

Sr. Juez: ¿Qué va a hacer con mi celular?

Por Mauricio Colucci Camusso¹

Partamos de la siguiente situación: ¿Qué sucede si en el marco de un proceso penal federal la persona imputada cuenta con un celular protegido por clave, patrón pin, o datos biométricos? ¿Puede el juez obligarla a desbloquearlo?

Tanto el Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) como Código Procesal Penal Federal (CPPF) establecen el principio de libertad probatoria, en virtud del cual pueden probarse los hechos por cualquier medio de prueba, estén regulados en el código o no, con la única limitación de que se vulneren derechos o garantías constitucionales. Regla similar establecen la mayoría de los códigos procesales penales del país, tal el caso del de la Provincia de Jujuy.

Ni el CPPN ni el CPPF establecen un medio probatorio específico en virtud del cual una persona imputada en un proceso penal federal pueda ser compelida a brindar la clave, patrón, pin o a aportar sus datos biométricos con los que se protege su celular, en el marco de la investigación.

a) El caso

Recientemente la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca² resolvió confirmar la resolución del Juez Federal N° 1 de la jurisdicción en la que se había dispuesto que la imputada aporte voluntariamente su clave y en caso de negarse, que se realice el procedimiento de forma compulsiva “con la utilización de la mínima fuerza pública necesaria con el fin de obtener el patrón de desbloqueo de origen dactilar o de iris a fin de realizar un peritaje integral del dispositivo”.

La defensa cuestionó mediante un recurso de reposición con apelación en subsidio la medida por irrazonable, inidónea, desproporcionada e innecesaria. Entendió que la misma era violatoria del derecho a la intimidad y privacidad, del debido proceso y de la garantía contra la autoincriminación, a su vez que criticó la amplitud de la orden de la extracción y señaló que no se trataba de una opción de ultima ratio, atento a que Gendarmería Nacional y la Policía de Seguridad Aeroportuaria informaron que el software que disponían para la apertura del celular estaba desactualizado y por ello debían recurrir a la colaboración de la imputada.

El Juzgado Federal rechazó el recurso de reposición y concedió el de apelación ante la Cámara Federal, fallo que motiva esta nota.

La Cámara razonó que al tratarse de una investigación por almacenamiento de 500 kg de marihuana y de 5 kg de cocaína, la medida devenía necesaria, razonable, pertinente y útil con relación a la hipótesis delictiva investigada, pues dada la naturaleza compleja del delito, la misma era conducente para determinar la participación de terceras personas y poder así abarcar a distintos eslabones de la cadena de tráfico.

También refirió que la medida en cuestión es una “derivación razonada de la necesidad procesal para el avance de la investigación, por lo que esta mínima injerencia en la imputada es así proporcional para poder arribar al esclarecimiento del hecho y en consonancia con los fines que informan la realización del proceso penal”.

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), Magíster en Derecho Penal (Universidad Austral).

² “Incidente de reposición... en autos “M., B. A. por infracción ley 23.737 (art. 5 inc. c)” FBB 3139/2022/1/CA1 del 27 de mayo de 2022.

En relación a la realización compulsiva de la medida probatoria la Cámara reconoció el “derecho absoluto a que de ninguna forma sea compelido a brindar declaraciones que puedan autoincriminarlo” aunque recurrió a la clásica distinción entre sujeto y objeto de prueba, para concluir que en el caso concreto estábamos ante la imputada como objeto de prueba en virtud del cual “no se busca que el imputado realice un acto o manifestación, sino simplemente recae sobre él un deber de tolerancia, donde se le exige un comportamiento pasivo frente a la medida probatoria ordenada”.

Por su parte, al analizar la situación de la falta de previsión normativa de la medida, la Cámara sostuvo que “la circunstancia de su falta de previsión legislativa, lejos de representar un impedimento para la realización probatoria -como pretende la defensa- implica una adaptación de la normativa a las circunstancias actuales [...] en tanto [...] no impliquen de ninguna manera, una injerencia tal en el cuerpo que redunde en un trato degradante o humillante, sean dañosas para la salud o produzcan sufrimientos innecesarios, y no guarden una adecuada razonabilidad y proporcionalidad como sostén de la pertinencia de la medida de prueba ordenada para actuar compulsivamente sobre el cuerpo del imputado”.

b) Nuestro análisis

Entiendo por mi parte que este caso presenta dos aristas diferenciadas, una de naturaleza constitucional y otra procesal.

