



VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE AUTOINCRIMINACIÓN EN EL APOORTE VOLUNTARIO Y/O EN EL DESBLOQUEO COMPULSIVO DE CLAVES Y DATOS BIOMÉTRICOS DE DISPOSITIVOS INFORMÁTICOS. (artículo realizado en el marco del Programa de actualización en Ciberdelitos y Evidencia Digital UBA)

De Maria Julia Sosa, secretaria del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal 10 de CABA.¹

Palabras claves: DESBLOQUEO COMPULSIVO DE CLAVES Y DATOS BIOMETRICOS- AUTOINCRIMINACION- GARANTIAS CONSTITUCIONALES- JURISPRUDENCIA- DOCTRINA

I. Sumario.

El objeto de este trabajo consiste en proporcionar las herramientas necesarias para que los lectores puedan ingresar en el debate jurídico vinculado a si el aporte “voluntario” del imputado, o en su caso, el desbloqueo compulsivo de las claves alfanuméricas o de datos biométricos de dispositivos informáticos, constituyen un avasallamiento a la garantía constitucional de prohibición de la autoincriminación o no, y efectuar un repaso de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, para luego presentar mis conclusiones y posición al respecto.

II. Introducción.

La vida moderna nos enfrenta diariamente a un desarrollo tecnológico cada vez más importante. En los últimos cuarenta años esta situación ha quedado perfectamente evidenciada con la posibilidad de acceder a distintos dispositivos electrónicos que cumplen una función fundamental en nuestras vidas y en los cuales almacenamos mucha información valiosa que puede resultar de gran interés en investigaciones penales.

¹ Abogada UBA con especialidad en Derecho penal, especialista en Derecho Penal UBA, maestranda en Derecho penal UBA, docente en diversas universidades (UBA, USAL, UM), autora de diversos artículos.

En la mayoría de los casos los referidos dispositivos se encuentren cifrados, ya sea con una contraseña alfanumérica, a través de huellas dactilares o de identificación biométrica.

Dicha circunstancia nos obliga a preguntarnos, como operadores del sistema penal, cuáles son los límites constitucionales con los que nos enfrentamos para contar con dichas claves. ¿Se infringe la garantía constitucional de prohibición de declarar contra sí mismo si se le solicita al imputado que proporcione voluntariamente los accesos referidos? ¿Y si, ante su negativa de proporcionarlos voluntariamente, se los obtiene de manera compulsiva? ¿Cuáles deberían ser los recaudos para hacerlo? Es lo mismo exigirle compulsivamente al imputado que proporcione las claves alfanuméricas que conseguir forzosamente, aunque ejerciendo la mínima fuerza indispensable, los datos biométricos. ¿Qué opina la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional al respecto?

Para ello considero fundamental ahondar en el concepto y en el alcance que debe dársele a esta garantía constitucional de no autoincriminación o *nemo tenetur* para luego comenzar a contestar los interrogantes planteados.

1. Garantía constitucional en crisis. Posiciones doctrinarias y jurisprudenciales nacionales e internacionales.

La garantía de no autoincriminación está prevista en el artículo 18 de la Constitución Argentina, como también en el artículo 8. 2.g de la Convención Americana de Derechos Humanos y entre otros, en el art. 14. 3 g del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -todos ellos con jerarquía constitucional conforme al art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional-, y es el derecho que tiene el imputado de decidir libremente si declarará o no, como así también cuál será el contenido de su declaración. Expresamente el art. 18 de la Constitución Nacional señala: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo...”. Ningún funcionario judicial podrá compelerlo a declarar y mucho menos, a declarar contra sí mismo. Este precepto guarda gran similitud con el plasmado en la Enmienda V de la Carta Magna de los Estados Unidos, el cual establece que “nadie será obligado a ser un testigo contra sí mismo”.

Ahora bien, se discute doctrinaria y jurisprudencialmente el alcance que debe dársele a la aserción “declarar contra sí mismo”.

Desde la doctrina podemos mencionar entre otros a Gabriela Córdoba quien fue clara al señalar que se pueden distinguir tres posturas sobre esta cuestión: la primera de ellas considera que el derecho sólo ampara la declaración del imputado, es decir, todo lo

que se incorpore al procedimiento a través del relato, verbal o escrito, del imputado. La segunda se encuentra en el extremo opuesto, pues afirma que debe interpretarse en un sentido amplio, lo cual implicaría la prohibición absoluta de obligar al imputado a prestar cualquier tipo de colaboración, ya sea directa o indirectamente, por acción u omisión, con la persecución penal llevada en su contra. Por último, encontramos una posición intermedia que entiende que lo prohibido es obligar al imputado a colaborar activamente en su propia incriminación, con lo cual pesaría sobre el imputado la obligación de tolerar las medidas de investigación corporal, pero sin estar obligados a realizar actividad en ninguna de ellas.”²

Binder, por su parte, ha señalado al respecto que “Otra discusión que se ha entablado en este campo se refiere a si el término declaración debe ser entendido en su sentido rigurosamente literal de “ingreso de información a través de una manifestación oral o escrita de alguien” o si se debe entender en un sentido más amplio”. Y al respecto hace referencia a que si fuera así el imputado no estaría obligado a prestarse a la realización de un acto del cual se pueda inferir fácilmente algo que le cause algún tipo de perjuicio, como bien podría ser participar en un reconocimiento en rueda de personas o en la extracción compulsiva de ADN.”³

En el mismo sentido De Luca ha destacado que “...la cláusula contra la autoincriminación ampara solamente “declaraciones” que sean producto del pensamiento de las personas, una elaboración mental que se refleja en una conducta activa u omisiva, incluyendo los cuerpos de escritura, los gestos etc., es decir, toda prueba que requiera su colaboración intelectual con significado expresivo” y que “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”.”⁴

También Pinto ha señalado que “en los tribunales federales y estatales las Cortes usualmente admiten que no hay protección contra la obligación de presentar huellas

² CORDOBA, Gabriela *Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba*. El papel del sistema de Justicia frente a violaciones masivas a los derechos humanos. Problemáticas actuales Buenos Aires, Abuelas de Plaza de Mayo, Ed. Abel Madariaga 2008, pp. 111 y stes.

