

LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD EN EL PROCESO PENAL*

*Oscar Julián Guerrero Peralta***

Resumen: El texto tiene el objetivo de ilustrar históricamente la formación de la categoría “expectativa razonable de intimidad” en el derecho procesal penal norteamericano y observar las dificultades de su adaptación a los sistemas continentales que cuentan con la intimidad como un derecho fundamental constitucional. En tal sentido, el artículo muestra la evolución de las discusiones jurisprudenciales de Norteamérica, empezando por la decisión Katz de los años 60’s hasta las modernas interpretaciones que extienden el modelo a la vigilancia aérea de objetos y personas. Frente a la legislación colombiana resulta importante destacar que la noción tiene otras perspectivas interesantes, que inscriben la problemática en una nueva realidad del derecho probatorio que se relaciona con la tecnología del control aplicada a las pruebas penales.

* Este artículo fue expuesto por el autor en las *xxxI Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia*, realizadas los días 19, 20 y 21 de agosto de 2009 y, por tanto, se trata de una contribución inédita.

** Abogado y sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia; especialista en derecho societario de la Pontificia Universidad Javeriana. Docente de Sociología, Derecho Penal y Derecho Internacional Humanitario en las Universidades del Rosario, Santo Tomás y Sergio Arboleda. Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Externado de Colombia (Colombia) E mail: [ojguerrerop@gmail.com]. Fecha de recepción: 5 de diciembre de 2010. Fecha de modificación: 18 de abril de 2011. Fecha de aceptación: 27 de mayo de 2011

Palabras clave: derecho a la intimidad, expectativa razonable de intimidad, privacidad, jurisprudencia norteamericana, derechos fundamentales, proporcionalidad, límites al poder del Estado, obtención de evidencias, intromisión indebida, debido proceso, dignidad humana, interceptación de comunicaciones, vigilancia de individuos, vigilancia de propiedad, vigilancia consentida, observación a simple vista-hallazgos casuales, exclusión de evidencias, autodeterminación informativa, garantía de confidencialidad, ley 906 de 2004.

REASONABLE EXPECTATION OF PRIVACY AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO PRIVACY IN THE CRIMINAL PROCESS

Abstract: This essay attempts to illustrate a historical approach to the concept “reasonable expectation of privacy” in American criminal procedure and likewise to illustrate the difficulties of adaptation to civil law systems that have privacy as a fundamental constitutional right. In this regard, the author shows the evolution of jurisprudential discussions in USA, starting with the *Katz vs. USA* court ruling of the sixties to modern interpretations that extend the model to the aerial surveillance of objects and people. Faced with the Colombian legislation is important to note that the concept has other interesting perspectives that have put the problem into a new reality of the law of evidence that relates to the control technology in criminal trials.

Keywords: right to privacy, reasonable expectation of privacy, privacy, U.S. jurisprudence, fundamental rights, proportionality, limits on state power, obtaining evidence, improper interference, due process, human dignity, wiretapping, surveillance of individuals, property surveillance, consensual monitoring, observation with the naked eye, incidental findings, exclusion of evidence, self-determination information, assurance of confidentiality, law 906 of 2004.

I. SOBRE EL ORIGEN DEL CONCEPTO

El derecho de Estados Unidos recurre a la vieja fórmula de finales del siglo XIX, según la cual WARREN y BRANDEIS dieron forma en su célebre ensayo a la noción de “privacidad” (*privacy*), entendida básicamente como el derecho a estar solo o a no ser molestado (*the right to be let alone*) como lo dijo el famoso juez COOLEY. Desde entonces hablar de privacidad ha significado guardar para el ámbito estrictamente personal una serie de informaciones que no tienen por qué ser comunicadas o conocidas por terceros y que se estructuran como una garantía constitucional de los ciudadanos¹.

1 WARREN y BRANDEIS. “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, vol. IV, n.º5, 15 de diciembre de 1890.

El pequeño libro de los dos juristas de Boston, tantas veces citado, fue fundamental para que los norteamericanos hablaran del derecho a la intimidad. WARREN y BRANDEIS en su ensayo de 1890 *The Right to Privacy*², como en su tiempo lo hizo BELING para Alemania³, optaron por la necesidad de definir un principio que pudiese ser invocado para proteger la vida privada del individuo frente a los medios de comunicación y a los riesgos tecnológicos. La obra de estos dos juristas puede ser leída como el salto de una concepción liberal de la intimidad patrimonializada o conformada en el marco estrictamente familiar, para pasar a una versión de la intimidad como derecho subjetivo e individual o, más aún, como presupuesto de un derecho fundamental en el sentido moderno⁴. El gran aporte de esta obra se aprecia en las bases que se sentaron para atribuir entidad propia a la intimidad argumentando la necesidad de proteger a la persona en tanto individuo frente a cualquier intromisión injustificada del poder público o de la prensa en su ámbito personal⁵.

Desde entonces se siguen replicando las frases del ensayo en las que se habla del derecho de toda persona para decidir en qué medida “pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones”, como parte de la inviolabilidad de la persona. Cuando la información sobre la vida privada del individuo es conocida por terceros se menoscaba el núcleo de la personalidad individual y a tales efectos citaron la antigua doctrina británica, según la cual, “la casa de cada individuo es su palacio” lo que obviamente le daba a la Cuarta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos una proyección distinta, que miraba no tanto la propiedad y su amparo constitucional, como sí la relación entre la inviolabilidad domiciliaria y la esfera de protección personal del individuo.

A pesar de la fama que adquirió este pequeño opúsculo, fue necesario que transcurrieran cuarenta años para que el mismo BRANDEIS, como magistrado de la Corte Suprema estadounidense reiterara sus puntos de vista en la celebre opinión disidente del caso *Olmstead vs. United States* de 1928⁶. Como se sabe, esta decisión no incluyó las inter-

2 Tomado del texto de DOROTHY GLANCY. “The invention of the right to privacy”, *Arizona Law Review*, vol. 21, n.º 1, 1979, pp. 1-39.

3 ERNEST BELING. *Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal. Las prohibiciones probatorias*, Beling, Ambos, Guerrero, Temis, 2009, p. 3-56.

4 ROBERT C. POST. “Rereading Warren and Brandeis: Privacy, Property, and Appropriation”, *Case Western Law Review*, n.º 41(3), 1991, pp. 647-680.

5 Sobre las variaciones de este concepto para una sociedad moderna cfr. el texto de RANDAL BEZANSON. “The Right to Privacy Revisited: Privacy, News, and Social Change, 1890-1990”, *California Law Review*, vol. 80, n.º 5, 1992, pp. 1133-75.

