

Medios técnicos y expectativa razonable de intimidad en la investigación penal

Search technologies & reasonable expectation of privacy in criminal investigation

ANDRÉS HERNANDO LUNA OSORIO

Abogado, Magíster en Ciencias Penales y Criminológicas,
Docente de Derecho Penal en Pregrado (Universidad Cooperativa de Colombia, Bucaramanga)
y posgrado (Universidad Autónoma del Caribe, Barranquilla).
Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, Bucaramanga.
E-mail: j02epbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co

Recibido: Agosto 18 de 2010

Aceptado: Septiembre 22 de 2010

RESUMEN

A partir de la redacción del único párrafo del artículo 230 CPP se invita al estudio de los diversos supuestos jurisprudenciales que se han desarrollado acerca de la “carencia de expectativa razonable de intimidad”, esto por cuanto dicha norma prevé que al dejar objetos expuestos a plena vista, se permite el uso de medios técnicos o electrónicos que sirvan para los fines de policía judicial. En razón a ello, a partir de las experiencias comparadas se propone un modelo (estricto) de interpretación judicial, respetuoso de la garantía de intimidad, dada la “capacidad intrusiva” de los medios técnicos en la vida íntima de los sospechosos en la indagación penal.

Palabras clave: Expectativa razonable de intimidad, intimidad, registro y allanamiento, medios técnicos de investigación penal, registro y rayos x.

ABSTRACT

From the draft of the only paragraph in the Article 230 (Code of Penal Procedure) it invites the study of the different assumptions that have developed about the case law about of lack of reasonable expectation of privacy by an object expose in full view at the mercy of technical or electronic media (novel search technologies) that serve to the purposes of judicial police. From comparative experience is proposed a model (strict) of interpretation due to the “intrusive capacity” of the technical means in the intimate lives of suspects in the criminal investigation.

Key words: Reasonable expectation of privacy, privacy, search and seizure, novel search technologies, search and x- rays.

Introducción

La ausencia de “expectativa razonable de intimidad” se centra dentro de las indagaciones penales como aquel supuesto teórico, no solo capaz de legitimar órdenes de registro y allanamiento sin orden previa y escrita del fiscal (art. 230.2. CPP) –o de un Juez como debe ser por regla general -, sino también de llevar a cabo el seguimiento y vigilancia de personas (art. 239), de cosas (art. 240 CPP), o una entrega vigilada (art. 243 CPP), etc. Si bien el adelantamiento de un registro omitiéndose la orden previa del fiscal por carencia de expectativa razonable de intimidad es “excepcional”, y la ley procesal en pocas ocasiones utiliza esta locución dentro de su cuerpo normativo, lo que si cada vez se hace menos excepcional es el uso de medios técnicos por parte de los funcionarios de policía judicial con el fin de adelantar actividades de investigación y de indagación. Prueba de ello es lo expresado por la Fiscalía General de la Nación (2006: 60)¹ cuando señala acerca del seguimiento y vigilancia de personas que:

En desarrollo del seguimiento pasivo, la norma permite el empleo de cualquier medio que la técnica aconseje, como fotografías y videos [puede considerarse que la expresión “cualquier medio que la técnica aconseje” incluye los enunciados en el artículo 232 (seguimiento de personas) del proyecto original presentado a consideración del Congreso de la República: transmisores radiogoniométricos, alarmas, detectores de movimientos, visores nocturnos y de fuentes infrarrojas, empleo de micrófonos para la grabación de conversaciones privadas y otras similares, siempre que se utilicen en campo abierto para no vulnerar la expectativa razonable del derecho a la intimidad].”

En los mismos términos se refiere la Fiscalía General de la Nación en los casos de técnica judicial al respecto del delicado evento de las entregas vigiladas (2006: 63)². De lo encontrado como posición oficial por el órgano de persecución penal, se observa que contempla contar con un buen número de medios técnicos, algunos de uso muy común como los visores nocturnos, otros más sofisticados como los transmisores radiogoniométricos, pero, de todas formas es claro que no cierra la posibilidad de usar varias técnicas de indagación mediante la tecnología (y es que es imposible cerrar los diferentes elementos tecnológicos).

En efecto, se encuentra el vívido interés del Estado en adquirir una serie de medios técnicos que sirven para desarrollar sus fines propios de aseguramiento de la convivencia y la paz, pero que, de igual manera, repercutir importantemente en la legalidad de las pruebas en

un proceso penal (ordinario o militar). De esta forma se puede constatar los procesos de contratación estatal para adquirir “anteojos de visión nocturna, miras telescópicas, miras de visión nocturna y cámaras térmicas”³, “cámaras térmicas” portátiles para operaciones militares⁴ (antiscuestro), “visores nocturnos”⁵, “visor nocturno monocular” para uso por tropas a pie o embarcadas en elementos de combate fluvial y capacidad de inmersión en agua a una profundidad de un (1) metro durante 30 minutos⁶, “visores nocturnos, binoculares y binoculares digitales para el nuevo sistema penal acusatorio”⁷, adquisición de equipos optrónicos (“cámara térmica, mira de difracción holográfica, telémetros”)⁸, adquisición de semovientes caninos “para el desarrollo de trabajos como detección de sustancias explosivas, narcóticas, divisas”⁹, “imágenes satelitales de [muy] alta resolución” de todos los departamentos de Colombia y varias de sus capitales¹⁰.

De igual forma se verifica cómo el Gobierno comunica incentivos a las personas desmovilizadas y reincorporadas representado en bonificación por entrega de armas (“equipo especial”) tales como “lentes de visión nocturna”, “miras térmicas” y “miras telescópicas”¹¹.