Los actuales teléfonos celulares ya no sólo sirven para realizar las tradicionales llamadas telefónicas, sino que los mismos contienen una gran cantidad de información entre las que encontramos, fotos, videos, cuentas bancarias, registros y documentación médica, información de geoposicionamiento, etc. Ello hace que deba necesariamente sopesarse frente al caso concreto, la afectación a la intimidad del sujeto y la necesaria realización de la ley y la investigación de delitos.

Aquí es donde hubiese sido relevante para el análisis constitucional del caso la invocación a los derechos de intimidad y privacidad.

Aun cuando muchas veces los conceptos de intimidad y privacidad son tomados como sinónimos, nuestra Constitución Nacional los ha dotado de alcances y protecciones diferenciadas. La intimidad la encontramos en el art. 18, mientras que a la privacidad en el art. 19.

Tal vez sea la jueza Carmen Argibay quien de mejor manera haya explicitado los alcances y diferenciaciones de los conceptos de privacidad e intimidad en su voto en el caso “Baldivieso”³, cuando sostuvo que “no es el mismo tipo de aseguramiento el que provee el artículo 19 de la Constitución Nacional que el resultante del artículo 18 [...] El primero de los preceptos mencionados está dirigido a excluir de todo tipo de interferencia estatal aquellas acciones que en modo alguno afecten a terceros, es decir, que no generen efectos dañosos sobre otras personas. En la medida que esto último haya sido debidamente establecido, la prohibición de interferir en tal tipo de acciones es absoluta. La protección acordada por el artículo 18 de la Constitución Nacional se refiere a la exclusión de terceros (los funcionarios públicos entre ellos) de ciertos ámbitos propios de la persona, a los que también se puede llamar “privados” o “exclusivos”. Por antonomasia, cae en esta categoría el domicilio o vivienda, pero también incluye el artículo 18 de la Constitución Nacional a los papeles privados y a la

3 FALLOS: 333:405

correspondencia epistolar. A diferencia de la protección asignada por el art. 19 de la Constitución Nacional, la interferencia en estos ámbitos privados por parte de las autoridades públicas no se halla excluida de manera absoluta, sino que se la sujeta a determinados requisitos, tal como la orden de autoridad competente.”

Entendemos que la situación bajo análisis se encuentra comprendida y garantizada por el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional y por ende, sujeto a las reglas del CPPN o CPPF, como reglamentario del mencionado artículo constitucional. Sin embargo, nada dijo la Cámara Federal de Bahía Blanca sobre la afectación a la intimidad en este caso.

También habría cabido el desarrollo y la aplicación del principio “*nulla coactio sine lege*” en virtud del cual toda medida de prueba que implique un grado de injerencia o coerción sobre el imputado debe estar prevista previamente por ley, a fin de asegurar que no hay una alteración, sustitución o modificación del derecho constitucional que se reglamenta.

A su vez, no creemos en la automática adecuación de los institutos del derecho procesal tradicional a las problemáticas que plantean las nuevas tecnologías, dado que en casos como el del fallo, la afectación a la intimidad del imputado puede ser de grandes proporciones. Por ello habría sido necesario que la Cámara fundamente de mejor manera la realización de una medida probatoria no prevista en el Código Procesal Penal de la Nación, aun cuando rige el principio de libertad probatoria, recordando que dicho principio rige siempre y cuando no haya afectaciones a otros derechos constitucionales.

La Cámara sostiene que la medida es necesaria, razonable, pertinente, útil y proporcional. No obstante la fundamentación pareciera ser meramente dogmática pues no se desarrollan los argumentos para sostener la necesidad, razonabilidad, pertinencia, utilidad y proporcionalidad de la medida. No debemos olvidar que la medida propiamente dicha no se encuentra prevista en el ordenamiento procesal penal, por tanto, su fundamentación debiera ser exhaustiva.

El argumento que presenta la Cámara es la naturaleza compleja del delito, configurando ello una “derivación razonada de la necesidad procesal para el avance de la investigación”.

No caben dudas de que los delitos previstos en la ley de estupefacientes N° 23.737 son de aquellos a los que cabe considerar como complejos, además de que ello es así conforme la ley N° 27.319. Lo que resulta extraño es que la medida se haya dispuesto con posterioridad al dictado del procesamiento de la imputada.

Tampoco explica la Cámara por qué la medida se constituye en una “medida razonada de la necesidad procesal penal para el avance de la investigación”. Las premisas para tal conclusión no fueron explicitadas.