6 Se trata del primer caso que asumió la Corte Suprema de Estados Unidos sobre las interceptaciones telefónicas en relación con la Cuarta Enmienda. En esta decisión se excluye la aplicación de la Cuarta Enmienda con dos fundamentos: 1. La policía no se ubicó en el contexto de una búsqueda de elementos materiales que requirieran una orden, y 2. Solamente se obtuvieron conversaciones de tal manera que ello no corresponde a un registro. JEROLD ISRAEL y WAYNE LAFAYE. *Criminal Procedure. Constitutional Limitations*, Thomson West, 2006, pp. 160-162.

ceptaciones telefónicas dentro del concepto de registro que trae la Cuarta Enmienda, pues se interpretó que dicha disposición era aplicable únicamente a cosas materiales, tales como la habitación, la documentación y los efectos personales. Por lo tanto, la aplicación extrema del concepto de búsqueda excluyó la obtención de evidencia a través de una escucha telefónica, con la consecuencia de que lo que se habla íntimamente en una casa de habitación quedaba sin protección constitucional. Aún más, la opinión mayoritaria optó por reconocer que quien instala un teléfono en su casa de habitación sabe que la transmisión hacia el exterior de informaciones privadas no resulta protegida por la Constitución, lo que de paso implicó una restricción en la extensión de la garantía de prohibición de autoincriminación que protege la Quinta Enmienda⁷.

El salvamento de voto de BRANDEIS se hizo célebre por la preocupación que manifestó cuando se pone la libertad del individuo frente al poder tecnológico, político y social. Para BRANDEIS la injerencia en el secreto de las comunicaciones resultaba más intensa que las injerencias postales, pues la interceptación de un teléfono invade la privacidad de quien no debe soportar una intromisión injustificada en sus derechos ciudadanos. La argumentación de BRANDEIS abre el espectro de protección de la Cuarta Enmienda, pues afirma que, frente al poder coactivo del Estado, la Constitución otorga al ciudadano el “derecho a que se le deje solo”. Cualquier intervención estatal injustificada o desautorizada en la autonomía individual sin que importe el medio utilizado, constituye una violación de la Cuarta Enmienda y, en consecuencia, el uso como prueba de hechos revelados por esa intromisión constituye igualmente una violación de la prohibición de autoincriminación. Las palabras del magistrado en su disenso corresponden al siguiente tenor:

Siempre que una línea telefónica está intervenida, la privacidad de las personas que hablan en ambos extremos de ella es invadida y todas sus conversaciones sobre cualquier tema, por muy íntimas, confidenciales o privilegiadas que sean, pueden ser escuchadas por otros [...] Los autores de nuestra Constitución se propusieron garantizar las condiciones propicias para la búsqueda de la felicidad. Reconocieron la importancia del carácter espiritual del hombre, sus sentimientos y su intelecto. Sabían que en las cosas materiales sólo se puede hallar una parte del dolor, el placer y las satisfacciones de la vida. Trataron de proteger a los estadounidenses en sus creencias, sus ideas, sus emociones y sus sensaciones. Ellos consagraron el más completo de los derechos, y el más apreciado por el hombre civilizado: el derecho de no estar expuesto a la intromisión del gobierno. Para proteger ese derecho, toda intrusión no justificable del gobierno en la

7 Con posterioridad a esta decisión surgió la regulación de prohibición de interceptaciones para las personas, no para las autoridades, en el año de 1934 que permitió el planteamiento de nuevos problemas en el área de la exclusión de evidencia, entre otras, *Goldstein vs. Estados Unidos* 1942; *Nardone vs. Estados Unidos* 1937; *Weiss vs. Estados Unidos* 1939.

privacidad del individuo, cualquiera que sean los medios que emplee, se debe considerar una violación de la Cuarta Enmienda⁸.

BRANDEIS consideraba irrelevante que los redactores de la enmienda no hubiesen utilizado la palabra intimidad y más irrelevante resultaba que se argumentara bajo un presupuesto histórico que las conversaciones telefónicas no estuvieran amparadas por la Cuarta Enmienda, pues al fin y al cabo al momento de redacción de la enmienda el teléfono era un invento inexistente. Su reclamo fundamental estaba en lo que habían pretendido los redactores de la Constitución, esto es, las limitaciones claras al gobierno frente a la libertad de los ciudadanos.

El criterio sostenido por la tesis mayoritaria en *Olmstead vs. The United States*, relacionado con el enfoque de la intromisión física o material se confirmó y no permitió la aproximación conceptual de BRANDEIS, por decisiones posteriores que a la postre habilitaron el espionaje electrónico del Estado en la vida privada de los ciudadanos, no solo para efectos penales, sino también administrativos, con lo cual el temor del antiguo magistrado de la Corte Suprema se convirtió en una realidad. En efecto, en otro aparte de su disenso afirmó:

El tiempo provoca cambios, originando la existencia de nuevas condiciones y propósitos. Un principio para estar vivo debe ser objeto de una aplicación más amplia que el mal que ha originado su nacimiento. Esto es particularmente cierto en las Constituciones. Por tanto, en la aplicación de la Constitución nuestra consideración no puede atender sólo a lo que ha sido, sino a lo que pueda ser [...] Mecanismos más sutiles y extensivos de invadir la privacidad están disponibles por el gobierno. El descubrimiento y la invención han hecho posible para el gobierno la revelación en los tribunales de lo que es susurrado en la oscuridad. El progreso de la ciencia en proporcionar al gobierno mecanismos de espionaje no es probable que finalice con la interceptación telefónica. Algún día podrán ser desarrollados métodos a través de los que el gobierno, sin remover papeles en cajones secretos, podrá reproducirlos en los tribunales y exponer ante un jurado los acontecimientos más íntimos del hogar. Avances en la física y ciencias afines generarán medios para examinar creencias, pensamientos y emociones no expresados⁹.

En 1961 surgió el caso *Silverman vs. U. S.* que importa a la construcción del concepto de privacidad familiar en la medida en que se instaló un micrófono en el muro de una vivienda contigua que captaba conversaciones privadas de sus moradores. La Corte Suprema al analizar el problema reflexionó sobre si la instalación en el muro corres-

8 Juez LOUIS D. BRANDEIS, discrepancia en *Olmstead vs. Estados Unidos* 1928.

9 Texto tomado de MARÍA NIEVES SALDAÑA. "La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica", *Araucaria*, vol. 9, n.º 18, Sevilla, 2007, pp. 85-115.

pondría justamente al criterio de intromisión física, tal y como se había propuesto en el caso *Olmstead*, llegando a la conclusión de que mientras no se invadiera la propiedad era lícito instalar micrófonos para escuchar conversaciones entre presentes como medio de investigación penal, pero se abrió la ventana al reflexionar sobre la captación de conversaciones privadas en el marco de la Cuarta Enmienda¹⁰.