³ BINDER, Alberto *Introducción al derecho procesal penal*, Capital Federal, Ed. Ad hoc, Seg., ed. actualizada y ampliada, 1999, p. 183

⁴ DE LUCA, “El cuerpo y la prueba” en *Revista de Derecho Procesal Penal* de Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, número dedicado a La injerencia en los Derechos Fundamentales del Imputado, pp. 41y stes.

dactilares, fotos, medidas, el escribir o hablar para identificarse, el aparecer en la Corte, caminar o hacer un gesto. La distinción que emerge es que el privilegio prohíbe la obligación de 'comunicar' o 'testificar', pero que la compulsión para que el sospechoso sea la fuente de 'evidencia física' no involucra la garantía constitucional [...] La Corte tiene la creencia de que el privilegio contra la autoincriminación no ha sido violado por las intromisiones en el cuerpo del acusado para determinar el grado de alcohol en la sangre del imputado; que la función de la cuarta enmienda es limitar, no contra todas las intromisiones, sino contra las intromisiones que no estén justificadas en las circunstancias del caso, o que sean cumplidas en forma impropia [...] La Corte afirma que la Constitución no prohíbe pequeñas intromisiones en el cuerpo de un individuo ante situaciones limitadas".⁵

Como seguidor de una teoría más amplia, es decir, aquella que considera que todo está bajo el paraguas de la garantía de prohibición de autoincriminación podemos mencionar a Sautter, quien en los años 60 del pasado siglo, afirmó que existía una singular contradicción entre afirmar, por un lado, que nadie puede ser obligado a acusarse a sí mismo ni ser utilizado en contra de su voluntad como instrumento contra sí mismo; pero defender, por otro, la admisibilidad del examen corporal coactivo del imputado. Este autor, al tomar como punto de partida que el principio *nemo tenetur* prohíbe convertir al imputado en “medio de prueba” contra sí mismo, llega a la conclusión de que el § 81 a StPO, que regula el examen corporal del imputado y la extracción de sangre, lesiona el *nemo tenetur*.⁶

Aquí en Argentina podemos citar al juez Schiffrin.⁷ Este magistrado sostuvo que lo proscripto es cualquier colaboración o cooperación del imputado en la adquisición de la prueba de cargo: "*nemo tenetur se ipsum prodere*", nadie puede ser compelido a proporcionar evidencia contra sí mismo.

Por su parte y en nuestro país, debo señalar que la jurisprudencia es bastante pacífica hasta el momento.

⁵ PINTO “Reflexiones sobre la relación entre el derecho a la privacidad y la garantía constitucional que impide la autoincriminación la aplicación de estas garantías en los supuestos de solicitud de entrega de documentos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos” en *Revista de Derecho Penal - Garantías constitucionales y nulidades procesales - II*, CABA, 2001-02, p. 327-352

⁶ CORDOBA, Gabriela, ob. citada, pp. 114 y 124. Para mayores detalles cf. Sautter, “Die Pflicht zur Duldung von Körperuntersuchungen nach § 372 a ZPO”, ps. 244 y ss., quien señala que la constitucionalidad del § 81 a StPO fue puesta en duda ya al momento de la deliberación de la ley en el *Bundestag*.

⁷ CFed., La Plata, “Valdez, Francisco Andres s/ inf. art. 292 y 33 inc. c) ley 20.974”, causa 16.635, Voto del Dr. Leopoldo Schiffrin, 13-6-96

La Corte Suprema de Justicia de la Nación fue muy clara al expedirse sobre el tema en el fallo “Cincotta”⁸ en donde afirmó que la garantía constitucional abarca la situación de compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad. Que estos supuestos no abarcan los casos en los que se puede prescindir de la voluntad, entre los cuales se encuentran aquellos en los que la evidencia es de índole material (se trataba del caso de extracción de sangre a una menor víctima para realizar un examen de histocompatibilidad).

Más recientemente en el fallo Rau,⁹ el más Alto tribunal determinó la extensión de la cláusula constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, sosteniendo que tal garantía veda el uso de cualquier forma de coacción o artificio tendiente a obtener *declaraciones* acerca de los hechos que la persona no tiene el deber de exteriorizar, mas no abarca los supuestos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del garantido.

Por su parte la Cámara Federal de Mar del Plata, en un fallo en el que le tocó resolver concretamente sobre la legitimidad del aporte voluntario de claves de dispositivos electrónicos, incorporó varios aditamentos interesantes que trataré más adelante, pero con referencia a la garantía de autoincriminación, particularmente señaló: “Más allá de las diversas opiniones doctrinarias que existen al respecto, lo cierto es que 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 imprescindibles para la continuación de la pesquisa o la averiguación de la verdad en el caso concreto.”¹⁰

La Cámara Federal de Bahía Blanca cuando tuvo que resolver la apelación de la decisión del juez de grado que no había hecho lugar al planteo de nulidad articulado por la defensa de Brisa Aylén Mora, sobre la decisión de requerirle que aportara de manera

⁸ CSJN, Fallos: 255:218”.

⁹ CSJN, 19/04/16, Rau Alejandro Oscar s/causa no 16.400, Fallos: 339:480.

¹⁰ CFed, Mar del Plata, Exp. 88/19/188/CA61, 12/0//21

voluntaria la clave de desbloqueo del teléfono celular que le fuera oportunamente secuestrado y, en su caso, de autorizar el desbloqueo compulsivo, convalidó esa situación.