Aunado a lo anterior, no podemos olvidar el contenido del Decreto 2474 de 2008 (jul. 7)¹² cuando señala que son

- ³ Fuerzas Militares de Colombia, Ejército Nacional, Dirección de Armamento. *Proceso de selección abreviada n.º 338 CEITE-DIARM-2008*. “Adquisición de anteojos de campaña”.
- ⁴ Ministerio de Defensa Nacional – Fondelibertad. *Licitación pública n.º 19 de 2006*. Contratación para la “Adquisición a título de compraventa de cuatro (4) cámaras térmicas con destino a Fondelibertad para empleo en operaciones por parte de los Grupos Gaulas del Ejército Nacional”. Perfeccionado mediante el contrato n.º 232 de 2006.
- ⁵ Departamento del Casanare. Oficina asesora jurídica. *Contratación directa No. CAS-SG-CDcv-043-2006*, cuyo objeto es la “adquisición de visores nocturnos con destino a la decimosexta brigada del Ejército Nacional con sede en Yopal Casanare”. De igual forma: Policía Nacional. Dirección Administrativa y Financiera. *Contrato de Compra Venta 06-2-10399-07*.
- ⁶ Ministerio de Defensa Nacional. Industria Militar. *Invitación Pública n.º 367/2006*. Adjudicado mediante Resolución n.º 495 del 14 de diciembre de 2006.
- ⁷ Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo de Seguridad. *Licitación Pública n.º 13 FR de 2006*. Resolución de Adjudicación n.º 00159 del 22 de diciembre de 2006.
- ⁸ Fuerzas Militares de Colombia. Armada Nacional. Oficina de contratos. *Solicitud de Oferta MDN-ARC-JOLA-No.17/07*.
- ⁹ Policía Nacional de Colombia. Dirección de carabineros y seguridad rural. Grupo remonta y veterinaria. *Estudio de conveniencia y oportunidad* del julio 09 de 2008, Anexo n.º 2, p. 20.
- ¹⁰ Instituto Geográfico “Agustín Codazzi”. *Acto de adjudicación 3441 del 28 de agosto del 2008*. Contrato n.º 2932 del 3 de septiembre del 2008.
- ¹¹ Ministerio de Defensa. Asuntos Políticos y Temática Internacional. Anuncio de *Bonificación por entrega de armas*. 10 de mayo de 2004. [www.armada.mil.co].
- ¹² Departamento Nacional de Planeación, “por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras

¹ En este mismo sentido: Consejo Nacional de Policía Judicial (2006: 53).
² Cfr.: Consejo Nacional de Policía Judicial (2006: 55-56).

bienes y servicios que se requieren para la defensa y seguridad nacional, los adquiridos para ese propósito por el DAS, la Fiscalía General de la Nación, el INPEC entre otros tales como “máquinas de Rayos X, arcos detectores de metales, detectores manuales de metales, visores nocturnos y demás” (art. 53.5.). De igual manera advierte que la adquisición de “equipos optrónicos y de visión nocturna”, “equipos de detección aérea” y “equipos de inteligencia que requieran el sector defensa y el Departamento Administrativo de Seguridad” (art. 79 núms. 4, 9 y 10) se llevan mediante el ágil trámite de contratación directa, por lo cual no es engorrosa su adquisición.

Como ejemplo del uso obligante de medio técnicos con el fin de registros encontramos el grave (y continuo) problema de ingreso a los centros de reclusión –en las diferentes cavidades corporales– de sustancias alucinógenas, dinero, armas o implementos que puedan comprometer la seguridad de tales establecimientos; por esta razón “ resulta indispensable que dichos centros de reclusión puedan disponer de mecanismos idóneos [medios técnicos] para que, sin atentar contra la dignidad humana” puedan garantizar la seguridad y la disciplina dentro dichos centros de reclusión¹³.

Comprobada la ventajosa actividad presupuestal para la adquisición de bienes con el fin de dotar de medio técnicos a los diversos entes con funciones de policía judicial (las contrataciones reseñadas son muy recientes), se nota alta coherencia con los albores del (nuevo) sistema penal con tendencia acusatoria colombiano, donde se quería especializar a los intervinientes en el proceso penal en sus diferentes actividades, esto es, que la policía judicial llevara a cabo las labores técnicas de investigación y la fiscalía coordinara y dirigiera jurídicamente las mismas (art. 114.5., 117 y art. 200 CPP).

De otro lado, cabe recordar que por medio de la Ley 1288 de 2009¹⁴ se designó a las Fuerzas Militares, a la Policía Nacional, al DAS y a las UIAF, las actividades de inteligencia y contrainteligencia para proteger de “amenazas”

tales como el terrorismo, el narcotráfico, el secuestro, el tráfico de armas, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, el lavado de activos, y otras de igual naturaleza, mediante el uso de “medios humanos o técnicos” (art. 3º). Estas actividades estarán limitadas al principio de la reserva legal que garantiza la “intimidad personal y familiar” (art. 4º) y en el desarrollo de las mismas se observarán “de manera estricta y en todo momento” (art. 5º) los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad¹⁵.

En el caso concreto de la normatividad procesal penal nos percatamos que el uso de tecnologías en la indagación es sobradamente señalada. Los medios técnicos son varias veces reiterados en la ley procesal penal cuando indica que “en las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación o de la Policía Judicial que requieran... registro y allanamiento... o cualquier otro acto investigativo que pueda ser necesario en los procedimientos formales, será registrado y reproducido mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad” (art. 146.1. CPP), así mismo que “los hechos y circunstancias... se podrán probar... por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos” (art. 373 CPP), también indica la norma procesal que es medio de conocimiento “cualquier... medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico” (art. 382 CPP) Luego, ya particularmente, en la actividades de policía judicial enseña que “durante la realización de los procedimientos encubiertos podrán utilizarse los medios técnicos de ayuda” (art. 242 CPP), igualmente “durante el procedimiento de entrega vigilada se utilizará, si fuere posible, los medios técnicos idóneos que permitan establecer la intervención del indiciado o del imputado” (art. 243 CPP).

