determinada –permanecer quieto mientras un tercero le saca una foto–? Para dar respuesta a estos interrogantes, me planteo abordar los orígenes históricos de esa garantía y cómo fue receptada en nuestro país.

La implementación de medidas procesales en pugna con el *nemo tenetur*¹⁰ no es una discusión singular. Sin perjuicio de los vaivenes que cada una de ellas pueda tener, este tipo de diligencias se caracterizan por la utilización del cuerpo de la persona imputada como objeto de prueba, tales como la rueda de reconocimiento, la confección de cuerpo de escritura y la extracción de sangre para compatibilidad de ADN o dosaje de alcohol en sangre.

Como vengo señalando, nos encontramos en los inicios de la implementación de una medida propia de este contexto digital. Este carácter incipiente posee una escasa aplicación en la Argentina, donde me centraré únicamente en el desarrollo jurisprudencial en el ámbito de la Justicia Federal.¹¹ Distinta es la situación de los Estados Unidos de América, país en el que existe una discusión más prolífera en la doctrina y jurisprudencia. No obstante a su mayor desarrollo, lo cierto y concreto es que no existe hoy en día una postura pacífica y uniforme con relación a este problema en aquel país.

Si el *test* de constitucionalidad es sorteado favorablemente a esa pretensión, deberé consecuentemente abordar una arista vinculada a la falta de delimitación procesal concreta de esta medida. El ordenamiento jurídico argentino no consagra la existencia de derechos absolutos, sino que se encuentran supeditados a la posterior reglamentación que debe ejercer el legislador (art. 28 de la CN). Entonces, ¿qué es lo que ocurre ante la carencia de una norma procesal que habilite expresamente a actuar en esa manera? Sin soslayar que la legislación procesal vigente en la Justicia Federal y la Nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue diseñada para regular las investigaciones llevadas a cabo en entornos físicos, evaluaré si estamos ante un obstáculo infranqueable o si resulta viable en el marco de la regulación adjetiva.

¹⁰ La doctrina lo ha esbozado en diversas formas: principalmente como el *nemo tenetur se ipsum accusare* –nadie está obligado a acusarse a sí mismo–, el *nemo tenetur se ipsum procedere* –nadie está obligado a proceder en perjuicio propio– y el *nemo tenetur se detegere* –nadie está obligado a delatarse a sí mismo–.

¹¹ Con motivo de la búsqueda de jurisprudencia vinculada a esta temática, pude individualizar que esta medida fue implementada inicialmente en dos causas de la Justicia Federal relativas a casos de espionaje ilegal. Luego, encontré esta discusión en otros dos expedientes, donde uno recaía a una investigación de narcotráfico y el otro de trata de personas.

II. La prohibición de la autoincriminación forzada

A. Origen histórico

La garantía, tal cual la conocemos hoy en día, posee un extenso reconocimiento en un sinnúmero de ordenamientos jurídicos, tales como nuestra Constitución,¹² el derecho internacional de los derechos humanos,¹³ el derecho penal internacional¹⁴ y el derecho internacional humanitario.¹⁵ Si bien esta amplia consagración resulta una cuestión desarrollada en los últimos dos siglos –estrechamente vinculada a los procesos de codificación derivados de la Ilustración y al auge del derecho internacional durante la segunda mitad del siglo XX–, según Tedesco, el *nemo tenetur* no es producto del derecho moderno, sino que justamente posee raíces antiguas.¹⁶

Se puede hallar un punto de conexión ligado a la consolidación del derecho al silencio¹⁷ como una respuesta a los procesos criminales del derecho anglosajón –sistema acusatorio– y del derecho continental europeo –sistema inquisitivo– de la Edad Media. La particularidad de esa ligazón reside en que, a pesar de que su afianzamiento obedeció a un mismo objetivo, las prácticas desarrolladas en uno y el otro no resultaban ser las mismas; circunstancia que implicó que los recorridos transitados para el reconocimiento de ese privilegio hayan tenido vaivenes e implicancias distintas. Veamos.

Por un lado, Wigmore advierte que su primera manifestación se retrotrae a mediados del siglo XIII, momento histórico en el que comienza a fortalecerse la influencia de la Iglesia en Inglaterra. Fue así como las autoridades eclesiásticas de aquel entonces

¹² Artículo 18, Constitución de la Nación Argentina (1994). Asimismo, fue expresamente previsto en las constituciones de las provincias de Catamarca (art. 30), Córdoba (art. 40), Corrientes (art. 11), Chaco (art. 20), Chubut (art. 45), Formosa (art. 20), Jujuy (art. 29.5.7), La Rioja (art. 30), Mendoza (art. 26), Neuquén (art. 35), Río negro (art. 22), Salta (art. 20), San Juan (art. 33), Santa Cruz (art. 22), San Luis (art. 43), Santiago del Estero (art. 55) y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 14.6).

¹³ Artículos 14.3.g., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (196), y artículos 8.2.g. y 8.3, Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

¹⁴ Artículo 55.1.a., Estatuto de Roma (1998).

¹⁵ Artículo 99 del 3.º Convenio de Ginebra (1949) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

¹⁶ Dicho autor remarca que no existe una uniformidad respecto de cuál es origen concreto de este derecho. En este sentido, agrega que su principio puede remontarse al Talmud o a la Carta de San Pablo a los Hebreos. Al respecto, ver: Ignacio Tedesco, “La libertad de la declaración de imputado: un análisis histórico-comparado”, en *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, compilado por Edmundo Hendler [Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004 (2001)], pp. 30 y 34

¹⁷ García advierte que el ‘derecho al silencio’ y la ‘prohibición de la auto-incriminación forzada’ no resultan ser una única garantía. Al respecto, remarca que la segunda trasciende la primera de ellas, en tanto no se limitaría únicamente a las comunicaciones verbales. Ver: Luis M. García, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, en *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal*, AA.VV. (Buenos Aires, Editores del Sur, 2018), pp. 208 y 209.

instauraron el *jusjurandum calumnie*, el cual implicaba, entre otras cosas, que en determinados procesos regidos bajo el derecho canónico se imponía el deber de contestar con la verdad ante cualquier pregunta que se le formule.¹⁸ Posteriormente, ese juramento fue adoptado por dos cortes de la Corona –*Star Chamber* y *Courts of High Commission*–, cuyos procedimientos se transformaron en un símbolo en detrimento de los derechos de las personas. En concreto, al comienzo de una investigación se instruía al acusado que debía prestar juramento para responder a cualquier pregunta que se le pudiera formular posteriormente, y su negativa habilitaba a encarcelarlo por desacato o, incluso, disponer castigos severos sobre su persona.¹⁹ El comienzo del final de esa práctica se remonta al célebre caso *Lilburne*, quien, acusado del delito de sedición por la *Star Chamber*, se rehusó a prestar juramento y, en consecuencia, fue multado y torturado.²⁰

No obstante dichos eventos históricos, Langbein considera que su verdadero origen no se encuentra en las luchas que resultaron en la abolición de tales tribunales por el Parlamento Británico (año 1641). En efecto, el interrogante que él plantea lo podemos hallar en la siguiente pregunta: ¿Por qué adoptar un principio que ha sido desarrollado para contrarrestar los procedimientos *ex officio* de los tribunales eclesiásticos y especiales, y aplicar ese principio a las circunstancias radicalmente diferentes de los procedimientos penales del derecho anglosajón?²¹

Su respuesta la vincula a la profunda modificación del proceso penal desarrollado en la segunda mitad del siglo XVIII. Previo a aquel entonces, el juicio estaba diseñado de una manera cuyo propósito era que el acusado responda ante la acusación formulada en su contra y, a su vez, estaba asentado en la imposibilidad de contar con un abogado defensor.²² Mediante una descripción gráfica, dicho autor alega: “el derecho a permanecer en silencio cuando nadie más puede hablar por usted es simplemente el derecho a

¹⁸ John Wigmore, “Nemo tenetur Seipsum Prodere”, *Harvard Law Review* 5, nro. 2 (1891): pp. 72 y 73. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/1321425>.

¹⁹ John Langbein, “The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law”, *Michigan Law Review Association* 92, nro. 5 (1994): p. 1073. Disponible en: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/550/.

²⁰ Tedesco, “La libertad de la declaración de imputado: un análisis histórico-comparado”, pp. 37 y 38; y Edmundo Hendler, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, 1.ª ed., 1.ª reimpresión [Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006 (1996)], p. 175.

²¹ Langbein, “The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law”, p. 1074.

²² Con la aprobación de la *Justices Protection Act* (1848) se instauró la advertencia al acusado que, en primer lugar, podría negarse a responder preguntas en la *pretrial inquiry* –una etapa donde se resuelve si hay suficientes cargos para pasar al juicio– y, segundo lugar, sus respuestas podrían ser usadas como prueba en su contra. Para mayor información, ver: Langbein, “The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law”, pp. 1067 y 1068.

degollarse, y no es un misterio que los acusados no se apresuraran a hacer uso de tal privilegio”.²³

Entiende que resultó fundamental la modificación sustancial del enjuiciamiento penal y, más aún, la irrupción de la figura del abogado defensor. Por un lado, el surgimiento de un modelo acusatorio implicó que la carga de la prueba recaiga sobre el acusador y, a su vez, que el investigado poseía la posibilidad de rebatirla. Asimismo, la implementación del estándar ‘más allá de toda duda razonable’ conllevó a que los defensores alegaran que el caso se construya no sobre la declaración del imputado –tal cual antes estaba formulado–, más bien a partir de otras pruebas que debía recopilar y presentar la otra parte.²⁴

Su reconocimiento en los Estados Unidos encuentra su razón –por cierto, evidente– en la relación histórica que lo vincula con Inglaterra. La SCOTUS²⁵ apuntala que, durante la conformación inicial del país, la prohibición contra la autoincriminación forzada estaba prevista en el *common law*, ya que cinco de las trece colonias americanas la habían expresamente previsto en sus respectivas constituciones. Se remarca, a su vez, que la redacción original de la Constitución de los Estados Unidos (1776) no la contemplaba, episodio que se materializó a los quince años con la aprobación las diez Enmiendas de la Carta de Derechos (1791).

Así, la V Enmienda prevé “[n]adie será (...) obligado en juicio criminal a ser testigo contra sí mismo”.²⁶ Si bien nos explayaremos oportunamente con mayor detenimiento sobre sus alcances,²⁷ corresponde preliminarmente señalar que su campo de aplicación es más acotado en comparación a nuestro país. La garantía abarca, como una primera aproximación, la facultad que la persona puede negarse a declarar durante el proceso; a lo que Hendler aclara que el solo hecho de ser citado a declarar es algo a lo que hay derecho a resistirse.²⁸ Ahora bien, la decisión a favor de declarar importa, en primer lugar,

²³ Langbein, “The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law”, p. 1054.

²⁴ Langbein, “The historical origins of the privilege against self-incrimination at Common Law”, pp. 1069 y 1070.

²⁵ SCOTUS, “*Twining vs Nueva Jersey*”, 9 de noviembre de 1908. Resulta oportuno remarcar que, en esa oportunidad, la SCOTUS resolvió que la garantía prevista en la V Enmienda era únicamente aplicable para los Tribunales Federales del país. Dicha tesis fue revertida por la SCOTUS, lo que consagró que era extensible, a su vez, para la totalidad de los tribunales locales (ver: SCOTUS, “*Malloy v. Hogan*”, 15 de junio de 1964).

²⁶ “*No person shall be (...) compelled in any criminal case to be a witness against himself*”.

²⁷ Ver apartado IV, “Abordaje en los Estados Unidos”.

²⁸ Hendler, *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, p. 177.

la renuncia a dicho privilegio y, en segundo, que esta deba efectuarse bajo juramento de decir verdad. Por lo que queda expuesto a ser enjuiciada en caso de falso testimonio.

Con relación a su fundamento, la SCOTUS²⁹ indica que los ‘padres fundadores’ consideraron que era mejor que un caso quede impune por sobre la posibilidad de que la fiscalía pueda construir, en todo o en parte, un caso a partir de declaraciones forzadas del investigado. No obstante que esta podría ser empleada como un ‘refugio’ para los delincuentes, remarcó que la tendencia en la naturaleza humana a abusar del poder –con expresa remisión a la Santa Inquisición y la *Star Chamber*– se erige como un ‘mal mayor’ a prevenir por sobre uno menor. Fue así como la garantía fue concebida para impedir eventuales abusos por parte de las fuerzas de seguridad o investigación y, a su vez, considerada como uno de los hitos más grandes en las luchas hacia el desarrollo de la libertad.

Por otro lado, el contexto que rodeó esta garantía en el derecho continental europeo difiere del anglosajón. El sistema inquisitivo, en líneas generales, se desarrolló a través de la persecución penal estatal oficiosa, cuya meta principal consistió en la averiguación de la verdad histórica o material –en vez de la verdad formal que surge de un esquema adversarial, que es propio del sistema procesal anglosajón–. Su diseño implicó la conformación de un proceso signado por el avasallamiento de los derechos de las personas.

En tal escenario, Maier remarca que la tortura fue un método habitual y legítimo de prueba, en la que el tormento representó la acción clásica para coaccionar al acusado y, en consecuencia, obligarlo a declarar contra sí mismo.³⁰ Lejos de procurar la erradicación de esta práctica, existió una reglamentación que delimitó las bases para su aplicación. En efecto, su objetivo era ‘limitar’ los abusos de su utilización como medio de prueba, lo que implicó la fijación de criterios relativos a quién, cuándo y cómo aplicarla.³¹

Además, el interrogatorio mediante juramento implicó un complemento más del tormento y, en ese marco, la confesión ha sido considerada como la ‘reina de las pruebas’. La declaración autoincriminante –sea a través del tormento y/o del interrogatorio– poseyó un rol central en este proceso, lo que permitió prescindir del resto del material probatorio. De esta manera, el posicionamiento de la persona en este sistema o, mejor dicho, la falta

²⁹ SCOTUS, “Ullmann vs Estados Unidos”, 26 de marzo de 1956.

³⁰ Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, T. I, 2.ª ed., 3.ª reimposición [Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004 (1989)], pp. 675 y 677.

³¹ Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, pp. 297 y 298.

de consideración alguna como sujeto de derechos conllevó a pergeñar un régimen que, en pos de alcanzar la verdad, no reconoció obstáculo alguno.³²

Las razones históricas aquí narradas permiten advertir que ambos sistemas poseyeran efectos diametralmente distintos en lo que hace a la declaración del imputado. Una consecuencia que se deriva consiste en que el modelo europeo concentró esfuerzos en desandar un modelo de enjuiciamiento arrollador por sobre los derechos y garantías de las personas, circunstancia que ocurrió con un menor grado de intensidad en el anglosajón. Así, a modo grueso, la persona como objeto de persecución en el inquisitivo era sometido (obligado) a declararse culpable mediante crueles tormentos destinados a quebrar su voluntad. Su declaración fue concebida, en gran parte, como un medio de prueba para el proceso, mientras que en el acusatorio como uno de defensa.

De esta manera, una diferencia palmaria reside en el alcance que se le otorgó a la garantía. Por un lado, el imputado tiene el derecho de abstenerse a declarar, pero si opta por hacerlo pierde la protección que le confiere la garantía y, en consecuencia, lo hace bajo el estatus de testigo –bajo juramento y las penalidades de falso testimonio–. Por el otro lado, el ámbito fáctico para declarar posee un mayor rango. Me refiero a que no se encuentra sujeto a las exigencias procesales aludidas y, de esa manera, una eventual declaración incorrecta no posee ningún tipo de consecuencia negativa por fuera de ese proceso.

B. Recepción en la República Argentina

Existe un hecho histórico que no puede ser obviado en este análisis. Nuestro país, al igual que la mayoría de la región latinoamericana, evidenció una fuerte influencia por parte del entonces Reino de España. Esto se traduce, en lo que aquí interesa, en la adopción inicial de procedimientos reglados bajo los lineamientos característicos del sistema continental europeo.

