Revista Argumentos (ISSN: 2525-0469)
Núm. 22 julio 2026, pp. 83-96
Sección: Artículos
Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez [En Línea]
http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/ DOI:10.5281/zenodo.21629491

Evidencia digital y debido proceso: reinterpretación del *Nemo Tenetur* como límite estructural del sistema probatorio.*

Digital Evidence and Due Process: Reinterpretation of the *Nemo Tenetur* as a Structural Limit of the Evidentiary System.

Gabriela Andrea Ochoa**, Anahi Sofía Santi***

Resumen: El presente trabajo analiza el impacto de la evidencia digital sobre el principio del *nemo tenetur se ipsum accusare* y sostiene la necesidad de reinterpretar su alcance en el proceso penal. Se examina, en primer lugar, la ausencia de regulación específica y el recurso al principio de la libertad probatoria, circunstancias que generan un margen de discrecionalidad incompatible con el principio de legalidad y debilitan la garantía de no autoincriminación. A partir del análisis del marco normativo local, y de la doctrina nacional e internacional, se examina cómo el recurso al principio de libertad probatoria (art. 192 CPP) resulta insuficiente para garantizar la licitud de la prueba digital. En particular, se aborda la problemática del acceso a dispositivos electrónicos -especialmente teléfonos inteligentes- respecto de personas sometidas a proceso penal en calidad de imputadas, y su impacto sobre el derecho a no autoincriminarse. Sin embargo, se sostiene que el problema central no se agota en la falta de base normativa: la evidencia digital permite reconstruir la conducta de la persona imputada a partir de su propia esfera personal, incluso sin declaración ni cooperación activa, lo que desafía la concepción tradicional del *nemo tenetur*. En consecuencia, se propone entender esta garantía como un límite estructural o regla de clausura del sistema probatorio que excluye aquellas formas de obtención de evidencia que convierten a la persona imputada en fuente de incriminación.

Palabras claves: Evidencia digital, *nemo tenetur*, autoincriminación, sistema probatorio, reinterpretación.

* Recibido: 18/05/2026 Aceptado: 20/05/2026
** Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Juzgado de Control y Faltas Nº 14. Abogada (Universidad Nacional de Córdoba), Especialización en Cibercrimen en curso (Universidad Siglo 21), Correo electrónico: gochoa@justiciacordoba.gob.ar**.** ORCID: https://orcid.org/0009-0006-2529-3809
** Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Juzgado de Ejecución Penal Nº2.. Abogada (Universidad Nacional de Córdoba), Especialista en Derecho Penal (Universidad Torcuato di Tella), maestranda en Maestría en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba). Correo electrónico: ASANTI@justiciacordoba.gob.ar. ORCID: https://orcid.org/0009-0000-1933-9571

Abstract: This paper analyzes the impact of digital evidence on the principle of *nemo tenetur se ipsum accusare* and argues for the need to reinterpret its scope in criminal proceedings. First, it examines the lack of specific regulations and the recourse to the principle of free evaluation of evidence, which creates a margin of discretion incompatible with the principle of legality and weakens the guarantee against self-incrimination. Based on an analysis of the local legal framework and national and international legal scholarship, it examines how the recourse to the principle of free evaluation of evidence (Art. 192 of the Criminal Procedure Code) is insufficient to guarantee the admissibility of digital evidence. In particular, it addresses the issue of access to electronic devices—especially smart phones—by individuals subject to criminal proceedings as defendants, and its impact on the right against self-incrimination. However, it is argued that the central problem is not limited to the lack of a legal basis; digital evidence allows for the reconstruction of the accused person's conduct from their own personal sphere, even without a statement or active cooperation, thus challenging the traditional concept of the *nemo tenetur* (the right to be remembered). Consequently, it is proposed that this guarantee be understood as a structural limit or closing rule of the evidentiary system, excluding those forms of obtaining evidence that turn the accused person into a source of incrimination.

Keywords: Digital evidence, *nemo tenetur,* self-incrimination, evidentiary system, reinterpretation.

1. Introducción

Las transformaciones tecnológicas propias de la sociedad contemporánea han impactado de manera decisiva en el ámbito del derecho penal, particularmente en lo que respecta a los modos de obtención de la prueba. Frente a este escenario, la evidencia digital ha adquirido un rol central en la investigación de los hechos delictivos (ahora trasladados al campo digital), al tiempo que ha puesto en tensión las categorías tradicionales del proceso penal y los límites constitucionales que rigen la actividad probatoria estatal. En este sentido, "Las nuevas manifestaciones delictivas imponen la necesidad de contar con instrumentos legales que permitan aprovechar las potencialidades de las tecnologías para llevar adelante investigaciones penales eficaces, sin desatender las garantías constitucionales en resguardo de los derechos fundamentales" (Dupuy, 2021, p. 283).