Para estos efectos, especial importancia encontramos al contenido del artículo 230.2. CPP cuando prevé que “excepcionalmente podrá omitirse la obtención de la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento, cuando... no exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el requisito de la orden. En esta eventualidad, se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado”. Y es que, en el párrafo de dicha norma se establece que “se considera también aplicable la excepción a la expectativa razonable

¹³ Corte Constitucional, Sala 9ª Rev. Sentencia T-1062/06 (dic. 7), expediente T-1419678. MP: Vargas Hernández. Consideración: III., 2.5.

¹⁴ Por medio de la Sentencia C-913/10, 03.12.2010 [comunicado de prensa n.º 58], la Corte Constitucional recientemente eliminó esta ley del ordenamiento jurídico, argumentado principalmente que “siendo el hábeas data y el derecho a la intimidad, derechos fundamentales, su desarrollo legislativo en los aspectos ya indicados, de manera general estaría sujeto a la reserva de ley estatutaria”. Por ser las razones de inconstitucionalidad eminentemente formales, las normas de dicha ley continúan haciendo parte de este artículo, en tanto que las entidades señaladas actualmente continúan llevando a cabo labores de inteligencia, y los principios de dicha ley son reglas de ponderación constitucional, que tiene existencia propia y eran solo “normativizadas” en dicha ley.

¹⁵ En similar sentido la Corte Constitucional, Sala 6ª Rev. Sentencia T-269/02 (abr. 18), expediente T-503446, MP: Monroy Cabra, consideración: IV., B., 5.; cuando señala que el juicio de ponderación de la medida debe atender a la finalidad, adecuación, necesidad y estrictez.

de intimidación... cuando el objeto se encuentre a plena vista merced al auxilio de medios técnicos que permitan visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos”.

De la lectura de los últimos pasajes normativos se observa que el legislador deseó no solo reiterar el uso general y específico (en algunas actuaciones) de los medios técnicos, sino que además contempla su uso para realizar actividades de registro sin necesidad de orden previa por cuanto que el objeto está a plena vista y carente de expectativa razonable de intimidad.

En este momento se trae a colación las memorias de los debates sobre la norma procesal y se recuerda que allí se dijo que “por evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo [de EEUU] se ha permitido y validado el adelantamiento de registros y allanamientos sin previa orden judicial... igualmente se han autorizado registros en circunstancias donde no se tiene una expectativa razonable de intimidad... [como lo es] la evidencia hallada en campo abierto o la abandonada o la que se encuentra a plena vista”¹⁶. Es decir, la inclusión de los institutos jurídicos de “expectativa razonable de intimidad” y de evidencia a “plena vista” no fue accidental sino prevista en la reforma constitucional del año 2002. Y es que, la acogida legislativa del contenido del artículo 230.2 CPP (junto a su párrafo de uso de “medios técnicos” de evidencia a plena vista) no pudo ser mayor, ya que en el próximo Código Penal Militar idéntica redacción se va a plasmar¹⁷.

No obstante el optimismo legislativo, presupuestal, organizacional y logístico acerca del uso de “técnicas novedosas” o por lo menos tecnológicas, se han encontrado voces en franca contradicción. Así, desde el mismo seno parlamentario se planteaba por un interviniente colectivo (con tono irónico) que

“se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado... esto es muy fácil acomodarlo después de haber penetrado un inmueble, sin mediar orden, y por parte de la Policía Nacional... ahora bien, a renglón seguido en el párrafo, habla que la excepción se amplía si por medios técnicos se puede determinar que el objeto estaba ahí... esto es una verdadera puerta abierta

para el atropello, con señales visibles de que existen formas de justificarlo después de cometido... poderes así nos parecen peligrosos para las garantías constitucionales”¹⁸

Esta visión enfática y clara (aunque consideramos un poco ligera) fue un intento académico de sentar oposición. Un sector de la doctrina ha señalado, por otro lado, que “la constitución tampoco permitiría que sobre el ámbito privado de la personalidad, la propiedad o el domicilio se construyan ‘expectativas’ ‘razonables’” (Guerrero Peralta, 2006: 86), de esta forma criticando el aspecto puntual del instituto teórico, y sobre el tema de las tecnologías agrega que resulta alarmante que la redacción del artículo 230 se disponga de tal forma que el párrafo haga extensiva la carencia de una expectativa razonable de intimidad cuando las autoridades de persecución penal puedan utilizar medios técnicos para el registro (Guerrero Peralta, 2006: 187). Un autor muy afín a este pensamiento prescribe que la interpretación de los alcances del párrafo del artículo 230 tiene que ser “en extremo restrictiva” (Aponte Cardona 2006: 80); continua señalando que el juez podrá considerar la excepción de inconstitucionalidad del párrafo del artículo 230 CPP y exigir orden del fiscal a la fiscalía, ya que encuentra que la policía judicial, en esto eventos, podría siempre argumentar la necesidad del uso de los medios técnicos (Aponte Cardona 2006: 99). Tanto Guerrero Peralta como Aponte Cardona coinciden en que la Constitución pretende que se instalen núcleos intangibles en los derechos fundamentales, en los cuales no le es dable a la persecución penal interferir y que del mismo modo, las injerencias cuyos límites están marcados por la legislación, le brinden a las personas un mínimo de seguridad sobre las formas de proceder de las autoridades de persecución penal.

La Corte Constitucional al respecto ha señalado que el artículo 28 de la Carta ha autorizado al legislador, además de las excepciones previstas en los artículos 32 y 250-3, a establecer otros motivos por los cuales se podría ingresar a domicilio ajeno. No obstante, recordó que la potestad de configuración del legislador al establecer las restricciones a la libertad individual, es una competencia limitada y ha de ser ejercida conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de que tales limitaciones no resulten arbitrarias. Así, estas restricciones deben ser adecuadas para lograr el fin perseguido; necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos gravoso en términos de afectación de otros principios constitucionales y deben ser proporcionales stricto sensu, esto es, que no se afecten excesivamente valores y principios que tengan

¹⁶ Exposición de motivos del Fiscal General de la Nación de proyecto de acto legislativo “por el cual se modifican los artículos 234, 235, 250 y 251 de la Constitución Política”, V., A., 10.