Sostuvo, en consonancia con lo resuelto por la Corte en el Fallo Re, que “conforme el entendimiento que cabe otorgarle a dicha cláusula, corresponde realizar un distingo entre aquella prueba proveniente de declaraciones y dichos del encartado (que se encuentra incuestionablemente alcanzada por la garantía en análisis), de aquellas que se extraen del imputado quien actúa como portador material de los elementos probatorios que se pretenden introducir al proceso. Pues, si bien no es dable forzar al imputado a colaborar activamente con la pesquisa llevada en su contra, tampoco resulta atendible que éste no pueda ser objeto de ciertas inferencias corporales –siempre, claro está, respetándose su dignidad e integridad– por parte del Estado para contribuir al esclarecimiento de hechos presuntamente delictivos y cuya intervención se le atribuye.”¹¹

Con ello también fija su postura acerca de los alcances de la garantía que se ciñe en una premisa básica que reza que todo imputado de un delito tiene un derecho *absoluto* a que de ninguna forma sea compelido a brindar declaraciones que puedan autoincriminarlo sobre el hecho producto de la investigación que se lleva a cabo en su contra, declaraciones que solo pueden ser dadas libremente.

La Cámara Federal de Tucumán en un caso similar consideró “que no puede entenderse que la medida sea invasiva en la persona del imputado, en tanto se trata de obtener una huella o una imagen, del nombrado, que es el único motivo que impide la realización de la pericia sobre el teléfono” y agregaron que “si se tratara de otra marca de celular, la pericia ya se hubiera realizado, como sucede en todas las causas en que se secuestran teléfonos celulares”. “Entendemos que la medida dispuesta resulta necesaria, razonable, pertinente y útil en relación a la hipótesis delictiva investigada, toda vez que lo que intenta es el acceso al contenido del celular de quien resulta procesado por promoción y facilitación de la prostitución de menores de edad”, señalaron.

Finalmente, indicaron que se puede obligar compulsivamente a todo imputado a utilizar su cuerpo para la extracción de datos de interés para la causa, en tanto ello no implique una inferencia tal en el cuerpo que redunde en un trato degradante o humillante, lo que no se configuraba en el caso.¹²

¹¹ CFed, Bahía Blanca, “Mora Brisa s/inf. Ley 23.737”, 27/05/22

¹² CFed., Tucumán, XXXX/2022 – “Legajo N° 1 – Querellante: Fundación María de los Ángeles s/Legajo de apelación”, 29/12/22

Por su parte la jurisprudencia estadounidense no es conteste al respecto. Existe en EE.UU. una gran incertidumbre sobre cómo aplicar la Quinta Enmienda¹³ pues los precedentes relevantes de la Corte Suprema son anteriores a la era de los smartphones.

Por ello efectuaré un paneo por los diversos precedentes de tribunales de distintos estados, a los efectos de ir analizándolos y extraer conclusiones que nos sirvan para poder sustentar la postura que adoptemos.

El primero de los casos tuvo lugar en el estado de Virginia. David Baust fue acusado de agredir en su domicilio a la víctima, la que manifestó que dicho suceso había sido grabado por dispositivos conectados al teléfono del agresor. La policía en el marco del allanamiento dispuesto estaba facultada para secuestrar el aparato, pero el mismo se encontraba encriptado y necesitaba una clave o la huella dactilar de su apertura. El juez interviniente entendió que el señor Baust podía ser obligado a colocar su huella dactilar y así permitir el acceso por parte de la policía a la información en él contenida. Se fundó en que dicha decisión no implicaba una violación a la 5ta. Enmienda, toda vez que carecía de contenido declarativo.¹⁴

Tiempo después un juez federal de Illinois en una situación similar, si bien consideró que el desbloqueo compulsivo podía ser constitucional, no lo autorizó pero por razones probatorias. Si bien ordenó el secuestro del dispositivo entendió que en esa instancia de la investigación no se encontraban reunidos los elementos para autorizarla. La única prueba que había hasta el momento era que desde la IP de ese domicilio se habían traficado imágenes de pornografía infantil. Argumentó que como no se sabía a quién de los cuatro residentes pertenecían los teléfonos, el desbloqueo compulsivo de ellos poseía contenido testimonial implícito, ya que permitía inferir que aquel que desbloqueaba el dispositivo era quien lo controlaba.

Por su parte otro juez federal del distrito este de Illinois rechazó la posición sustentada por su colega y entendió que dicha medida carecía de contenido testimonial, por lo que resultaba constitucional y sostuvo que al ser el gobierno el que indicaba que

¹³ Ninguna persona estará obligada a responder de un delito castigado con la pena capital, o con cualquier otra pena, salvo en la presencia o acusación de un Gran Jurado, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia, cuando se encuentre en servicio activo en tiempo de guerra o peligro público; ni ninguna persona estará sujeta, por la misma ofensa, a ser puesta dos veces en peligro de perder la vida o la integridad física; ni se le forzará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización.

¹⁴ Virginia v. Baust No. CR141439 (Va. Cir. Ct. Oct. 28, 2014).

dedo debían colocar no habría actividad comunicativa alguna por parte de los imputados, lo que, en el caso contrario, sí tornaría el acto como testimonial.

En igual sentido y como bien lo señala Polansky¹⁵ en el mes de junio del año 2018 otro juez federal del distrito de Columbia resolvió a favor de la constitucionalidad del desbloqueo de teléfonos celulares a través del ingreso compulsivo de datos biométricos.

La Corte de Suprema de Minnesota también se expidió en ese sentido. Dicho resolutorio tuvo lugar en enero de 2018.¹⁶ En esta ocasión le tocó confirmar un fallo de la cámara del circuito que señalaba que el desbloqueo de un celular mediante el ingreso compulsivo de la huella dactilar de su usuario no violaba la garantía contra la autoincriminación. Sin embargo, aclararon que existían ciertos actos físicos que podían, explícita o implícitamente, resultar testimoniales (por ejemplo, si de la entrega de la documentación se deduce control o posesión sobre la evidencia). No obstante, observaron, que los actos no poseían contenido testimonial cuando tenían por finalidad la mera exhibición de características físicas. Y en el caso del desbloqueo compulsivo entendieron que era un acto físico que no exteriorizaba manifestación alguna del pensamiento del usuario.