A título ilustrativo, diversos países -Alemania, Australia, Canadá, España y Estados Unidos- han incorporado a sus ordenamientos procesales medios de prueba específicos orientados a la obtención y tratamiento de evidencia electrónica (Sueiro, 2021, p. 204). Sin embargo, en nuestra región, y más precisamente en el ámbito local nos enfrentamos a la fecha con un vacío legal dentro de la legislación de forma en un área que cada vez exige mayor especificidad. Concretamente, el Código Procesal Penal de Córdoba (Ley N° 8123) carece de una regulación específica sobre la obtención, preservación e incorporación de este tipo de evidencia. Esta omisión normativa no constituye un simple vacío técnico o una falta de regulación, sino un déficit estructural que impacta directamente sobre garantías constitucionales esenciales, de toda persona sometida a proceso legal (arts. 18, 75 inc. 22 CN, 8.2. g y 8.3 CADH, art. 14 inc. 3 PIDCP; art. 4 CPPF, art. CPP).

En este contexto, la doctrina ha señalado que:

> (…) los códigos procesales penales de las provincias (…) suelen recurrir al principio de libertad probatoria, para permitir la aplicación analógica de un medio de prueba propio de la prueba física, para lograr la obtención de evidencia digital, lo cual suele redundar en una clara afectación a los principios, garantías constitucionales y convencionales, tales como los derechos a la privacidad o intimidad, defensa en juicio del acusado, y prohibición de no autoincriminación. (Sueiro 2021, pág. 209)

En particular, se advierte como problema central que la obtención de evidencia digital requiere el acceso a dispositivos electrónicos personales (teléfonos celulares inteligentes), cuyos contenidos, imágenes, contactos, mensajes, entre otras cuestiones, se encuentran protegidos mediante un mecanismo de seguridad que pueden implicar la intervención activa o pasiva de la persona imputada. En estos supuestos, se pone en juego el alcance del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, en tanto garantía que

impide que una persona sea compelida a colaborar en la producción de prueba en su contra.

Bajo tales tópicos, el presente trabajo sostiene que el problema no puede ser abordado exclusivamente desde la ausencia de regulación normativa ni desde la distinción clásica entre medios de prueba tradicionales y digitales, sino que exige una reinterpretación del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* como una regla estructural del sistema probatorio

2. Problema de investigación

El presente trabajo parte de los siguientes interrogantes: ¿Cuál es el alcance del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* en el contexto de la evidencia digital? Y ¿Puede el principio de no autoincriminación operar como límite estructural a la obtención de prueba digital, dentro del proceso penal?

3. Estado de la cuestión

A nivel comparado, diversos ordenamientos han avanzado en la regulación de la evidencia digital, incorporando medios probatorios específicos (Sueiro, 2021, p. 204). No obstante, en Argentina persiste un déficit normativo significativo, especialmente en el ámbito local. Ello tiene repercusión al momento de emprender una investigación penal para acreditar la existencia de un hecho (cuyos elementos probatorios ahora pueden, o no, estar contenidas en medios tecnológicos), y la responsabilidad de la persona imputada, así como en la forma en que aquello se compatibiliza con las garantías y principios constitucionales y convencionales de toda persona sometida a proceso.

La evidencia digital, es decir aquella información que, sujeta a una intervención humana, electrónica o informática, ha sido extraída de un medio tecnológico (computadoras, celulares, aparatos de video, etc.) tiene valor probatorio en un proceso judicial. No obstante, lo que incide es que su característica y naturaleza no deja de ser volátil, frágil, así como fácil de alterar, dañar o destruir, y, por otro lado, primordialmente, resulta invasiva, pues posibilita el acceso al conjunto de información en ella contenida (geolocalización, fotos, vínculos, historial), permitiendo reconstruir la vida privada y la conducta de una persona sin necesidad de su declaración activa.