Fue necesario que llegara el año 1967 y la famosa decisión *Katz vs. U.S.*¹¹ en la cual se acuñó el concepto que hoy se conoce como expectativa razonable de intimidad. KATZ fue condenado por transmitir información sobre apuestas vía telefónica desde los Ángeles a Miami y a Boston en contra de las prohibiciones de la ley federal. Los agentes de persecución penal del gobierno captaron las conversaciones de KATZ a través de un dispositivo de escucha electrónico ubicado en la cabina de un teléfono público desde el cual se realizaban las llamadas. El Tribunal del Distrito Sur de California condenó a KATZ por ocho cargos, entre los que destacaba la transmisión vía telefónica, desde los Ángeles a Miami y Boston, de información sobre apuestas, violando una ley federal.

En el juicio, el gobierno presentó como prueba el registro magnetofónico de las conversaciones de KATZ sobre las apuestas y la Suprema Corte en un recurso extraordinario aceptó analizar si las grabaciones habían sido realizadas infringiendo la Cuarta Enmienda constitucional, que prevé el derecho a la privacidad de las personas, teniendo en cuenta que con la jurisprudencia vigente no existía intromisión en el área ocupada por el acusado.

La historia de la decisión es bien confusa por los muchos argumentos y cambios de posición de los magistrados, a lo cual se añade que el problema fundamental no era tanto la preservación del derecho a la intimidad de la conversación con contenido punible como la utilización de una cabina que estaba caracterizada como un lugar público. El gobierno enfatizó el hecho de que la caseta telefónica tenía parte de su material en vidrio, de manera que quien entraba resultaba absolutamente visible desde el exterior, pero, obviamente la discusión giró en torno a la escucha artificial y no a la posibilidad de ser avistado por los agentes de persecución penal. La defensa alegó que la cabina telefónica le permitía confiar a cualquiera en la protección de la Cuarta Enmienda constitucional, pues, entendió que su conversación está resguardada en el ámbito privado.

El gobierno alegó que la actividad de investigación no debía pasar por el examen de la Cuarta Enmienda constitucional, debido a que la técnica de vigilancia empleada

10 JEROLD ISRAEL y WAYNE LA FAVE. Ob. cit., *supra* nota 7, p. 162.

11 Sobre la discusión interna que sostuvo la Corte Suprema de Estados Unidos cfr. PETER WINN. "Katz and the Origins of the 'Reasonable Expectation of Privacy' Test," *McGeorge Law Review* vol. 40, 2008. Con interesantes anotaciones sobre el verdadero interés del recurrente y la comprensión errónea de la Corte sobre la solicitud cfr. HARVEY A. SCHNEIDER. "Katz vs. United States: The Untold Story", *McGeorge Law Review*, vol. 40, 2009.

no implicaba ingreso físico a la cabina desde donde se realizaron las llamadas, de tal manera que le resultaban aplicables los criterios de la decisión *Olmstead vs. U.S.* limitados al registro y la incautación de propiedad tangible. No obstante, la Corte decidió en este caso abandonar dicho criterio y extendió el contenido de la Cuarta Enmienda constitucional no sólo a la incautación de cosas tangibles, sino también a la grabación de conversaciones que se pueden escuchar sin ayuda de la tecnología, tal y como quedó expuesto en caso *Silverman vs. United States*. Desde entonces las palabras del juez HARLAN en su voto concurrente han hecho carrera, al afirmar que “la Constitución protege personas no lugares”¹². El criterio sostenido en *Olmstead vs. United States* relacionado con la “intromisión física” quedó en un segundo plano. Con Katz entraron en escena otras categorías como la confianza que debe rodear a los ciudadanos frente a las intromisiones gubernamentales en lugares públicos y por supuesto, los medios de investigación penal utilizados para captar conversaciones permitidos constitucionalmente¹³.

Es justamente a partir de este voto concurrente de HARLAN que surge la categoría y el test de protección que en adelante resulta aplicable al afirmar:

... yo comparto la opinión de la Corte en la cual se sostiene: a) que una cabina telefónica es un área en la cual tal como en la casa y a diferencia del campo una persona tiene expectativa razonable de intimidad; b) que la intromisión física así como la electrónica en un lugar que en este sentido es privado puede constituir una violación de la Cuarta Enmienda, y c) que la invasión de un área constitucionalmente protegida por las autoridades federales es presumiblemente irrazonable en ausencia de una orden judicial, como se ha sostenido desde hace tiempo.

Como lo afirmó la opinión mayoritaria la Cuarta Enmienda protege personas, no lugares. Sin embargo, la cuestión es qué tipo de protección requiere la ciudadanía. Generalmente, la respuesta a esta pregunta va a estar relacionada con un lugar. Mi comprensión de la regla que surge de la anterior decisión es que existe un doble requerimiento, esto es, primero que la persona haya exhibido una expectativa actual (subjetiva) de intimidad y segundo que la sociedad esté preparada para reconocer tal expectativa como razonable. En tal sentido, la casa de habitación es para la mayoría de los propósitos, un lugar donde normalmente se espera privacidad, de tal manera que los objetos, actividades o afirmaciones

12 No obstante esta afirmación, los críticos de la doctrina reprochan a HARLAN su inconsecuencia en decisiones posteriores en las que le da una visión estrecha a la famosa oración según la cual la Constitución protege personas no lugares, pero en determinados casos es necesario reafirmar las libertades esenciales con respecto a un lugar. Cfr. su disenso en *Unites States vs. White* de 1971.

13 PETER P. SWIRE. “Katz is Dead. Long Live Katz”, *Michigan Law Review*, 2004.

que resulten expuestas a la vista de terceros no están protegidos debido a que no existe una intención de preservarlos una vez han sido exhibidos¹⁴.

No obstante, tanto en el sistema norteamericano como en el modelo continental la privacidad apreciada como una esfera protegida de la persona no se entiende en forma unívoca, pues si bien su acepción más extensa implica el rechazo a toda intromisión indebida de terceros o del Estado, para el proceso penal la acepción no resulta tan amplia y su extensión en mucho depende de factores filosóficos, tecnológicos, e incluso sociológicos, que no siempre la ciencia legal puede asir con facilidad¹⁵. La privacidad se liga con las nociones de dignidad humana, honorabilidad, autodeterminación informativa o libre desarrollo de la personalidad¹⁶.