Las primeras reacciones contra este tipo de prácticas nos retrotraen a las decisiones emanadas por la Asamblea General Constituyente del año 1813. Fue así como, por un lado, se suprimió la autoridad del Tribunal de la Inquisición en el territorio de las Provincias Unidas del Río de la Plata y, por el otro, se abolió la utilización del tormento

³² Resulta necesario apuntalar que, si bien se erradicó el tormento destinado a obtener la confesión del acusado, lo cierto es que esa prohibición se fundamenta en valores diferentes a los que sustentan la prohibición de la autoincriminación.

como medio válido para la obtención de la confesión del acusado.³³ La relevancia de este hito fue reconocida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN”) en el fallo Montenegro, donde se remarcó que esa reglamentación se concretó posteriormente en la prohibición contenida en el artículo 18 de la CN.³⁴

Asimismo, fue ese mismo congreso el que decretó la imposibilidad de exigir juramento en la tramitación de causas penales (09/08/1813). Al momento de sustentar esa decisión, fue el asambleísta Valle quien remarcó

(...) exigir (del reo) la verdad bajo juramento, es ponerlo en la dura alternativa de invocar el Santo Nombre de Dios para autorizar la mentira, o de poner él mismo en mano del verdugo la duración de su existencia, violentando aquel axioma del derecho natural que dice *nemo tenetur se ipsum prodere*. (...) Ello es que si la filosofía de nuestro siglo ha desterrado felizmente el execrable uso de los tormentos... también debe prohibir el juramento.³⁵

De esta manera, se puede observar que, en los inicios del período independentista de nuestro país, los esfuerzos estuvieron centrados en la proscripción de métodos característicos del sistema inquisitivo, tales como la tortura y el juramento.

Los antecedentes constitucionales siguieron en su gran mayoría esa misma línea. Los proyectos que precedieron a nuestra Ley Suprema contemplaron expresamente, en su gran mayoría,³⁶ la prohibición de la autoincriminación forzada. Así, lo previeron el Proyecto Constitucional (1812),³⁷ el Proyecto de la Sociedad Patriótica (1813)³⁸ y el Estatuto Provisional de 1815.³⁹ La última referencia normativa la hallamos en la obra de Alberdi,⁴¹ la cual resultó ser una de las fuentes medulares para la redacción final adoptada en el año 1853.

³³ Laura Alejandra Calá, “Asamblea del Año XIII: Comentarios de una breve complicación –Homenaje a sus 200 años–”, *Anales nro. 43 – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP* (2013): p. 23.

³⁴ CSJN, “Montenegro”, 10 de diciembre de 1981, *Fallo: 303:1938*, considerando 4.

³⁵ Ver en: Tedesco, “La libertad de la declaración de imputado: un análisis histórico-comparado”, p. 41.

³⁶ Las (fallidas) constituciones adoptadas en los años 1819 y 1826 no consagraron la garantía en estudio.

³⁷ Cap. XXI, 27: “ningún ciudadano será obligado a declarar con juramento sobre su delito”.

³⁸ Art. 201: “Ningún ciudadano será obligado a declarar contra sí propio o confesar su crimen; ni se le mortificará para que diga en juicio lo que llanamente no conteste”.

Art. 202: “Siendo el juramento un medio menos propio para descubrir la verdad que para profanar el nombre de Dios invocándolo con malicia, no se exigirá en ningún acto judicial, de los testigos, acusados o acusadores bajo pretexto alguno”.

³⁹ Sec. IV, Cap. III, Art. IV: “queda restituido el juramento en todos los casos civiles y criminales que lo prescriben las leyes sin innovación alguna, excepto en la confesión del reo, sobre hecho o delito propio, en que no se le deberá exigir”.

⁴⁰ Para mayor ahondamiento, ver en Tedesco, *La libertad de la declaración de imputado: un análisis histórico-comparado*, p. 41 y Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, p. 665.

⁴¹ Art. 19: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”.

No obstante, la reconocida influencia de la Constitución de los EE.UU., nuestro país optó por una fórmula con mayor amplitud, la que quedó circunscripta a la previsión: “[...] nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (...)” (art. 18). Es así como una primera lectura del texto fundacional nos lleva a concluir que solo prohibiría las declaraciones realizadas en el marco de un proceso que hubieran sido obtenidas por medio de medios coactivos, sean estos físicos o psicológicos.

El primer precedente de la CSJN sobre esta temática fue el caso Mendoza (1864).⁴² Allí, el acusado fue citado por el juez a absolver posiciones con relación a una causa sobre una falsificación de documentación aduanera. Su defensa solicitó la revocatoria de dicha intimación sobre la base de que la absolución de posiciones en un procedimiento penal resultaba contraria al artículo 18 de la CN. Finalmente, la CSJN sostuvo que esa práctica implica, dada la obligatoriedad en la que se halla sujeta la persona, la toma de una confesión, la cual entra en directa colisión con la garantía.

Ese antecedente fue posteriormente utilizado más de cien años después en el fallo Diario El Atlántico (1971).⁴³ En tal ocasión, se le recibió declaración bajo juramento al director de una revista por su eventual responsabilidad en una publicación ilícita sobre un menor de edad. Sus dichos sirvieron de fundamento para condenarlo a la pena de diez días de prisión. La CSJN la revocó indicando que la toma de juramento entraña una coacción moral que invalida las manifestaciones vertidas en esa forma. Agregó que esa práctica constituye una eventual manera de obligar al acusado a declarar en su contra, lo cual se encuentra categóricamente rechazado por la CN. Por último, remarcó que la declaración debe emanar de su libre voluntad, quien no debe ser colocado en la disyuntiva entre autoincriminarse o faltar a la verdad.

Al respecto, Peralta alega, en base a la jurisprudencia de la CSJN, que la razón de ser del *nemo tenetur* no la hallamos en el sistema acusatorio –como sí lo hace Langbein– pues implicaría partir de una visión muy restringida sobre el deber de probar los hechos.⁴⁴ Es decir, entiende que otorgarle semejante importancia a la declaración del acusado está íntimamente relacionada a la idea de que la confesión es la reina de las pruebas. En efecto,

⁴² CSJN, “Mendoza”, 28 de octubre de 1864, *Fallo 1:350*.

⁴³ CSJN, “El Atlántico Diario s/ infracción 23”, 22 de noviembre de 1971, *Fallo 281:177*.

⁴⁴ José Milton Peralta, “La no obligación de declarar contra uno mismo – *nemo tenetur se ipsum accusare*”, en *Tratado de los Derechos Constitucionales*, T. III, dirigido por Julio César Rivera, José Sebastián Elías, Lucas Grosman y Santiago Legarte (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014): pp. 406-409.

su razón de ser radica en la inmoralidad que implica exigirle su colaboración –mediante su declaración– en el proceso desarrollado en su contra.

Resulta oportuno advertir que, tras la reforma del 94, la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico se vio complementada por una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos –*cf.* art. 75, inc. 22 de la CN–. Este grupo que ostenta jerarquía constitucional se lo denomina Bloque de Constitucionalidad Federal y constituye la norma jurídica primaria a la cual deben subordinarse el resto de las normas inferiores. En lo que aquí atañe, nos incumben los artículos 14.3.g. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,⁴⁵ y artículos 8.2.g. y 8.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁴⁶ las cuales poseen una formulación similar a la letra del artículo 18 de la CN.

Bajo este panorama, una primera aproximación a la prohibición de la autoincriminación forzada nos lleva a afirmar que el Bloque de Constitucionalidad Federal veda cualquier tipo de práctica, sea esta física o psíquica, tendiente a doblegar la voluntad y libertad de todo investigado. Si bien el partícipe –en un sentido amplio– de un delito es quien posee más información sobre su existencia y, por ende, quien se encuentra en mejores condiciones para rebatir la imputación atribuida, lo necesario es que su declaración se encuentre exenta de cualquier tipo de presión. Sobre este punto, resulta esclarecedora la salvedad efectuada por García,⁴⁷ en cuanto descarta del análisis aquella presión psicológica derivada de actos de coerción estatal legítimos –v.gr. detención, allanamiento, inspecciones corporales, entre otros–. Dicho autor remarca que los efectos derivados de actos reglamentados y ejecutados sin desvío de poder no pueden ser prohibidos ni evitados.

Volviendo al núcleo básico e incontrovertible sobre el primer alcance que posee el *nemo tenetur*, nuestra normativa contempla, a diferencia de lo que ocurre en los EE. UU., la facultad de declarar y abstenerse de hacerlo en cualquier instancia del proceso, la cual se ejerce y desarrolla sin la carga de testamento bajo juramento y se halla exenta de

⁴⁵ PIDCP, artículo 14.3: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g. A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.”

⁴⁶ CADH, artículo 8.2.g.: “(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)”, y artículo 8.3: “La confesión del inculpaado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

⁴⁷ García, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, p. 211.

responsabilidades ulteriores. En definitiva, solo será válida y, en consecuencia, susceptible de ser valorada aquella declaración que sea obtenida por un procedimiento respetuoso de la manda constitucional y de los demás preceptos constitucionales e infraconstitucionales que la complementan.

III. La adopción de medidas probatorias con contenido autoincriminante

Los casos abordados anteriormente resultan incontrovertibles. Se trata de supuestos, tales como la declaración del acusado bajo juramento de decir verdad⁴⁸ o la aplicación de tormentos sobre su persona, donde la violación a la garantía constitucional es palmaria. Como deslizamos anteriormente, la búsqueda de la verdad como una de las metas del proceso⁴⁹ es una de las finalidades del proceso inquisitorial que ha nutrido nuestro ordenamiento penal. A modo de ejemplo, se puede citar a los artículos 188, inciso 3 y 193, inciso 1 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, “CPPN”).

El transcurso del tiempo ha relativizado a la averiguación de la verdad como meta absoluta. En esta labor, desarrollada a través de un procedimiento reglado, se trasluce la colisión entre el interés de la sociedad en la represión de los delitos y la consecuente aplicación de la ley, y el respeto por los derechos y garantías que toda persona se encuentra investido. Si bien esta finalidad constituye una meta general, lo cierto es que ella puede ceder hasta incluso tolerar su eventual ineficacia en pos de resguardar otros principios.⁵⁰

Esas limitaciones encuentran su fundamento no solo en cuestiones epistemológicas, sino también en principios éticos y morales. A modo enunciativo podemos encontrar: a) la supresión de torturas; b) la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y las comunicaciones privadas; c) la inadmisibilidad de incorporación de elementos de prueba

⁴⁸ A diferencia de lo que ocurre en los EE. UU., la CSJN sostiene desde sus orígenes que el acusado no se encuentra jurídicamente obligado a decir la verdad durante el proceso penal (*cf.* Mendoza). Si bien existe una acepción general a dicha interpretación —lo cual ha sido leído como un ‘derecho a mentir’—, lo cierto es que existen numerosas voces que la cuestionan, donde sus críticas se centran en la falta de consecuencias jurídicas ante la mentira y a la afeción al valor epistémico de ese testimonio.

⁴⁹ Incluso la CSJN le ha otorgado un rol sustancial a dicho objetivo. Ver: “(...) tampoco es posible olvidar que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado ‘el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio’, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia” (CSJN, “Fernández Pietro”, 12 de noviembre de 1998, *Fallos* 321:2947, considerando 19, párrafo 2.

⁵⁰ Maier, *Derecho procesal penal*, p. 664.

ilegítimamente obtenidas; d) la inviolabilidad de la defensa en juicio; e) la prohibición de la autoincriminación forzada; entre otros.

Sin desconocer las particularidades que las distintas medidas de prueba puedan poseer, no puede pasarse por alto que la implementación de aquéllas que impliquen directamente comportamientos autoincriminantes no es una discusión novedosa. Se trata de casos que involucran una coerción estatal sobre el acusado, donde existe a todas luces una instrumentalización de su cuerpo con miras a un determinado resultado. Lo anterior, incluso con la posibilidad de prescindir de su voluntad para su materialización.

Tal como se abordará a continuación, existen numerosas diligencias que requieren una intervención activa u omisiva por parte del investigado, como así también algunas de ellas implican una injerencia directa sobre su cuerpo. A diferencia del desbloqueo compulsivo, se trata de todas medidas procesales que se encuentran contempladas en la normativa procesal nacional y que han sido objeto de tratamiento explícito en la jurisprudencia. Posteriormente, abordaré la discusión que existe en la doctrina relativa a los elementos de distinción para determinar qué, o qué no, se encuentra bajo el amparo de esta garantía.

A. Precedentes de la CSJN

Adelanto que me centraré únicamente en medidas de pruebas que han sido objeto de pronunciamientos por parte de la CSJN. Se trata de supuestos centrales que, hoy en día, poseen una amplísima aceptación y aplicación en la práctica. Nos referimos a diligencias expresamente contempladas en los ordenamientos procesales que implican, en menor o mayor medida, el empleo de coacción estatal sobre el cuerpo del imputado para recabar material probatorio que puede contribuir a la declaración de su responsabilidad penal. Veamos:

a. El reconocimiento en rueda de personas

El reconocimiento en rueda de personas se prevé en la normativa procesal nacional (arts. 270, 271, 272 y concordantes del CPPN) y exige la presencia física del acusado, quien debe adoptar una postura pasiva durante el desarrollo de la diligencia. Allí, se busca su identificación por medio de otra persona a través de su exhibición entre varias semejantes.

Se procuró –sin éxito– cuestionar su legitimidad. Su argumento central reposó en una posible vulneración al *nemo tenetur*. Ello así, pues se requiere la colaboración del

investigado en la práctica y su individualización por parte de un tercero podría asemejarse a una declaración en la que él mismo reconociera su participación en el hecho.⁵¹

Este punto ha sido zanjado por la CSJN en el fallo Cincotta, oportunidad en la que se comenzó a delimitar el campo de aplicación de la prohibición de la autoincriminación. Allí, y con expresa invocación a un precedente de los Estados Unidos,⁵² se resolvió que

(...) no está comprendido 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.⁵³

b. La extracción de muestras para la realización de estudio genético y de histocompatibilidad

La extracción de muestras para la realización de un estudio genético y de histocompatibilidad se caracteriza por constituirse en la medida procesal más invasiva sobre el cuerpo del imputado. Además de una eventual colisión a la garantía contra la autoincriminación, la compulsión implica una afectación a una serie de derechos que poseen una idéntica jerarquía constitucional –léase, dignidad, integridad corporal, intimidad, salud, entre otros–. Adquirió una notoria relevancia a partir de las múltiples investigaciones relativas a la apropiación y posterior supresión del estado civil de las personas cometidas durante la última dictadura militar (1976-1983), lo que propició un largo y profundo desarrollo en la CSJN.

El primer abordaje fue avalando su constitucionalidad. En el fallo H., G.S. se cuestionó la extracción de sangre de un menor y de quienes decían ser sus padres biológicos, lo anterior bajo la sospecha de que era hijo de desaparecidos.⁵⁴ Con una expresa remisión al precedente Cincotta, la CSJN sostuvo

[q]ue no se advierte en el sub lite lesión alguna a la garantía constitucional que prescribe que nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 de la Constitución Nacional). En efecto, 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

⁵¹ María Isabel Huertas Martín, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba* (Barcelona: José María Bosch, 1999), p. 278.

⁵² Se trata del precedente “Holt vs Estados Unidos”, el cual será abordado con detenimiento en el próximo apartado.

⁵³ CSJN, “Cincotta”, 13 de febrero de 1963, *Fallos*: 255:18.

⁵⁴ CSJN, “H., G.S.”, 04 de diciembre de 1995, *Fallos*: 318:2518.

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 (doctrina de Fallos: 255:18 y sus citas).⁵⁵

Además, se remarcó que esa diligencia ocasionaba una perturbación ínfima en comparación a los intereses superiores de la defensa de la sociedad y la persecución del crimen. A lo que agregó no debe pasarse por alto que el procedimiento penal consiste en el medio para alcanzar los valores más altos de verdad y justicia.

Posteriormente, la CSJN brindó un revés –veremos que no es tal como parece– a su decisión inicial a través de los precedentes Vázquez Ferra⁵⁶ y Gualtieri Rugnone de Prieto⁵⁷. Antes que nada estimo necesario remarcar que tales fallos exceden al ámbito de discusión que aquí pretendo abordar. Esto es así pues implicaron el desarrollo de medidas invasivas sobre los eventuales damnificados de los delitos allí investigados, quienes en su mayoría de edad se habían opuesto a colaborar. Esta circunstancia difiere completamente al objeto de este estudio. Recuérdese que aquí lo que se pretende dilucidar es la facultad constitucional, o no, de disponer el desbloqueo compulsivo sobre aparatos electrónicos en poder del imputado y no sobre personas ajenas a la imputación penal.

El cuestionamiento obedeció a un marco de discusión relativo al choque de principios y derechos constitucionales de igual jerarquía, lo que conllevó a una ponderación de los intereses en juego para su resolución. Allí se priorizó el resguardo de los lazos afectivos por parte de los damnificados directos del hecho ilícito. Incluso Carrió remarca que la dispersión de los votos de los ministros de la CSJN dificulta la posibilidad de sentar reglas claras sobre esta cuestión particular.⁵⁸⁵⁹

⁵⁵ CSJN, “H., G.S.”, *Fallos*: 318:2518, considerando 9.º.

⁵⁶ CSJN, “Vázquez Ferrá”, 30 de septiembre de 2003, *Fallos*: 326:3758

⁵⁷ CSJN, “Gualtieri Rugnone de Prieto”, 11 de agosto de 2009, *Fallos*: 332:1835.