En este sentido, la doctrina ha advertido que:

> En nuestro país, salvo escasas excepciones, los códigos procesales locales no contienen una regulación específica del tema… incluso cuando la tienen, no resultan del todo precisas (…) *y justifican esta "laguna"* … en tanto las leyes aparecen constantemente superadas por las nuevas tecnologías en su

> evolución y aplicación incluso, antes de ser sancionada. (Chaia, 2024, p. 118, el resaltado nos pertenece)

En este escenario, es posible afirmar que la legislación provincial, presenta un vacío normativo en materia de evidencia digital, permitiendo el ingreso "legal" de medios probatorios para dar sustento a una acusación, aun constriñendo, en algunos casos a la persona imputada a declarar contra sí mismo.

4. Libertad probatoria: un déficit estructural

En el ámbito provincial, el Ministerio Público Fiscal, como órgano encargado de la investigación penal, recurre al principio de libertad probatoria (art. 192 CPP) para incorporar elementos de convicción, aplicando de manera analógica reglas diseñadas para medios de prueba tradicionales. Tal concepción permitida, ha sido enfatizada por Pérez Barberá (2009): "Todo puede probarse y por cualquier medio (…) debiéndose en todo caso aplicar analógicamente las normas procesales que más similitud tengan con el medio de prueba extraño a la codificación (pág. 274)".

Sin embargo, esta solución resulta problemática desde la perspectiva constitucional. Como advierte la doctrina, la analogía no siempre capta la complejidad y volatilidad de lo digital, ni asegura el respeto de las garantías fundamentales.

En este contexto, la falta de regulación desplaza el eje del principio de legalidad hacia la discrecionalidad judicial, permitiendo que sea el juez -en la etapa procesal pertinente- quien determine, caso por caso, la licitud de los medios tecnológicos empleados. Pérez Barbera (2009) advierte nuevamente: "No parece, pues, lo más adecuado (…) dejar librado a que cada juez en cada caso concreto determine si el empleo de la tecnología (…) ha sido lícito o ilícito" (pág. 279). Ello, en un estado democrático de derecho, debilita el sistema de garantías reconocido constitucional y convencionalmente, y vuelve el acto irregular y más precisamente inconstitucional.

5. El principio *nemo tenetur se ipsum accusare* en la era digital

El principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, consagrado en el art. 18 de la Constitución Nacional, garantiza que ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí misma ni a colaborar activamente en su propia incriminación. La llamada incoercibilidad de la persona imputada es un valladar a la disponibilidad de la regla de libertad probatoria la cual busca utilizar métodos no previsto por la ley para la averiguación de la verdad real. Ahora bien, en el ámbito de la evidencia digital, esta garantía adquiere una nueva dimensión, particularmente en relación a lo que abordaremos a continuación sobre el acceso a dispositivos electrónicos personales.

En efecto, los teléfonos inteligentes contienen una enorme cantidad de información personal (conversaciones, datos de geolocalización, imágenes, archivos, comunicaciones privadas y correos electrónicos), cuyo acceso suele estar cifrado mediante mecanismos de desbloqueo de claves numéricas o alfanuméricas, huellas dactilares u otros datos biométricos (como reconocimiento facial o de iris). En el marco de esta condición, resulta imperativo indagar si, dentro una investigación penal, la obtención de datos se ajusta a los límites constitucionales y convencionales, a fin de impedir la incorporación de pruebas ilícitas al proceso.

En este punto, es interesante el abordaje practicado por la doctrina, toda vez que ha establecido el límite de actuación del poder represivo estatal.

Por un lado, Rubén Chaia (2004) sostiene que las contraseñas alfanuméricas constituyen un contenido mental, por lo que su revelación implica una cooperación activa de la persona imputada, incompatible con el principio de no autoincriminación. Agrega que la "cooperación" es una manifestación del conocimiento, es decir, un acto intelectual, lo que se materializa cuando se fuerza a la persona imputada a comunicar un contenido mental de carácter incriminatorio.

Por otro lado, sostiene que el uso de datos biométricos (huellas dactilares o reconocimiento facial) son considerados evidencia física preexistente, cuya utilización forzada podría encuadrarse dentro de las medidas que la persona imputada debe tolerar como objeto de prueba. La entiende como una evidencia física que denomina no equiparable a testimoniales. Por lo tanto, el autor sostiene que el uso forzoso de estos datos no obliga a la persona imputada a "declarar" contra sí mismo, sino simplemente a tolerar una medida restrictiva, de manera similar a una extracción de sangre o un reconocimiento en rueda de personas.

No obstante, esta diferenciación en el modo de obtención de la evidencia, no se encuentra exenta de críticas. Algunos autores han puesto de manifiesto que esta práctica, llevada a cabo por los órganos encargados de la persecución penal, difiere no solo por la organización del estado que lo aplica, sino que también puede variar de acuerdo a si ese estado ha previsto una regulación legal, dentro del ordenamiento jurídico, la obtención, conservación e incorporación de evidencia digital al proceso penal.

