

## Garantías de los imputados vs. Averiguación de la verdad

Agustina del Rosario Anzisi<sup>1</sup>

**Abstract.** A lo largo del último siglo, los estándares respecto a las garantías que aplica la Corte Suprema de Justicia de la Nación han variado. Sin embargo, el cimbronazo de la revolución tecnológica fuerza cada día más que temas que parecían ya zanjados se vuelvan a revisar a la luz de los nuevos recursos y barreras que aportan las innovadoras tecnologías de la información y comunicación. En efecto, de manera progresiva se incorporaron a las investigaciones criminales numerosos medios de prueba, pero ¿a cualquier costo? ¿Cuáles son los límites?

**Keywords:** garantías – proceso penal – investigación – TICs – prueba digital

### 1 Introducción

Bien sabido es que las garantías, reconocidas en la Constitución Nacional e incluso a nivel internacional, operan como el límite al extenso poder del Estado para asegurar el sometimiento del imputado a un juicio justo.

Ahora bien, sin duda los estándares de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han evolucionado a lo largo de sus distintas conformaciones y contextos socioculturales.

Los criterios expresados y desarrollados con relación a, por ejemplo, la exclusión de la prueba en los diversos casos en que resolvió, admitieron variaciones que -ante un análisis crítico actual- en algunas ocasiones implicaron un detrimento de las garantías constitucionales, mientras que en otras se privilegiaron repetidamente ante la contraposición de intereses.

Basta recordar el vericuetto recorrido por el máximo tribunal con relación a la prohibición de la autoincriminación que se desprende del art. 18 de la Constitución Nacional -además del 8.2.g de la Convención Americana de Derechos Humanos y del 14.2.g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de jerarquía constitucional-, teniendo como vértices los fallos “Zambrana Daza”<sup>2</sup> y “Baldivieso”<sup>3</sup> que versaban sobre circunstancias asimilables.

---

<sup>1</sup> Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Posgrado UBA en cibercrimen y evidencia digital. Contacto: agustina.anzisi@gmail.com

<sup>2</sup> ZAMBRANA DAZA, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737. SENTENCIA. 12 de Agosto de 1997. CSJN

<sup>3</sup> BALDIVIESO, César Alejandro s/causa nro.16400. SENTENCIA. 20 de Abril de 2010. CSJN

En resumidas cuentas, en ambos casos se trató de personas que como consecuencia de su conducta delictiva tuvieron que exponerse y requerir asistencia médica de urgencia y por ésta, al evidenciarse el ilícito cometido, fueron denunciados y condenados.

Ahora bien, al momento de resolver, en el primero, se privilegió el interés del Estado por perseguir delitos por sobre el valor vida, mientras que en el segundo se apartó completamente de dicho criterio y la Corte entendió que, ante la contraposición de valores, no se debería llevar al sujeto a la atroz elección entre “prisión o muerte”, incorporando así la doctrina emanada del plenario “Natividad Frías”<sup>4</sup>, optando finalmente por absolver al mencionado Baldivieso.

Resta señalar que, en dicho fallo se ponderaron distintos valores en juego, en tanto se trató la prohibición a autoincriminarse en contraposición con el interés estatal en la averiguación de la verdad y persecución de determinados delitos, pero la decisión adoptada finalmente tomó como uno de sus pilares el objetivo de promover la salud pública para lo cual privilegió la confidencialidad que se espera en la relación médico-paciente, y sostuvo así la protección al derecho a la privacidad por sobre la obligación de denunciar que pesa sobre los funcionarios públicos.

#### **La C.S.J.N. y la exclusión de la prueba.**

La Corte Suprema, en los hechos, ha receptado la doctrina estadounidense comúnmente conocida como “fruto del árbol envenenado”, por lo que si en el desarrollo del proceso se determina la nulidad de un acto del que emanaron elementos probatorios, éstos serán inválidos también por lo que no podrán ser tenidos en cuenta a la hora de adoptar un temperamento incriminador.