Teniendo en cuenta que la imputada podía negarse a aportar los datos necesarios para el desbloqueo del teléfono celular –lo que sucedió– el juzgado dispuso la utilización de la “mínima fuerza pública necesaria”. Frente a esa afirmación ¿Cuál es la mínima fuerza pública necesaria”? No se ofrecieron pautas de ello.

b.1) “Maynard” y “Carpenter”: Dos fallos que pueden sernos de utilidad

A continuación recurriremos a dos fallos de la jurisprudencia de los Estados Unidos, el primero de una Cámara de Apelaciones de Distrito Federal y el segundo de la Corte Suprema de Justicia, que nos ayudarán a analizar el impacto que tienen las nuevas tecnologías en el proceso penal con respecto a la intimidad y la privacidad.

Un desarrollo interesante lo encontramos en el fallo *United States v. Maynard*⁴ en el que se analiza la utilización de un dispositivo de seguimiento satelital por GPS en el vehículo del imputado por un largo período de tiempo. Incorporamos esta jurisprudencia porque en el caso en concreto estamos únicamente frente a la información que arroja de nuestros movimientos en el vehículo un dispositivo GPS.

En dicho caso se suma la concepción de la “Teoría del Mosaico”, la idea original de esta teoría responde a una reglamentación que realiza el Departamento de la Armada respecto de la *Freedom of Information Act* (FOIA), vinculada fundamentalmente a un modo de obtener información de las agencias de inteligencia, entendiéndose por esta teoría a: “piezas de información aparentemente inofensivas que cuando se ensamblan juntas podrían revelar una imagen perjudicial”. Para estos fines, esta teoría refiere también a la potencial capacidad que tiene un adversario de los Estados Unidos para deducir de hechos inocuos e individualmente considerados, vulnerabilidades estratégicas que pueden ser explotadas con fines maliciosos.

De esta manera, la corte de distrito incorpora *mutatis mutandis* la teoría del mosaico como una protección más que otorga la IV Enmienda de la Constitución Americana.

Cabe recordar que nuestro art. 18 CN tiene como antecedente esta enmienda que protege a las personas, casas, papeles y efectos de búsquedas y registros irrazonables, excepto que una orden basada en causa probable, lo autorice.

En ese sentido, pone de manifiesto que al igual que cuando el Estado en casos que incumben a información relativa a la seguridad nacional, “lo que puede parecer trivial para los no informados, puede resultar en un gran momento para quien tiene una visión amplia de la escena”. De esta manera, analógicamente, entiende que una vigilancia prolongada en el tiempo brinda mucha más información que una vigilancia más corta.

Esto es así, porque la información que se reúne globalmente refleja mucha más información que la que se obtendría de vigilancias más cortas e interrumpidas.

Colocar un dispositivo de seguimiento por un largo período de tiempo permite “deducir si es un visitante semanal de la iglesia, un gran bebedor, un habitual en el gimnasio, un esposo infiel, un paciente externo que recibe tratamiento médico, un asociado de individuos particulares o grupos políticos, y no solo uno de esos hechos sobre una persona, sino todos esos hechos”, sostuvo la Cámara.

De esta manera, lo que se hace mediante esta teoría es ponerles coto a las actividades investigativas de una intensidad tal que pueden revelar aspectos de la vida íntima y privada de las personas que escapan totalmente al objeto de la investigación.

Cabe preguntarse ahora ¿Tanta información puede revelar sobre la intimidad de una persona un teléfono celular? La Corte Suprema de Estados Unidos tuvo oportunidad

4 615 F.3d 544 (D.C. Cir.), *reh'g en banc denied*, No. 08-3034, 2010 WL 4703743 (D.C. Cir. Nov. 19, 2010), cert. denied, No. 10-7102, 2010 WL 4156203 (U.S. Nov. 29, 2010).

de expedirse en el fallo *Carpenter v. United States*⁵, decisión judicial que es entendida como una de las más trascendentes de la década.

En el año 2011 en la ciudad de Detroit en los Estados Unidos se realizaron una serie de robos a locales que vendían teléfonos celulares. Una de las personas detenidas por estos hechos entregó a la policía los nombres de distintas personas que habrían participado en los hechos y también sus números de teléfonos celulares.

Con esta información, la policía solicitó una orden judicial para obtener información sobre los registros telefónicos, fundándola en la Ley de Almacenamiento de Comunicaciones (*Stored Communications Act*). Este tipo de órdenes poseen un estándar probatorio mucho menor al que requiere para una orden de allanamiento, por ejemplo.