⁵⁸ Alejandro D. Carrió, *Garantías Constitucionales en el proceso penal*, 6.º ed., 2.º reimpresión [Buenos Aires: Hammurabi, Buenos Aires, 2019 (1984)], pp 540-542.

⁵⁹ Cabe agregar que ante lo resuelto en Vázquez Ferrá, la asociación Abuelas de Plaza de Mayo formuló una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debido a la responsabilidad internacional de la República Argentina por el cierre a la investigación por la desaparición de menores (Petición Nro. P-242-03). Ese caso se resolvió mediante la aprobación de un Acuerdo de Solución Amistosa, donde el Poder Ejecutivo Nacional asumió el compromiso de presentar, entre otras cuestiones, un proyecto de ley destinado a “(...) establecer un procedimiento para la obtención de muestras de ADN que resguarde los derechos de los involucrados y resulte eficaz para la investigación y juzgamiento de la apropiación de niños originada durante la dictadura militar” (Decreto Nro. 1800/2009). Esto llevó a la adopción de la Ley 26.549, la cual introdujo el artículo 218 *bis* al CPPN. Así, esa normativa particular provee una base legal para disponer la extracción de tejidos o fluidos corporales del imputado o de otra persona, donde, en primer lugar, se exige que se evidencien los motivos que justifiquen su necesidad, razonabilidad y proporcionalidad y, en segundo, determina la regla de mínima intervención. Cabe remarcar que la extracción de muestras de la parte imputada posee una amplia aceptación actualmente en el seno de

Entonces, la tacha de inconstitucionalidad no conllevó a afirmar una afectación al *nemo tenetur*, motivo por el cual, a mi criterio, cobra plena vigencia la postura inicial delineada en el precedente H., G.S.. Incluso debo destacar el voto emitido por Maqueda⁶⁰ –actual integrante de la CSJN–, el cual afirmó la constitucionalidad de la extracción sobre lo resuelto en Cincotta y en numerosos precedentes adoptados por Tribunales Supremos de EE. UU. y España, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Allí, distinguió entre la prueba con naturaleza eminentemente comunicativa o testifical de aquel material que puede obtenerse del cuerpo en tanto no haya una afectación a los derechos de intimidad y a la salud.

c. La confección del cuerpo de escritura

La confección del cuerpo de escritura está prevista en el artículo 265 del CPPN. Allí se faculta al juez a disponer que alguna de las partes lo realice, donde se deberá dejar constancia de su negativa en caso de que se rehusara a hacerlo. En la práctica, se le otorga esa posibilidad al imputado, donde su falta de aquiescencia se deja asentada en el acta labrada en la ocasión.

Alejandro Rau fue convocado a prestar declaración indagatoria, oportunidad en la que se negó tanto a declarar como a realizar el cuerpo de escritura durante la etapa de instrucción. Posteriormente, el tribunal de juicio dispuso el cotejo con las firmas que realizó al suscribir el acta de su declaración y otras obrantes en el expediente.⁶¹ Este estudio pericial determinó una autoría común en todas las grafías y la estampada en un cheque adulterado. Esto resultó fundamental para que Rau sea condenado como autor del delito de estafa mediante el uso de un documento privado falso.

Dicha medida fue avalada en última instancia por la CSJN.⁶² Con expresa remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación, se remarcó que no hay constancias que permitan afirmar que las firmas insertadas por el imputado hayan sido producto de una ‘actividad subrepticia’ que haya vulnerado su libertad de determinación. Se señaló que las grafías utilizadas para el examen pericial fueron impuestas en actos procesales en

la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad (Ver Salas IV (CCC 33515/2019, 05 de junio de 2019), V (34471/2021, 27 de agosto de 2021), VI (CCC 76558/2018/CA1, 08 de noviembre de 2019) y VII (CCC 40965/2020/CA1, 27 de octubre de 2020).

⁶⁰ CSJN, “Gualtieri Rugnone de Prieto”, 11 de agosto de 2009, *Fallos*: 332:1835, disidencia de Maqueda, considerandos 9 a 13.

⁶¹ Se emplearon firmas impuestas en actos procesales, tales como las notificaciones de embargo y notificación policial. Además, la estampada en una ficha dactiloscópica y un escrito presentado por Rau.

⁶² CSJN, “Rau”, 19 de abril de 2016, *Fallos*: 339:480.

los que habitualmente lucen. Aquí, se deja aclarado que aquellas pruebas obtenidas mediante una actividad oculta implicarían una afectación a la prohibición de la autoincriminación. Mas bien ello no ocurre en los supuestos donde se trata de un aprovechamiento lícito de un error del investigado.⁶³ Sin perjuicio de esa distinción, se puso de relieve que las firmas no fueron estampadas mediante error.

A su vez, remarca fuertemente que no hay elementos para afirmar que se haya ejercido coerción sobre el imputado para la obtención de elementos incriminantes –*cfr.* Cincotta–. Al respecto, se remarcó que se 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 y no abarca aquellos supuestos en los que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del investigado.

Esta decisión resultó, a mi criterio, una pérdida de chance para delimitar con mayor exactitud los límites de qué cuestiones se encuentran, o no, amparadas por la prohibición de la autoincriminación. Sin perjuicio de los argumentos brindados por la Cámara Federal de Casación Penal,⁶⁴ la CSJN optó por limitar la discusión y zanjarla ante la aplicación de los parámetros delineados en Cincotta; cuyos elementos fácticos constitutivos distaron considerablemente.⁶⁵

B. Criterios en la doctrina

El primer alcance sobre la garantía de la prohibición de la autoincriminación es claro. Su núcleo de protección abarca las comunicaciones cuya exteriorización dependen

⁶³ Este tema es una respuesta directa a los argumentos de la jueza Ledesma, integrante de la Cámara Federal de Casación Penal, quien votó a favor de revocar la condena. Uno de sus argumentos centrales reposó que no podía descontextualizarse la manera en que las firmas de Rau fueron obtenidas. Sucintamente, remarcó que la declaración indagatoria se trata de un acto constitutivo del derecho de defensa, oportunidad en la cual no se le advirtió al imputado que podía abstenerse de suscribir dicha acta. Por tal motivo, no se encontraba garantizado que esa decisión –léase, estampar las firmas– fue producto de su voluntad.

⁶⁴ A modo de ejemplo, ver nota al pie que precede.

⁶⁵ Al respecto, García entiende que nadie puede ser forzado por medio de coacción física a escribir pues la escritura es un acto personal y dependiente de la voluntad. Su imposición anularía su espontaneidad y le quitaría esa impronta personal que la caracteriza, como así también atentaría con la propia dignidad de cada uno. Mediante una interpretación extensa de la garantía, considera que ésta ofrece un paraguas contra todo intento de que el imputado produzca elementos de convicción para la prueba de la acusación. De esta manera, cuestiona al dictamen de la PGN al no diferenciar la manera en que las firmas de Rau fueron obtenidas en el proceso. Agrega que debe distinguirse las grafías que se obtienen mediante un requerimiento procesal (por ejemplo, la firma de una notificación o del acta de indagatoria) de aquéllas que son fruto de una decisión facultativa del acusado. Sobre este punto, alega que el imputado debe saber que puede negarse a firmar. Su omisión implica una prohibición de valoración por defecto de información, la cual no puede ser suplida con la mera asistencia de un defensor para que se pretenda otorgar virtualidad probatoria a tales firmas. Ver: Luis M. García, “El caso «Rau» o la insustancialidad del principio «nemo tenetur se ipsum accusare»”, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 22*, dirigido por Leonardo Pitlevnik (Buenos Aires: Hammurabi, 2017): pp. 28-65.

exclusivamente de la voluntad del imputado y cualquier tipo de coacción tendiente a obtenerlas está prohibido.⁶⁶ Es evidente que este primer círculo de resguardo posee como factor dirimente a la declaración del acusado, cuya normativa constitucional no admite interpretación alguna en un sentido contrario o destinada a su flexibilización. Cuando la discusión excede ese ámbito, es de suma importancia sentar criterios que delimiten qué se encuentra bajo el amparo del *nemo tenetur* y qué es lo que no.

De Luca remarca que hay una posición minoritaria que le otorga una extensión extremadamente amplia y, por ende, una interpretación sumamente restrictiva sobre las diligencias procesales.⁶⁷ Esta tesis, la que Schiffrin comparte, descarta cualquier tipo de colaboración del imputado en la obtención de la prueba de cargo. Ello, claro está, sin su consentimiento expreso. Consideran que otorgar prevalencia al interés en la averiguación de la verdad por sobre el respeto a la dignidad de la persona y a la presunción de inocencia conlleva a que el cuerpo humano sea degradado al objeto de investigación. Sin perjuicio del carácter extremo que se ofrece, lo cierto es que, tal como lo señalé, carece de adhesión. Incluso, García agrega que una interpretación que implique una prohibición absoluta de medidas que obliguen al imputado a colaborar de algún modo en el proceso penal es lisa y llanamente una exageración.⁶⁸

Uno de los abordajes con una aceptación generalizada en la práctica, radica en el binomio ‘sujeto de prueba vs objeto de prueba’.⁶⁹ Sobre este punto, recordemos que el sistema inquisitivo situó al individuo como un mero objeto del proceso, respecto del cual se podría ejercer cualquier medida destinada al descubrimiento de la verdad. Me refiero, tal como he abordado en otro capítulo, a someterlo a procedimientos vejatorios tendientes a obtener su versión de los hechos y, en definitiva, una confesión de culpabilidad.

El abandono de ese sistema dio pase a otro nutrido de derechos y garantías expresamente contemplados en las constituciones nacionales. Ello se tradujo en quitar al acusado de esa posición y dotarlo, en determinadas circunstancias, de una esfera de

⁶⁶ Javier Augusto De Luca, “Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales”, en *Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales* (2001): pp. 396 y ss.

⁶⁷ Javier Augusto De Luca, “Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales”, pp. 396 y ss.

⁶⁸ García, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, p. 258.

⁶⁹ Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, causas Nro. 39.296 (24 de junio de 2010); 37.667 (02 de junio de 2011); y 34471/21/5 (27 de agosto de 2021).

protección ante el poder punitivo estatal. De esta manera, Maier expresa que el *nemo tenetur* ampara únicamente a la persona como sujeto de prueba, ocasión en la que incorpora un conocimiento mediante su relato.⁷⁰ En cambio, no ocurre cuando es el objeto investigado y es sometido a actos que no consisten en proporcionar información a través de su testimonio. Aquí, no es necesario su consentimiento y puede ser, en principio, forzada al examen. Las limitaciones a su realización pueden obedecer al resguardo de otros principios, tales como la prohibición de poner en peligro su salud o la falta de proporcionalidad y necesidad.

Dicho autor agrega que, en el primero de los supuestos, el investigado produce actos procesales que dependen entera y exclusivamente de su voluntad, donde se impide toda clase de coacción para que revele datos sobre la imputación que se le formula o ligada a ella y, por ende, se trata de un sujeto incoercible del procedimiento.⁷¹ Sin embargo, pierde ese *status* cuando porta en su cuerpo algún rastro útil para recomponer la realidad o para ser utilizado en operaciones de comparación por parte de terceros. En este abanico de posibilidades su cuerpo es solo un objeto de la investigación.

Otro abordaje que también posee aceptación en nuestro país consiste en el reconocido criterio ‘actividad-pasividad’. Si bien una interpretación rápida podría asimilar esta categoría al binomio ‘acción-omisión’, Maier refiere que este par conceptual es mejor encasillarlo como la prohibición de la exigencia de la colaboración y la permisividad de la exigencia de la tolerancia.⁷² La garantía ofrece refugio para todas las medidas que importen una colaboración activa por parte del investigado, mientras que no ocurre lo mismo en los supuestos en los que debe tolerar aquéllas que no requieren algún tipo de colaboración de su parte. En otras palabras, la cláusula constitucional no es violada cuando no se busca un hacer del imputado, pues lo único que ocurre es que se prescinde completamente de su voluntad y, en consecuencia, se le impone el deber de tolerar prueba en función de su objetivo.⁷³ Es una postura que posee amplio respaldo en la doctrina alemana, en la que Roxin alega: “[e]l procesado no tiene que colaborar con las autoridades encargadas de la investigación mediante un comportamiento activo, aunque sí debe

⁷⁰ Maier, *Derecho Procesal Penal*, p. 675

⁷¹ Julio Maier, “Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción estatal para conocer la verdad”, en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, compilado por Gabriel Anitúa y Mariano Gaitán (Buenos Aires: Del Puerto, 2012): p. 144.

⁷² Maier, “Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción estatal para conocer la verdad”, p. 141.

⁷³ G. Navarro y R. Daray, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 5.º ed. (Buenos Aires: Hammurabi, 2013 [2004]), pp. 228 y 229.

soportar injerencias corporales que pueden contribuir definitivamente al reconocimiento de su culpabilidad”.⁷⁴

A modo de ejemplo, resultaría admisible una extracción de una muestra de sangre porque sólo se lo estaría obligando a tolerar una injerencia sobre su cuerpo –léase, la extracción propiamente dicha–. Esto fue expresamente avalado por la Sala IV de la Cámara del Crimen, oportunidad en la que ratificó bajo tales parámetros una decisión de primera instancia que había ordenado dicha diligencia. Uno de los argumentos centrales reposó justamente en este deber que tiene el imputado de tolerar esta clase de medidas.⁷⁵ Siguiendo esa óptica, entiendo que sería distinta la solución a la que se arribaría en el marco del examen de alcoholemia vía exhalación. Aquí se necesita que la persona espire aire de sus pulmones para la resolución de ese estudio; lo cual implicaría que preste colaboración activa en la conformación de prueba de cargo.

Sin embargo, se ha remarcado que este criterio no es tan claro como lo aparenta. Córdoba señala que no siempre es posible diferenciar entre colaboración activa y pasiva.⁷⁶ Ello así, pues el desarrollo de toda medida exige algún tipo de intervención por parte del acusado. Por ejemplo, una rueda de reconocimiento o una extracción de muestra de sangre va a necesitar indefectiblemente que el sujeto concurra a un lugar determinado.

Los defensores de esta teoría desarrollaron una serie de interpretaciones posteriores para salvaguardarla –léase, mantenimiento a ultranza o la obligación de colaborar activamente en las acciones preparatorias y de acompañamiento–. Córdoba remarca que esta tesitura carece de un punto de partida lo suficientemente delimitado y jurídicamente fundamentado, lo que se traduce en la falta de certeza sobre qué es lo que únicamente se quiere excluir, como así tampoco sobre lo que se desea incluir. Luego remarca que la indeterminación de ese criterio lo torna susceptible de manipulación por parte del intérprete y esa limitación se torna meramente formal. Alega que esto lleva a la inconsecuencia de avalar injerencias corporales que no le exigen actividad al imputado –extracción de una muestra de sangre– y descartar medidas menos intrusivas –test de

⁷⁴ Claus Roxin, “La protección de la persona en el proceso penal alemán”, *Revista Penal* 6: p. 12. Disponible en: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/13048>.

⁷⁵ Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Causa Nro. CCC 33515/2019, 05 de junio de 2019.

⁷⁶ Gabriela Córdoba, “*Nemo Tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?*”, en *Estudios sobre Justicia Penal: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, AA.VV. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005): pp. 255-278.

alcoholemia vía exhalación—. En definitiva, indica que esta vertiente vacía de contenido la garantía constitucional y, de esa manera, quita la protección al imputado frente a las injerencias estatales en el marco de una investigación penal.

García remarca que las dificultades inherentes al establecimiento de un criterio seguro de distinción para los dos desarrollados anteriormente —léase, ‘sujeto vs objeto de prueba’ y ‘actividad-pasividad’— se traduce en consecuencias problemáticas para el desarrollo de medidas de coerción legítimas.⁷⁷ Esto abre la puerta a un tercer criterio defendido por Binder, cuyo eje radica en quién es la persona que provee la información.⁷⁸

Este autor alega que la línea divisora pasa por el sujeto que ingresa la información, lo que permite diferenciar qué está amparado por la garantía, como así también qué no. Agrega que el *nemo tenetur* protege al acusado respecto de todo ingreso de información que él, como sujeto, pueda realizar; pues nadie puede obligarlo a ingresar aquello que lo perjudica y desea retener. Para ejemplificar su postura señala que, en el marco de una rueda de reconocimiento de personas, la información es ingresada por un testigo que reconoce al imputado. Lo mismo ocurre en una extracción de sangre, en la que es el perito quien determina la cantidad de alcohol o un patrón genético.