¹⁷ Así el artículo 391.2. y párrafo del proyecto de ley número 111 de 2006 Senado, 144 de 2005 Cámara “por la cual se expide el Código Penal Militar”. Observado en la resolución de objeciones de la Sala Plena de la Corte Constitucional, Sentencia C-469/09. OP-100, 15 de julio de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁸ Gaceta del Congreso 44, 26 de febrero de 2004.

un mayor peso que el fin constitucional que se pretende alcanzar¹⁹.

Pues bien, encontramos dos puntos de vista distantes: Uno optimista a grado sumo al uso indiscriminado e ilimitado de la tecnología que esté al alcance como medio de auxilio a la indagación penal (considerando las consecuencias y utilidad en principio indiscutibles), y otro, pesimista, crítica de la institución “expectativa razonable de intimidad” que le da vida (o mas cabida) a los medios técnicos, junto con varias reservas a la adopción del registro por estos medios.

Planteamiento del problema

Contrastado lo anterior nos preguntamos: ¿Qué importancia tiene la noción (ausencia de) expectativa razonable de intimidad en el uso de medios técnicos de indagación?, ¿Cuáles son los criterios (o test) que se pueden usar para solucionar la problemática del uso de cada medio técnico?, ¿Cuáles son las experiencias que sobre el medios técnicos existen en el medio judicial?, ¿Cuál es el rasero apropiado para estudiar esta problemática?. Trataremos de acercarnos a responder estos cuestionamientos desde lo general.

Iniciemos señalando que del texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se extrae que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada o la de su familia (art. 11), así mismo se protege no solo el domicilio sino los papeles privados de las personas (acorde a los artículos IX y X de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre) contribuyendo al respeto del *derecho a la intimidad*.

Desde los fundamentos del Estado hallamos que la defensa de la intimidad personal de todos los ciudadanos constituye un criterio de legitimación política para toda sociedad democrática (Álvarez-Cienfuegos Suárez, 1999). Es tal vez por ello que podemos asegurar que los espacios que constituyen domicilio -pues, no se agotan los espacios que merecen ser protegidos por desplegarse en ellos vida privada-: son sólo un subconjunto dentro de un conjunto más amplio (Ferrerres Comella, 2002: V., 4.).

Todos estos postulados no pueden leerse de manera hermética e impenetrable ya que “el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto; por el contrario, su ejercicio se encuentra habitualmente restringido por la legislación interna de los Estados” (CIDH, 1995: V. B. 1.), “la inviolabilidad del domicilio no es absoluta, en la medida en que se con-

vierta en instrumento para facilitar la impunidad del actor de un delito” (Sent. C-519/07: VI., 3.4.), pero, se reitera que “no sólo es necesario que la injerencia en el domicilio sea legal, sino que no sea arbitraria” (CDDHH, 2001: 10.3.).

Luego se observa que de la interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Constitución colombiana, se notaria viable (en principio) el uso de medios técnicos para invadir la privacidad, haciendo salvedad que: a. Debe constar un marco legal claro, expreso, preciso, pronosticable; b. que el riesgo de impunidad se debe medir en relación a la gravedad de la infracción penal y, c. que el medio no ha ser arbitrario. Entonces, el examen de la actuación de policía judicial no es solo de fondo -materia de prueba- sino de forma -el medio técnico en sí- (cfr. arts. 14, 239, 240, 242, 243 incisos finales CPP).

Téngase cómo, desde la doctrina española, se indica que el registro y entrada (allanamiento) sin existencia de autorización judicial tiene lugar entre otras “cuando se trata de flagrante delito” y que la dicha “diligencia policial formará parte del atestado, sin valor probatorio” (Morales Muñoz 2007b: 2126. Ampliando este aspecto: Morales Muñoz 2007b: 1855-1857). Por su parte, Molina señala la exigencia de tres requisitos para que en el derecho español se considera un estado de flagrancia cuales son: a. la inmediatez temporal, b. la inmediatez personal y, c. la necesidad urgente; todos estos elementos constitutivos concurrentes (2004: 150). No obstante lo anterior debemos aclarar que este supuesto de hechos de “flagrancia-registro” es contemplado en nuestro artículo 229 CPP pero este no se refiere, de modo alguno, a la carencia de expectativa razonable de intimidad.

Vale la pena detenerse ahora a reflexionar qué queremos significar cuando señalamos que puede obviarse la orden del fiscal para registrar o allanar cuando se infiera que los objetos (evidencias) que se encuentran dentro de la esfera de intimidad del sospechoso carecen razonablemente de alguna expectativa de protección.

a. Expectativa razonable de intimidad

Para acercarnos a un correcto entendimiento tenemos que la jurisprudencia de Puerto Rico a señalado en el caso Pueblo v. Bonilla Bonilla (1999: 9) que para determinar si el ciudadano que alega haber sido registrado ilegalmente albergaba expectativa razonable de intimidad, deben confluir los siguientes siete factores²⁰: 1. el lugar registrado o allanado; 2. la naturaleza y grado de intrusión de

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-806/09 (nov. 11), expediente D-7707. MP: Calle Correa. [Comunicado de prensa n.º 50].