Tal y como ocurre con otros conceptos importados al procedimiento penal colombiano del derecho procesal penal norteamericano, la expectativa razonable de intimidad es una construcción jurisprudencial que requiere el conocimiento de una serie de decisiones que le dan cuerpo al concepto actual. Por lo tanto, no se trata de una categoría surgida del legislador, ni siquiera de la Constitución, de tal manera que el recorrido histórico puede mostrar que justamente en ausencia de un derecho a la intimidad como derecho constitucional codificado de estirpe individualista y liberal, la jurisprudencia lo consideró un derecho implícito en otros artículos de la Carta norteamericana.

En primer lugar la *privacy* fue reconocida como parte de la garantía del derecho de asociación registrado en la Primera Enmienda, cuyo ámbito de protección se extiende a la prohibición de revelar la membresía a grupos u organizaciones. Obviamente, y para el tema que nos interesa fundamentalmente, la Cuarta Enmienda relacionada con registros y búsquedas que afectan irrazonablemente el amparo domiciliario resultan pertinentes, pues la privacidad limita la intrusión de la persecución penal frente a la habitación, los documentos y los efectos personales, con la consecuente exigencia legal de requerimiento judicial para la injerencia. A ello se añade la garantía del debido proceso legal de la Decimacuarta Enmienda en su dimensión problemática de protección de la libertad de decisión o autodeterminación informativa para conocer datos protegidos.

La jurisprudencia ha jugado con estas apreciaciones implícitas y no ha ahorrado esfuerzos para sacar a flote desde la propia Carta el derecho a la privacidad, de ahí que los manuales de procedimiento penal citen recurrentemente decisiones, como la *Griswold*

14 ISRAEL y LA FAVE. Ob. cit., *supra* nota 7, p. 54.

15 Para apreciar los enfoques de la noción de intimidad en perspectiva sociológico-legal cfr. ANTHONY G. AMSTERDAM. "Perspectives on the fourth Amendment", *Minnesota Law Review*, n.º 58, 1974, pp. 349-477.

16 Cfr., a este respecto, MARC CARRILLO. *El derecho a no ser molestado, información y vida privada*, Thomson Aranzadi, 2003, pp. 102-109.

vs. *Connecticut* de 1965¹⁷, un caso en el que justamente se reconoció que si bien el derecho a la intimidad no estaba catalogado en la Constitución, ello no era óbice para reconocerles a las personas su autonomía privada en el uso de anticonceptivos en el marco de la libertad reproductiva; la *Roe vs. Wade*¹⁸ que reconoció la violación al derecho constitucional a la privacidad bajo la cláusula del debido proceso para las leyes estatales que proscribían o que restringían el aborto o la *Lawrence vs. Texas*¹⁹ de 2003, que con toda claridad expresó que la libertad protegida por la Constitución le permite a las personas homosexuales el derecho a escoger la forma de sus relaciones íntimas reservando esta situación al ámbito estrictamente privado debido a que bajo cualquier supuesto ellos mantienen su dignidad de personas libres.

Estas decisiones claramente muestran que en los campos de la sexualidad o la libertad de decisión hasta hace muy poco la formulación legal norteamericana no tenía la suficiente claridad frente a la noción de la privacidad, lo que igualmente pone a prueba las discusiones en el campo de la investigación penal²⁰.

II. EL DESTINO DE LA DOCTRINA KATZ EN LA JURISPRUDENCIA PROCESAL PENAL DE ESTADOS UNIDOS

En los años 60, después del caso Katz, el centro de la discusión se desplazó de la propiedad privada a la dignidad humana. En consecuencia, la forma en que opera la Cuarta Enmienda ya no depende de la presencia de una invasión física, sino de la subsistencia en cabeza del sujeto de la injerencia de una expectativa razonable de intimidad, tal y como la definió el famoso test del juez HARLAN. Desde entonces las discusiones de la jurisprudencia han debido adoptar un enfoque metodológico que incluye la tensión constante entre la titularidad del bien que resulta ligado a la injerencia y la construcción de la noción de intimidad en un caso concreto²¹. Los resultados de tal enfoque no son siempre satisfactorios y de allí se sigue una crítica de la literatura al método de aplicar en forma coherente el test, aspecto éste que se ha puesto en evidencia cuando la investigación penal se apropia de nuevas tecnologías para la invasión de la privacidad, con las cuales no es claro si se viola o no la llamada “expectativa razonable”²².

17 Este caso revierte las discusiones a las injerencias de investigación penal, debido a que situaciones como la del agente provocador se pueden observar como un método que viola el derecho a la intimidad frente al debido proceso de la XIV Enmienda. Cfr. ISRAEL y LA FAVE. Ob. cit., *supra* nota 7, p 185.

18 *Roe vs. Wade*, 410 US 113 (1973).

19 *Lawrence vs. Texas* (539 U.S. 558 (2003)).

20 RIC SIMMONS. “From Katz to Kyllo: A Blueprint for Adapting the Fourth Amendment to Twenty-First Century Technologies”, *Hastings Law Journal*, n.º 53, 2002, pp. 1303-1307.

21 El trabajo consultado para este ensayo que muestra este recorrido es la monografía de CRISTOPHER SLOBOGIN. *Privacy at risk: The new government surveillance and the fourth a amendment*, University of Chicago Press, 2007, pp. 3-49.

22 Sobre la problemática recomendable el texto cfr. *Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2007.

Para una comprensión de los problemas actuales es necesario esbozar las líneas generales que ponen en crisis los conceptos de intimidad y privacidad frente a los progresos tecnológicos que utiliza la persecución penal. Las líneas de la jurisprudencia dejan ver al menos tres categorías en las que el concepto de expectativa razonable de intimidad tiene aplicación: la vigilancia de las comunicaciones, la vigilancia electrónica sobre propiedad e individuos y la llamada vigilancia implícitamente consentida²³.

El primer concepto comprende la interceptación de comunicaciones orales, escritas o electrónicas por medio de instrumentos o dispositivos igualmente electrónicos a través de la captación. En segundo lugar, la noción de vigilancia electrónica comprende la observación en tiempo real de movimientos, actividades o situaciones personales que pueden tocar la vida privada e íntima de los sujetos afectos a la injerencia. En el tercer caso la discusión se ha centrado en el acceso a los documentos preconstituidos que, necesariamente, aportan información privada de los sujetos que actúan en virtud de la libertad contractual; como ejemplo aparecen las facturas telefónicas en las que se ubican abonados o extractos de cuentas de tarjetas de crédito.