En una línea similar, Peralta propone que la clasificación se apoye en la distinción entre ‘prueba real/física’ y ‘prueba testifical/comunicativa’, donde únicamente la segunda está bajo la cobertura del *nemo tenetur*.⁷⁹ Al respecto, alega:

[s]u aporte es meramente real o físico en el sentido de que no tiene un componente comunicativo. Lo que caracteriza a esta prueba es que, en sí misma, no dice nada, sino que requiere de un intermediario que constate su valor y así ‘signifique’ algo para el proceso. La prueba testifical, en cambio, es aquella en la que el imputado se desempeña como un agente capaz de comunicarse, i.e. de hacer cosas con sentido semántico, en las que afirma la verdad o la falsedad de algo ‘con la intención subjetiva de comunicar sus pensamientos’.⁸⁰

⁷⁷ García, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, pp. 259 y 260.

⁷⁸ Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires: Ad Hoc, 1999), pp. 183 y 184.

⁷⁹ José Milton Peralta, “*Nemo tenetur* y derecho procesal preventivo. Acerca de la posible relevancia epistémica del derecho a no autoincriminarse”, en *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, dirigido por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Daniel Pastor (Buenos Aires: Hammurabi, 2017): pp. 212 y 213.

⁸⁰ Peralta, “*Nemo tenetur* y derecho procesal preventivo. Acerca de la posible relevancia epistémica del derecho a no autoincriminarse”, pp. 212 y 213.

Si bien uno podría cuestionar la estrechez con la tesis que propone Binder –y que apoya García⁸¹–, Peralta indica que, cuando el imputado realice un aporte físico al proceso, lo que ocurre es que es otro –por ejemplo: testigo o perito– quien hace una valoración sobre ese elemento.⁸² De esta manera, únicamente la garantía debe censurar la obligación de dar testimonio en particular, en la que el investigado es quien habla y, en consecuencia, se autoproclama en ‘autoridad epistémica’ de lo que sostiene. Este último concepto introducido permite hallar esa similitud pues la extensión protectora de la garantía abarcaría en última instancia a la persona que provea la información en cuestión.

El abordaje de los distintos lineamientos jurisprudenciales, sumado a los diversos criterios divisorios, servirán más adelante para efectuar un estudio minucioso sobre la diligencia que incumbe a este trabajo. En esa misma línea, continuaré brindando un cuadro de la situación general y actual que ofrece los Estados Unidos sobre la garantía y sus implicancias en esta medida.

IV. Abordaje en los Estados Unidos

A. Extensión de la garantía

Recordemos que la prohibición de la autoincriminación forzada posee en los EE. UU. un campo de aplicación menor si nos limitamos a realizar un cotejo sobre las formulaciones previstas en la V Enmienda y el artículo 18 de la CN. En esta oportunidad, me abocaré a unos fallos adoptados por la SCOTUS que han elaborado una serie de pautas interpretativas relativas a su alcance. La importancia de este análisis reside principalmente en que tales directrices servirán de base para poder interpretar y posteriormente abordar las disputas jurisprudenciales y doctrinales suscitadas en ese país en torno a la admisibilidad constitucional, o no, del desbloqueo compulsivo.

En el caso *Boyd* se investigó una posible maniobra de contrabando relativa a la falta de pago de derechos de importación.⁸³ El gobierno obligó al acusado a que aporte la documentación vinculada con esas operaciones –en el caso, se exigía la emisión de una factura–. Finalmente, *Boyd* cumplió con la intimación cursada, pero alegó que aquella constituía una forma de autoincriminación. La SCOTUS le otorgó la razón sosteniendo

⁸¹ García, “El silencio y el privilegio contra la auto-incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, p. 259.

⁸² Peralta, “*Nemo tenetur* y derecho procesal preventivo. Acerca de la posible relevancia epistémica del derecho a no autoincriminarse”, p. 216.

⁸³ SCOTUS, “*Boyd vs Estados Unidos*”, 01 de febrero de 1886.

que la presentación obligatoria de papeles y documentos privados de una persona para ser utilizados como prueba de cargo es equivalente a obligarlo a ser testigo en su contra, circunstancia que se encuentra prohibida por la V Enmienda.

Sin embargo, una primera limitación fue delineada en el precedente *Holt*.⁸⁴ En esa ocasión, se procuró establecer si obligar al investigado a colocarse una determinada prenda se encuentra, o no, amparada por esa protección. Para brindar una respuesta a ese interrogante, el Tribunal diferenció entre la evidencia testimonial y la física. La primera se encuentra bajo el resguardo de la garantía, mientras que no ocurre lo mismo en el segundo supuesto. La prohibición abarca al uso de la coacción física o moral para obligar a la persona acusada a que se comunique; ella no se extiende al cuerpo cuando es utilizado como prueba material.⁸⁵

La dicotomía ‘prueba testimonial vs prueba física’ fue posteriormente ratificada en el fallo *Schmerber*.⁸⁶ Armando Schmerber fue condenado por conducir un automóvil bajo los efectos del alcohol. Mientras se hallaba hospitalizado por las lesiones ocasionadas por el accidente, un médico le extrajo, previa orden de un policía, una muestra de sangre. Dicha diligencia se desarrolló pese a la falta de conformidad del imputado, quien había sido previamente asesorado por un abogado. El resultado de ese análisis confirmó el grado de intoxicación que poseía, elemento que fue utilizado como prueba durante el juicio. Si bien la defensa argumentó la violación de diversos derechos constitucionales –entre ellos, debido proceso, prohibición de la autoincriminación y defensa en juicio–, me centraré únicamente a la temática que me incumbe.

La SCOTUS retoma las directrices de *Boyd* y *Holt* para reafirmar que la V Enmienda solo protege de ser obligado a testificar en su contra o cualquier otra manera que implique proveer al Estado prueba de naturaleza testimonial –por ejemplo, aportar prueba documental–. Esa protección no abarca medidas en las que la persona es interpelada como fuente de prueba física, tales como la toma de huellas digitales, asumir una determinada postura, hacer un gesto determinado o la extracción de sangre. Por ende, la coacción ejercida en esta clase de medidas no se encuentra vedada.

Hasta este momento la interpretación que otorgó la SCOTUS resultó clara. Por un lado, le brindó una protección extensiva hacia la documentación privada en poder del

⁸⁴ SCOTUS, “*Holt vs Estados Unidos*”, 31 de octubre de 1910.

⁸⁵ A todo evento, cabe recordar que este precedente fue empleado por la CSJN a la hora de resolver ‘*Cincotta*’.

⁸⁶ SCOTUS, “*Schmerber vs California*”, 20 de junio de 1966.

acusado. Aquí aclaro que nada obsta a que el Estado pueda disponer su secuestro, sino que lo que se veda a partir de Boyd es la facultad de requerir a la persona que la aporte. La sola intimación resulta violatoria a la V Enmienda. Por otra parte, efectuó una distinción de la prueba en base a su naturaleza. Aquella comunicativa se encuentra amparada por esta garantía, circunstancia que no ocurre cuando se disponen diligencias que requieren una ‘participación material’ del imputado.

A continuación, nos siguen determinados precedentes que sirvieron para delimitar aún más el campo de aplicación del *nemo tenetur* y, en contraposición, ampliaron las facultades investigativas de los órganos de persecución. Previo a adentrarme en esta cuestión, resulta necesario explicar un instituto que posee suma importancia en el ordenamiento procesal de ese país. Con esto me refiero al *subpoena*, el cual puede ser empleado con dos finalidades. La primera consiste en una citación dirigida hacia una persona para que comparezca ante el tribunal, mientras que la segunda puede ser interpretada, a los ojos de nuestra legislación, como una suerte de orden de presentación. Se trata de un requerimiento por el que se solicita la entrega de documentación en poder del destinatario de la orden –el cual puede ser el investigado–, cuyo incumplimiento es considerado como una especie de desacato –léase, desobediencia– y puede acarrear una sanción monetaria o incluso una pena de prisión.

La SCOTUS debió resolver una disputa jurisprudencial suscitada a partir de sentencias contradictorias emanadas por tribunales inferiores con relación a las intimaciones –*subpoenas*– efectuadas a abogados donde se les requería la entrega de determinados papeles.⁸⁷ En concreto, se trataba de contribuyentes bajo indagación por una posible responsabilidad civil o penal que habían recibido documentación por parte de sus contadores, quienes la habían previamente utilizado para la preparación de sus declaraciones y cierres de balances. Luego, las personas se la entregaron a sus respectivos letrados para que los asesoren en el marco de las investigaciones en curso.

Remarca, una vez más, que la V Enmienda prohíbe la coacción física o moral sobre la persona amparada por dicho privilegio. Es decir, se encuentra limitada a quien reviste el *status* de acusado. En el caso concreto, los documentos habían sido preparados por los contadores, mas no los contribuyentes. A su vez, asevera que la Constitución no proscribe la presentación forzada de todo tipo de pruebas incriminatorias, sino solo de aquéllas en

⁸⁷ SCOTUS, “Fisher vs Estados Unidos”, 21 de abril de 1976.

la que el investigado se ve obligado a realizar una comunicación testimonial incriminatoria.

De esta manera, reconoce que, si bien la *subpoena* dirigida a un contribuyente para aportar la documentación de su contador implica una suerte de compulsión, lo cierto y concreto es que no puede ser catalogada como un testimonio oral forzado. Asimismo, se remarca que, según los hechos corroborados en el caso, la confección de los archivos fue completamente voluntaria.

Lo más importante que deja este precedente son las doctrinas denominadas como *act of production* ('acto de producción') y *foregone conclusion* ('conclusión ineludible'). Con relación a la primera, la SCOTUS admite que el cumplimiento de una *subpoena* puede poseer algunos aspectos comunicativos independientemente del contenido de los papeles que se presentan. En efecto, señala que ese acatamiento implica tácitamente reconocer la existencia de la documentación; que el investigado posee el control de aquéllos; y la certeza de que lo aportado es aquello descrito en el requerimiento. Agrega que el carácter compulsivo se encontraría acreditado, lo difícil del caso pasa por confirmar si esas afirmaciones tácitas pueden, o no, ser catalogadas como testimoniales y, además, incriminatorias para verse amparadas por el privilegio. En líneas generales, se podría decir que la idea que subyace es que existen algunos supuestos en los que cumplir ante una determinada requisitoria puede ser equiparada a expresar un aspecto reservado en la mente del acusado.

Sin embargo, la SCOTUS no brinda una respuesta categórica aplicable para todos los casos. Es una cuestión que deberá analizarse en base a las pruebas y hechos de cada supuesto en concreto. Puntualmente, allí afirmó que el gobierno no requirió de la 'colaboración' del contribuyente para probar la existencia y veracidad de los documentos cuyo aporte se solicita en la *subpoena* y, por ende, dicha diligencia no resulta violatoria de la V Enmienda.⁸⁸ De esta manera, la SCOTUS sostiene que la existencia de la documentación se trató de una 'conclusión ineludible' (*foregone conclusion*).

⁸⁸ El Juez Brennan disiente de la postura mayoritaria adoptada en el fallo Fisher. Afirma que esa decisión constituye un gran retroceso a los principios sentados por la SCOTUS hace alrededor de 100 años en el precedente Boyd. Agrega que la extensión de la prohibición de la autoincriminación forzada a los registros y papeles privados resulta inevitable pues aquellos podrían brindar la información que el acusado podría revelar al ser interrogado. Por último, discrepa sobre la falta del carácter testimonial que la postura mayoritaria le atribuye al cumplimiento de la *subpoena*. Considera que una flexibilización de la V Enmienda no puede posar sobre la 'fuerza' del Estado. Es decir, el conocimiento previo que pueda tener el gobierno sobre el investigado no puede ser empleado para restringir el campo de aplicación de la garantía.

Ese precedente consagró, a su vez, una excepción a la prohibición de la autoincriminación consagrada en la V Enmienda.⁸⁹ Blanco explica su contenido de la siguiente manera

(... cuando el Estado conoce de antemano los datos que el ‘acto de producción’ puede llegar a comunicar implícitamente (esto es: que los documentos existen, que el imputado tiene posesión o control sobre los mismos y que son auténticos), entonces la entrega de los mismos [sic] no hace más que confirmar una ‘conclusión ineludible’, ya que el Estado no averigua mediante el acto de producción nada que ya no supiese.⁹⁰

Se trata de un mecanismo que, en base a lo delineado en Fisher, permite establecer cuando la exteriorización de una comunicación implícita por parte del investigado no resultaría violatoria de la garantía. Según Kerr, existe para evitar que los investigados echen mano de la *act of production* para crear un obstáculo insoslayable en la obtención de pruebas no testimoniales.⁹¹

Las doctrinas del ‘acto de producción’ y de la ‘conclusión ineludible’ fueron posteriormente empleadas por la SCOTUS en el precedente Doe.⁹² En el marco de una investigación por posibles casos de corrupción en la adjudicación de contratos públicos, se libraron cinco *subpoenas* contra una persona. Allí, se le requería la entrega de los registros comerciales y financieros de las empresas que participaron en los procesos cuestionados. Su destinatario solicitó que sean anuladas alegando una violación a la V Enmienda; reclamo al que se le hizo lugar en primera y segunda instancia. El gobierno llevó el caso hasta la Corte Suprema, y el Tribunal afirmó que el cumplimiento de lo requerido conllevaba un testimonio implícito bajo coacción.

El cumplimiento de la *subpoena* conllevaba elementos con carácter testimonial, pues permitiría acreditar la existencia, posesión y contenido de los libros comerciales – elementos derivados del ‘acto de producción’–. Sin perjuicio del reconocimiento que se efectúa, el problema central pasó por la imposibilidad de confirmar la aplicación de la

⁸⁹ Hobbie Jr. considera que la breve mención que hizo la SCOTUS en Fisher dio lugar a que la *foregone conclusion* sea ampliada de manera inconsistente en los tribunales inferiores. Para con mayor profundidad, ver: Norman Hobbie Jr., “Reconsidering the Foregone Conclusion Doctrine: Compelled Decryption and The Original Meaning of Self-Incrimination”, *The University of New Hampshire Law Review* 20, nro. 1, artículo 4 (2021): pp. 51-96. Disponible en: https://scholars.unh.edu/unh_lr/vol20/iss1/4/.

⁹⁰ Hernán Blanco, *Tecnología informática e investigación criminal* (Buenos Aires: Thomson Reuters, 2020), 588.

⁹¹ Orin Kerr, “Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination”, *Texas Law Review Online* 97 (2021): pp. 765-799. Disponible en: <https://texaslawreview.org/compelled-decryption-and-the-privilege-against-self-incrimination/>.

⁹² SCOTUS, “Estados Unidos vs Doe”, 28 de febrero de 1984.

foregone conclusion. En efecto, se remarcó que el gobierno fue incapaz de probar que los documentos detallados existen o, incluso, que el destinatario esté vinculado con las sociedades comerciales bajo investigación. Esa falta de conocimiento buscó ser compensada mediante las requisitorias cursadas, lo cual llevaría a que la persona se convierta, en definitiva, en el declarante principal contra sí mismo.

Para finalizar, resta agregar que un aspecto controversial que se deriva de la *foregone conclusion* radica en el grado de certeza que el gobierno debe acreditar al momento de solicitar la producción de una determinada medida probatoria. El estándar más utilizado en los distintos tribunales estadounidenses consiste en que ese conocimiento previo debe portar una ‘razonable especificidad’ –*with reasonable particularity*–. Esta se basa en que la descripción específica que efectúa el gobierno permite aseverar que éste ya conoce la existencia, posesión y autenticidad de los documentos cuya entrega se requiere.⁹³ Es así como, acreditadas tales circunstancias, el testimonio implícito que conlleva el cumplimiento de la *subpoena* agrega poco o nada a la información que ya posee de antemano el gobierno.

B. Disputas jurisprudenciales

El cuadro de situación previamente descrito permitirá avanzar sobre precedentes adoptados por distintos tribunales de los Estados Unidos. Aquí, resulta oportuno mencionar que la SCOTUS no ha tenido oportunidad de expedirse al respecto. Esto ha propiciado que la jurisprudencia de ese país diste de poseer una posición uniforme sobre este tema. Veamos:

***a. El desbloqueo biométrico posee carácter testimonial*⁹⁴**

En la ciudad de California tramitó una investigación sobre dos personas que habían amenazado a otra con distribuir un video, por lo que, vía *Facebook Messenger*, le exigieron un dinero para no hacerlo. En ese contexto, se solicitó una orden de registro y allanamiento de un domicilio vinculado a los sospechosos para proceder al secuestro de, entre otras cosas, dispositivos electrónicos. Asimismo, se petitionó contar con la autorización de obligar a cualquier persona presente al momento de desarrollarse la medida a que, por intermedio de su huella digital u otro dato biométrico, desbloquee el

⁹³ Kerr, “Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination”, p. 775

⁹⁴ US District Court Northern District of California, Caso N° 4-19-70053, 10 de enero de 2019.

aparato vinculado a aquélla. Lo último, con la finalidad posterior de efectuar una búsqueda sobre su contenido.