Sobre este eje de discusión, autores como Helmut Satzger introduce matices relevantes. Si bien coincide en que la revelación forzada de contraseñas vulnera el principio *nemo tenetur*, cuestiona que el acceso biométrico pueda ser considerado de mera tolerancia pasiva. En efecto, advierte que la utilización de datos biométricos como mecanismo de acceso responde a una decisión previa de la persona imputada, estableciendo, en este punto, una diferenciación entre una colaboración activa y una pasiva.

Las posturas de Rubén Chaia (2024) y Helmut Satzger (2024) aportan elementos para el análisis aquí tratado, en tanto coinciden al sostener una distinción entre:

contraseñas -entendidas como producto de elaboración propia, es decir de contenido mental- y datos biométricos -producción de un evidencia física-. Sin embargo, ambas construcciones doctrinarias resultan, en definitiva, insuficientes para dar respuesta integral al problema que plantea la evidencia digital en el proceso penal actual. Es decir, el avance tecnológico repercute directamente en el sistema de justicia. En este nuevo escenario, los medios probatorios regulados por la norma procesal provincial deben adaptarse, de manera inevitable, del ámbito físico a lo digital –en sentido amplio-, sin que exista una regulación normativa que permita el ingreso "legal" al proceso penal.

En consecuencia, el debate no puede resolverse exclusivamente a partir de la distinción entre cooperación activa y tolerancia pasiva, sino que exige una reformulación del alcance del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*. En el contexto de la evidencia digital, dicha garantía no puede ser concebida como un principio susceptible de ponderación, se debe reestructurar el alcance como una regla estructural del sistema probatorio que, al mismo tiempo, impida que la persona imputada sea instrumentalizada como fuente de prueba en su contra.

6. Insuficiencia del modelo clásico

El modelo tradicional del *nemo tenetur*, basado en la distinción entre cooperación activa y tolerancia pasiva, resulta insuficiente frente a los desafíos que plantea la evidencia digital ya que, por su naturaleza, como señalamos más arriba, es extremadamente frágil, fácil de alterar, dañar o destruir, e incluso considerada invasiva.

En efecto, este modelo presupone que la autoincriminación solo se produce cuando la persona imputada realiza un acto de colaboración activa. Sin embargo, en el ámbito digital, la obtención de información incriminatoria puede producirse sin esa declaración o cooperación. Algunos ejemplos a considerarse son el desbloqueo de celular, la entrega de contraseñas, el acceso de información a nube, entre otros.

El acceso a dispositivos electrónicos, la extracción forense de datos y la reconstrucción de información almacenada permiten generar evidencia incriminatoria a partir de la esfera personal de la persona imputada. De este modo, la evidencia digital desborda las categorías tradicionales del derecho probatorio, al permitir que la persona imputada sea convertida en fuente de prueba en su contra, sin necesidad de intervención activa como ocurre con la declaración de la persona imputada.

Desde esta perspectiva, el *nemo tenetur (no autoincriminación)* no debe entenderse únicamente como una garantía procesal frente a la cooperación activa de la persona imputada, sino como una regla de clausura del sistema probatorio que excluye la incorporación de prueba obtenida mediante la instrumentalización de la persona imputada como fuente de incriminación.

Esta situación persigue una justificación dogmática y doctrinaria sobre el uso del adagio jurídico en pos de preservar los derechos de toda persona sometida al proceso y

la prohibición que la persona imputada sea utilizada como fuente de prueba en su contra.

7. Reinterpretación del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* ante los desafíos de la evidencia digital

El art. 18 de la Constitución Nacional consagra el principio de incoercibilidad de la persona imputada o derecho a no autoincriminarse. De esta manera, el axioma que determina que "nadie tiene que acusarse a sí mismo" hace referencia a una prohibición que se impone en un Estado de derecho en resguardo de derechos fundamentales como la dignidad humana, el derecho de defensa o el principio de inocencia. Este principio se consagra como una garantía esencial de la persona imputada constituyéndose en un límite para la búsqueda de la verdad donde la persona acusada no puede ser obligado a declarar en su contra aportando prueba incriminatoria, ni confesar de manera coercitiva.