²⁰ Parece ser que la primera vez que fueron señalados estos requisitos en el Derecho puertorriqueño fue en el caso Pueblo v. Rivera Colón, 128 D.P.R. 672 (1991).

la intervención policiaca; 3. el objetivo o propósito de la intervención; 4. si la conducta de la persona era indicativa de una expectativa subjetiva de intimidad; 5. existencia de barreras físicas que restrinjan la entrada o visibilidad al lugar registrado; 6. la cantidad de personas que tienen acceso al lugar registrado; y 7. las inhibiciones sociales relacionadas con el lugar registrado. Así las cosas, del estudio pormenorizado de dichos factores se extraerá “razonablemente” si el ciudadano guardaba alguna esperanza de intimidad. Por otro lado, en el caso *Pueblo v. Ortiz Rodríguez* (1999: 8-9) se aclaran lo que denominamos “elementos personales” del test de razonabilidad, y se indica que la expectativa razonable de intimidad implica primero, que la persona haya exhibido una expectativa subjetiva de intimidad, no se trata de una simple reserva mental, sino de una conducta de actos afirmativos que demuestren, inequívocamente, la intención de alojar dicha expectativa, y segundo, que esa expectativa individual así demostrada, tiene que ser una que la sociedad reconozca como razonable.

De la lectura de la jurisprudencia de Puerto Rico al respecto nos queda claro que no se angustia en conceptualizar o sistematizar la expectativa razonable sino que le basta de manera casuística caracterizar una serie de supuestos indicativos de la situación, unidos a unas acciones concatenadas dicientes del estado de abandono o dominio sobre un bien. La verdad es que esta forma de determinar la expectativa se queda demasiado corta en los eventos de medios técnicos ya que parecen estar elaborados para casos más “básicos” como de lugares abandonados (en predios rurales), objetos en campo abierto (como la discusión de las intermediaciones, lobbies, escaleras, zonas comunes) u objetos a plena vista (sin ir más allá del común sentido de la visión humana *standart*). Para analizar medios técnicos como las imágenes térmicas o las imágenes satelitales tendrían que realizarse varios esguinces a los siete requisitos para acomodarlo, lo cual no se nota adecuado.

Aunque el panorama jurisprudencial no parece ofrecer mayores respuestas a la relación de expectativa de intimidad y los medios técnicos, la doctrina especializada campea de modo diferente. Así encontramos como Saltzburg (2003: 157) enfáticamente señala que en las operaciones policiacas de búsqueda de marihuana a gran escala la evidencia puede ser detectada (legalmente), sin pretender que traspasar barreras físicas (por medio de medios técnicos) en las áreas privadas sean considerados registros propiamente dichos. Saltzburg (2003: 158) a manera de conclusión hace un llamado a la Corte estadounidense para que no pase por alto dichas prácticas que deberían ser reguladas por la Cuarta Enmienda, y que, por lo general se cargan a los pobres y a las minorías, es decir, que el alto Tribunal no dé la espalda a aquellos que llevan el peso de sus decisiones.

Swire (2004: 924) recuerda lo dicho por el Profesor Kerr acerca de que los tribunales carecen de los conocimientos necesarios para comprender la tecnología y que se deben crear correctas categorías para las más estrictas protecciones de la Cuarta Enmienda, por lo cual necesitarían expertos en la materia que ilustren acerca del método utilizado. Swire (2004: 931) escribe que el test de “expectativa razonable de privacidad” no se ha vuelto a fundamentar desde los casos *Katz* y *Berger* (ambos de 1967) y han sido solo reiterados²¹; destaca el autor que si los tribunales han de desempeñar un papel en la aplicación de la Cuarta Enmienda a las nuevas tecnologías, entonces debe crear una nueva explicación doctrinal en concordancia. Kerr (2005: 555) anuncia de manera terminante que el concepto de la privacidad no capta los propósitos de las reglas de la Cuarta Enmienda, en cambio se sugiere, que la privacidad sea vista como un subproducto de las normas fundamentales de la Cuarta Enmienda, mas no como su objetivo.

Las explicaciones de expectativa razonable de intimidad ofrecen mayores dudas que aciertos en nuestra tarea que es auscultar los problemas generados por algunos típicos medios técnicos. Por esta razón es que continuaremos estudiando algunos casos para analizar sus argumentos y presentar nuestra posición sobre los particulares.

Casos de la jurisprudencia (a manera de ejemplo)

a. RAYOS X (*Pueblo v. Cedeño Laclaustra* 2002)

Podemos señalar que las máquinas de rayos X son un sistema de verificación de materiales peligrosos que en Colombia se ha vuelto de común uso en centros penitenciarios y aeropuertos, entre otros. En relación con (la importancia de) su uso en cárceles se ha sentado pacíficamente y reiteradamente que en el caso de que a una persona que desea entrar el día de visitas al centro de reclusión se le pida que autorice la práctica de una requisita intrusiva, y ésta se niegue, “se le debe permitir la opción de ser requisada por otro medio tal como los rayos X”²². En su momento fue un mensaje dirigido a los directores de la cárceles para usar este mecanismo como prioritario (y excluyente) de la requisita íntimas, aunque es probable que por presupuesto no todos los centros penitenciarios y carcelarios cuenten con dicho equipamiento. De la misma forma lo tiene señalado la jurisprudencia española²³

²¹ Es lo que Rubinfeld, J. (2008) ha denominado la “circularidad”.

²² Corte Constitucional. Sala 3ª Rev. Sentencia T-848/05 (ago. 16), MP: Cepeda Espinosa, consideración: II., 4.3.

²³ Tribunal Supremo – Sala Segunda, de lo Penal. Sentencia n.º 2033/2000 (dic. 26), Recurso n.º 328/1999. Ponente: Abad Fernandez.

cuando avala que los rayos X son preferibles a las maniobras manuales a los reclusos por causar menos molestias y recuerda lo señalado por el Tribunal Constitucional en 1996 en el sentido que los rayos X serían prohibidos si existiere peligro para la salud y la integridad física por “radiaciones [que] tuvieran lugar con excesiva intensidad”, o “las sesiones fueran demasiado frecuentes y no separadas por el tiempo adecuado, o se practicaran de forma técnicamente inapropiada sin las garantías científicas exigibles”²⁴. No obstante hoy en día (en razón a los controles de calidad) debe ser muy bajo el riesgo de aparatos con aquellos defectos.