Los pronunciamientos jurisprudenciales que se han ocupado de estos aspectos permiten observar la mayor o menor extensión que se le ha dado a la expectativa razonable. Así, vale la pena nombrar la decisión *United States vs. White* de 1971²⁴, en la cual la Corte Suprema asume que la participación de un agente encubierto en un diálogo con un investigado no afecta la expectativa de intimidad si el mismo diálogo es transmitido en tiempo real a los agentes de persecución penal con identidad definida. La Corte establece que la revelación de los pensamientos a través del habla implica el riesgo de que en cualquier diálogo el interlocutor sea un agente de persecución penal infiltrado²⁵. La propia Corte reafirma que el problema no es definir qué expectativa de intimidad de un acusado en situaciones particulares debe ser protegida o en qué casos se puede extender a sus interlocutores. El problema, en términos de los principios anunciados en Katz, es cuáles expectativas razonables de intimidad son constitucionalmente justificables o qué expectativas protegería la Cuarta Enmienda en ausencia de una orden. En este caso la ley permite que se frustren las expectativas actuales de intimidad al consentir que las autoridades usen el testimonio de estos ciudadanos, quienes por una u otra razón han entrado en contacto con la policía

23 MARTIN MARCUS y CHRISTOPHER SLOBOGIN. "ABA sets Standards for electronic and physical surveillance", *Criminal Justice* n.º 18, 2003, p. 5.

24 *White vs. U.S.* 401 U.S. 1971. Interesante anotar en este caso el concepto del juez BRENNAN como una omisión de los presupuestos sentados en Katz, mientras que HARLAN apreció una diferencia en el sentido de que Katz fue establecida para proteger la intimidad de los ciudadanos que no vulneran la ley, mientras que en el caso White estimó que si se escucha algo sobre una conducta ilegal por parte de la policía era propicio utilizar la información.

25 KAMISAR, LA FAVE, ISRAEL y KING. *Modern Criminal Procedure*, Thomson West, 2005, pp. 496 y ss.

Entre los pronunciamientos posteriores se puede citar el caso *Smith vs. Maryland* de 1979²⁶, en el cual la operatividad de la garantía prevista de la Cuarta Enmienda se entendió restringida atendiendo al hecho de que los registros de las llamadas telefónicas dispuestos en una factura excluyen *per se* la expectativa razonable de intimidad, debido a la captación de los datos que son inherentes al uso del teléfono y que pueden ser divulgados por la prestación del servicio telefónico.

En *United States vs. Knotts*²⁷ de 1983 se planteó una discusión por la introducción de un instrumento (*beeper*) que permitía la localización de dos compradores que habían adquirido una sustancia precursora para el procesamiento de drogas. El *beeper* colocado dentro de la caja de cloroformo permitió ubicar la posición de una casa de campo a las orillas de un lago de la cual era propietario el Sr. Knotts. Con esta información la policía obtuvo un mandato de allanamiento y registro del inmueble en el cual fue descubierto un laboratorio para la producción de anfetaminas y metanfetaminas. En este caso la Corte negó que el empleo del *beeper* para localizar la casa hubiese violado la expectativa razonable de intimidad debido a que esta actuación de investigación no resultaba clasificable como registro en el sentido de la Cuarta Enmienda. La utilización de instrumentos técnicos para la localización de un individuo a través del monitoreo de sus movimientos en la vía pública o la conducción de un automóvil en las mismas circunstancias no corresponde a la noción de registro, debido a que la policía también pueda hacer seguimientos pasivos que no están prohibidos por la Constitución. Los dispositivos de seguimiento son una extensión de los sentidos de los agentes de persecución penal que les permite vigilar a los individuos como si fueran observados a simple vista²⁸.

En el mismo año, en la decisión *United States vs. Place*²⁹ la Corte excluyó de las actividades de investigación policial no tuteladas por la Cuarta Enmienda el empleo de perros antidroga en el control de equipajes. Posteriormente en *United States vs. Karo* de 1984³⁰ la Corte Suprema volvió sobre el sistema de monitoreo a través de *beeper*, sólo que esta vez no se trataba de una modalidad de control empleada para el monitoreo de movimientos del acusado en el espacio público, sino de la ubicación de un adminículo electrónico situado en el interior de una casa de habitación privada.

26 *Smith vs. Maryland*, 442 U.S. 735 (1979).

27 CLIFFORD FISHMAN. "Electronic Tracking Devices and the Fourth Amendment: Knotts, Karo, and the Questions Still Unanswered", *Catholic University Law Review*, n.º 34, 1985, p. 277.

28 Parte de la literatura jurídica considera este fundamento absolutamente cuestionable debido a que la exteriorización de hechos neutrales como comprar un químico no puede corresponder a una renuncia implícita de la expectativa de intimidad. Es tanto como decir, si no quiere que lo sigan no compre el químico. ISRAEL y LA FAVE. Ob. cit., *supra* nota 7, pp. 64-65.

29 *United States vs Place* 462 USA 696 (1983).

30 *United States vs Karo* 468. USA. 705 (1984).

La Corte Estatal en este caso recurrió a la doctrina Katz y estableció las diferencias entre un monitoreo de movimientos en vía pública y el monitoreo en una casa de habitación. A este respecto los jueces consideraron que, dada la modalidad de ingreso del aparato electrónico de seguimiento, la actividad era clasificable bajo el concepto de registro, debido a que los agentes de persecución penal podían adquirir elementos cognoscitivos para efectos de investigación criminal aun sin la injerencia de entrada, aspecto éste que representaba un equivalente funcional que debía estar considerado dentro de la tutela de la Cuarta Enmienda.

En *United States vs. Jacobsen* la Corte se enfrentó a un caso similar al empleo de los perros antidrogas. En este evento se trataba de la observación de una envoltura dañada, que fue tomada por los agentes de persecución penal con un contenido de paquetes que se asimilaban *prima facie* a alijos de harina blanca. Se procedió a un examen de la sustancia que dio positivo para cocaína. La conclusión a la que llegó la Corte Suprema estableció que el examen químico aplicado no resultaba ilegal dentro del significado de la Cuarta Enmienda debido a que el encuentro no comprometía el interés legítimo de la intimidad. La Corte subrayó que la actividad precedente al test químico provenía de una actividad privada que estropeó el paquete del cual emergió la presencia de la sustancia prohibida, de tal manera que ni siquiera existió una conducta intrusiva que excluyera las facultades de aplicación de la Cuarta Enmienda. La Corte aplicó a este respecto la noción “observación a simple vista” (*plain view*) que en manera alguna perjudica una expectativa de intimidad.