La justicia se las concedió y la policía obtuvo información sobre Carpenter y otras personas más. ¿Obtuvieron el contenido de las comunicaciones? No. La información que se obtuvo está relacionada con la forma en que funcionan los teléfonos celulares.

Nuestros celulares están emitiendo señal constantemente y en el caso de realizar o recibir una llamada, la señal impactará en la antena del proveedor más cercana. A su vez, a fin de tener una mejor comunicación en la llamada, si el receptor o el emisor de esta se encuentran en movimiento, la señal irá saltando de antena en antena, siempre buscando la más cercana y la que brinde mejor cobertura.

Esta información es relevante para las empresas prestatarias de servicios de telefonía celular pues sirve a los efectos de la facturación y por eso la conservan por determinados períodos de tiempo.

Con la orden judicial emitida, la policía pudo contar con la información de las llamadas de Carpenter, lo que incluía el lugar desde donde se producían las mismas, el origen y destino, la duración, etc. Recordemos que ninguno de estos datos era sobre el contenido propiamente dicho de las llamadas.

Con esta información, la policía pudo reconstruir las ubicaciones y movimientos de Carpenter de al menos 127 días, lo que coincidió con los lugares donde se habían cometido los robos a los locales de celulares que se investigaban.

Al momento de ingresar a juicio, la defensa de Carpenter solicitó la supresión de esta información alegando que no había sido obtenida de manera legal, afectándose derechos constitucionales de su asistido. La petición fue rechazada y Carpenter condenado a más de 110 años de prisión.

Carpenter recurrió la sentencia y volvió a solicitar la remoción de dicha información. La Corte de Apelaciones de Distrito rechazó su pretensión alegando la teoría de la tercera parte involucrada.

Aquí hay que hacer una aclaración. A partir del fallo *Katz*⁶ en los Estados Unidos se consagró la teoría de la razonable expectativa de privacidad que entiende que el derecho a la privacidad no está dado con relación a los lugares sino con relación a las personas. Por tanto, puede haber protección constitucional de lugares expresamente no contemplados en el texto constitucional, siempre que haya una exteriorización de querer estar protegido y además de que la sociedad tolere a esa protección.

5 "Carpenter v. United States", 585 U.S. ____ (2018).

6 *Katz. v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)

Con posterioridad, se establece una excepción a esa teoría en virtud de la cual uno no puede alegar una expectativa de privacidad si voluntariamente ha decidido compartir con terceros esa información. Esto es lo que alega la Cámara de Apelaciones de Distrito. Carpenter no puede invocar privacidad de los datos de sus comunicaciones pues es información voluntariamente compartida con la empresa prestataria, por ende, no puede solicitar su supresión como prueba en el juicio.

La Corte Suprema de los Estados Unidos interviene en el caso y su presidente, el juez Roberts analizó los precedentes más importantes en materia de protección de la privacidad y criticó que pueda aplicarse válidamente la doctrina de la tercera parte.

Analizó lo que sucede con los datos de ubicación geográfica de los teléfonos celulares, los CSLI (*Cell Site Location Information*), poniendo de resalto que el celular acompaña siempre a su dueño y que se encuentra transmitiendo señal en forma constante, lo que permite tener un registro completo y detallado de los movimientos que va realizando la persona.

En términos del juez Roberts, los datos que recoge el celular son detallados, enciclopédicos y compilados sin esfuerzo. Mucho más aún de los que aporta un dispositivo de GPS en un vehículo.

Resaltó que en virtud de la gran capacidad de almacenamiento con que cuentan los dispositivos celulares, esos datos ofrecen contenidos sensibles como puede ser el conocimiento respecto de los vínculos familiares, preferencias políticas, profesionales, religiosas y sexuales de una persona. Lo que no puede escapar a la protección de la doctrina de la razonable expectativa de privacidad.

Entonces, ¿por qué no aplica la teoría de la tercera parte en los datos de geolocalización?.

Con un criterio sumamente práctico se destaca que los celulares forman parte de la vida cotidiana y que los datos de geolocalización son una condición necesaria para poder operarlos, no requiriendo ningún tipo de consentimiento o acto voluntario por parte del usuario para que ello ocurra, sino que basta con que el celular esté encendido.

En definitiva se trataría de actos involuntarios automáticos, lo que no aplicaría como una entrega voluntaria de la información a un tercero.