Así lo ha sostenido en casos como “Rayford”<sup>5</sup>, “Charles Hermanos”<sup>6</sup>, “Fiorentino”<sup>7</sup>, “Montenegro”<sup>8</sup> y también en el más reciente “Paulino, Oscar Ceferino”<sup>9</sup>, en los que, en distintos contextos y origen del elemento reprochable, se consideró inadmisibles la prueba obtenida por medios ilegales, por lo que debía ser excluida como elemento de cargo.

En efecto, más allá de las diferentes circunstancias que rodearon a los casos, en cada uno de ellos se determinó que se obtuvieron pruebas a partir de actos violatorios de los principios que emanan de la Constitución Nacional, por lo que, bajo una justificación fundamentalmente ética, se decidió que una sentencia judicial no podía basarse en un acto contrario a derecho, en tanto comprometía la buena administración de justicia.

<sup>4</sup> FRIAS, Natividad s/ ABORTO. PLENARIO. 26 de Agosto de 1966.CNCC

<sup>5</sup> RAYFORD, Reginald. SENTENCIA. 13 de Mayo de 1986. CSJN

<sup>6</sup> CHARLES hermanos y otro SENTENCIA. 5 de Septiembre de 1891. CSJN

<sup>7</sup> FIORENTINO, Diego Enrique s/ tenencia ilegítima de estupefacientes. SENTENCIA. 27 de Noviembre de 1984. CSJN

<sup>8</sup> MONTENGRO, Luciano Bernardino. 10 de diciembre de 1981.CSJN

<sup>9</sup> PAULINO, Oscar Ceferino s/ recurso extraordinario federal. SENTENCIA. 17 de Septiembre de 2013. CSJN

Además, resulta vital resaltar que oportunamente se consideró que, si en el caso existieran diversos acusados, el acto nulificado no podría ser empleado como fuente para ir en contra de ninguno de ellos, sin discriminar.

Es decir, si se ha llegado a acusar a varias personas, por ejemplo, a partir de una declaración auto-incriminante forzada o un allanamiento sin orden ni justificación legal, y, por ende, irregulares; no existiendo otro nexo independiente de ese elemento entre los coimputados y el delito, los efectos de la nulidad podrían entenderse conclusivos de su vinculación con el ilícito. Caso contrario, se continuaría otorgando valor al producto de la actividad contraria a derecho por parte del Estado.

### **Los estándares con relación a la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de las comunicaciones.**

Como ya he mencionado, las garantías son fundamentales para limitar la actividad estatal y asegurar el desarrollo de un proceso justo, para lo cual se han dejado establecidas en el ordenamiento jurídico las circunstancias específicas en las que se puede avanzar sobre ciertos derechos sin que esto implique mellarlos.

Aún así, hubo ocasiones en las que el tratamiento de las exigencias con relación a la justificación legal de medidas ejercidas por el Estado que ponían en jaque garantías tales como la inviolabilidad del domicilio, parecería haber sido un tanto liviano.

Es el caso del fallo “Minaglia”<sup>10</sup>, donde, entre otras cosas, se discutió la necesidad o no de fundar la orden de allanamiento expedida por la autoridad judicial. Según se concluyó, cuando de las constancias de la causa surge con claridad la motivación para materializar el registro domiciliario, en nada obsta que el magistrado no la haya explicitado en la respectiva orden.

A mi humilde entender, dejar a la libre interpretación un acto que específicamente la ley ha dispuesto que sea debidamente fundado, resulta, como mínimo, en desligar responsabilidad del titular de la orden. Como ya se ha visto, existen tantos criterios como personas, por lo que aquellos elementos que en un tribunal justificarían el avance del Estado sobre la garantía mencionada, en otro podrían considerarse insuficientes o no observarse de la misma manera sin su debida contextualización. Si se considera correcta y ajustada a derecho la medida, ¿cuál es el problema a la hora de fundamentarla? En definitiva, tal temperamento redundaría en desligar al juez de su propio decisorio y poner en cabeza de otros descifrar su porqué.