También cabe en este recuento la utilización de dispositivos que capten radiaciones térmicas dentro de las casas de habitación. En *Kyllo vs. United States*³¹ de 2001 la Corte Suprema concluyó que la obtención de imágenes a través de rastreo térmico en la habitación de ciudadanos corresponde a una ventaja inadmisibles de la fiscalía que no consulta la Cuarta Enmienda y, en consecuencia, dicha técnica requiere de orden judicial. Se trató de un caso en el cual la Fiscalía obtuvo imágenes térmicas del techo y las paredes interiores de una casa en la que las irradiaciones eran más intensas que el resto del inmueble. Los agentes de persecución penal sospechaban que Kyllo cultivaba plantas de marihuana en el interior de su casa y por ello requería iluminación especial en los lugares del sembradío para que las plantas realizaran su fotosíntesis y guardaran una temperatura adecuada para su crecimiento. Con estas imágenes se solicitó el orden judicial de allanamiento y registro que a la postre confirmó las sospechas de los

31 *Kyllo vs. United States*, 533 U.S. 27 (2001). Con referencia al problema del registro visual de casa de habitación por medios tecnológicos resulta interesante el tratamiento italiano del problema desde el punto de vista constitucional. En tal sentido la jurisprudencia igualmente reconoce que la invasión de medios técnicos de captación de imágenes en la casa de habitación no resultan legítimos, ni desde la inviolabilidad domiciliaria, ni desde la analogía con la injerencia de interceptación telefónica o captación de conversaciones entre presentes. Cfr. la monografía de CLAUDIO MARINELLI. *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Turín, Giappichelli Editore, 2007, pp. 174-175.

agentes, pero *Kyllo* llevó su caso hasta la Corte Suprema que definió el asunto como una vulneración de la Cuarta Enmienda³².

En la segunda mitad de los años 80 la Corte se enfrentó con los llamados casos del sobrevuelo, que vincularon la discusión de la expectativa razonable de la intimidad a las situaciones de vigilancia con aparatos que extienden la percepción o la captación de evidencia incriminante más allá de los sentidos. Así, la Corte retoma la doctrina del llamado “*plain view*”. Tal y como se presenta el problema por la literatura, la discusión se liga al hecho de que en *Katz* los propios agentes de persecución penal podían escuchar directamente al inculpado, pero se presentan diferencias cuando se utilizan dispositivos que, sin ser intrusivos, son capaces de captar conversaciones, imágenes, etc. Originariamente la doctrina de la observación a simple vista fue la solución para permitir la entrada de prueba en casos de registro en los que se encontraban objetos no buscados pero que permitían incriminación por otros delitos, lo que corresponde a la doctrina continental de los llamados hallazgos casuales.

La noción de “simple vista” fue admitida por la Corte únicamente si los agentes del gobierno tenían contacto visual inmediato con el objeto de evidencia criminosa. Así, si un oficial en la vía pública puede observar a través de una ventana de una residencia privada que en su interior existe mercancía de contrabando debe, excepto en circunstancias extremas, obtener una orden antes de entrar en la habitación para incautar la evidencia³³. En otras palabras, esta discusión se soluciona en el derecho continental a través de las variantes de la flagrancia.

El caso más emblemático de captación de evidencia con medios tecnológicos sofisticados, en el que juega el llamado *plain view* por los problemas que trata, se conoce como *California vs. Ciarolo* de 1986³⁴. La policía, en una aeronave oficial, había sobrevolado a unos mil pies de altura la propiedad de un imputado, en la cual se podía observar un cultivo de marihuana en el patio de la casa. Se anotó que el cultivo no podía ser observado desde tierra debido a las cercas erigidas para protección del jardín. No obstante este hecho, en una decisión adoptada con una estrecha mayoría, la Corte afirmó el principio según el cual la vigilancia aérea de un predio privado no podía calificarse como registro tutelado por la Cuarta Enmienda. En concepto de la Corte, la expectativa de intimidad del acusado respecto al hecho de que el patio estaba protegido por la Cuarta Enmienda no era razonable, ya que cualquier persona que hubiera sobrevolado ese espacio aéreo y hubiera mirado hacia abajo podría haber visto todo lo que el funcionario captó visualmente. La aeronave oficial que sobrevuela pre-

32 MARC JONATHAN BLITZ. “Video Surveillance and the Constitution of Public Space: Fitting the Fourth Amendment to a World that Tracks Image and Identity”, *Texas Law Review*, vol. 82, 2004, n.º 6, pp. 1350-1479.

33 ISRAEL y LA FAVE. Ob. cit., *supra* nota 7, pp. 56-57.

34 *California vs. Ciarolo*, 476 U.S. 207, 211 (1986).

dios privados no puede sustraerse a la observación de la policía que puede avistar la comisión de delitos en superficie como cualquier persona. La cautela adoptada por las personas para limitar o excluir la observación de otros no puede impedir a la policía el encuentro en el espacio público de un punto de observación que rinda efectos visibles mejores que los de la actividad privada. Si los agentes sobrevolaron el espacio aéreo público y esto les puso en condición de observación privilegiada, cualquier persona que hubiese navegado en el mismo espacio aéreo también podría haberse dado cuenta de lo que ocurría en la superficie³⁵.

Los posteriores casos similares a este, dan cuenta de que la jurisprudencia no catalogó las actividades de vigilancia tecnológica o vigilancia aérea como indagación constitutiva de registro, negando así la tutela de la Cuarta Enmienda, con lo cual la doctrina Katz ha sufrido un examen que antepone a la noción de expectativa razonable de intimidad las consideraciones correspondientes a la búsqueda de equivalentes funcionales que se asemejen al registro.

Pero para hacer más compleja la situación, la jurisprudencia también vinculó la noción de legitimación en la causa para poder solicitar la expectativa razonable de intimidad y, en la misma medida, la exclusión de evidencia cuando exista una violación constitucional en la producción de prueba. A este aspecto se le conoce como *standing* y también ha sido trasladado a nuestro derecho a propósito de la exégesis del artículo 231 del Código de Procedimiento Penal, el cual exige interés para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad en relación con los registros y allanamientos. De conformidad con esta norma, únicamente podrá alegar la violación del debido proceso con el fin de la exclusión de la evidencia ilegalmente obtenida durante el procedimiento de registro y allanamiento, quien haya sido considerado como indiciado o imputado o sea titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia. Por excepción, se extenderá esta legitimación cuando se trate de un visitante que en su calidad de huésped pueda acreditar, como requisito de umbral, que tenía una expectativa razonable de intimidad al momento de la realización del registro.