De esa forma, se concluye que la orden que solicitó la policía no estuvo fundada en una “causa probable” como requiere la IV Enmienda, sino que se fundó en una orden que requiere de un estándar mucho menor, bajo la Ley de Almacenamiento de Comunicaciones.

Se dijo también que, si bien se reconocen las virtudes de estas modernas tecnologías para la investigación criminal, la Corte debe controlar y evitar una invasión gubernamental en esferas protegidas constitucionalmente.

Cabe aclarar que, desde luego que esta resolución no deja sin efecto la vigencia de la doctrina de la tercera parte, ni impide el acceso a los datos de geolocalización, lo que si exige es que eso se haga con una orden judicial en los términos de la IV Enmienda.

Esto es lo que, a mi juicio, debemos reflexionar en casos como el que resolvió la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca. Ha dicho la Procuración General de la Nación que el delito es una conducta que afecta de modo grave la convivencia social, por ello el Estado debe tratar de prevenirlo, o cuando ocurra, esclarecer lo sucedido en

imponer pena a su autor para que éste no vuelva a delinquir, sin embargo, existen límites, dado que el descubrimiento de la verdad debe llevarse a cabo mediante medios lícitos.⁷

¿Cuánta información sobre la vida íntima y privada poseen nuestros celulares? El juez Roberts sostuvo que los teléfonos celulares se han transformado en una parte esencial de la vida cotidiana, destacando las características de muchos de ellos, que son minicomputadoras que también tienen la capacidad de ser utilizados -entre otras cosas- como un teléfono. Dando cuenta también de la inmensa capacidad de almacenamiento de los mismos, y por ende, su potencial volumen para afectar la vida íntima y privada.

b.2) Conclusión

Nótese que mientras que en los fallos norteamericanos que citamos sólo se recurría a información de un GPS y a los datos de comunicaciones, en el caso de Bahía Blanca estamos frente a un acceso total a la información del celular, lo que incluye los archivos que se encuentran actualmente en el teléfono, más aquellos que han sido eliminados y que pueden mediante técnicas forenses ser recuperados, los servicios de almacenamiento en la nube, etc.

Por ello es que necesitamos pensar y debatir sobre la legislación procesal penal en materia de nuevas tecnologías. Nuestra legislación está totalmente atrasada en este punto, lo que hace que estas cuestiones en vez de ser resueltas por el legislador, terminen resolviéndose caso a caso por parte de los jueces.

Por ejemplo en España en el año 2015 se modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal incorporándose una gran cantidad de medidas de investigación tecnológicas, una revisión de ella puede ser de utilidad.

Esta forma de abordar los casos puede conducir a situaciones de arbitrariedad, que debemos evitar. Desde nuestro punto de vista, la sentencia es arbitraria, pues como se dijo, se brindaron argumentos dogmáticos en relación a la necesidad, razonabilidad, pertinencia, utilidad y proporcionalidad de la medida.

El único argumento de la Cámara termina siendo el carácter complejo de la cadena de tráfico, lo que desde nuestra óptica es insuficiente en relación a la afectación a la intimidad de la imputada.

Nuestra Corte, citando jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos ha reconocido que en los procesos penales hay dos intereses fundamentales de la sociedad, el interés en una rápida y eficiente ejecución de la ley y, además, el interés en prevenir que los derechos de sus miembros individuales resulten menoscabados por métodos inconstitucionales de ejecución de la ley, resolviendo siempre en favor de este último⁸.

La jurisprudencia de los Estados Unidos que reseñamos nos puede servir para advertir la cantidad de información sobre la vida íntima y privada que un GPS o los datos de ubicación geográfica de los teléfonos celulares arrojan. Contrastar esto con un acceso completo a la información del celular creemos que es suficientemente ilustrador.

Tampoco nos satisface la frase que autoriza la utilización de la “mínima fuerza pública necesaria” para la ejecución de la medida, ¿Cuál sería esa mínima fuerza pública necesaria?

7 Dictamen de la Procuración General de la Nación en Fallos: 306:1752

8 Fallos: 303:1938

Por último, es imperioso modificar nuestro ordenamiento procesal en orden a incorporar pruebas vinculadas al ámbito de las nuevas tecnologías. Una legislación adecuada garantiza los derechos individuales y protege a la sociedad toda.

En definitiva, sólo aplicando la ley lograremos el ideal que sostiene nuestro preámbulo de afianzar la justicia.