De igual forma y tal como lo señala Polansky referenciando a Dritz la misma lógica se podría aplicar a aquellos casos en los que el desbloqueo se produce por reconocimiento facial.¹⁷

Otro precedente en ese mismo sentido podrá verse en el fallo resuelto por la Corte Estados Unidos del distrito de Idaho.¹⁸

En el sentido opuesto, la jueza del Noveno Distrito Norte de California, Kandis Westmore, en el marco de una causa en la que se estaba investigando a dos individuos sospechados de estar involucrados en un caso de “sextorsión”, denegó un pedido de autorización para obligar a los imputados a desbloquear un teléfono mediante huella dactilar o reconocimiento facial. Consideró que se vulneraba las Enmiendas Cuarta y Quinta de la Constitución de los Estados Unidos –prohibición de autoincriminación–

¹⁵ POLANSKY, Jonathan A. *Garantía constitucionales del procedimiento penal digital en el entorno digital*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2022, p. 74.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia del Estado de Minnesota, “State of Minnesota v. Matthew Vaughn Diamond”, caso n° A15-2075, 17/1/18

¹⁷ POLANSKY, ob.citada.p 85

¹⁸ Corte EE.UU del distrito de Idaho, caso n° 1:19-mj-10441-DCN. “In the matter of the search of a white google pixel 3XL cellphone in a black incipio case”. 26/7/19

porque un escaneo confirmaba la propiedad o el control del dispositivo, y al ser autenticados, los contenidos no podían ser refutados razonablemente.

Según la pesquisa, los imputados habrían usado Facebook Messenger para comunicarse con una víctima a quien habrían amenazado con distribuir un vídeo íntimo si no les pagaban. Por eso, la Fiscalía que impulsó el caso solicitó la autorización de una “orden de registro” para incautar distintos elementos relacionados con el delito en un domicilio ubicado en Oakland, California, entre ellos, dispositivos electrónicos.

La jueza ponderó que “el acto de comunicar el código de acceso” es un testimonio, ya que “la expresión del contenido de la mente de un individuo cae directamente dentro de la protección de la Quinta Enmienda”.

La magistrada concluyó entonces en que el desbloqueo de un teléfono con un escaneo con el dedo “excede con mucho” la “evidencia física” creada cuando un sospechoso se presta a brindar sus huellas digitales para así compararlas con la evidencia física encontrada en la escena del crimen, porque se requieren otras corroboraciones “para confirmar una coincidencia positiva”.¹⁹

En un reciente caso el Tribunal Supremo del Estado de Indiana, en mérito a la Quinta Enmienda, permitió a una mujer acusada de un caso de hostigamiento a negarse a desbloquear su teléfono móvil. Fundó su decisión en que esta enmienda protege a la mujer contra la autoincriminación, pues de entregar su celular desbloqueado estaría aportando datos potencialmente incriminatorios contenidos en el teléfono.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Indiana sostuvo que en los casos en los que la policía estuviera en búsqueda de documentos o datos específicos que sepan que están contenidos en el dispositivo, podría no contravenir la Quinta Enmienda; pero en los casos donde la solicitud de acceso al dispositivo se asemejara más a una expedición o lo que aquí denominamos “excursión de pesca” sí estaría prohibida, ya que el acto de poner a disposición información que la policía no tendría acceso de otro modo, sí configuraría un caso de autoincriminación.²⁰

De igual forma, los tribunales en Florida, Pensilvania y Wisconsin sostienen que obligar a las personas a entregar las contraseñas de sus dispositivos móviles contraviene la Quinta Enmienda.

¹⁹ United States District Court Northern District Of California, Case No. 4-19-70053 KAW, 10-06-19

²⁰ Indiana Supreme Court, Supreme Court, Katelin Eunjoo Seo, *Appellant (Defendant)* Appellant (Defendant) –v– State of Indiana Appellee (Plaintiff) Argued: April 18, 2019 | Decided: June 23, 2020 Case No. 18S-CR-595. Caso: Seo v. State opinión. Disponible en <https://www.eff.org/document/state-v-seo-opinion>

Al respecto, según señala el portal [Arstechnica](#)²¹ a inicios de año 2020 Filadelfia, un hombre acusado de descargar y almacenar pornografía infantil en discos duros externos que tenía en su posesión, fue liberado luego de cuatro años. Lo interesante de este caso es que cuando el hombre fue intervenido se le solicitó que ingresara las contraseñas de los discos duros externos, pues éstos estaban encriptados, a lo que declaró que no podía recordarlas e ingresó contraseñas incorrectas durante el examen forense. Esto propició que el juez que tenía a cargo el caso ordenara su detención, el hombre impugnó dicha medida señalando que generar contraseñas para el acceso a dichos dispositivos equivaldría a admitir que era propietario de dichos discos duros, y por tanto invocó la Quinta Enmienda. No obstante, se le contestó que el disco duro podría incriminar al hombre, pero que el contenido del disco duro no podía ser considerado como un testimonio, como señala la Quinta Enmienda.

De acuerdo al portal a Wired²², las cortes de Vermont, Colorado, Virginia y Massachusetts tienen una opinión en la misma línea, sosteniendo que sí es posible obligar a las personas a proporcionar contraseñas de sus dispositivos móviles.

Finalmente debe señalarse que todos los precedentes en que se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de EE.UU sobre esta garantía son anteriores a la aparición de los teléfonos Smartphones por lo que no existen fallos sobre el desbloqueo compulsivo de estos dispositivos.

2. Requerimiento de claves o desbloqueo forzoso.

Analizada los alcances de la garantía de prohibición de autoincriminación según algunos referentes de la doctrina y conforme a la jurisprudencia nacional y de los tribunales de EE.UU. ingresaré concretamente en la medida objeto de este artículo.

En primer lugar, debe decirse que la orden de acceso a un dispositivo electrónico debe ser efectuada por el juez²³, toda vez que los ciudadanos tenemos una alta expectativa de privacidad respecto de la información contenida en nuestros dispositivos electrónicos, lo que la vuelve acreedora de la garantía constitucional del art. 18. Sin perjuicio de ello, los jueces muy a menudo, se ven imposibilitados de acceder a la información almacenada en los diversos aparatos porque los teléfonos modernos poseen mecanismos de

²¹ PALOMINO, Carlo, *EEUU: ¿Puede un policía obligarte a desbloquear tu teléfono?* 28/06/2020, consultado en <https://thecryptolegal.com/eeuu-puede-un-policia-obligarte-a-desbloquear-tu-telefono/https://thecryptolegal.com/eeuu-puede-un-policia-obligarte-a-desbloquear-tu-telefono/>

²² PALOMINO, Carlo, ob. citada.