Sin duda, la imposición de un fundamento subjetivo de legitimación activa para reclamar la violación de la expectativa razonable de intimidad representa de alguna manera una restricción de lo que predica la famosa decisión Katz, pues si la Constitución protege personas y no lugares, es obvio que aquí se define una exigencia locativa que deja en déficit de protección a quien no tiene una relación con el lugar objeto de la injerencia.

Son conocidos los eventos en donde se aplica el *standing*, así por ejemplo, se reconoce el caso en el que la policía, a través de un agujero en la persiana cerrada de la ventana de un departamento, observó dos individuos (y el arrendatario de dicho inmueble que

35 KAMISAR, LA FAVE, ISRAEL y KING. Ob. cit., *supra* nota 26, p. 252.

no era parte en la apelación), embolsando cocaína. Las tres personas fueron arrestadas y procesadas. Luego de su arresto, los procesados solicitaron que no fueran admitidas como prueba la cocaína y demás elementos incautados en el apartamento y en sus automóviles, con base en el hecho de que la observación inicial de la policía había violado la Cuarta Enmienda. El tribunal de primera instancia de Minnesota decidió que, como los procesados no habían pasado la noche en el inmueble (*overnight guest*), no gozaban de la protección de la Cuarta Enmienda, y que la observación del oficial de policía no era un examen irrazonable. Con fundamento en la observación y en el registro se profirió una condena por la posesión de sustancias prohibidas. La Sala Penal de Apelaciones estatal resolvió que los imputados carecían de “legitimación procesal” (*standing*) para objetar las acciones de la policía porque usaban el departamento con el objetivo de empaquetar la droga. Con posterioridad la Corte estadual declaró, por un lado, que los procesados sí estaban “legitimados procesalmente” para invocar la protección de la Cuarta Enmienda porque tenían una expectativa legítima de privacidad en el espacio invadido y, por el otro, que la observación del policía constituía un examen irrazonable. En *Rakas vs. Illinois* de 1978³⁶ se rechazó expresamente el análisis de los tribunales estatales, acerca de la expectativa de privacidad de los procesados en los términos de la doctrina de la “legitimación”. Para invocar la protección de la Cuarta Enmienda un acusado debe demostrar que personalmente tenía una expectativa de privacidad en el lugar examinado, y que dicha expectativa era razonable. La Cuarta Enmienda protege a los ciudadanos frente a los exámenes y requisas irrazonables de “su persona y domicilio”, y por lo tanto otorga un derecho de naturaleza personal, pero el grado de protección que brinda puede depender del lugar en donde se encuentren. Si bien un huésped que pernocta en el domicilio de otra persona puede tener una expectativa razonable de gozar allí de privacidad, tal y como quedó en la decisión *Minnesota vs. Olson* de 1990³⁷, no puede tener esa expectativa quien sólo se encuentra en un inmueble con el consentimiento del dueño de casa. En *Jones vs. United States* 1960³⁸ ya se avizoraba este problema. Por otra parte, la expectativa de privacidad en un inmueble comercial es diferente, y menor, a la que puede tenerse en un domicilio privado, *New York vs. Burger* 1987³⁹.

Nuestra Corte Suprema, en su Sala Penal, también ha caído en este dilema que no logra solucionar, aunque se le reconoce el acertado planteamiento problemático al aplicar semejante figura en nuestro ordenamiento. En efecto, en Sentencia de casación 30711 de 2009, la Corte expuso de la siguiente forma lo esencial de la doctrina *standing* tomada del derecho puertorriqueño:

36 *Rakas vs. Illinois* 439 U. S. 128, 140. 1978. Sobre esta decisión y sus antecedentes se puede consultar el texto de CARLOS FIDALGO GALLARDO. *Las pruebas ilegales de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.i LOPJ*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, p. 399-400.

37 *Minnesota vs. Olson* (495 US 91, 98-99-1990).

38 *Jones vs. United States* (362 US 257, 259-1960).

39 *New York vs. Burger* (482 US 691, 700-1987).

... el artículo 231 de la Ley 906 de 2004 recogió todas las posibilidades consuetudinarias en torno a limitar la legitimación para solicitar la exclusión de evidencias originadas en procedimientos ilegales que se vincularan con el derecho a la intimidad, a saber: el titular de un derecho de dominio, posesión o mera tenencia del bien objeto de la diligencia, el visitante en calidad de huésped, o el indiciado o imputado que pudieran alegar alguna expectativa legítima a la intimidad en el lugar invadido, para lo cual se enumeraron cinco factores que deben ser considerados al momento de valorar si un acusado es titular de “*standing*” respecto del lugar registrado:

1) Si la persona que reclama la protección tenía derecho de excluir a la demás gente del lugar registrado. 2) Si el lugar registrado es uno donde una persona prudente puede esperar que esté exenta de intrusión gubernamental. 3) Si la persona, aunque no esté en posesión o control del lugar registrado tiene acceso legítimo a dicho lugar. 4) Si la persona ha tomado algunas medidas o precauciones para mantener su privacidad en el lugar registrado. 5) Si la persona razonablemente espera estar protegida en su intimidad en el lugar registrado.

Pero en el mismo cuerpo de la decisión la Corte afirma, con fundamento en el derecho español, que limitar la solicitud de exclusión probatoria con fundamento en el *standing*, es tanto como negarle a un acusado su presunción de inocencia. Y, en consecuencia, la Sala Penal, de forma contradictoria con el *standing*, afirma:

Así se concluye que a Fabián Prieto Silva, *aunque no tenía expectativa razonable* de intimidad para alegar la ilegalidad del registro del mencionado vehículo automotor de servicio público, *le asiste legitimidad* para discutir la legalidad de tal procedimiento.

Una vez más, con esta contradicción que emerge obvia, es factible preguntar si no es abiertamente inconstitucional que se limite el derecho de exclusión justamente con los argumentos de la Corte Suprema, esto es, que el *standing* se enfrente con el debido proceso del artículo 29 por una limitación injustificada.

Ahora bien, interesa saber si esta noción de expectativa razonable de intimidad, acuñada para una Constitución que no poseía el derecho a la privacidad como concepto básico del derecho público, resulta apropiada para sistemas constitucionales que consideran la intimidad como derecho fundamental.