El pedido fue rechazado por la justicia. Más allá de remarcar inicialmente que la petición era demasiado amplia, en tanto se pretendía extender las diligencias a personas que no guardaban ninguna vinculación con los investigados, lo cierto es que el eje de la resolución recae sobre una vulneración a la prohibición de la autoincriminación prevista en la V Enmienda. Se advierte que uno de los desafíos actuales consiste en que la tecnología está superando a la legislación, y los derechos constitucionales no pueden ser puestos a merced o verse disminuidos ante los avances tecnológicos. La pregunta central que se aborda pasa por determinar si la utilización compulsiva de un rasgo biométrico se encuentra, o no, amparada por esa garantía.

Para responder ese interrogante, se expone que la declaración testimonial no se limita a comunicaciones verbales o escritas. Comprende, a su vez, a aquellos actos que implican afirmaciones de hecho que pueden constituir una comunicación testimonial. El empleo de una huella dactilar u otro rasgo físico al solo efecto de proceder al desbloqueo del aparato posee el mismo objetivo que una contraseña. Entonces, si no se puede obligar a un acusado a que revele la clave –pues implicaría una declaración–, tampoco debería habilitarse en el otro supuesto. La utilización del dato biométrico bajo estas circunstancias implica reconocer que el dispositivo pertenece a una persona concreta –léase, por ejemplo, quien coloca su huella–.

Una particularidad de este fallo radica en que el Tribunal concuerda con acceder al contenido de un aparato electrónico. No obstante, ello no puede ejercerse a través de una diligencia inconstitucional. Se instó al solicitante a que recurra a otras vías que no avasallen a la V Enmienda, tales como solicitar directamente la información a la empresa *Facebook* en los términos de la *Stored Communications Act*.⁹⁵

Por último, no pierde la oportunidad para señalar un posible inconveniente a la hora de sostener eventualmente una aplicación de la conclusión ineludible. En efecto, y como ya hemos visto, esa doctrina exige que el solicitante conozca previamente qué archivos y/o documentos son lo que se pretenden obtener mediante la medida. Aquí, se hace especial mención a *Riley* en el que se trae a colación la vasta capacidad de almacenar

⁹⁵ Es una legislación estadounidense que reglamenta el almacenamiento y la divulgación de comunicaciones electrónicas y registros transaccionales en poder de los proveedores de servicios de internet.

información privada que poseen los celulares. De esta manera, deja a entever una suerte de imposibilidad en la práctica de que el gobierno tenga ese conocimiento previo que exige tal excepción.

Sin perjuicio de la mención a la *foregone conclusion*, la interpretación que se deriva de este fallo radica en que el propósito por el cual es requerido el rasgo biométrico es equivalente a una declaración testimonial. Por ende, un desbloqueo compulsivo en ese contexto resulta inaplicable desde una óptica constitucional.

b. El desbloqueo biométrico no posee un contenido testimonial⁹⁶

Se remarca que la SCOTUS delineó una serie de pautas que permitieron abordar casos relativos a la utilización del cuerpo sin que ello posea un carácter testimonial –Holt y Schmerber. Se agrega que ellas abarcan a otros actos que poseen un contenido testimonial implícito como así lo contempla la *act of production* –Fisher y Doe–. Entiende que el desbloqueo compulsivo mediante el uso de la huella digital de la persona posee rasgos de ambas vertientes, pues contiene el aporte de un aspecto físico –la dactilar– y una comunicación derivada del acto de desbloquear el teléfono –posesión y control–.

No obstante esa ambivalencia, la Suprema Corte del Estado de Minnesota entiende que esta diligencia no se encuentra bajo el amparo de la V Enmienda por dos principales razones. La primera es que la obligación cursada al investigado para que proporcione su huella dactilar es solo con la finalidad de identificar sus características físicas, pero no se exhibe algún testimonio inherente en ese acto. Si la huella eventualmente desbloquea el teléfono depende exclusivamente del escaneo que realiza ese dispositivo entre aquella y la allí registrada. La segunda es que el acto del imputado no posee ningún componente comunicativo porque éste no revela ni evidencia ningún contenido de su mente. En efecto, se trata de una medida probatoria admitida al Estado, asimilable a otras tantas como una extracción de sangre, una muestra de voz, la utilización de una prenda de vestir, adoptar alguna determinada postura, entre otras.

De esta manera, el Estado de Minnesota no debe recurrir a las doctrinas del acto de producción y la conclusión ineludible. La solución a la que se arribó se remonta principalmente al fallo Schmerber, en el que el desbloqueo compulsivo es asemejado a una medida probatoria que importa la utilización del cuerpo del acusado como prueba,

⁹⁶ Suprema Corte del Estado de Minnesota, “Estado de Minnesota vs. Matthew Vaughn Diamond”, Caso Nro. 905 N.W. 2d. 870, 17 de enero de 2018.

sin que ello implique una obligación a revelar o, mejor dicho, comunicar información o hechos con carácter incriminatorio.

c. La aplicación de la doctrina de la conclusión ineludible⁹⁷

Esta postura difiere de las anteriores pues afirma la viabilidad constitucional de esa doctrina. Cabe aclarar preliminarmente que, a diferencia de los fallos previos, la orden judicial consiste en que sea el imputado quien ingrese la clave al teléfono –es decir, que sea él quien lo desbloquee–.

El eje de la discusión versa sobre los dos requisitos relativos a la admisibilidad concreta de la *foregone conclusion*. Si bien remarca que fue inicialmente diseñada para un contexto fáctico que difiere del presente, la Suprema Corte del Estado de Massachusetts extiende su aplicación a este supuesto.

El primer punto de partida consiste en qué tipo de conocimiento previo debe acreditar el Estado. Recordemos que esta excepción exige para su aplicación que se pueda demostrar que conoce con carácter previo el testimonio implícito que viene dado con su producción. A diferencia de lo que alega la defensa –en cuanto sostuvo que se debe acreditar que éste sea el propietario y, además, que controle el teléfono celular–, el tribunal limita únicamente ese conocimiento a que el investigado conozca la contraseña y, por ende, pueda acceder al dispositivo.

El segundo punto central posa sobre cuál es el estándar probatorio necesario para dar por satisfecha esa circunstancia. En el caso, se exige que ello sea acreditado más allá de toda duda razonable, idéntico valor epistémico al que se requiere para condenar a una persona. Adoptar un criterio inferior podría implicar la creación de un riesgo de imputar erróneamente ese conocimiento a aquellas personas que realmente desconozcan la contraseña. Se trata, en definitiva, de elevar la protección en aras de resguardar la prohibición de la autoincriminación forzada.

Bajo esos parámetros, entiende que existieron una serie de elementos que corroboran tales requisitos. En el caso, se acreditó que el celular fue secuestrado en poder del imputado, que la denunciante había informado la marca de ese dispositivo, que el registro de celdas permitió vincularlo con el acusado en diferentes oportunidades, entre otras; todo

⁹⁷ Suprema Corte del Estado de Massachusetts, “Commonwealth vs. Dennis Jones”, 06 de marzo de 2019.

lo cual permitió sostener que el acusado conocía la contraseña más allá de toda duda razonable.

d. ¿Cuestionamientos a una aplicación extensiva de la foregone conclusion?⁹⁸

El Tribunal Supremo del Estado de Indiana sostiene que el desbloqueo compulsivo de un celular comunica, cuanto menos, que su usuario conoce la contraseña, que los archivos en el dispositivo existen y que es él quien posee tales archivos –*act of production*–. El déficit del caso consistió en que el Estado falló en acreditar el conocimiento previo de esa información. Aun asumiendo que el gobierno ha probado que la persona conozca la contraseña de su teléfono celular, aquel no ha podido determinar la existencia de qué documentos estaba indagando o que ella se encontraba en posesión de aquéllos.⁹⁹

La policía obtuvo una orden judicial para que la acusada sea obligada a desbloquear su celular bajo apercibimiento de ser declarada en ‘desacato’ en caso de incumplimiento.¹⁰⁰ Al efectuarse un análisis minucioso sobre las circunstancias fácticas del caso, el tribunal hizo énfasis en el testimonio del policía a cargo de la investigación para anular la medida. Se puntualizó que éste desconocía qué tipo de aplicaciones o archivos iban a ser buscados en el dispositivo de la investigada. Concretamente, aquel expuso que buscaría evidencia incriminatoria contenida en el dispositivo, dando lugar justamente a una ‘operación de pesca’. De esta manera, esa declaración le sirvió de sustento al tribunal para aseverar, en primer lugar, que no resulta aplicable la excepción de la conclusión ineludible y, en segundo lugar, que la conducta de la acusada se encuentra amparada en la V Enmienda.

Si bien este fallo permitiría derivar que el desbloqueo compulsivo sería viable en determinadas ocasiones, lo cierto y concreto es que ese tribunal aprovecha la oportunidad

⁹⁸ Suprema Corte del Estado de Indiana, “Katelin Eunjoo Seo vs. Estado de Indiana”, Caso N° 18S-CR-595, 23 de junio de 2020.

⁹⁹ El Tribunal Supremo de Indiana exige más requisitos en comparación al Tribunal Supremo de Massachusetts. Mientras el segundo requiere únicamente el conocimiento previo sobre la contraseña, el primero además agrega que se especifique los archivos/documentos que se pretenden obtener a través de esta medida.

¹⁰⁰ Sobre el particular, no se puede soslayar que la policía le había inicialmente solicitado a Seo que aporte la clave, a lo que la imputada se rehusó amparándose en la V Enmienda. A partir de ello, obtuvo una orden para que se la obligue a desbloquearlo bajo apercibimiento de ser declarada en ‘desacato’ en caso de incumplimiento, tal como así terminó ocurriendo debido a su negativa. El Tribunal Supremo consideró que el ingreso de la contraseña para desbloquear el dispositivo es análogo al acto físico de entregar documentación. Por ende, al igual que el caso judicial anterior, la medida cuestionada consistía en que sea la persona quien ingrese la clave al teléfono.

para advertir una serie de inquietudes relativas a la *foregone conclusion*. En concreto, apuntala que esa doctrina podría resultar inadecuada bajo las siguientes cuestiones:

- i. La base fáctica de los precedentes Fisher y Doe difieren del contexto sobre el que se posa la presente discusión. Se trataba de casos que implicaron la entrega de documentación contable y empresarial. Aquí, la diligencia que se pretende consiste en el acceso a un teléfono celular, cuya capacidad de almacenamiento de información privada resultaba impensada para la fecha en que se delineó la excepción a la garantía.
- ii. En esa línea, el acceso al celular importa justamente el ingreso a la totalidad de la información allí contenida y, a diferencia de otras requisitorias, no solo a aquella identificada por el gobierno en oportunidad de sustentar la petición. En el desarrollo de la búsqueda se pueden suscitar algunos interrogantes tales como: **a)** si una aplicación se encuentra protegida por otra clave, ¿se necesitaría formular una nueva solicitud ante la justicia?; **b)** si se ingresa a un dominio donde el usuario y la contraseña se encuentra registrada en el celular, ¿la policía podría acceder sin ningún reparo?; y **c)** si se detecta un sistema de almacenamiento en la nube –iCloud o Dropbox–, cuya existencia no era conocida por la prevención, ¿se podría ingresar igualmente?
Estos supuestos lo que buscan es poner de resalto dificultades operativas a la hora de materializar el análisis del contenido del celular. Se trata de conjeturas que exigirían replantear los alcances de la *foregone conclusion* y, en definitiva, reevaluar hasta dónde debe extenderse la autorización conferida a fines de llevar adelante este desbloqueo compulsivo.
- iii. Por último, señala que la SCOTUS ha sido reacia a la aplicación automática de doctrinas antiguas a nuevos dilemas impulsados por el desarrollo tecnológicos –léase Riley y Carpenter¹⁰¹–. Si bien ambos fallos implicaron una limitación de las facultades policiales de investigación *so pretexto* de resguardar el derecho a la privacidad previsto en la IV Enmienda, no por ello

¹⁰¹ SCOTUS, “Carpenter vs Estados Unidos”, 22 de junio 2018. Se trata de un precedente relevante que estableció que la policía debe solicitar una autorización judicial para requerir a las empresas de telefonía móvil la información relativa al impacto de ubicaciones geográficas y antenas. El desarrollo de nuevas tecnologías –en el caso, datos de GPS– podrían otorgar al gobierno una posible vigilancia ‘casi perfecta’ de los movimientos de los ciudadanos. De esta manera, este avance podría implicar un avasallamiento sobre el derecho constitucional a la privacidad, previsto en la IV Enmienda.

se puede sortear que en ambos casos se evaluó la implicancia de teléfonos celulares en la vida cotidiana de los ciudadanos. En tal obrar, la aplicación de la *foregone conclusion* podría implicar una expansión a la excepción y, en definitiva, una reducción del privilegio constitucional contenido en la V Enmienda.

Si bien el Supremo Tribunal de Indiana aprovechó este caso para advertir tres problemas derivados de las doctrinas en el contexto de desbloqueo compulsivo, lo cierto y concreto es que no efectuó un pronunciamiento concreto sobre la constitucionalidad, o no, de esa diligencia. La solución a la que arriba consiste en, como he señalado, un déficit probatorio relativo a la carencia de conocimiento previo sobre qué se estaba buscando en el celular. No obstante, en el caso de que el contexto fáctico fuera diferente –con esto me refiero a que el Estado pueda paliar ese déficit–, ese abordaje tangencial realizado permite suponer que existirían una serie de argumentos que permitirían inclinar la balanza a favor de cuestionar su validez.

C. El debate en la doctrina

Las diversas posturas que exhiben los tribunales en los Estados Unidos se extienden, además, al campo de la doctrina. En esta oportunidad traeré a colación los distintos puntos de vista que poseen Kerr y Sacharoff, dos de los autores más reconocidos en ese país en lo que respecta a esta temática.

En primer lugar, resulta oportuno señalar que tales autores concuerdan en que el desbloqueo mediante dato biométrico no se encuentra amparado por la V Enmienda al no poseer un carácter testimonial.¹⁰² Por ende, ellos argumentan en relación con la facultad de obligar al imputado para que sea este quien desbloquee el dispositivo. Se trata de una diferencia sutil pues no se pide al acusado que aporte la clave, más bien consideran que se trata de un acto distinto. Al igual que lo discutido en los casos resueltos por los Tribunales Supremos de los Estados de Massachusetts e Indiana, la diligencia cuya viabilidad estudian es si es constitucionalmente admisible que se obligue a la persona a ingresar la clave al teléfono. Dicha temática la abordan desde la óptica de las dos doctrinadas emanadas del precedente Fisher.

¹⁰² Kerr, “Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination”, p. 796; y Laurent Sacharoff, “Unlocking the Fifth Amendment: Passwords and Encrypted Devices”, *Fordham Law Review Online* 87 (2018): p. 241, disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol87/iss1/9/>, consultado el 30/07/2021.

En tal sentido, una de las principales controversias entre ambos reposa sobre los requisitos que exige la *foregone conclusion*. En concreto sobre qué debe recaer el conocimiento previo que debe acreditar el Estado. Kerr sostiene que, cuando un sospechoso ingresa la contraseña a su teléfono –previa exigencia compulsiva de la justicia–, el único testimonio implícito de ese acto resulta ser que la persona conoce la clave. El hecho de cumplimentar con esa orden, bajo el tamiz de la *act of production*, implica una declaración testimonial, la cual es ‘yo conozco la contraseña’.¹⁰³ Ello no trasciende al contenido del celular, donde únicamente el testimonio se limitaría a esa afirmación.

De esa manera, se podrá sortear esa barrera en la medida de que el Estado demuestre que el imputado posee ese conocimiento. Esto puede ser acreditado de varias maneras y sin dificultad alguna. Los elementos que evidencien que una persona utiliza regularmente un dispositivo resultarían generalmente suficiente para demostrar que aquella conozca la clave y, por ende, dispararía la aplicación de la excepción.

En la vereda opuesta se encuentra Sacharoff, quien considera que Kerr efectúa una interpretación analógica errónea.¹⁰⁴ Cuando se le exige a una persona la entrega de determinada documentación (*act of production*), su cumplimiento –léase el acto físico de entregarla– implica tácitamente comunicar circunstancias incriminatorias sobre la posesión. El ingreso de la contraseña es asimilable a la entrega de documentación y, además, los archivos en el celular son equiparables a la documentación efectivamente aportada. Para que resulte aplicable la *foregone conclusion* se debe, entonces, acreditar con razonable especificidad el conocimiento previo sobre la existencia y posesión de los documentos contenidos en el dispositivo. Ello así, pues su apertura comunica que ese artefacto probablemente pertenezca a esa persona y, en definitiva, que ésta posee a sabiendas tales archivos.¹⁰⁵

¹⁰³ Kerr, “Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination”, pp. 777-783.