En esa línea, resulta apropiado destacar la disidencia expresada por los Dres. Maqueda y Zaffaroni, puntualmente el considerando 14° donde recuerda que la obligación de fundar los temperamentos judiciales promueve “...la exclusión de decisiones irregulares, es decir, tiende a documentar que el fallo de la causa es derivación razonada del derecho vigente y no producto de la individual voluntad del juez”.

En otra línea, corresponde hablar de la protección que, de la lectura armónica del art. 18 en conjunto con el 19 y el 33 de la C.N., se desprende para la privacidad de las comunicaciones en general.

---

<sup>10</sup> MINAGLIA, Mauro Omar y otra s/Infracción Ley 23.737. 4 de septiembre de 2007. CSJN

Así lo ha entendido la CSJN en “Halabi”<sup>11</sup>, en el que se destaca puntualmente el considerando 23° donde se expresa “...las comunicaciones a las que se refiere la ley 25.873 y **todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. El derecho a la intimidad y la garantía consecuyente contra su lesión actúa contra toda "injerencia" o "intromisión" "arbitraria" o "abusiva" en la "vida privada" de los afectados...**” (el resaltado me pertenece).

Esta atinada expresión empleada por la Suprema Corte ha resultado primordial -en tanto constituye un precedente de criterio del máximo tribunal-, a efectos de adelantarse para que la innovación continua en los medios no dé lugar a la desprotección del mencionado derecho de los habitantes de la nación.

En efecto, en la actualidad podemos concluir que registros tales como videollamadas y mensajes por medio de aplicaciones informáticas se encuentran cubiertos por la correspondiente garantía.

Sin perjuicio de ello, es dable recordar que, en cuanto al sistema penal, el Código Procesal Penal de la Nación prevé en su art. 236 la intervención y obtención de los registros de comunicaciones del imputado, para lo que exige, al igual que en el momento de decidir un allanamiento, la emisión de un auto fundado por el Juez interviniente. Este criterio se mantiene en el postergado Código Procesal Penal Federal, que recepta la garantía en su artículo 13 y reglamenta la forma de avanzar legalmente sobre ella en su art. 150 y 151, haciendo expresa mención a “*cualquier otra forma de comunicación*”.

Asimismo, cabe señalar que, ante hechos de difusión en los medios de comunicaciones privadas obtenidas lícitamente, la CSJN entendió necesario expedirse por lo que sus integrantes suscribieron la Acordada 17/2019 en la se que aclaró cuáles deben ser los principios rectores en materia de interceptación y captación de comunicaciones, además de tomar determinadas medidas en miras de garantizar la protección integral del derecho a la privacidad, entendida ésta no sólo como un valor integrante del respeto a la dignidad de las personas, sino principalmente, como “...*rasgo de esencial diferenciación entre el Estado de Derecho y las formas autoritarias de gobierno*” (v. considerando III).

Entonces, para franquear esta protección constitucional cumpliendo con las limitaciones formales, la medida de interceptación de las comunicaciones debe cumplir con los requisitos de *proporcionalidad, excepcionalidad, provisionalidad y fundamentación*.

En resumen, el objetivo es que la intervención de las comunicaciones no será la primera herramienta de investigación, sino, más bien, la última a la que se recurra cuando ya no hubiere otras formas de avanzar para el esclarecimiento del hecho; no podrá ser empleada cuando existan medios menos lesivos para obtener la información; deberá establecerse por un tiempo determinado; y no podrá ser utilizada para “ir a la pesca” de elementos de prueba genéricos, sino con un objetivo preciso que le otorgue sentido a su petición. .

---

<sup>11</sup> HALABI, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986. 24/02/2009, CSJN

## 2 Innovación tecnológica, derechos y garantías.

Sentado ello, corresponde pasar a tratar sobre los alcances de las garantías constitucionales con relación al empleo de instrumentos tecnológicos que, por ejemplo, contienen información del imputado, lo cual implica en gran medida regresar sobre la prohibición de autoincriminación.