Ahora bien, el debate doctrinario reseñado se ha centrado en determinar si el desbloqueo de dispositivos electrónicos mediante biometría o contraseña implica una cooperación activa o mera tolerancia pasiva. Entendemos que este enfoque resulta limitado, ya que la ausencia de regulación específica agrava el problema al permitir que, al amparo del principio de libertad probatoria, sean incorporados al proceso métodos de obtención de prueba incompatibles con el *nemo tenetur*.

7.1. La distinción entre reglas y principios: el problema de la ponderación

Profundicemos un poco más en estas ideas. Para ello, corresponde retomar la distinción conocida entre reglas y principios. Si bien el concepto de principio ha tenido diversos usos a lo largo del tiempo, resulta interesante la aproximación que realiza sobre ello Genaro Carrió (1986). Según este autor, tendremos en cuenta principalmente aquel concepto que los concibe como máximas que provienen de la tradición jurídica o como juicios de valor que reconocen exigencias básicas de justicia y moral positivas.

En base a estas ideas, posteriormente, Robert Alexy (1993) estableció una distinción clara entre reglas y principios, concluyendo que entre ambas categorías existe una diferencia cualitativa. Bajo esta distinción, el punto decisivo radica en que los principios, también denominados mandatos de optimización, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas, lo que implica que pueden ser cumplidos en diferente grado. Diferente es el caso de las reglas que, como tales, son normas que solo pueden ser cumplidas o no.

Más allá de las críticas que se le puede objetar a esta distinción es interesante abordar la postura de Ronald Dworkin (1977) al respecto. En la obra de este autor, los principios se distinguen por poseer una dimensión de peso, de la que carecen las reglas, mientras que estas últimas solo podemos hablar de una dimensión de validez. Los

principios carecen de carácter concluyente en la medida en que no determinan por si mismos la solución del caso, sino que aportan razones que deben ser ponderadas frente a otras consideraciones relevantes. A diferencia de las reglas, que se aplican de modo definitivo cuando se verifican sus condiciones, los principios poseen una dimensión de peso y pueden entrar en conflicto, por lo que su aplicación no conduce automáticamente a una respuesta única. Esta característica implica que los principios no excluyen de manera categórica determinadas soluciones, sino que orientan la decisión judicial dentro de un proceso de ponderación. De allí que, otra distinción relevante sea que los principios se distinguen de las reglas en razón de su carácter no concluyente, mientras que las reglas poseen un carácter concluyente.

Pero, antes que ello, enfoquemos el análisis en la cuestión del peso de los principios frente a la validez de las reglas. En efecto, cuando estas últimas entran en conflicto, se genera una situación ante la cual una de ellas debe desaparecer; así su aplicación responde a una lógica de a todo o nada, solo una de ellas subsiste como válida. No hay, en este caso, una aplicación gradual. Por el contrario, los principios cuando entran en conflicto lo conveniente es efectuar un balance o ponderación para determinar, en última instancia, cuál de ellos tiene mayor peso de acuerdo a las circunstancias del caso. Sin embargo, y a diferencia de las reglas, el principio que queda relegado frente al que prevalece, no pierde su validez, ya que en un conflicto distinto podría resultar vencedor. De manera tal que los principios sobreviven intactos a los conflictos con otros principios, una característica de la cual carecen las reglas. Es decir, cuando los principios entran en conflicto uno de ellos cede frente al otro sin que ello signifique declarar inválido al principio desplazado, lo que implica que en otras circunstancias la preferencia podría invertirse. Para decirlo con otras palabras, los principios serian calificados como normas derrotables.

7.2. Insuficiencia del nemo tenetur

En base a este brevísimo análisis, y yendo a lo concreto del tema que nos convoca en este texto, el principio constitucional consagrado en nuestro art. 18 de la C.N “nadie puede obligado a declarar en contra de sí mismo” frente a la evidencia digital que hoy en día existe carente de una regulación fuerte, se presenta como insuficiente. En base a lo dicho, este principio requiere de una reinterpretación funcional. Si entendemos al principio del *nemo tenetur* en los términos antes explicados, es fácilmente derrotable por la operación de ponderación frente a otros principios tales como la seguridad pública o eficacia investigativa, lo cual debilita tanto la garantía, así como amplifica demasiado el protagonismo y discrecionalidad del juez. En línea con la postura de Alexy (1993), en el marco de la prueba digital puede llegar a obligarse a la persona imputada que declare en contra de sí mismo, y ello torna relativa la garantía. Lo cierto es que algunas garantías deberían operar no como principios ponderables (derrotables), sino como verdaderos límites estructurales, de modo que no correspondería ponderarlas, sino de aplicarlas o no aplicarlas. De este modo, el principio del *nemo tenetur* pasaría a

operar como una regla, lo que supone una redefinición teniendo en cuenta los desafíos de la era digital. Entendido desde esta óptica, operaría de manera excluyente, definiendo de antemano qué formas de obtención de prueba resultan inadmisibles y como una verdadera regla de clausura del sistema probatorio: el principio no actuaría ya como un derecho a ser balanceado, sino como un límite estructural que impediría que la persona imputada sea utilizada como fuente de prueba en su contra.