¹⁰⁴ Laurent Sacharoff, “What am I really saying when I open my smartphone? A response to Orin S. Kerr”, *Texas Law Review Online* 97 (2020), pp. 64 y 65, pp. 67 y 69. Disponible en: <https://texaslawreview.org/what-am-i-really-saying-when-i-open-my-smartphone-a-response-to-orin-s-kerr/>, consultado el 30/07/2021.

¹⁰⁵ Mohan y Villasenor agregan que el gobierno debería ofrecer inmunidad para todos aquellos archivos que no han sido identificados. Esto prevendría la posibilidad de que se desarrollen ‘expediciones de pesca’ sobre documentos que eran desconocidos y sean posteriormente utilizados en perjuicio del imputado. Ver: Mohan y J. Villasenor, “Decrypting the Fifth Amendment: The Limits of Self-Incrimination in the Digital Era”, *JCL Online of University of Pennsylvania Carey Law School* 15 (2011), pp. 11-28. Disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/jcl_online/vol15/iss1/2, consultado el 15/02/2021.

Los puntos de vista que evidencian ambos autores se extienden, a su vez, al ámbito jurisprudencial tal como vimos. El interrogante sobre qué debe recaer el conocimiento –léase, si la contraseña o los archivos contenidos– que debe acreditar el Estado se refleja en las sentencias adoptadas por los Tribunales Supremos de Massachusetts e Indiana; en las que se replican respectivamente las posturas de Kerr y Sacharoff.

La regla que propone Kerr¹⁰⁶ posee asidero en la teoría del ‘ajuste de equilibrio’ (*equilibrium adjustment theory*¹⁰⁷), una reinterpretación que él propuso inicialmente sobre el derecho a la privacidad reconocido en la IV Enmienda. La tecnología le ha otorgado a la ciudadanía herramientas inimaginables décadas atrás. La encriptación de los dispositivos electrónicos modifica el equilibrio de poder hacia la ciudadanía y lo aleja del Estado. Anteriormente, era usual que los problemas de búsqueda de información se vean afectados por los alcances del derecho a la privacidad que así garantiza la Constitución. Hoy en día, se le añaden problemas e inconvenientes derivados de las barreras tecnológicas y de la restricción que impone la prohibición contra la autoincriminación.

En esa línea, si se efectúa una interpretación restrictiva sobre los alcances de la V Enmienda aplicada a este contexto específico –léase el desbloqueo compulsivo–, una de sus consecuencias es un cambio drástico en el equilibrio de poder en contra del interés público en la investigación de los delitos. La única forma de ‘reestablecer’ el *status quo* consiste en que la incertidumbre relativa a ese derecho constitucional sea resuelta a favor de los intereses del Estado.

Por su parte, Sacharoff considera que la teoría del ‘ajuste del equilibrio’ podría resultar viable en un contexto en el que la jurisprudencia fuera reacia a conceder órdenes de registro y búsqueda.¹⁰⁸ En los hechos, la interpretación que se hace de la IV Enmienda por parte de los tribunales posee pocas exigencias y, por ende, si se obliga a un acusado a desbloquear su teléfono, su análisis no posee prácticamente limitación alguna. De esta manera, habilitar y/o reducir el estándar, tal como plantea Kerr, no restaura ningún tipo de balance preexistente. Una lectura integral de la IV y V Enmienda debería llevarnos a

¹⁰⁶ Orin Kerr, “Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination”, pp. 770 y pp. 790-97

¹⁰⁷ Para ver esa teoría en profundidad, ver: Orin Kerr, “An equilibrium-adjustment theory of the Fourth Amendment”, *Harvard Law Review* 125 (2011), pp. 476-543. Disponible en: <https://harvardlawreview.org/2011/12/an-equilibrium-adjustment-theory-of-the-fourth-amendment/>, consultado el 30/07/2021.

¹⁰⁸ Laurent Sacharoff, “What am I really saying when I open my smartphone? A response to Orin S. Kerr”, p. 72.

una regla más exigente. El gobierno debe demostrar que el investigado posee los documentos que busca y puede identificarlos con una razonable especificidad antes de que pueda obligar a una persona a desbloquear su teléfono.

Si bien el desarrollo del análisis y estudio que ha tenido esta temática en los Estados Unidos exhibe un profundo abordaje en la doctrina y jurisprudencia de este país, lo cierto y concreto es que el cuadro de situación dista de hallar una posición uniforme. Se podría afirmar que, hoy en día, existen posturas diametralmente distintas sobre el mismo tema, y que su interpretación final será resuelta por la SCOTUS.¹⁰⁹

V. El desbloqueo compulsivo bajo la óptica del ordenamiento jurídico argentino

A. ¿Una facultad admisible en términos constitucionales?

El recorrido transitado es lo que permitirá abordar el interrogante que encabeza este apartado. No obstante, entiendo necesario efectuar una salvedad preliminar sobre el alcance del análisis que desarrollaré. Puntualmente, éste no deberá extenderse más allá del ámbito de la garantía contra la prohibición de la autoincriminación forzada. Si bien el ingreso a un teléfono implicará una intromisión en la esfera íntima de su usuario, derecho con jerarquía constitucional¹¹⁰, entiendo que dicha particularidad deberá ser evaluada a la hora de disponerse justamente la obtención y posterior compulsión de ese material.

A lo que voy es que debemos separar dos medidas entrelazadas pero que conllevan a una afectación de derechos constitucionales diferentes. Su primer tramo implicará lisa y llanamente el desbloqueo del dispositivo, mientras que el segundo se integrará por la extracción forense que se efectúe y el examen sobre dicha información. Sin perder de vista la extrema relación entre una y otra –pues justamente una será la llave de ingreso al siguiente paso–, lo que aquí únicamente debe evaluarse es la validez constitucional del

¹⁰⁹ Hay un planteo efectuado para que la SCOTUS revise la sentencia adoptada por la Suprema Corte del Estado de Massachusetts en el fallo “Commonwealth vs. Dennis Jones”, disponible en: https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/19/19-6275/118752/20191010183703372_Jones%20Cert%20Petition%20Final.pdf. Lo mismo ocurre ante una decisión emanada por el Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey, disponible en: <https://fedsoc.org/commentary/fedsoc-blog/scotus-asked-if-5th-amendment-bars-compelling-defendants-to-unlock-electronic-devices>.

¹¹⁰ Me refiero a los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

primer aspecto. Es decir, la viabilidad, o no, del desbloqueo compulsivo en los términos del artículo 18 de la CN y demás preceptos convencionales que así lo estipulan.

Dicho esto, entiendo que la modalidad de ingreso al celular constituye un factor dirimente para brindar una respuesta al asunto. En tal sentido, escindiré el abordaje bajo dos vertientes. La primera versará sobre el desbloqueo efectuado mediante un código y un patrón lineal, mientras que la otra tratará la necesidad de utilizar rasgos biométricos de la persona.

Recordemos que la primera opción implica su acceso a través de la colocación de una clave numérica o alfanumérica. Es decir, el usuario registró una contraseña que oscila entre cuatro a seis letras o números o una conformación conjunta entre ambos tipos de caracteres. A menos que dicha información se encuentre asentada en un registro físico – tal como puede ser un cuaderno secuestrado en un allanamiento– o fuese aportada por un tercero, resulta evidente que la única forma de obtenerla consistiría lisa y llanamente a partir del aporte expreso del imputado.

Esta ‘colaboración’ se refiere justamente a que entregue las claves que obran reservadas en su mente. Si ello ocurre a instancias de un acto voluntario, considero que esa diligencia no exhibe reparo alguno en términos constitucionales. Ahora bien, si aquél se rehusara a hacerlo, su negativa se ampararía en la garantía bajo estudio. Ello así, pues el primer alcance del *nemo tenetur* es claro. Su núcleo de protección abarca aquellas comunicaciones cuya exteriorización depende exclusivamente de la voluntad del imputado y cualquier tipo de coacción tendiente a obtenerla está prohibido.¹¹¹ Este primer círculo de resguardo posee como factor dirimente a la declaración, donde la normativa constitucional no admite –así entiendo– interpretación en un sentido contrario ni es pasible de flexibilización alguna.

Idéntica extensión que le ha otorgado la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Bahía Blanca en el marco de un recurso de apelación sometido a su consideración sobre esta clase de medida.¹¹² Puntualmente, allí delineó:

(...) corresponde partir de una premisa básica que reza que todo imputado de un delito tiene un derecho absoluto a que de ninguna forma

¹¹¹ Javier Augusto De Luca, “Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales”, pp. 396 y ss.

¹¹² Se trató de un procedimiento que culminó con la detención de una persona y el secuestro de 500 (quinientos) kilogramos de marihuana y 5 (cinco) de cocaína. La Justicia le requirió a la imputada que aporte la clave de su celular bajo apercibimiento de disponer su acceso compulsivamente mediante su desbloqueo dactilar o facial. La defensa planteó la nulidad de esa medida, presentación que fue rechazada en ambas instancias.

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.¹¹³

Aunque este testimonio ostenta notorias diferencias con la declaración indagatoria prevista en el artículo 294 del CPPN, considero que la operatividad de la garantía no se restringe exclusivamente al acto formal en el que se atribuye un determinado hecho al acusado. Precisamente, su vigencia debe poseer una interpretación amplia y principalmente vinculada al derecho que posee a guardar silencio frente a esa imputación y demás elementos de cargo que la sustentan. Siguiendo a lo delineado por Maier¹¹⁴, la producción de este acto procesal puntual –léase, el aporte de las claves– deberá depender entera y exclusivamente de la voluntad del investigado, y pretender forzarlo mediante cualquier método coactivo se encuentra completamente vedado.

No quiero pasar por alto el comentario de Blanco, quien con cierto dejo de preocupación refiere:

(...) el almacenamiento de información incriminatoria en dispositivos protegidos (...) con contraseñas alfanuméricas constituye un obstáculo prácticamente insalvable, que impide el libre ejercicio de las facultades legalmente atribuidas al Estado para obtener evidencia de cargo, a riesgo incluso de garantizar la impunidad de los responsables de delitos gravísimos.¹¹⁵

Al respecto, debo decir que la utilización espuria que una persona pueda brindarle a un dispositivo se encuentra dentro de las consecuencias –toleradas– de los avances tecnológicos generalizados en la población. A lo que debo agregar que los Estados poseen un margen de actuación completamente superior al de los particulares, tanto en términos presupuestarios como en la posibilidad de articular mecanismos con el sector privado para el desarrollo de nuevas técnicas aplicables a estas diligencias.

No se puede olvidar que la obtención de la verdad y el cumplimiento de la ley lejos están de ser una meta absoluta del procedimiento, y esta haya obstáculos –y no me refiero a ello con una connotación negativa– en su camino. Dentro de tales ‘contratiempos’ se encuentra, entre otros tantos, la prohibición de la autoincriminación forzada. Esta no posee como finalidad impedir el ejercicio de facultades estatales investigativas, tal como

¹¹³ Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca (Sala I), “Incidente de reposición (...) en autos ‘Mora, Brisa Aylén s/ infracción ley 23.737’”, Legajo N° FBB 3139/2022/1/CA1, 27 de mayo de 2022.

¹¹⁴ Maier, “*Nemo tenetur* e investigación de la filiación. A propósito de la coerción estatal para conocer la verdad”, p. 144.

¹¹⁵ Blanco, *Tecnología informática e investigación criminal*, p. 620.

así se desprendería de lo transcripto anteriormente. Mas bien se erige como una de las garantías nucleares de los Estados destinada a evitar los abusos funcionales perpetrados por sus agentes y caer en la inmoralidad de construir la acusación sobre el testimonio forzado del sujeto; consecuencia directa de una coacción física o psíquica sobre su persona.

Reanudando la discusión, cabe agregar que idéntica conclusión debe arribarse en los celulares que pueden ser desbloqueados mediante el empleo de un patrón. Si bien ese ‘dibujo’ no implica claramente una declaración verbal, no se puede pasar por alto que la comunicación no se agota exclusivamente a esa vía. Tal es así que puede canalizarse mediante escritura o gestualidad. Exigirle al investigado que realice el patrón importa la exteriorización de un conocimiento suyo reservado y que se plasma mediante el movimiento de uno de sus dedos o el dibujo que este haga. Dicho acto es, entonces, uno equiparable al supuesto anterior y, de esta manera, hacer lugar a esta variante implicaría una comunicación viciada por el carácter obligatorio de la medida probatoria. La incoercibilidad del sujeto se vería afectada y este aporte no sería fruto de su voluntad.

Respecto al otro método, este abarca los casos de colocación de la huella sobre el sensor del teléfono o en la identificación que realiza la cámara mediante la obtención de una fotografía del rostro completo o del iris del ojo. Sostengo que dicha diligencia sí resulta admisible en términos constitucionales. A modo introductorio, abordaré la temática sobre las diversas posturas –tanto doctrinales como jurisprudenciales– que han sido objeto de detalle previo para arribar posteriormente a una respuesta afirmativa sobre el tema central bajo análisis. Veamos.

Para comenzar, considero que el binomio ‘actividad-pasividad’ no nos brinda una respuesta lo suficientemente contundente debido a la ausencia de un punto de partida concretamente delimitado, tal como expone Córdoba.¹¹⁶ Al respecto, las diversas interpretaciones esbozadas no permiten precisar cuándo se requiere una colaboración activa y cuando una pasiva, lo cual dificulta su abordaje debido a la evidente intervención –en alguna medida– del investigado en esta clase de diligencia. A modo de ejemplo, si uno hiciera uso de esta postura, ¿se podría afirmar que sobre el acusado pesa el deber de posar frente a una cámara a la espera que otra persona coloque la cámara sobre su rostro? En cambio, ¿se podría sostener que colocar la huella sobre el sensor implica una asistencia

¹¹⁶ Córdoba, “*Nemo Tenetur se ipsum accusare: ¿principio de pasividad?*”, pp. 255-278.

activa por parte de su usuario y, por ende, bajo la protección de la garantía? ¿O que su viabilidad se sostendría por la obligación de tolerar que el personal policial le sostenga su pulgar y se lo coloque sobre el detector dactilar a la espera de que se desbloquee el dispositivo?

Es justamente esa indeterminación, tal como refiere esa autora, la que habilita su manipulación en base a la forma que se interprete qué es lo que permanezca efectivamente bajo el amparo de la garantía y qué es lo que queda por fuera de ella. En este sentido, e independientemente de una similitud –que no es tal– con el par ‘objeto y sujeto de prueba’, su utilización podría llevar al sinsentido de avalar un determinado método de desbloqueo y descartar al otro o, incluso, admitir medidas probatorias más invasivas sobre el cuerpo humano –léase, una extracción de muestra de sangre– por sobre la puesta aquí en tela de juicio.

Descartada esta posibilidad, considero que la solución tampoco la hallamos al extrapolar las doctrinas del *act of production* y la *foregone conclusion* como así lo plantea Polansky.¹¹⁷ Este postula que el mero acceso mediante el empleo de rasgos biométricos del imputado implicaría implícitamente una evidencia incriminante con carácter testimonial, pues ese desbloqueo informaría quién es el usuario del teléfono, que ejerce control sobre dicho aparato y que su contenido le pertenece.¹¹⁸ Por ende, dicha circunstancia puede ser únicamente suplida en la medida en que el Estado conozca previamente quién es el usuario del dispositivo. Puntualmente, sostiene: “la *foregone conclusion* se podría aplicar perfectamente en la Argentina. Esta excepción no hace más que otorgarle valor jurídico a un hecho de la realidad: lo que aparenta ser una confesión no lo es, dado que el Estado tiene conocimiento previo del contenido de ese acto”.¹¹⁹

Al respecto, debo remarcar principalmente que el contenido incriminatorio no proviene, como así sostiene Polansky, del acto de desbloqueo del teléfono, más bien dicha circunstancia se hallará exclusivamente sujeta al eventual resultado de la búsqueda que se efectúe sobre su contenido. Sin desconocer que ambas medidas –me refiero, a todo evento, a su desbloqueo y al posterior análisis– están entrelazadas, la posible puesta en crisis del *nemo tenetur* se agota exclusivamente en el primer tramo, momento en el que

¹¹⁷ Jonathan A. Polansky, *Garantías constitucionales del procedimiento penal en entorno digital* (Buenos Aires: Hammurabi, 2020), pp. 94-96.

¹¹⁸ Polansky, *Garantías constitucionales del procedimiento penal en entorno digital*, p. 91.