En primera instancia vale aclarar que acceder -previa autorización judicial- a un dispositivo incautado en el marco de un proceso penal es posible sin involucrar al acusado en su apertura, en la medida que la reglamentación habilita a que se acceda a su correspondencia y/o comunicaciones, para lo cual existen medios alternativos.

Ahora bien, se ha presentado el problema de los sistemas de bloqueo infranqueables en determinados dispositivos y, a partir de allí, la necesidad de contar con la cooperación del encausado para su examen.

En ese sentido, se destaca que en lo que respecta a dispositivos protegidos con una clave o patrón de bloqueo, no resultaría compatible con las garantías vigentes en nuestro país la exigencia al imputado de que aporte los códigos correspondientes, en tanto ello implicaría obligarlo a declarar contra sí mismo y, por lo tanto a autoincriminarse.

Cabe recordar lo desarrollado por el Dr. De Luca al expedirse respecto del cuerpo humano como objeto prueba, ocasión en la que asentó “...se sostiene que la cláusula contra la autoincriminación compulsiva ampara solamente “declaraciones”, es decir, expresiones de la voluntad del ser humano, que son un producto del pensamiento de las personas, elaboraciones mentales, que se reflejan en una conducta activa u omisiva, con sentido intelectual. Se incluyen los cuerpos de escritura, los gestos, etcétera, toda prueba que requiera su colaboración intelectual con significado expresivo...”.<sup>12</sup>

Incluso, ni el más moderno -y de escalonada implementación- C.P.P.F. admite la declaración forzada del acusado, atento a que de su art. 4º surge con total claridad la premisa “Toda admisión de los hechos o confesión debe ser libre y bajo expreso consentimiento del imputado”.

Entonces, teniendo en cuenta los diversos antecedentes del tribunal supremo es dable aseverar que no se habilita a compeler al imputado para que otorgue las claves de sus dispositivos.

En otra línea, es posible evocar que existe cierta comparación entre la exigencia del desbloqueo del teléfono celular del imputado que se encuentra protegido por sus datos biométricos con la extracción compulsiva de sangre de éste, en tanto se retorna a la discusión del imputado como sujeto de derechos y objeto de prueba en el proceso.

---

<sup>12</sup> DE LUCA, J. A. “El cuerpo y la prueba.” publicado en la Revista de Derecho Procesal Penal de Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, número dedicado a La injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado, III, pág. 41.

Cabe recordar que la CSJN se ha expedido en determinados casos a favor de la extracción compulsiva de sangre del imputado<sup>13</sup> y para ello ha argumentado -tal como colectara el Dr. Carrió en su obra<sup>14</sup>-, *“desde antiguo esta Corte ha seguido el principio de que lo prohibido por la ley fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad; pero ello no incluye los casos en que cabe prescindir de esa voluntad, entre los cuales se encuentran los supuestos —como el de autos— en que la evidencia es de índole material”*<sup>15</sup>.

Para ese caso concreto, la discusión habría quedado zanjada a partir de 2009, cuando se incorporó al C.P.P.N. el art. 218 *bis* que regula específicamente la obtención de ADN, facultando la coerción mínima e indispensable para ello.

Nuevamente, es posible evocar a De Luca que refirió *“Lo único que debe evitarse es la violación de otras garantías como el respeto de la dignidad, la defensa en juicio, la exigencia de que la medida deba estar prevista por ley, ser proporcionada al fin perseguido, ser pertinente a ese fin, necesaria, realizada por métodos normales y seguros, estar precedida por una “causa probable” que nos indique la seria sospecha de su pertinencia”*.<sup>16</sup>

Entonces, resta analizar las cuestiones vinculadas que el avance tecnológico actual ha puesto en consideración: ¿se podrá exigir del acusado que preste su cuerpo para desbloquear su dispositivo mediante los sistemas de reconocimiento facial, de huella dactilar y/o de iris? Es decir, ¿es posible utilizar al imputado como objeto de obtención de prueba y a partir de sus datos biométricos acceder a su intimidad?