La distinción entre reglas y principios adquiere particular relevancia en el ámbito de la evidencia digital, donde la concepción del *nemo tenetur,* como principio, suele conducir a ponderaciones que privilegian la eficacia investigativa frente a la protección de la persona imputada. En cambio, si se lo entiende como regla, el análisis se desplaza desde la ponderación hacia la identificación de formas de producción probatoria que quedan excluidas del sistema, incluso cuando resultan útiles para la investigación. Así, la caracterización del *nemo tenetur* como regla permite preservar su función estructural, evitando que la persecución penal se apoye en la esfera personal del imputado como fuente de evidencia. Debe funcionar como un límite estructural no ponderable de la actividad probatoria estatal, cuya aplicación depende de determinar si existe o no cooperación activa de la persona imputada, evitando así el aumento indebido de la discrecionalidad del juez.

8. Estructura vs función: hacia una redefinición del *nemo tenetur*

Si continuamos profundizando en el análisis y siguiendo la teoría de Fernando Atria (2016) sobre los conceptos jurídicos, tal y como asevera el autor, sería demasiado superficial definirlos solo de manera estructural. En efecto, la estructura no explica por sí misma los conceptos jurídicos ni distingue lo esencial de lo accesorio; en otras palabras, simplemente describe, pero no explica. Desde esta óptica, la insuficiencia de las teorías estructurales se demuestra mediante una reducción al absurdo. Si, por ejemplo, argumentamos que la pena se define como una privación coactiva de un bien, entonces los impuestos o las indemnizaciones por daños deberían considerarse penas. Esto resulta absurdo. La diferencia, entonces, solo puede explicarse atendiendo a la función que cumplen las instituciones, como la función de reproche en el caso de la pena. Por ende, los conceptos jurídicos no pueden definirse exclusivamente por su estructura, sino que debemos acudir a su función.

Ahora bien, la estructura interna del concepto jurídico que implica la prohibición de declarar en contra de sí mismo se encuentra conformada por: la existencia de un sujeto imputado, la exigencia estatal, la cooperación y la autoincriminación. Bajo esta reconstrucción, el *nemo tenetur* opera cuando el Estado pretende compeler a la persona imputada a realizar un acto que contribuya en su propia incriminación. Esta caracterización estructural permite delimitar casos comprendidos dentro del concepto, definiendo su alcance mediante condiciones necesarias.

Sin embargo, como advierte Atria (2016), una definición puramente estructural resulta insuficiente para explicar por qué esas condiciones son relevantes y no otras, así como para comprender la razón que justifica la exclusión de tales formas de obtención de prueba (problemas de la individuación y de la relevancia). Es por ello que el concepto del *nemo tenetur* requiere ser comprendido también a partir de su función dentro del proceso penal, esto es, como una regla que preserva la posición de la persona imputada y la estructura de la actividad probatoria, impidiendo que la persecución penal se apoye en la cooperación forzada del propio imputado.

En efecto, en este ámbito la autoincriminación puede producirse sin declaración ni cooperación activa del imputado. El acceso a dispositivos electrónicos, la extracción forense de datos o la reconstrucción de información almacenada permiten obtener evidencia incriminatoria, sin que la persona imputada haya sido compelida a declarar o realizar un acto de colaboración. Esto demuestra que la estructura clásica del *nemo tenetur*, basada en la exigencia de cooperación autoincriminatoria, no alcanza para explicar todos los supuestos relevantes. Si el principio tiene por función evitar que la persecución penal se apoye en el propio imputado/a como fuente de prueba, esa función puede verse comprometida incluso cuando no existe compulsión a declarar. La evidencia digital pone así de manifiesto que la autoincriminación no depende necesariamente de la voluntad de la persona imputada, sino de la utilización de su esfera personal como fuente total de información. En consecuencia, el problema no radica únicamente en la cooperación activa, sino en el carácter de la evidencia digital, que permite reconstruir la conducta de la persona a partir de los rastros que el/ella mismo/a ha generado. Esto obliga a revisar la estructura del *nemo tenetur*, desplazando el foco desde la prohibición de declarar hacia la prohibición de convertir a la persona imputada en fuente de prueba contra sí mismo.