²³ CARRIO, Alejandro D. *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires Ed. Hammurabi, 6ta. Ed., 2015, págs. 448 a 458

encriptación que impiden el acceso a su contenido a toda persona que no tenga las llaves del desbloqueo.²⁴

Esas claves pueden ser contraseñas numéricas o alfanuméricas o por reconocimiento de huellas dactilares, características faciales o del iris del usuario.

Las formas en que la autoridad podría llegar a desbloquearlas son varias. Podrían acceder mediante la aplicación de fuerza bruta²⁵, o de técnicas chip off similares²⁶, instalación de un software malicioso u obtenerla del propio imputado con aporte voluntario de la clave o de sus huellas o de sus datos biométricos.

Ante ello, considero que debemos analizar los supuestos en este orden.

En primer lugar, lo deseable o menos conflictivo sería que el desbloqueo pueda realizarse en el laboratorio pericial a través de los métodos que se mencionaron anteriormente. De esta forma el imputado en nada intervendría para que su acceso fuera posible. El problema comienza cuando esto no es viable porque los gabinetes periciales no cuentan con las herramientas informáticas actualizadas para ello, fuera por la razón que fuera, o también por motivos de urgencia.

Allí es cuando el juez y solo el juez deberá ordenar a la fuerza actuante, que notifique al imputado de la posibilidad de brindar voluntariamente la o las claves de ingreso.

Como vimos precedentemente la entrega de las claves por parte del imputado constituye una exteriorización de su voluntad. Es lo que Binder define como un ingreso de información a través de una manifestación oral o escrita, amparada por la garantía de prohibición de obligar a declarar contra sí mismo.

La garantía de prohibición de autoincriminación hace referencia a la imposibilidad de la autoridad de obtener coactivamente esa declaración, pero no a la manifestación voluntaria efectuada por el imputado rodeada de las garantías de ley que presupongan la debida asistencia técnica del nombrado con su defensor.

Lo que la garantía prohíbe es la extracción compulsiva de esa declaración, pero no el aporte voluntario de esa información. De hecho, al prestar declaración indagatoria y luego de que se le hacen saber los derechos que le asisten y se le lee la formal imputación

²⁴ POLANSKY, Jonathan A.: ob. Citada, p. 74 en referencia a Kerr, *Compelled Decryption and the Privilege Against Self-Incrimination*

²⁵ Es la utilización de un software diseñado para probar distintas combinaciones numéricas o alfanuméricas hasta adivinar la clave.

²⁶ Son técnicas de informática forense que se utilizan para acceder a la memoria interna de almacenamiento de los dispositivos celulares sin la necesidad de utilizar la clave, ya que acceden a esta sin ingresar al sistema operativo., que es el que requiere la clave o patrón de acceso.

del hecho delictivo que se le recrimina, el imputado opta –con asesoramiento letrado- por declarar o no hacerlo. En su caso sus declaraciones son voluntarias y con ellas no se violenta la garantía.

En un interesante fallo de la Cámara Federal de Mar del Plata que mencioné anteriormente, la defensa del imputado había planteado la nulidad del acto mediante el cual se solicitó al mismo el aporte de las claves de los dispositivos. Según sostuvo el peticionante, lo dispuesto implicó el uso de la fuerza para lograr que el encartado se autoincriminara y calificó a la orden del juez como una extracción “ilegal” de las claves de los dispositivos electrónicos de su asistido. Alegó también que su defendido fue obligado a declarar en ausencia de su defensor por una resolución dictada en extraña jurisdicción, no notificada a la defensa, que tampoco se encontraba firme y que por su naturaleza era recurrible.

Ante ello la cámara señaló que: “En lo que atañe a la controversia suscitada en este aspecto, cabe señalar que la voluntaria manifestación del imputado aportando la clave para acceder a los dispositivos secuestrados no puede ser asimilable a la modalidad propia de un acto de indagación de la naturaleza y contenido que el que le otorga la ley ritual (arts. 294 y siguientes del CPP), ni que -por tanto- deba ser cumplimentado con las formalidades exigidas para tal situación (arts. 295, 296 y cctes. del CPP). Obsérvese que la diferencia entre ambas situaciones es tan notable, que a modo de ejemplo puede señalarse que en el marco del desarrollo de una pericia técnica no se le formula ninguna imputación delictiva al encartado, ni tampoco se le hacen saber las pruebas que obran en su contra (ver arts. 294, 296 y cctes. CPP), entre otras tantas diferencias, pues se trata de un acto procesal completamente tan distinto que cae por su propio peso la notable divergencia entre uno y otro”.

Asimismo la cámara entendió que no surgía de modo concluyente o siquiera meramente sesgado que se hubiera recurrido para tal menester al empleo de fuerza, intimidación o amenaza alguna para lograr tal objetivo, situación a la que el imputado bien podría haberse negado, en cuyo caso se hubiera procedido inmediatamente después conforme lo ordenado, esta vez sí, a tomar la impresión fotográfica de su rostro o la impresión de su huella digital en forma compulsiva y de acuerdo con aquella dirección, para lo cual se haría uso de la fuerza física necesaria, mínima e imprescindible, que la ley autoriza expresamente.

Por otra parte, también señaló la cámara que conforme las constancias y elementos obrantes en la causa no se vislumbraba que hubiera existido “coacción estatal”

alguna en la producción de aquel acto procesal, sino que –de adverso- el magistrado de grado procedió en primer término a “invitar” al imputado para que -si era su deseo-, aportara voluntariamente las claves de los dispositivos objeto de peritación.