Esta parecería ser la discusión que se encuentra en sus albores. No porque sea tan novedosa la temática (corresponde señalar que ya existen fallos de tribunales extranjeros del año 2014), sino porque aún no se ha visto que la Corte nacional haya tenido que resolver al respecto.

En primer lugar, resulta evidente que al ser una medida de coerción que no se encuentra prevista específicamente, más allá del principio de libertad probatoria que rige el ordenamiento procesal penal, lo cierto es que prima la garantía de legalidad, por cuanto la autoridad estatal podrá aplicar coerción **únicamente** en los casos que así estuviera establecido.

Más allá de que exponer a un imputado simplemente a ser “examinado” o “advertido” por su propio teléfono no resultaría una medida que afecte su dignidad -uno de los límites a aquellas diligencias en las que haya que aplicar coerción sobre él-, lo cierto es que sí podría constituir una violación a la prohibición de autoincriminación.

<sup>13</sup> En honor a la brevedad y atento a que el sentido del presente trabajo es profundizar sobre las garantías de los acusados de un delito en contraposición con la persecución de la verdad por parte del Estado, no ahondaré sobre los resolutorios respecto a la misma medida desplegada sobre presuntas víctimas de delitos, tales como “Vazquez Ferra” y “Gualtieri Rugnone de Prieto”.

<sup>14</sup> CARRIÓ, Alejandro D., “Garantías constitucionales en el proceso penal”, 6° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

<sup>15</sup> H., G.S. y otro s/apelación de medidas probatorias. 4 de diciembre de 1995. CSJN.

<sup>16</sup> DE LUCA, loc. cit.

Sobre el particular, se puede apreciar lo resuelto por la jueza Kandis Westmore (distrito de California, EE.UU.) quien entendió que obligar a una persona a desbloquear un dispositivo mediante huella digital o reconocimiento facial vulneraba la Quinta Enmienda, que, justamente, consagra la garantía del acusado a no ser obligado a no declarar contra sí mismo, resaltando puntualmente que un escaneo permite confirmar el control del dispositivo que ostenta la persona<sup>17</sup>.

En ese sentido, resulta interesante la teoría que plantea el Dr. Jonathan Polansky<sup>18</sup>, quien plantea que exigir del imputado el desbloqueo por medio del reconocimiento de partes de su cuerpo afectaría el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

Para diferenciarlo de la extracción compulsiva de sangre, desarrolla que ésta última cuenta con dos instancias en la producción de la prueba que, contrariamente, el desbloqueo por medio de datos biométricos no presentaría.

Por un lado, se encuentra la extracción de sangre del imputado, que si bien aporta el dato “el acusado tiene sangre”, esto es algo conocido y presumido por todos, en tanto está vivo.

Por el otro, surge el análisis realizado sobre la muestra que aporta información específica no conocida y que ya no exige la presencia del imputado, por lo que no podría constituirse en violatoria del principio en cuestión.

Si estos dos momentos se quieren diferenciar en el momento de la obtención de los datos biométricos del imputado y consecuente desbloqueo de un dispositivo, no es posible en tanto ya desde el primer momento está brindando información tal como el reconocimiento o no de la propiedad del teléfono y, en caso afirmativo, que resulta ser su usuario, por lo que reconoce su contenido.

Por mi parte, traigo a colación un caso supuesto, que podría darse habitualmente en la ciudad de Buenos Aires:

*Se detiene a una persona en un hecho flagrante de sustracción de un teléfono celular a un transeúnte y al requisarla se le incautan dos teléfonos celulares. Ante ello, el personal policial a instancias del Juez de turno le pide que los desbloquee y, como consecuencia de ello, se establece que si bien uno de los teléfonos sería suyo -por lo que no interesaría un análisis posterior de su contenido-, lo cierto es que el infructuoso intento sobre el otro equipo permitió completar la base fáctica de la acusación, en tanto confirmó la sospecha de que dicho dispositivo no le pertenecía.*

A todas luces, es el propio imputado quien está produciendo la prueba en su contra al desbloquear (o no) el dispositivo. Más allá de que existen otras cuestiones discutibles en torno al caso desarrollado, lo que es indudable es que evidencia que el mero pedido de desbloqueo de un teléfono celular podría resultar en una grave afectación a las garantías del imputado en tanto implicaría forzar su directa autoincriminación, lo que, por cierto, conforme el análisis propuesto por Polansky, no sucedería con la extracción compulsiva de sangre.