Ahora, en lo que respecta a la seguridad en los aeropuertos del país y el uso de los rayos X se observa que la Aeronáutica Civil²⁵ ha reglamentado al respecto que el equipaje de mano del diplomático debe ser revisado solamente mediante máquinas de rayos X (17.7.2.d.), que el propietario de aeronave (explotador de aeronave) debe garantizar la inspección eficaz y completa del equipaje en bodega mediante un registro manual o mediante examen del equipaje por medio de sistemas de detección convencionales de Rayos X o biosensores (17.13.1.), de igual forma se autoriza el uso de rayos-x en equipaje no acompañado o extraviado (17.13.3.)²⁶, los paquetes de mensajería, las encomiendas o el correo serán revisadas de igual manera (17.15.3.) y que es una “obligación” del explotador de aeronaves de carga llevar a cabo la revisión manual y/o mediante la utilización de máquinas de rayos X o biosensores de la totalidad de la carga, los paquetes de mensajería, las encomiendas y el correo (17.15.5.). Al destinatario de dicha normativa no le es necesario realizar consideración alguna de “motivos fundados” o “causa probable” o siquiera “sospecha” de que las cosas sujetas a los rayos X contengan sustancias prohibidas, sino que, a manera de orden de obligatorio acatamiento los funcionarios encargados de dicho control deben realizar dicha tarea sin

contemplar discusiones de expectativa razonable de intimidad, necesidad, proporcionalidad, etc²⁷.

Estas disposiciones de la Aeronáutica Civil hacen recordar el famoso caso de *United States v. Roman*²⁸ del año 1988, en el cual un sospechoso es interrogado por agentes de policía en varias ocasiones preguntándosele si dos maletas que se encontraban en el aeropuerto era de su propiedad a lo cual este respondió de manera negativa (los agentes sospechaban de estas dos maletas ya que eran nuevas y que una de estas fue entregada al sospecho por una persona que huyó del aeropuerto, y al mismo tiempo que en días pasados en maletas similares se había encontrado marihuana). Al sospechoso se le ocultó la información correspondiente a que las maletas habían sido pasadas por rayos X y no que en dicha revisión no se habían detectado hebillas de correa ni botones de camisa lo cual hacía sospechoso su contenido. Al abrir las maletas encontraron 58 gramos de marihuana. En este caso encontró la Suprema Corte que la conexión entre el abandono de las maletas por parte de Román y la presunta conducta indebida de la policía era demasiado tenue para proporcionar un nexo causal de ilicitud.

Pues bien, en consideración a lo anterior analizaremos a profundidad el caso *Pueblo v. Cedeño Laclaustra* (2002) como referente en el cual se analiza a profundidad la problemática del uso de rayos X en los aeropuertos. El problema fáctico que se planteaba el tribunal era si un agente del Departamento de Hacienda de Puerto Rico puede registrar mediante una “máquina de rayos X”, (sin una orden judicial y sin motivo fundado), la maleta de un pasajero al éste “desembarcar” del avión, con el *único propósito de descubrir objetos sujetos a la imposición de impuestos*. El tribunal empieza concluyendo por adelantado que dicho el registro no encuentra relación con la seguridad del tráfico aéreo y por ello la evidencia hallada (dos paquetes de marihuana) debe ser objeto de exclusión. Del caso se concluyó la ausencia de consentimiento del ciudadano, los agentes le señalaban que su detención se obedecía a “inspecciones de rutina”.

El tribunal se pregunta entonces si resulta valido el registro inicial al que fue sometido el equipaje del acusado a través de la máquina de rayos X sin que mediara cau-

²⁴ Aquí es válido señalar que es pertinente seguir las pautas de la C. Const. Sentencia C-822/05 (ago.10) acerca de las condiciones “de seguridad, higiene, confiabilidad, y humanidad para el imputado” al momento de la actuación.

²⁵ Aeronáutica Civil. Unidad Administrativa Especial. *Resolución 01624 de 2007* (abr. 13), “Por la cual se reenumeran y actualizan una normas sobre seguridad de la aviación civil y se incorporan como Parte Décimo Séptima a los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia”.

²⁶ Consideramos que este supuesto si es correcto, ya que, propiamente dicho es un *objeto abandonado* si no existen acciones afirmativas del dueño dentro de un plazo razonable (aunque nos preguntamos: ¿será que un término de tres, cinco o siete horas es suficiente?, ¿Qué sucedería en mega aeropuertos?. Sobre esta discusión de objetos abandonados: *United States Court of Appeals, Sixth Circuit. United States of America (Plaintiff-Appellee), v. Richard S. Oswald (defendant-Appellant)*, 783 F2d 663, n.º 85-5530. Argued Jan. 6, 1986. Decided Feb. 18, 1986. Before Merritt, Jones and Nelson, Circuit Judges. David A. Nelson, Judge.

²⁷ “Inspecciones automáticas” existen de igual forma en Puerto Rico y prueba de ella (en la Derecho aduanero) son el Código de Rentas Internas [secciones 6140(a)2 y 9], la 13 L.P.R.A. [secs. 8140(a)2 y 9], el Reglamento Núm. 3890 del Departamento de Hacienda [Art. 8.001(2) y (9)]. Así en *Pueblo v. Cedeño Laclaustra* (2002).