¹¹⁹ Polansky, *Garantías constitucionales del procedimiento penal en entorno digital*, p. 97.

su falta de voluntad puede ser suplida por la fuerza pública necesaria –previa orden judicial, como veremos más adelante–. De dicha diligencia no se deriva testimonio alguno.¹²⁰ Ello así, pues, en primer lugar, el rastro físico no implica nada *per se* en tanto carece de valor de manera autónomo. En segundo, que el desbloqueo forzoso se debe dirigir indefectiblemente a la persona que se estima es su propietario, siendo que es una condición necesaria poseer ese conocimiento para su instrumentalización.

Si bien el autor no lo dice, al defender la viabilidad de esa doctrina no habría motivo alguno por el cual no se podría extender su aplicación a la entrega de documentos en poder del imputado.¹²¹ Sobre este punto, le asiste razón a Blanco al referir que el principal escollo de la *foregone conclusion* reside en las diferencias siderales entre los ordenamientos procesales de ambos países. El aspecto procesal –o mejor dicho, su ausencia en la materia– es un obstáculo insalvable en el contexto normativo actual.¹²² Tal es así que, a modo de ejemplo, no se contempla una figura como la de ‘desacato’ ni existiría remedio procesal que lo obligue a cumplir la orden judicial.

La extensa reseña sobre la jurisprudencia y doctrina estadounidense incluso evidencia las posturas que existen actualmente sobre esta temática particular, lo que denota una multiplicidad de criterios que difieren entre sí.¹²³ Tal como desarrollé, un sector afirma la operatividad de la garantía independientemente de la modalidad de acceso al dispositivo, otro escinde el análisis en base a su modo de acceso y otros discuten la posibilidad, o imposibilidad, de aplicar las doctrinas emanadas de los fallos Fisher y Doe. Lo que quiero apuntar es que la importación de una variante, por cierto novedosa para nuestro país, carece –de momento– de un respaldo generalizado en el propio país donde se la desarrolló.

Es así como a la luz de la jurisprudencia de la CSJN, el artículo 18 prohíbe cualquier forma de coacción –física o moral– sobre el imputado con el fin de obtener comunicaciones acerca de los hechos que no tiene el deber de exteriorizar.¹²⁴ Sin

¹²⁰ Idéntica interpretación efectuada por la Fiscalía Federal Nro. 2 de la ciudad de Tucumán, en cuanto alegó: “[c]olocar el dedo en un dispositivo o tomar la imagen facial a través del teléfono celular, no equivale bajo ningún aspecto a acceder a ‘comunicaciones’ del encartado, sino la utilización pasiva de su cuerpo, en el marco de una investigación penal (...)”. Dicha aseveración fue empleada en el marco de una solicitud relativa a la diligencia aquí bajo estudio (Fiscalía Federal Nro. 2 de la ciudad de Tucumán, Legajo Nro. FTU 7458/2022, 01 de agosto de 2022).

¹²¹ No olvidemos que ello fue la discusión que originó el precedente Fisher.

¹²² Blanco, *Tecnología informática e investigación criminal*, pp. 619 y 620.

¹²³ Ver apartado IV, “Abordaje en los Estados Unidos. B. Disputas jurisprudenciales”.

¹²⁴ CSJN, “Cincotta”, 13 de febrero de 1963, *Fallos*: 255:18, y reafirmado en “H., G.S.”, 4 de diciembre de 1995, *Fallos*: 318:2518.

embargo, tal restricción no abarca aquellos supuestos –tal como lo es el rasgo biométrico– en los que la evidencia es de índole material. De esta manera, entiendo que la solución afirmativa la podemos hallar en las doctrinas de ‘sujeto vs objeto de prueba’ y en la división de la prueba ‘testimonial’ y la ‘física’, ya que las primeras de ambas vertientes son las únicas que se encuentran amparadas por la garantía.

Si uno toma puntualmente como eje la primera de tales doctrinas, debemos recordar que la prohibición abarca aquellos casos en los que el acusado incorpora un conocimiento mediante su relato. En contraposición, si estamos ante un caso que no implica dicha circunstancia, su consentimiento puede ser suplido y forzado, en principio, a la realización de la medida.¹²⁵ Al respecto, el rasgo biométrico no consiste en ningún momento en el revelamiento de un pensamiento. Por ende, esta modalidad de acceso no conlleva la exteriorización de un aspecto reservado en el fuero íntimo. Postura que coincide con aquella expuesta por el Tribunal Supremo del Estado de Minnesota.

Este argumento ha sido utilizado por la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Bahía Blanca, en cuanto expresamente sostuvo:

[d]istinto es el análisis en los casos en que el imputado resulta objeto de prueba, es decir, cuando el sujeto investigado es el portador de la prueba misma. En estos casos, éste se constituye en objeto de prueba, y no se busca que el imputado realice un acto o manifestación, sino simplemente recae sobre él un deber de tolerancia, donde sólo se le exige un comportamiento pasivo frente a la medida probatoria ordenada. Sobre el punto, el hecho de que el cuerpo del imputado pueda ser utilizado para adquirir prueba en su contra, y en consecuencia, éste pueda ser compelido –en tanto objeto de prueba– a someterse a la medida probatoria dispuesta, ha sido convalidado –para ciertas prácticas y con determinados recaudos– por nuestro Máximo Tribunal.¹²⁶

En una misma línea lo ha hecho la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Mar del Plata, la cual consideró:

(...) lo que prohíbe esta garantía constitucional es que el imputado se vea compelido o forzado a aportar datos que puedan perjudicarlo, y que ello solo puede ocurrir a partir de manifestaciones de voluntad que exterioricen ideas o pensamientos propios de su fuero íntimo, pero en ningún caso abarcan situaciones en las cuales el imputado es sometido a una investigación judicial como “objeto” de prueba, en cuyo caso el sistema normativo autoriza el ejercicio de la potestad estatal mínima, proporcionada y razonable como para obtener ciertos datos que son

¹²⁵ Maier, *Derecho procesal penal*, p. 675.

¹²⁶ Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca (Sala I), “Incidente de reposición (...) en autos ‘Mora, Brisa Aylén s/ infracción ley 23.737’”, Legajo Nro. FBB 3139/2022/1/CA1, 27 de mayo de 2022.

imprescindibles para la continuación de la pesquisa o la averiguación de la verdad en el caso concreto.¹²⁷

De esta manera, la postura aquí defendida, además de guardar correlato con los lineamientos clásicos efectuados sobre la extensión de la garantía, refleja un consenso en el ámbito de diversas jurisdicciones federales¹²⁸ que avalan la constitucionalidad de esta medida.¹²⁹ Resulta oportuno mencionar que la resolución adoptada en el ámbito de la justicia marplatense fue recurrida, remedio procesal concedido bajo el argumento de la posibilidad de suscitar una situación de gravedad institucional.¹³⁰ Sin embargo, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal desechó su admisibilidad objetiva.¹³¹ En virtud de ello, las resoluciones actuales fueron adoptadas por tribunales de 1.^{ra} y 2.^{da} Instancia.

Dejando de lado la cuestión jurisprudencial y retomando el hilo de la discusión, no escapa de mi conocimiento que la huella o el reconocimiento facial se tratan de reemplazantes modernos de las claves alfanuméricas. Ahora, ¿por qué ello se erigiría como un obstáculo en términos constitucionales? ¿Acaso un examen ADN no sustituye lo que el propio imputado conserva en el interior de su mente y decide no exteriorizar? ¿No es lo mismo en un análisis de dosaje alcohólico en sangre? Se trata de supuestos en los que los avances tecnológicos le otorgan nuevos medios de prueba a los órganos de persecución estatal en la conformación de caudal probatorio destinada a acreditar –o descartar– una determinada hipótesis delictiva.

Para la producción de cada una de estas medidas –sin perder de vista que el desbloqueo compulsivo luce menos invasivo que las otras– se necesita ese rastro que porta el investigado. Entonces, el aporte que se le exige –o, mejor dicho, al que se lo obliga– no tiene un componente comunicativo, pues en sí mismo no dice nada, sino que requiere de un intermediario que constate su valor y así ‘signifique’ algo para el proceso.¹³² Ese

¹²⁷ Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata (Sec. Penal), “S., C. s/ incidente de nulidad...”, Legajo Nro. FMP 88/2019/188, 12 de agosto de 2021.

¹²⁸ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata (Sala I), “Incidente de nulidad”, Legajo Nro. FLP 14149/2020/65/CA18, 4 de diciembre de 2020, y Juzgado Federal Nro. 1 de Tucumán, “Incidente de nulidad”, Legajo Nro. 7458/2022/2, 25 de agosto de 2022.

¹²⁹ Puntualmente, las Cámaras Federales de las ciudades de La Plata, Bahía Blanca y Mar del Plata, y el Juzgado Federal Nro. 1 de la ciudad de San Miguel de Tucumán avalaron la constitucionalidad de la utilización compulsiva de huellas dactilares o rasgos faciales de la persona imputada. Cabe agregar que las dos primeras de ellas abarcaron, a su vez, a la lectura de iris/retina, mientras que las otras jurisdicciones no hicieron mención alguna a dicha variante.

¹³⁰ Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata (Sec. Penal), “S., C. s/ incidente de nulidad...”, Legajo Nro. FMP 88/2019/188, 1 de septiembre de 2021.

¹³¹ Cámara Federal de Casación Penal (Sala II), “Querellante: E. P. (...) s/ recurso de casación”, Legajo Nro. FMP 88/2019/188/1/CFC24, 7 de junio de 2022.

¹³² Peralta, “*Nemo tenetur* y derecho procesal preventivo. Acerca de la posible relevancia epistémica del derecho a no autoincriminarse”, pp. 212-213.

‘intermediario’ se trata del software del celular que detecta y extrae los rasgos biométricos para cotejar con la existente en su base de datos. Debo reiterar nuevamente que el eventual componente incriminatorio no proviene de esa diligencia –el desbloqueo–, más bien estará exclusivamente sujeto al contenido allí almacenado.

B. Su viabilidad desde un enfoque procesal

El cuadro de situación es claro. Según la postura aquí sostenida, puedo afirmar inicialmente que, frente a la negativa del acusado, el desbloqueo compulsivo no afecta la garantía contra la autoincriminación forzada en la medida en que el acceso al celular sea únicamente a través de la utilización de sus datos biométricos. No se necesita ahondar en profundidad para advertir que esta diligencia no se halla puntualmente plasmada en el CPPN, como así tampoco en el Código Procesal Penal Federal (en adelante, “CPPF”). Va de suyo, entonces, que esa falta de una regulación puntual es evidente.

Ahora bien, ¿este déficit implica un obstáculo inquebrantable en términos procesales o puede sortearse dicho conflicto a partir de los propios preceptos ya previstos en el ordenamiento jurídico actual? Una primera aproximación nos lleva a que la facultad de compeler el desbloqueo compulsivo de un celular carece de un mandato legal expreso que así lo autorice. Esto debería –cuanto menos– dispararnos un llamado de atención. Desde la postura que defiende Bruzzone, relativa a las medidas de coerción o, incluso, adoptando una mirada exegética sobre lo normado en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se torna un poco cuestionable la posibilidad de implementarlo en el cuadro normativo vigente.¹³³¹³⁴ Sin embargo, y tal como lo vimos anteriormente, ello no ha sido un impedimento para que sea ordenada en diversos procedimientos judiciales. Veamos.

Por un lado, la justicia federal de Dolores dispuso el traslado del acusado a una sede policial para que, sea de manera voluntaria o compulsiva, aporte su rostro o huella, y autorizó además el empleo de la mínima fuerza indispensable en caso de que éste se niegue.¹³⁵ Ello lo justificó a partir de los artículos 218 y 219 del CPPN, los cuales

¹³³ Gustavo Bruzzone, “La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal”, en *Estudios sobre Justicia Penal: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, AA.VV. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005): pp. 241-253.

¹³⁴ CADH, art. 30: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en esta, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”

¹³⁵ Juzgado Federal de Dolores, “D’alessio, Marcelo y otros s/ asociación ilícita ...”, Causa Nro. FMP 88/2019, 21 de febrero de 2019.

respectivamente prescriben la utilización corporal del imputado y las facultades coercitivas que puede disponer el juez.

A su vez, ponderó que dicha diligencia resultaba “(... razonable, necesario, proporcional y pertinente al fin investigado (...))”, y su razonabilidad respondía a que no existía otro modo seguro de extraer la información de los dispositivos secuestrados. Se remarcó, asimismo, que era el único medio seguro y menos lesivo, en tanto no producía una invasión corporal que menoscabe su pudor ni tampoco conculcaba sus derechos.

Por otra parte, la justicia federal bahiense remarcó el carácter necesario de la medida, en tanto podría constituirse en una herramienta oportuna para el avance de la investigación y resguardar el interés social en castigar delito de esa naturaleza (narcotráfico). Asimismo, ponderó su complejidad, ya que no podía inicialmente descartarse la existencia de una organización delictiva de mayor envergadura. Por lo que el desbloqueo compulsivo lucía como una mínima injerencia y proporcional a los fines del proceso.

Posee la particularidad que advierte la falta de regulación puntual, lo cual lejos de constituirse como un impedimento para su realización, se traduce en una adaptación de la normativa al contexto tecnológico actual. Al respecto, sostiene:

[r]esulta 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 (sic) a los avances digitales– resultar obsoleto para resguardar los intereses de la sociedad en la persecución y juzgamiento de los delitos.¹³⁶

De esta manera, para convalidar esta medida hace una extensión de los razonamientos que fundaron los fallos Cincotta y H., G.S., los cuales reportaron una entidad invasiva similar o incluso menor.

No se puede dejar de lado que esta circunstancia –me refiero a la falta de regulación taxativa– impone la obligación de disponerse con especial cuidado para que la actividad

¹³⁶ Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca (Sala I), “Incidente de reposición (...) en autos ‘Mora, Brisa Aylén s/ infracción ley 23.737’”, Legajo Nro. FBB 3139/2022/1/CA1, 27 de mayo de 2022.

judicial no avasalle injustificada y desproporcionadamente derechos individuales.¹³⁷ Máxime, cuando la realidad así se impone en diversas jurisdicciones de la justicia federal. Esto implica que resulta indispensable fijar una serie de criterios que permitan delimitar qué recaudos deben evaluarse, quién es el funcionario competente para ordenarlo y cuál será su alcance.

Previo a continuar, es necesario traer al debate una escisión mencionada en el subacápito previo. Se trata de la vulneración de derechos y garantías con idéntica jerarquía constitucional que guardan estricta relación con el desbloqueo compulsivo propiamente dicho –*nemo tenetur*– y al contenido de los archivos que se secuestrarán producto de tal acceso –intimidad y privacidad–. Si bien anteriormente diferencié ambos tramos a los efectos de circunscribir exclusivamente el análisis a la potencial afectación a la prohibición de la autoincriminación forzada, lo cierto es que a la hora de disponerse no puede obviarse que la razón exclusiva del acceso forzado consiste ineludiblemente en la obtención de la evidencia digital contenida en el artefacto electrónico. Tiene sentido, entonces, avanzar primero sobre la justificación de la intromisión sobre los derechos a la intimidad y privacidad para luego evaluar la viabilidad, o no, del uso de la fuerza pública para su materialización.

Para comenzar, recordemos que la averiguación de la verdad se constituye como una de las metas generales de nuestro procedimiento penal (*cf.* arts. 188, inciso 3.º, 193, inciso 1.º, y 239 del CPPN). En ese contexto, el legislador optó por adoptar el principio de libertad probatoria, lo cual implica que todo puede ser probado y por cualquier medio de prueba (*cf.* art. 206 del CPPN). Esta última normativa se basó en un fallo emanado por la CSJN, a través del cual se reseñó “(...) el cuerpo del delito puede comprobarse por todos los medios de prueba”.¹³⁸¹³⁹

El secuestro de un teléfono se trata de una evidencia física cuya incautación no reviste inconvenientes (*cf.* art. 231 del CPPN). La complejidad proviene de la obtención de la evidencia digital allí alojada. En la práctica, la extracción abarca la totalidad de los archivos digitales, los cuales son preservados en un dispositivo externo de

¹³⁷ I. Márquez y M. Perzan, “Acerca de los nuevos límites en materia coercitiva estatal. Dispositivos móviles: su acceso mediante códigos de bloqueo y/o datos biométricos”, en *Medios de prueba en el proceso penal – 4 Prueba Digital*, dirigido por Pablo Ordoñez (Buenos Aires: Hammurabi, 2021): p. 240.

¹³⁸ Navarro/Daray, *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, p. 199.