---

<sup>17</sup> Case nro. 4-19-70053 “Order denying application for a search warrant...”. 10/01/2019. United States District Court. Northern district of California. (disponible en <https://www.diariojudicial.com/nota/82561>, 27/08/2021).

<sup>18</sup> POLANSKY, Jonathan A. “Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital”, 1º ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020.

Repasemos. En el caso “Baldivieso” tratado en los inicios del presente trabajo, la prueba fundamental de la comisión del delito había sido la exposición del propio imputado a estudio clínico -por una extrema necesidad ante el peligro de muerte-, y esto fue considerado por la CSJN autoincriminación. Nótese que aquí sí podrían verse los dos momentos a los que aludiera el Dr. Polansky (puesta a disposición del cuerpo del acusado y análisis de su contenido) y aun así, fue la autopuesta en la situación inculpativa que no se consideró libre, en tanto de no hacerlo, el resultado podía haber sido su muerte.

A su vez, respecto a la extracción compulsiva de sangre en “*H., G.S. y otro s/apelación...*”, sostuvo que lo que prohíbe la ley fundamental es compeler para obtener testimonios o comunicaciones no voluntarias o libres diferenciando así el estudio de la sangre de una manifestación del acusado. Sin perjuicio de ello, se ha visto ya que, a partir de este último debate, se reglamentó específicamente la oportunidad y forma en que podrá accederse a dicha medida, zanjando, hasta el momento, la cuestión.

Finalmente, resulta oportuno recordar el intento legislativo efectuado para brindar regulación acorde al principio de legalidad, incluyendo específicamente en el libro de “Principios fundamentales” del espaciadamente implementado C.P.P.F. los arts. 4, 10 y 14, que aluden específicamente al derecho a no autoincriminarse, la validez de los elementos probatorios y la prohibición de analogía e interpretación extensiva en materia de disposiciones que coarten derechos del imputado.

### 3 Conclusión

En definitiva, deviene una conclusión lógica que exigirle a un acusado su clave, que apoye el dedo correspondiente en el lector de huellas, que exponga su cara o que abra los ojos para el reconocimiento facial o de iris, aunque parecerían algunas situaciones más claras que otras, en su totalidad constituirían una declaración no libre del imputado que podría definir por sí mismo cuestiones tales como “ese teléfono sí/no es mío”, además de implicar una medida de coerción que actualmente no se encuentra debidamente respaldada por el ordenamiento jurídico.

Como corolario, los estándares de la CSJN efectivamente han variado y, probablemente, lo seguirán haciendo no sólo por el correr de los años y recambio de sus integrantes, sino también por la aparición de casos especiales, de presentación de afiladas y renovadas argumentaciones y, seguramente, en función de los avances tecnológicos que habilitaron, habilitan y habilitarán nuevos escenarios que quizás hoy resulten impensables.

Para ello resulta fundamental que se sigan cuestionando los preceptos a la luz del mayor respeto a las garantías constitucionalmente establecidas que no sólo importan a los imputados, sino a toda la ciudadanía.



## **Bibliografía**

1. ASOCIACION POR LOS DERECHOS CIVILES, “La Corte y los derechos: informe 2005-2007”, 1° ed., Siglo XXI Editores Argentina, 2008.
2. CARRIÓ, Alejandro D., “Garantías constitucionales en el proceso penal”, 6° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2015.
3. DE LUCA, J. A. “El cuerpo y la prueba.” publicado en la Revista de Derecho Procesal Penal de Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, número dedicado a La injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado
4. POLANSKY, Jonathan A. “Garantías constitucionales del procedimiento penal en el entorno digital”, 1° ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2020.