Entonces desde una perspectiva funcional, el *nemo tenetur* se define por su finalidad de impedir la autoincriminación forzada. En este sentido, aun cuando el desbloqueo de dispositivos digitales no constituya una declaración en el sentido clásico, puede implicar una cooperación activa de la persona imputada en su propia incriminación. Así, siguiendo una interpretación funcional del concepto, el *nemo tenetur* debe operar como un límite estructural a la actividad probatoria estatal y no como un principio susceptible de ponderación.

La evidencia digital exige repensar el *nemo tenetur* como una regla de clausura del sistema probatorio, es decir una regla que delimite su estructura al definir cómo se produce una prueba legítima y cómo se conforma la práctica jurídica. En este sentido, opera con anterioridad al ingreso de la prueba al sistema, evitando que la prueba provenga de la persona imputada como fuente activa. En consecuencia, queda excluida toda prueba que requiera revelar contraseña, desbloquear el dispositivo, descifrar un archivo, entre otras.

Así, bajo este entendimiento, funcionaría no solo como un derecho de defensa sino como una regla de diseño institucional. De este modo, se define de ante mano qué

ingresa al sistema, sin decidir sobre el fondo de la cuestión; no existe una ponderación, sino que se excluye. Es decir, se determina previamente qué tipo de evidencia puede ser considerada jurídicamente válida, sin recurrir a ponderaciones entre principios en el caso concreto. Desde esta perspectiva, no se trata simplemente de un derecho de la persona imputada o de un principio susceptible de ponderación, sino de un límite estructural que define qué formas de obtención de prueba pueden integrar legítimamente el proceso penal. Con todo, el *nemo tenetur* opera excluyendo toda evidencia que se construya a partir del propio imputado como fuente de información, ya sea mediante su cooperación activa o la utilización de su esfera personal como base para la reconstrucción de su conducta. Así el *nemo* no actúa de modo posterior, invalidando pruebas ya obtenidas, sino de manera previa, cerrando el sistema frente a determinadas formas de producción probatoria.

8.1 ¿Demasiada rigidez en la regla?

No obstante, a lo expuesto, este último análisis no está exento de críticas. Convertir al *nemo tenetur* en una regla demasiado rígida podría ser excesivo, ya que la Constitución lo formula como una garantía amplia y no como una regla cerrada. Por otro lado, en la práctica no siempre es fácil esclarecer la línea entre cooperación activa y tolerancia pasiva, lo que traslada el problema nuevamente al ámbito de la discrecionalidad judicial, e implica interpretación.

Sin embargo, estas objeciones no invalidan la tesis, sino que exige precisar el alcance del criterio, sosteniendo un núcleo fuerte de protección en contra de la autoincriminación forzada. Precisamente esa rigidez constituye la función que el *nemo tenetur* está llamado a cumplir. En efecto, si el principio opera como regla de clausura del sistema probatorio, su finalidad no consiste en ser objeto de ponderación caso por caso, sino en definir, estructuralmente, qué formas de producción de prueba quedan fuera del sistema. La posibilidad de ponderación, propia de los principios diluye esa función y permite que la persecución penal se base en algunos supuestos, en el propio imputado/a como fuente de evidencia. Desde esta perspectiva una mayor rigidez no aparece como un defecto, sino como una consecuencia necesaria de su función como límite del sistema probatorio, particularmente frente a las posibilidades expansivas que ofrece la evidencia digital.

9. Conclusión

Para finalizar, podemos decir que aun cuando existiera una regulación legislativa detallada, persistiría la dificultad estructural que plantea este tipo de prueba respecto del principio *nemo tenetur se ipsum accusare*.

La falta de base normativa clara impacta directamente en el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*. Por un lado, al impedir delimitar con precisión y claridad los

supuestos en los cuales la persona imputada puede ser compelida a tolerar una medida de investigación y, por otro lado, a detectar cuándo se lo coloca en situación de colaboración forzada en la obtención de prueba en su contra. Esta falta de regulación en contextos de evidencia digital no solo debilita la validez de la prueba, sino que también erosiona las bases del debido proceso, al introducir un margen de discrecionalidad incompatible con un Estado de Derecho.