²⁸ *United States Court of Appeals, Fifth Circuit. United States of America (Plaintiff-Appellee) v. German Espinosa Roman (Defendant-Appellant)*. 849 F2d 920. No. 87-1718. July 1, 1988. Before Brown, King and Higginbotham, Circuit Judges. King, Circuit Judge.

sa probable o motivo fundado de que éste presentara un “riesgo de seguridad específico, inmediato y discernible a la protección del aeropuerto” (Cedeño Laclaustra 2002: 8). Para responder la pregunta, el tribunal inicia postulando que “los registros realizados sin orden judicial se presumen irrazonables, y es responsabilidad del Estado probar su razonabilidad” y que el examen de personas o cosas en aeropuertos por intermedio de medios electrónicos como los rayos X “constituyen un registro”. Compartirnos en especial esto último ya que, no podría argumentarse que dicha intromisión (en objetos materiales) son pesquisas o cacheos (en este sentido: Saltzburg 2003: 157). Ahora, es común en este tópico afirmar que existe mayor expectativa razonable de intimidación en el equipaje de carga que en el equipaje de mano, y es entendible dada la cercanía con el objeto, la protección de extraños al mismo a diferencia que la expectativa de intangibilidad diferida al aeropuerto respecto de las maletas de carga.

Para el Tribunal es claro entonces que el registro mediante rayos X debe tener el propósito de garantizar la seguridad de la transportación aérea (o bien guarda relación alguna con el problema de terrorismo), pero, si solamente busca identificar artículos tributables [o aspectos administrativos de cualquier orden] que los pasajeros traen es intolerable constitucionalmente (Cedeño Laclaustra 2002: 11). Se aclara de todas formas que la naturaleza penal o administrativa no es decisiva en la legalidad de la actuación sino “si el registro es *necesario* para promover un *interés gubernamental apremiante*” tales como la salud pública (enfermedades, epidemias) y la seguridad pública (armas, explosivos), y si se persigue la “*prevención de un daño irreparable e inminente*” consecuencia directa (causalidad) e inmediata (tiempo) del registro que se pretende realizar.

Por lo anterior tendríamos que cuando los intereses son otros, no tan apremiantes, en ausencia de amenaza a la seguridad o salud pública, no se puede obviar la orden judicial, intereses como introducir producto sin pagar arbitrios (contrabando); pero, nos preguntamos si ingresar grandes cantidades de divisas de manera ilegal esta dentro de los intereses válidos o no, lo mismo que personas bajo el influjo de estupefacientes. La ponderación de estos intereses no puede ser una alea ya que si fuera por esta razón, el IVA es el impuesto que mayormente tributa el Estado y sería una gran pérdida para el mismo. Estos intereses se ponderan en razón a las especiales situaciones de seguridad en cada país.

No obstante lo anterior el Juez Fuster Berlingeri disintió de la decisión (Cedeño Laclaustra 2002: 29-70) presentando las siguientes razones: Sostiene que hay que diferenciar entre un registro administrativo a un penal, ya que en el primero el estándar para determinar la existencia

de causa probable “es más laxo” que el que aplica para registros penales (2002: 39), teniendo claro que el registro administrativo sin orden judicial no puede ser utilizado “como un subterfugio con fines penales”. Reitera que son esquemas distintos. Posteriormente se centra en que un Aeropuerto es un lugar intensamente reglamentado y que por ello “la inspección por rayos X se le hace a todo el equipaje que llega al país, sin distinción alguna” (2002: 49) –lo cual es un hecho notorio de igual forma Colombia-. Reclama que “si se exigiera la obtención de una orden judicial previa aquí, se derrotaría el esquema jurídico-fiscal en cuestión”.

De igual forma –y esto merece tratamiento aparte- destaca que “los tribunales federales han destacado el carácter poco intrusivo del uso de los rayos X” tildándolo de intromisión limitada, pequeña y normal intromisión, ligera intromisión privada y un estigma social insignificante. Por ello resalta que los rayos X no son “un registro físico de la persona”, no produce la humillación o la indignidad de éste ya que no se indaga en su vida privada. Por último indica que en el caso sucedió una “intrusión menor y rutinaria con el equipaje de un pasajero”, y que la decisión de la mayoría “choca estrepitosamente contra el sentido común y contra el sentido jurídico auténtico”.

Estas son las dos posiciones del caso Cedeño Laclaustra. Son cuestionables sin duda alguna los efectos de la decisión mayoritaria ya que, parecen dar a entender que los registros administrativos deben ser *excepcionales* y no la generalidad como lo expone el juez disidente.

Sin embargo, consideramos frente a todo ello, y ya en el caso colombiano, que el sistema de roles de los diversos sujetos (agentes y particulares) comprometidos en el transporte de personas y equipajes en los aeropuertos es difuso y no permite realizar una diferenciación de en qué momento estamos frente a un registro administrativo y cuando frente a uno de carácter penal. Veamos por qué. Podemos percatarnos que los principios rectores que incardinan la seguridad aérea a través de la Aerocivil²⁹ son de “eficiencia, modernización, seguridad y facilitación” (17.2.2.), esto es, se ha tomado un *criterio utilitarista no diferenciador*. Es dable destacar que todo el programa nacional de seguridad de la aviación civil tiene una *naturaleza mixta*, ya que no solo está compuesta de propietarios de aeronaves, hangares, arrendatarios de la mismas, empresas de servicios aeroportuarios, sino de los *miembros de las Fuerzas Militares, Policía Nacional, el DAS, la DIAN*³⁰

²⁹ Aeronáutica Civil. Unidad Administrativa Especial. Resolución 01624 de 2007 (abr. 13), *ibidem*.

³⁰ Ministerio de Transporte. *Decreto 1040 de 2009* (mar. 26) art. 1°. Diario Oficial 47304 (mar. 27), p. 4.

(todos con labores de naturaleza distinta –seguridad, orden, migración, contrabando, etc.-), lo cual hace que la seguridad de los aeropuertos tenga una naturaleza especial que compromete una serie de deberes y funciones que la hace compleja e íntegra. Luego, si los roles de los diversos agentes están alineados no es fácil (ni adecuado) establecer en qué momento estamos frente a un registro penal o una administrativo, y frente a la duda debemos presumir que es penal y en caso de ilegalidad, deben surtir los efectos de la cláusula de exclusión sin mayores o exóticas discusiones como las finalidades o la vigencia del “orden fiscal”, etc. El problema de la teoría de los intereses es que, no pueden acabar en la salubridad o la seguridad pública, ya que, en ese mismo instante el orden económico y so-

cial, la libertad personal y otros bienes jurídicos (como la vigencia del orden constitucional) también entrarían en pugna y no existiría el mínimo de seguridad exigido para la legalidad de registros.