¹³⁹ CSJN, “Procurador Fiscal c/ Sosa Paéz, Isaac”, 22 de marzo de 1939, *Fallos*: 183:216.

almacenamiento para su posterior análisis. La vasta cantidad de información que posee actualmente esta clase de artefactos revelan la necesidad de operar con extremo cuidado para despejar la posibilidad de cualquier abuso de poder por parte del Estado. Deviene, entonces, sumamente pertinente que ese ingreso no se traduzca en una injerencia ilegítima en franca violación a preceptos constitucionales y convencionales¹⁴⁰ y, en consecuencia, evitar la exclusión de material probatorio de vital importancia pero que pudo haber sido alcanzado mediante una vía irregular.

El abanico de intereses en pugna es evidente, es decir, cómo compatibilizar las facultades del Estado en la persecución y la aplicación del castigo y los derechos y garantías que le asisten a los ciudadanos. Tal dilema conlleva a que esta intromisión requiera de una orden judicial previa y debidamente fundada que resguarde efectivamente *ex ante* a las personas. Ello así, pues si la actuación judicial existiera posteriormente a la intervención policial –léase, un análisis sobre el contenido del celular–, la afectación podría ser irreparable. Si bien este fundamento replica la postura sentada por la CSJN en el precedente Quaranta,¹⁴¹ relativo a las intervenciones telefónicas, entiendo que ese argumento puede ser extendido a un supuesto como el presente, en tanto suelen ser las comunicaciones –mensajes, registros de llamadas, correos electrónicos, entre otros– uno de los aspectos cruciales y materia de análisis por parte de las fuerzas policiales.

Allí deberá consignarse la idoneidad de la medida, la cual deberá presentar una relación directa con el objeto procesal de la hipótesis criminal en curso, como así también que conlleve posiblemente a una incorporación de nuevos elementos probatorios que permitan acreditar la acusación, reforzarla, o profundizar la investigación respecto a otros posibles partícipes. En cuanto a su necesidad, corresponderá afirmarse la inexistencia de otras diligencias menos lesivas y que arriben al mismo o similar resultado.¹⁴² Ligado a

¹⁴⁰ Me refiero a los artículos 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”), 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”) y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”).

¹⁴¹ CSJN, “Quaranta”, 31 de agosto de 2010, *Fallos*: 333:1674.

¹⁴² Sobre este punto, De Langhe señala que si bien una medida de intervención puede ser útil para la investigación, esta sólo puede tildarse de necesaria a la luz del principio de subsidiariedad. Es decir, previo a disponerse su implementación debe procurarse la de menor injerencia que implique similares resultados. Para mayor profundidad, ver: Marcela De Langhe, *Escuchas Telefónicas. Límites a la intervención del Estado en la privacidad e intimidad de las personas* (Buenos Aires: Hammurabi, 2009), pp. 68-92.

ello, esta afectación a la privacidad e intimidad de la persona imputada corresponde que guarde proporcionalidad con el esclarecimiento del hecho ilícito. Para tales fines, corresponderá que existan elementos que permitan presumir su existencia y, a su vez, evaluar como parámetros la gravedad y complejidad del delito atribuido, el rol del acusado en la maniobra delictiva, entre otros. Puntualmente, la intrusión a una zona resguarda por la persona y constitucionalmente tutelada no puede ni debe sustentarse en una resolución ambigua o imprecisa, la cual pueda convertir a la actividad estatal -léase, la judicial y la de sus auxiliares- en una excursión de pesca.

Cabe agregar que la falta de una norma con aplicación nacional exige, de momento, aumentar los esfuerzos tendientes a evitar cualquier abuso funcional. Este déficit normativo viene a ser paliado por el CPPF,¹⁴³ el cual prevé prescripciones específicas que regulan la incautación y tratamiento de datos electrónicos (*cf.* arts. 151, 153, 157 y cctes. del CPPF). Allí se dispone que el registro de un sistema informático o de un medio de almacenamiento de datos informáticos deberá ser ordenada por el juez previo requerimiento de parte y mediante auto fundado. Asimismo, se imponen las mismas condiciones para la inspección de lugares y cosas, donde deberá existir motivo suficiente y fundado para presumir que se encontrarán elementos útiles para la investigación (*cf.* art. 136 del CPPF).

Efectuada esa salvedad, si las circunstancias objetivas del caso otorgan sustento y razonabilidad a tal intromisión, he aquí donde toma relevancia la facultad de compeler compulsivamente al investigado para que desbloquee su teléfono en la medida de que rechace prestar colaboración. Con un claro acierto por parte de la justicia federal de Dolores, será únicamente el juez el que podrá autorizar a las fuerzas policiales y/o de seguridad al empleo de la fuerza pública mínima en caso de resultar estrictamente necesario para desbloquear dicho dispositivo (*cf.* art. 184, inc. 11 y 218 del CPPN).

Al respecto, cobra nuevamente vigencia esa ponderación que nos exige una medida como la presente, en la cual entran en consideración otra serie de derechos asociados al imputado, tales como su integridad física y dignidad. El juicio de proporcionalidad demanda determinar una relación con el grado de fuerza exigido para ‘vencer’ la resistencia que pueda oponer la persona. De esta manera, la violencia ejercida sobre ese

¹⁴³ Sobre este punto, recordemos que el CPPF únicamente se encuentra plenamente vigente para todas las causas iniciadas posteriormente al 10 de junio de 2019 en la jurisdicción bajo la competencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta.

cuerpo y, por ende, la afectación que pueda ocasionar luce menor en comparación, en primer lugar, a los fines perseguidos y, en segundo, a otras diligencias que reportan una injerencia corporal mayor –léase, una extracción de sangre– y que poseen amplia aceptación jurisprudencial y doctrinal.

VI. Conclusiones

La finalidad que se persiguió fue brindar una respuesta a un interrogante derivado de la implementación de una medida procesal novedosa que evidencia una posible afectación a la garantía de la prohibición de la autoincriminación forzada. Cuando los auxiliares de la justicia pretenden extraer la información alojada en un dispositivo, la preexistencia de una clave significaba un obstáculo prácticamente inquebrantable. Ello solo sorteado en la medida en que la persona imputada opte por colaborar, decisión que deberá revestir el carácter de autónoma y fruto de su voluntad para no inferir cuestionamiento alguno.

La complejidad relativa al desbloqueo proviene cuando su usuario se rehúsa a aportar las contraseñas que restringen su ingreso, circunstancia altamente probable dada por la posesión de material que pueda incidir desfavorablemente en su situación procesal. Esa negativa conlleva a la necesidad de establecer qué tipo de alcance debe poseer el *nemo tenetur* en un contexto donde la evidencia digital tiende a demostrar una mayor injerencia en los procesos penales. De esta manera, los beneficios de una determinada medida no pueden ni deben justificar su aplicación, máxime cuando estamos hablando de un supuesto que pueda implicar la afectación de una garantía diseñada en sus orígenes para evitar los abusos de poder por parte del Estado.

Tal como lo expuse, entiendo que la respuesta variará en razón de la modalidad de bloqueo que posea registrada el teléfono. Ya vimos que, si se está ante a una contraseña numérica/alfanumérica o un patrón lineal, la garantía le ofrecerá al acusado un ‘refugio’ legal para amparar constitucionalmente su decisión. Una mirada histórica sobre hasta qué punto debe extenderse la protección nos permite afirmar que la declaración bajo coacción moral o física, entendidas estas respectivamente como la obligación de prestar juramento o la aplicación de tormentos, se encuentra en plena colisión con la prohibición. La exteriorización de un conocimiento reservado mediante una comunicación verbal o gestual –por ej., realizar un patrón con uno de sus dedos– debe hallarse exenta de cualquier tipo de coerción estatal ilegítima que invalide su participación.

Ahora bien, esa respuesta no será idéntica cuando hablemos sobre un dispositivo bloqueado con algún rasgo biométrico del imputado. Este abordaje no debe, así entiendo, efectuarse bajo los parámetros delineados en la doctrina y jurisprudencia estadounidense. Esto obedece en gran medida a que esta discusión está lejos de estar zanjada en ese país, donde, incluso, existen hasta cuatro puntos de vista que difieren sobre la constitucionalidad de la medida. A esto debemos agregar que las teorías de *act of production* y *foregone conclusion* se derivan de un instituto –me refiero, claro está, al *subpoena*– que no posee ningún tipo de respaldo legal en nuestro ordenamiento jurídico. Previo a extrapolar una tesis cuya viabilidad no se encuentra tan asentada, todo indica que habrá que esperar a una resolución de la SCOTUS para establecer un criterio dominante allá y evaluar a partir de ello la posibilidad, o no, de extenderlo aquí.

Cabe señalar, en esa misma línea, que el criterio ‘actividad vs pasividad’ tampoco nos sería de gran ayuda, pues podría otorgar respuestas opuestas a las distintas variantes biométricas que se pueden presentar –es decir, huella, rostro o iris–. La falta de una delimitación lo suficientemente clara no nos permitiría distinguir cuándo se le exigiría una conducta activa u omisiva al usuario. Ello se traduce en la imposibilidad de señalar qué, y qué no, se encuentra amparado por la garantía.

En cambio, considero que la constitucionalidad del desbloqueo compulsivo –me refiero, claro está, limitado al caso de la utilización de datos biométricos– defendida en este trabajo es conteste con los parámetros elaborados en el seno de la doctrina nacional y provenientes de los fallos de la CSJN. Ello así, pues su legalidad puede ser sostenida a instancias de caracterizar la diligencia como un caso de ‘prueba física’ y/o ‘objeto de prueba’, supuestos en los que no aplica la protección. Donde, incluso, el Estado podrá prescindir de la voluntad del sujeto y emplear la fuerza pública mínima indispensable para su cometido. Al respecto, no se puede soslayar que la incipiente jurisprudencia de diversos tribunales federales se ha expedido en esa línea.

De esta manera, no encuentro reparo constitucional alguno que permita invalidar esta variante; más bien veo probable que se exhiban dificultades inherentes a la falta de una regulación procesal que delimite qué funcionario se encuentra autorizado –v.gr. si el juez o las fuerzas policiales de manera autónoma–, bajo qué requisitos y con qué alcance. Si bien ese déficit normativo no se erige como un impedimento, lo cierto es que ello le impone la misión a la jurisdicción de aplicarla de tal forma sin que se traduzca en un

avasallamiento de derechos constitucionales de los ciudadanos. Sin embargo, entiendo que las pautas detalladas oportunamente resultan suficientes para ordenar la medida en el cuadro de sujeción procesal imperante y, de esa manera, nos daría la oportunidad de aprovechar una herramienta que podría significar grandes avances en investigaciones donde sin ella sería dificultoso obtenerlo.

En base a todo lo expuesto, entiendo que el margen de actuación que ofrece el ordenamiento jurídico, sumado a las interpretaciones efectuadas desde la doctrina y la jurisprudencia nacional en torno a la garantía contra la prohibición de la autoincriminación forzada, me permite afirmar que el desbloqueo compulsivo es una diligencia que no afecta el artículo 18 de la CN y demás preceptos convencionales, en tanto se centre única y exclusivamente en la utilización de datos biométricos que porta la persona investigada para lograr su ingreso.

VII. Bibliografía

- Binder, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.
- Blanco, Hernán. *Tecnología informática e investigación criminal*. Buenos Aires: Thomson Reuters, 2020.
- Bruzzone, Gustavo. “La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal”, en *Estudios sobre Justicia Penal: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, AA.VV., 241/254. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- Calá, Laura Alejandra. “Asamblea del Año XIII: Comentarios de una breve complicación –Homenaje a sus 200 años–”. *Anales N° 43 – Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP* (2013): pp. 11/29.
- Carrió, Alejandro D. *Garantías Constitucionales en el proceso penal*. Buenos Aires: Hammurabi (6° edición, 2° reimpresión), 2019 [1984].
- Córdoba, Gabriela. “*Nemo Tenetur se ipsum accusare*: ¿principio de pasividad?”, en *Estudios sobre Justicia Penal: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, AA.VV., 255/278. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- De Langhe, Marcela. *Escuchas Telefónicas. Límites a la intervención del Estado en la privacidad e intimidad de las personas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

- De Luca, Javier Augusto. “Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y las garantías constitucionales”. *Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales* (2001): 396 y ss.
- García, Luis M. “El caso «Rau» o la insustancialidad del principio «nemo tenetur se ipsum accusare»”, en dir. Pitlevnik, Leonardo. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* 22. Buenos Aires: Hammurabi, 2017, pp. 28/65.
- García, Luis M. “El silencio y el privilegio contra la auto–incriminación en el proceso penal. Algunos problemas mal entendidos y otros problemas ocultos”, en *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal*, AA.VV., 207/291. Buenos Aires: Editores del Sur, 2018.
- Gelli, María Angélica. *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Comentada*. Buenos Aires: La Ley (2.ª ed., 1.ª reimpresión), 2004 [2001].
- Hendler, Edmundo. *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires: Ad–Hoc (1.ª ed., 1.ª reimpresión), 2006 [1996].
- Hobbie Jr., Norman., “Reconsidering the Foregone Conclusion Doctrine: Compelled Decryption and The Original Meaning of Self-Incrimination”. *The University of New Hampshire Law Review* 20, nro. 1, artículo 4 (2021). Disponible en: https://scholars.unh.edu/unh_lr/vol20/iss1/4/.
- Huertas Martín, María Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*. Barcelona: José María Bosch, 1999.
- Kerr, Orin. “An equilibrium-adjustment theory of the Fourth Amendment”. *Harvard Law Review* 125 (2011). Disponible en: <https://harvardlawreview.org/2011/12/an-equilibrium-adjustment-theory-of-the-fourth-amendment/>.
- Kerr, Orin. “Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination”. *Texas Law Review Online* 97 (2021). Disponible en: <https://texaslawreview.org/compelled-decryption-and-the-privilege-against-self-incrimination/>.
- Langbein, John. “The historical origins of the privilege against self–incrimination at Common Law”. *Michigan Law Review Association* 92, nro. 5 (1994): 1047/1085, https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/550/.

- Maier, Julio. “Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción estatal para conocer la verdad”, en *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, compilado por Gabriel Anitúa y Mariano Gaitán, 135/148. Buenos Aires: Del Puerto, 2012.
- Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal - Tomo I*. Buenos Aires: Editores del Puerto (2.^a ed., 3.^a reimpresión), 2004 [1989].
- Márquez , I., y Perzan, M. “Acerca de los nuevos límites en materia coercitiva estatal. Dispositivos móviles: su acceso mediante códigos de bloqueo y/o datos biométricos”, en *Medios de prueba en el proceso penal – 4 Prueba Digital*, dirigido por Pablo Ordoñez, 219/252. Buenos Aires: Hammurabi, 2021.
- Mohan, V., y Villasenor, J. “Decrypting the Fifth Amendment: The Limits of Self-Incrimination in the Digital Era”. *JCL Online of University of Pennsylvania Carey Law School* 15 (2011), https://scholarship.law.upenn.edu/jcl_online/vol15/iss1/2.
- Navarro, G., y Daray, R. *Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires: Hammurabi (5.º edición), 2013 [2004].
- Peralta, José Milton. “La no obligación de declarar contra uno mismo – *nemo tenetur se ipsum accusare*”, en *Tratado de los Derechos Constitucionales – Tomo III*, dirigido por Julio César Rivera, José Sebastián Elías, Lucas Grosman y Santiago Legarte, 399/439. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.
- Peralta, José Milton. “*Nemo tenetur* y derecho procesal preventivo. Acerca de la posible relevancia epistémica del derecho a no autoincriminarse”, en *Prevención e imputación. Acerca de la influencia de las teorías de la pena en el Derecho Penal y Procesal Penal*, dirigido por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Daniel Pastor, 195/218. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- Polansky, Jonathan A. *Garantías constitucionales del procedimiento penal en entorno digital*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.
- Roxin, Claus. “La protección de la persona en el proceso penal alemán”, *Revista Penal*, nro. 6 (2000): 120, <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/13048>.
- Sacharoff, Laurent. “Unlocking the Fifth Amendment: Passwords and Encrypted Devices”. *Fordham Law Review Online* 87 (2018), <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol87/iss1/9/>.

Sacharoff, Laurent. “What am I really saying when I open my smartphone? A response to Orin S. Kerr”. *Texas Law Review Online*, 97 (2020). Disponible en: <https://texaslawreview.org/what-am-i-really-saying-when-i-open-my-smartphone-a-response-to-orin-s-kerr/>.

Tedesco, Ignacio. “La libertad de la declaración de imputado: un análisis histórico-comparado”, en *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, compilado por Edmundo Hendler, 27/63. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004 [2001].

Wigmore, John. “*Nemo tenetur Seipsum Prodere*”. *Harvard Law Review* 5, nro. 2 (1891): 71/88, <https://www.jstor.org/stable/1321425>.