Y en otro sentido fue muy interesante la respuesta que dio este tribunal al apelante cuando señaló, “Deducir entonces, que si la autoridad judicial está facultada para proceder en forma compulsiva para obtener tales datos, y lo prohibido constitucionalmente sería formularle una previa invitación voluntaria e incondicionada a tales fines, es tan inconsistente como afirmar que el método menos lesivo e invasivo a la privacidad del sujeto imputado es contrario a la Constitución Nacional, mientras que un actuar compulsivo del Estado en las mismas condiciones no lo sería, tal como parece asegurarlo la Fiscalía al señalar que “el juez debió continuar en el camino que había decidido, es decir, intentar desbloquear los aparatos telefónicos con la obtención de la huella del imputado o su rostro” (ver f. 21 de la presentación de la Fiscalía General).- Sería contradictorio validar este modo de actuar si hubiese sido necesario proceder a la extracción compulsiva de su huella dactilar o tomarle una fotografía para acceder a tales dispositivos, mientras que invalidarlo cuando es el propio detenido quien proporciona libre y voluntariamente los datos necesarios para lograr tal objetivo.”

Coincido con la postura de la cámara en cuanto a que es válida la invitación del juez para que el imputado aporte las claves de manera voluntaria, pero debe hacerlo, reconociéndole el derecho de poder asesorarse previamente con su abogado, como se encuentra previsto en el art. 107 del CPPN. De todas formas, deberá hacerle saber en el mismo acto que de no brindar las claves voluntariamente se procederá al desbloqueo compulsivo de los patrones dactilares o biométricos de tenerlos, por supuesto con la menor fuerza posible y respeto por su dignidad.

Así, es que nunca será violatorio de la cláusula constitucional si se siguen esas pautas, ya que lo que debe existir es una decisión libre, consciente y voluntaria del imputado prestada al efecto, y para ello es imprescindible haber tenido la posibilidad de consulta con su defensa, porque su manifestación es una declaración y como tal está amparada por la garantía.

En ese punto no coincido con la Cámara cuando considera que tal manifestación no puede ser asimilable a la modalidad propia de la indagatoria. Si bien son actos procesales distintos, si se opta por invitar al imputado a proporcionar voluntariamente la clave, debe hacerse saber que podrá consultar con su defensa, y que, aunque opte por la negativa se intentarán los medios compulsivos.

El único problema que podría existir en caso de que el imputado requiera asesoramiento y ese asesoramiento se demore por no hallarse presente en ese momento la defensa, es la posibilidad de que los datos insertos en el aparato fueran eliminados de manera remota por un tercero. Es un problema de logística vinculado a la urgencia o a la necesidad de preservar el contenido de los datos insertos en los aparatos. Entiendo que al efecto el personal policial actuante, siguiendo el protocolo básico de secuestro de dispositivos, deberá preservarlos de este tipo de ataques, aislándolos de la forma que corresponda.²⁷

Sentado ello, y como se señaló el magistrado a cargo deberá arbitrar los medios necesarios para que el imputado pueda contactar, si es su deseo, a su abogado a los fines de entrevistarse con el mismo.

Ahora bien, si el imputado se niega a proporcionar voluntariamente la clave o los patrones dactilares o biométricos el juez puede y, a mi juicio, debe ordenar el desbloqueo compulsivo, siempre y cuando la medida se presente como razonable, necesaria, proporcional, pertinente al fin investigado y no afecte la dignidad de la persona.

En este caso y como es vastamente reconocido en la doctrina y la jurisprudencia, el imputado actuará como objeto de prueba y no como sujeto. Aquí no habrá declaración ni acto comunicacional alguno, solo se utilizará su cuerpo.

La Corte ha sostenido que estos supuestos no abarcan los casos en los que se puede prescindir de la voluntad, entre los cuales se encuentran aquellos en los que la evidencia es de índole material.²⁸ Me estoy refiriendo expresamente a la extracción de sangre, huellas dactilares, muestras de ADN, reconocimientos en rueda etc.

En el supuesto aquí en estudio, bien señalan Portillo y Matteo, que es primordial dejar bien en claro que en los casos en que se exige la declaración del imputado para obtener la contraseña que da acceso a la evidencia digital, su participación es activa mientras que, en el segundo caso, la participación del imputado es pasiva, dado que debe dejarse hacer. Esta diferenciación parece importantísima, señalan, a la hora de estimar la legitimidad de la forma de acceso a la evidencia, sobre todo a fin de no vulnerar las garantías del imputado.²⁹

²⁷ *Manual de actuación en el lugar del hecho y/o escena del delito*, Ministerio de Derechos Humanos y Justicia de la Nación, Libro digital, PDF - 1a ed. CABA, Ediciones SAJJ, 2017, disponible en https://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Manual_actuacion_lugar_hecho_escena_delito.pdf

²⁸ CSJN, “Cincotta”, Fallos: 255:218 y sus citas, 13/02/63

²⁹ PORTILLO, Victor y otros, *Autoincriminación y nuevas tecnologías*, en Sistema penal e informática, Buenos Aires, Dir. Marcelo Riquert, Ed., Hammurabi, 2019, pp 178-189.

Desde otra posición es interesante la postura de Jonathan Polansky, quien sostiene que exigir del imputado el desbloqueo de los dispositivos electrónicos por medio del reconocimiento de partes de su cuerpo afectaría el principio *nemo tenetur se ipsun accusare*.

Para diferenciarlo de la extracción compulsiva de sangre y otras medidas en las que actúa como objeto de prueba, desarrolla que ésta última cuenta con dos instancias en su producción 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 y que no necesita ser probado, por lo que dicha información no resulta acreedora de la protección constitucional de la garantía de la autoincriminación.

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.

Afirma Polansky, basándose en Kerr,³⁰ que en el caso del desbloqueo también podemos separar la medida en dos etapas; 1) el desbloqueo y 2) el análisis del teléfono. En la primera hay contenido testimonial implícito. Al desbloquearse compulsivamente el dispositivo mediante el aporte de datos biométricos, hay contenido testimonial implícito. Quien desbloquea el dispositivo con sus datos otorga al Estado evidencia que le permite afirmar, con un alto grado de probabilidad, que él es su usuario y posee control sobre su contenido

Señala que en el caso de la extracción de sangre o del reconocimiento en rueda el acto incriminante surgiría del análisis de la sangre o del reconocimiento del tercero y no del propio imputado. En cambio, en el caso del desbloqueo surgiría del propio desbloqueo y después del análisis del teléfono.