Estamos de acuerdo con que los rayos X³¹ son un medio razonable y en los casos de las cárceles parece ser –como se estudio- que el panorama es pacífico. Pero, frente a su uso en los aeropuertos para registros administrativos no se viable que su uso indiscriminado, automático, impositivo pueda tener algún efecto para realizar registros constitucionales, sino solo cuando provenga de motivos fundados (y no por el azar), motivos que debe atender circunstancias penalmente relevantes (intereses normativamente expresados).



Referencias

Decisiones judiciales colombianas

Sentencia C-519/07. Sala Plena de la Corte Constitucional, 11 de julio de 2007, expediente D-6559, Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4° del artículo 230 de la Ley 906 de 2004, Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

Decisiones judiciales internacionales y comparadas

CIDH (1995). Comisión Interamericana de Derechos Humanos –OEA. Informe n° 1/95, Caso 11.006, Perú, 7 de febrero de 1995

CDDHH (2001). Comité de Derechos Humanos –ONU. Comunicación No 687/1996: Colombia. 16/05/2001, CCPR/C/71/D/687/1996. Miembros del Comité: Sr. Abdelfattah Amor, Sr. Nisuke Ando (v.p.), Sr. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Sra. Christine Chanet, Sr. Eckart Klein, Sr. David Kretzmer, Sr. Rajsoomer Lallah, Sra. Cecilia Medina Quiroga, Sr. Nigel Rodley, Sr. Martín Scheinin, Sr. Ivan Shearer (v.p.), Sr. Hipólito Solari Yrigoyen, Sr. Ahmed Tawfic Khalil, Sr. Patrick Vella, Sr. Maxweel Yaeden.

Pueblo v. Bonilla Bonilla (1999). Tribunal Supremo de Puerto Rico. El Pueblo de Puerto Rico (Peticionario) v. Kathia Bonilla Bonilla (Recurrida), Certiorari 99 TSPR 151, CC-1998-0609, 10/7/1999. Miriam Naveira de Rodón (opinión).

Pueblo v. Ortiz Rodríguez (1999). Tribunal Supremo de Puerto Rico. El Pueblo de Puerto Rico (Recurrido) v. Antonio Ortiz Rodríguez (Peticionario), Certiorari 99TSPR9, CC-96-0227, 1/29/1999. Antonio S. Negron García (opinión).

Pueblo v. Cedeño Laclaustra (2002). Tribunal Supremo de Puerto Rico. El Pueblo de Puerto Rico (Recurrido) v. José A. Cedeño Laclaustra (Peticionario), Certiorari, 2002 TSPR 111, 157 DPR, CC-1999-0086, 23 de agosto de 2002. Federico Hernández Denton, Juez Asociado,

³¹ La discusión de otro mecanismo electrónico llamado “magnetómetro” –lo cual no es materia de este escrito- fue vertida por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el caso Soc. Gananciales v. G. Padín Co. Inc. (1986), 117 D.P.R. 94, 107; referido a la aceptación de su uso en “establecimientos comerciales”.

Doctrina

APONTE CARDONA, A. (2006). Manual Para el Juez de Control de garantías en el sistema acusatorio penal, 2ª ed., SACSJ, EJRLB.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M. (1999). "El registro de penados y rebeldes y la intimidad de los ciudadanos", en Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º 409, Aranzadi, Pamplona.

CONSEJO NACIONAL DE POLICÍA JUDICIAL (2006). Manual único de policía judicial, J. A. López Díaz y C. A. Núñez Cuervo (coord.), Bogotá, Imprenta Nacional.

FERRERES COMELLA, V. (2002). "La inconstitucionalidad de la entrada y registro en las habitaciones de hotel sin autorización judicial. ¿Una cuestión irrelevante?", en Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, n.º 1, Aranzadi, Pamplona.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (2006). Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano, R. Barrera Barinas et al (coord.), Bogotá, Imprenta Nacional.

GUERRERO PERALTA, O. J. (2006). "El juez de control de garantías", en AAVV. Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal, 2ª ed., PGN, colección de Derecho penal n.º 2.

GUERRERO PERALTA, O. J. (2009). Control de garantías, Módulo de Aprendizaje Autodirigido Plan de Formación de la Rama Judicial, SACSJ, EJRLB.

KERR, O. S. (2005). "Searches and seizures in a digital world", en Harvard Law Review, vol. 119.

MOLINA, T. (2004). "La entrada y registro practicada por la policía en el supuesto de la flagrancia y la posesión de drogas en domicilio particular", en Anuario jurídico y económico escurialense, n.º. XXXVII.

MORALES MUÑOZ, E. (2007a). "Diligencias de investigación: Registro domiciliario. Cuestiones generales y consentimiento titular. Situaciones de flagrancia (I)", en Boletín de información del Ministerio de Justicia de España, n.º 2036, año 61.

MORALES MUÑOZ, E. (2007b). "Diligencias de investigación en el proceso penal: La diligencia de entrada y registro. Tercer supuesto: autorización judicial. Procedimiento para su práctica. Efectos de las entradas y registros domiciliarios inconstitucionales. (y II)", en Boletín de información del Ministerio de Justicia de España, n.º 2037, año 61.

RUBENFELD, J. (2008). "The end of privacy (unreasonable searches and seizures)", en Stanford Law Review, vol. 61, n.º 1.

SALTZBURG, S. A. (2003). "The Supreme Court, criminal procedure and judicial integrity", en American Criminal Law Review, vol. 40, n.º 1.

SWIRE, P. P. (2004). "Katz Is Dead. Long Live Katz", en Michigan Law Review, vol. 102, n.º 5.