Sin embargo, la problemática no se agota en la falta de base normativa. El debate doctrinario reconstruido sobre la distinción entre cooperación activa y tolerancia pasiva se asienta sobre una concepción clásica del *nemo tenetur,* centrada en la autoincriminación mediante declaración o colaboración directa del imputado. La evidencia digital muestra, no obstante, que la autoincriminación puede producirse incluso sin declaración ni cooperación activa, a través de la reconstrucción de la conducta de la persona imputada a partir de la información almacenada en su esfera digital y ello genera una autoincriminación masiva. Por ende, poner el foco en la cooperación pasiva o activa puede resultar insuficiente o quizás irrelevante.

Desde este punto, el debate está mal enfocado, ya que la pregunta no debería ser: ¿Hay cooperación activa/tolerancia pasiva?, sino: ¿La evidencia convierte al imputado en fuente de autoincriminación?

El verdadero problema radica en la estructura de la evidencia digital, caracterizada por su naturaleza profundamente invasiva y acumulativa, que desafía las categorías tradicionales del *nemo tenetur*. En consecuencia, el problema no se agota en la ausencia de base legal, sino que compromete la propia estructura del principio.

Desde esta perspectiva, comprender el *nemo tenetur* como un principio susceptible de ponderación frente a la eficacia investigativa resulta particularmente problemático, pues habilita la introducción progresiva de formas de obtención de evidencia apoyadas en la propia esfera personal del imputado/a. En cambio, su reconstrucción como regla de clausura del sistema probatorio permite identificar un límite estructural: la persecución penal no puede apoyarse en el/la imputado/a como fuente de prueba en su contra. En consecuencia, la evidencia digital no solo exige una regulación específica, sino también una revisión conceptual del alcance del *nemo tenetur*.

El desafío, entonces, no radica únicamente en determinar cuándo el/la imputado/a coopera activamente, sino en evitar que la persecución penal se construya a partir de la totalidad de la información generada por la propia persona. Así entendida la evidencia digital obliga a desplazar el foco desde la prohibición de autoincriminación declarativa hacia la prohibición de convertir la esfera personal de la persona imputada en un fundamento de prueba. Frente a esto, el *nemo tenetur* se configura como una regla estructural que cierra el sistema probatorio frente a otras formas de obtención de evidencia que, aun sin cooperación activa, se apoyan en el propio imputado/a como fuente de incriminación.

Por último, podemos observar que la falta de regulación no solo vulnera el principio de legalidad, sino que pone de manifiesto una dificultad más profunda: la insuficiencia del modelo clásico del *nemo tenetur* para abordar la especificidad de la evidencia digital. Como hemos presentado , la discusión no debe centrarse exclusivamente en la existencia (o no) de una base legal para el acceso a dispositivos electrónicos, sino también en la compatibilidad misma de este tipo de evidencia con la función garantista del principio de no autoincriminación. Solo a partir de esta doble dimensión – normativa y estructural – es posible preservar la vigencia efectiva del debido proceso frente a los desafíos que plantea la investigación penal en la era digital

Es por ello que resulta imprescindible una reforma legislativa que incorpore de manera expresa la evidencia digital como medio probatorio, estableciendo estándares claros para su obtención, preservación y valoración, en consonancia con los principios constitucionales y convencionales.

10. Referencias bibliográficas

Atria, F. (2016). *La forma del derecho*. Marcial Pons.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Carrió, G. R. (1986). *Notas sobre derecho y lenguaje*. Abeledo-Perrot.

Chaia, R. A. (2024). *La prueba digital: principios y garantías constitucionales para su aplicación en el proceso penal* (Vol. 2). Hammurabi.

Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Ariel.

Dupuy, D. (2021). Investigación de los delitos en la era digital y la recolección de evidencia. En G. E. Bielli, C. J. Ordoñez, & G. H. Quadri (Eds.), *Tratado de la prueba electrónica* (Vol. 3, pp. 273–ss.). La Ley – Thomson Reuters.

Pérez Barberá, G. (5 de mayo de 2009). Nuevas tecnologías y libertad probatoria en el proceso penal. En Ponencia presentada en el VI Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Procesal Penal, Salta, Argentina.

Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Marcial Pons.

Satzger, H. (2024, 19 de marzo). *Descifrado del smartphone protegido por características biométricas contra la voluntad del acusado* [Conferencia]. Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez - Poder Judicial de Córdoba, Córdoba, Argentina.

Sueiro, C. (2021). La prueba digital y su incorporación al proceso penal. En G. E. Bielli, C. J. Ordoñez, & G. H. Quadri (Eds.), *Tratado de la prueba electrónica* (Vol. 3, pp. 195–ss.). La Ley – Thomson Reuters.