Entiende que esta medida solo sería tolerable para nuestro sistema constitucional, únicamente, en aquellos casos en los que el Estado pueda probar que posee a priori información acerca de que el dispositivo es del usuario.

³⁰ KERR, Orin S. *The Fifth Amendment and the touch ID*, en “Washington Post”, ejemplar del 21/10/16, secc. “The Volokh Conspiracy”, disponible en www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2016/10/21/the-fifth-amendment-and-touch-id

En igual sentido puede mencionarse la doctrina llamada *foregone conclusion* nacida de la jurisprudencia estadounidense en 1976 con el fallo “Fisher v. United States” por la Corte Suprema de Justicia.³¹

Esta consiste en que la producción de una medida probatoria que resultaría violatoria de la garantía contra la autoincriminación resulta tolerable, desde una perspectiva constitucional, en aquellos casos en los que el Estado tiene conocimiento a priori de la información implícita que se derivaría de la producción de la medida. En el caso del desbloqueo compulsivo de los datos biométricos de celulares la medida sería tolerable constitucionalmente si el Estado demostrara que conocía de antemano quién es el usuario del celular y tiene el control sobre el mismo.

III. Conclusiones.

Planteado el problema y efectuado que fue un repaso pormenorizado sobre el alcance de la garantía de prohibición de autoincriminación, tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia argentina y estadounidense, para los casos de desbloques compulsivos de dispositivos electrónicos, me permitiré efectuar algunas conclusiones de interés con el objeto de intentar ayudar a sentar bases para una discusión que cada día se hará más presente en nuestros tribunales. Tampoco pretendo dar una respuesta única y concluyente solo agilizar el debate.

No se me escapa al tratar este tema la constante tensión que existe entre las garantías constitucionales y la eficacia del sistema penal, conflicto que a mi juicio debería ser solo aparente, si decidimos vivir en un estado democrático en donde deban respetarse los derechos de todos los ciudadanos y no solo los de algunos grupos minoritarios.

La sociedad civilizada tiene derecho a vivir en paz, a que se prevenga la comisión de delitos y a que se castigue a aquellos que los cometieron. Pero todo ello deberá realizarse en consonancia con nuestra ley fundamental; los principios emanados de las convenciones internacionales con rango constitucional y demás leyes y tratados que conforman nuestro derecho interno.

El respeto por las garantías constitucionales y principios convencionales deben ser el pilar fundamental en que se base cualquier investigación penal, es decir el límite

³¹ MOHAN-VILLASENOR: *Decrypting the fifth amendment: the limits of self-incrimination in the digital era*, en “*Journal Of Constitutional Law*”, vol 15, 2011, p.12, disponible en scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=jcl_online.

para el avance de la fuerza del Estado y el punto de inflexión sobre el cual no se pueda avanzar.

Claro está que ello no es tarea sencilla, sobre todo en los casos extremos como el que tratamos en este trabajo.

Ahora bien, como es sabido, los dispositivos electrónicos no solo son el medio de comisión de los delitos informáticos, sino que constituyen imprescindibles medios de prueba para el resto de las investigaciones que versan sobre la comisión de otros tipos penales.

En ellos almacenamos todo tipo de información de nuestras vidas, fotos, destinos, resúmenes bancarios, conversaciones, contactos etc. que resultan de fundamental importancia para una investigación penal.

Dicho esto, y como se adelantó, se trata de poder establecer si la garantía de no autoincriminación se vulnera cuando se requiere al imputado que voluntariamente aporte las claves alfanuméricas o patrones de ingreso a los dispositivos y/o cuando se accede compulsivamente a los datos biométricos o a la huella dactilar para desbloquearlo.

Conforme los parámetros sentados por la mayoría de los diversos académicos mencionados, la jurisprudencia estudiada y el alcance que entiendo tiene que dársele a la garantía estudiada, considero que no se verá afectada con la medida en cuestión, en tanto dicha decisión sea dictada por un juez competente, en el marco de un proceso penal, en donde se hubieran agotado todas las vías menos lesivas para arribar al resultado perseguido y al esclarecimiento del hecho. Por eso la jurisprudencia exige que esa decisión resulte necesaria, razonable y proporcionada para la constatación del delito, es decir, que sea dictada en el marco de una investigación que así lo exija conforme a su gravedad y necesidad. De todas formas, considero que sería deseable que los equipos periciales de las fuerzas de seguridad, contaran con las herramientas informáticas actualizadas para que la medida aquí analizada no fuera necesaria. Aquí es donde el Estado debe invertir mayores fondos. Los que trabajamos como operadores del sistema judicial somos conscientes de la importancia que los gabinetes técnicos sean nutridos de los mejores hombres y mujeres, de herramientas y de constantes capacitaciones.

Pero lo dicho no basta para contestar el interrogante planteado en este trabajo y el quid de la cuestión se centra, a mi modo de ver, en el alcance de la garantía constitucional en estudio.

Se trata de establecer qué significa “declarar contra sí mismo”, qué ha querido significar el constituyente en tal sentido.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que “La primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda).”³²

En el mismo sentido y remitiéndose al voto del Procurador General, el máximo tribunal ha señalado: “La primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por aquélla y no puede llegar al extremo de exigir mayores requisitos que los que aquélla impone.”³³

Por otro lado, si tomamos en cuenta el significado proporcionado por la Real Academia Española de la palabra declaración que la define como: “1.f. Acción y efecto de declarar o declararse. 2.f. Manifestación o explicación de lo que otro u otros dudan o ignoran. 3. f. Manifestación del ánimo o de la intención. 4. f. Manifestación formal que realiza una persona con efectos jurídicos, especialmente la que hacen las partes, testigos o peritos en un proceso...”,³⁴ es claro que debemos sostener que se está haciendo alusión, cuanto menos, a una conducta, a un hacer que requiere actividad del pensamiento.

Conforme a ello y a una interpretación literal o gramatical de la aserción “declaración”, entiendo que cuando el constituyente ha establecido “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” está haciendo referencia a manifestaciones escritas u orales del imputado que pueden traducirse en una actividad del pensamiento o elaboración mental, como señala De Luca, que se refleja en una conducta activa u omisiva, y que incluye actos tales como los cuerpos de escritura, los gestos etc., es decir, toda prueba que requiera su colaboración intelectual con significado expresivo”.

³² CSJN, sumario del fallo 24/02/05 id SAIJ: SUA0068522

³³ Interpretación de la ley, interpretación literal SUMARIO DE FALLO 23 de Julio de 2020 Id SAIJ: SUA0079826 TEXTO Times New Roman Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa Machuca, Rubén Sergio s/ lesiones gravísimas (art. 91) SENTENCIA.CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION., 23/7/2020.

³⁴ RAE, actualización 2022.

Es interesante lo sostenido por este autor porque la declaración implica per se una conducta, que aunque sea omisiva, constituya actividad de pensamiento. Es lo que nuestra Corte Suprema entiende como expresiones o comunicaciones. Por ello, toda puesta en escena o aporte del cuerpo para lograr o no un determinado fin probatorio que no exija dicha actividad voluntaria no podrá encontrarse abarcado por la garantía.

En el caso, la exigencia del desbloqueo compulsivo no implica en modo alguno manifestación de voluntad que exteriorice alguna idea o pensamiento propio de su fuero íntimo. Por ello, es a mi juicio equiparable a la extracción de sangre compulsiva, al obligarlo a formar parte de una rueda de personas etc. Se utilizará su cuerpo como objeto de prueba.

La distinción que realizó Polansky mediante la cual separa el acto del desbloqueo en dos partes, una del desbloqueo propiamente dicho y la otra del análisis del teléfono, y asegura –que a diferencia de la extracción compulsiva de sangre en la primer etapa hay contenido testimonial implícito y otorga al Estado evidencia vinculada a que es el usuario del teléfono–; si bien resulta muy interesante, se aleja a mi modo de ver, de la letra de la cláusula constitucional y se presenta como una interpretación forzosa.

La cláusula habla de la prohibición de obligar al imputado a declarar contra sí mismo y esa declaración no puede traducirse en un acto que no requiera del imputado actividad voluntaria alguna. El desbloqueo compulsivo de datos biométricos o huella dactilar no difiere de la rueda de reconocimiento. El imputado solo deberá, con asesoramiento letrado previo, decidir si aporta voluntariamente la clave alfanumérica o patrón biométrico, pero por orden del juez se le hará saber que, si no lo hace, se procederá compulsivamente a extraerlos, usando la mínima fuerza necesaria para ello.

El resultado obtenido del hecho de posar coactivamente para el desbloqueo facial no puede entenderse como dice Polansky, en el reconocimiento de su calidad de usuario de ese teléfono, porque sencillamente ese dato no surgirá de ninguna actividad declarativa del imputado, sino solo del hecho de haber sido expuesto como objeto de prueba. Asimismo, tampoco es determinante para la inculpación que el imputado sea dueño o usuario de ese dispositivo porque dicha circunstancia devendrá inequívocamente del contenido del teléfono y no de su calidad de poseedor o propietario del aparato.

¿Qué pasaría si el imputado tuviera la clave del teléfono escrita en un papelito guardado en el bolsillo de su pantalón? El personal policial podría invitarlo al nombrado a que exhiba o entregue sus pertenencias y bien podría el imputado negarse a hacerlo, pero si la requisa es viable, porque fue ordenada por el juez o porque se dan los requisitos

legales del código de forma (art. 230 del CPPN) se procederá de manera compulsiva utilizando la mínima fuerza necesaria. Son, aunque no parezcan, situaciones equivalentes.

Lo contrario significaría no distinguir entre “objeto” y “sujeto” de prueba y ello conduce, como bien lo sostiene De Luca, a la deslegitimación de todas las medidas procesales de coerción personal (detención, prisión preventiva, cualquier intimación que implique sometimiento al proceso), pues todas ellas también deberían ser vistas como un modo de colaborar o cooperar con la contraparte en la elaboración de un cuadro cargoso, en tanto y en cuanto permiten la marcha de proceso en su contra; o bien, justifican una suerte de proceso en ausencia del imputado, lo cual puede conducir a consecuencias mucho más graves que las que se pretenden evitar. No parece que la cláusula contra la autoincriminación compulsiva pretenda tal desarmonía respecto de otros derechos y principios constitucionales y de jerarquía superior, sino solamente un límite infranqueable para la persecución penal del Estado que impide tratar al inculcado como si no fuese un ser humano.³⁵

Por ello me inclino por sostener que la garantía constitucional en juego abarca los supuestos de declaraciones, manifestaciones, expresiones que impliquen actividad de pensamiento y no otros actos en los que el imputado sea considerado objeto de prueba.

En síntesis y como lo adelanté, el desbloqueo compulsivo deberá efectuarse sin violar otras garantías como el respeto de la dignidad humana y la defensa en juicio; y su disposición procederá en tanto resulte proporcionada al fin perseguido, razonable y necesaria. Deberá realizarse con métodos seguros y normales y deberá estar precedida de “causa probable” que nos indique la seria sospecha de su pertinencia”.³⁶

Para concluir, reitero que la idea de este trabajo es solo la de intentar ayudar a sentar las bases de una discusión que todavía no ha llegado a nuestro más Alto Tribunal, pero que en cualquier momento lo hará y que no solo se encontrará con el cuestionamiento aquí planteado, sino también con otro no tratado, que es el de considerar también que estas medidas probatorias no se encuentran expresamente previstas en nuestro ordenamiento de forma, aunque rija el principio de libertad provisoria, lo que podría atentar contra el principio de legalidad, entendido éste por parte de la doctrina, como abarcativo no sólo del derecho de fondo sino también del de forma.

³⁵ De Luca, ob.citada.

³⁶ De Luca, ob.citada.