III. LA INTIMIDAD: ENTRE LA EXPECTATIVA Y EL DERECHO FUNDAMENTAL. A PROPÓSITO DEL DERECHO CONTINENTAL

Uno de los conceptos más complejos que constituyen todo un desafío a la investigación penal es el de la intimidad. Si bien se parte del presupuesto de que los derechos fun-

damentales no son absolutos, existen campos en los que las necesidades de regulación son apremiantes, debido a la forma en que la ciencia y la tecnología le han permitido a los sistemas penales inmiscuirse en las esferas más recónditas de los ciudadanos con la correspondiente amenaza de despersonalización. La individualidad, tan cara a las revoluciones burguesas y sus formulaciones jurídicas, puede sucumbir ante la tecnología. Por esa razón, se puede ilustrar la diferencia fundamental entre la forma en que ha tratado el punto el derecho anglosajón, como lo observamos anteriormente, y el entramado complejo que se asume en el derecho continental. Sólo por vía de ejemplo tomamos las discusiones recientes de Alemania y España.

La experiencia alemana da cuenta de que allí, con un sistema de derechos fundamentales tan exigente, también la Constitución se ha quedado corta. Son bien conocidas las famosas sentencias del Tribunal Federal Constitucional en las que el problema enfrentado ha incluido complejas soluciones que someten los conceptos esenciales a discusiones nuevas, como fue el caso de la construcción de la noción de autodeterminación informativa, entendiéndose que es necesario dotar al ciudadano de herramientas para la defensa de su privacidad frente a los medios tecnológicos que la amenazan. Ya no se trata simplemente de asumir los casos de no interferencia, sino de buscar una postura activa de control sobre el caudal de información que recaudan los particulares y el Estado sobre las personas.

Dentro de las líneas directrices de la sentencia destacamos:

[...] 2. Las limitaciones de este derecho a la “autodeterminación informativa” sólo son admisibles en el marco de un interés general superior y necesitan un fundamento legal basado en la Constitución, que debe corresponder al imperativo de claridad normativa inherente al Estado de Derecho.

... en la clave de bóveda del ordenamiento de la Ley Fundamental se encuentra el valor y la dignidad de la persona, que actúa con libre autodeterminación como miembro de una sociedad libre [...] El derecho general de la personalidad [...] abarca [...] la facultad del individuo, derivada de la autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida [...]: la libre eclosión de la personalidad presupone en las condiciones modernas de la elaboración de datos de protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitada de los datos concernientes a la persona.

El derecho fundamental garantiza, en efecto, la facultad del individuo de decidir básicamente por sí solo sobre la difusión y utilización de sus datos personales.

... la elaboración automática de datos [...] ha [...] ensanchado en una medida hasta ahora desconocida las posibilidades de indagación e influencia suscep-

tibles de incidir sobre la conducta del individuo, siquiera sea por la presión psicológica que supone el interés del público en aquélla [...] La autodeterminación del individuo presupone [...] que se conceda al individuo la libertad de decisión sobre las acciones que vayan a realizar o, en su caso, a omitir [...] El que no pueda percibir con seguridad suficiente qué informaciones relativas a él son conocidas en determinados sectores de su entorno social y quien de alguna manera no sea capaz de aquilatar lo que puedan saber de él sus posibles comunicantes puede verse sustancialmente cohibido en su libertad de planificar o decidir por autodeterminación [...] Quien sepa de antemano que su participación, por ejemplo, en una reunión o iniciativa cívica va a ser registrada por las autoridades y que podrán derivarse riesgos para él por este motivo renunciará presumiblemente a lo que supone un ejercicio de los correspondientes derechos fundamentales...

De este modo un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia y, en esta medida, ya no existe, bajo la elaboración automática de datos, ninguno “sin interés”⁴⁰.

Esta postura contrasta con las decisiones que se han tomado para restringir este derecho fundamental de tercera generación cuando se trata de la investigación penal. En efecto, la jurisprudencia ha encontrado vías de escape para permitir a la investigación penal que este derecho tenga limitaciones severas, como aquellas que provienen del acopio de datos indiscriminado que van a parar a las centrales de investigación criminal para cotejos posteriores y sin el consentimiento del titular de la información⁴¹.

Los problemas no acaban aquí. Recientemente, el 31 de enero de 2007, una de las salas penales del Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) emitió una sentencia en la que declaró que los denominados “registros *online*” de sistemas informáticos que cubren computadores personales y teléfonos celulares de última generación (Black Berry) resultan ilegales frente a las exigencias provenientes del ordenamiento procesal penal, al menos en lo que atañe a los §§ 102 y siguientes de la ordenanza procesal penal alemana (*Strafprozessordnung*), norma que admite únicamente registros realizados con conocimiento del sospechoso y en presencia de su representante. El procedimiento declarado ilegal se basa en la introducción de un sistema espía que opera como transmisor de datos particulares a las autoridades de persecución penal, valiéndose de la tecnología inalámbrica de los computadores. En este sentido, el fallo recurre a la vieja fórmula de un proceso penal adecuado a la noción de Estado de Derecho, de conformidad con la cual si la injerencia no está contemplada en el ordenamiento no es factible realizarla, ni

40 Sentencia del 15 de diciembre 1983. Ley del censo. derecho a la personalidad y dignidad humana, disponible en [<http://www.informatica-juridica.com/jurisprudencia/alemania.asp>].

41 WINFRED HASSEMER, ALFREDO y CHIRINO. *El derecho a la autodeterminación informativa y los retos del procesamiento automatizado de datos personales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

asimilarla a otra de parecidas características. En este caso, si se observa bien, se plantea el antiguo problema que soluciona parcialmente la decisión Katz, pues se replantea si este espionaje electrónico a través de las redes se asimila al registro.

En febrero de 2008, el Tribunal Constitucional alemán solucionó definitivamente este problema declarando inconstitucional la ley de protección constitucional de Westfalia, de conformidad con la cual resultaba factible este tipo de espionaje electrónico. El fundamento de la sentencia de inconstitucionalidad se refiere de nuevo a la pérdida del sentido de la individualidad y resulta interesante que así como en el año 83 se creó el derecho fundamental a la autodeterminación informativa, hace poco menos de tres años el Tribunal acuñó el concepto “derecho fundamental a la garantía de confidencialidad e integridad de los sistemas técnicos informáticos” (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*). De esta forma, la intimidad en el computador es una nueva noción que trasciende las lagunas del derecho fundamental a la autodeterminación informativa, que no aparece cubierta por las nuevas tecnologías del Internet y la transmisión electrónica de datos⁴². Si en la autodeterminación informativa el problema era darle una herramienta al ciudadano para defender su intimidad, en el caso de la garantía de confidencialidad de los sistemas automatizados de transmisión electrónica la intimidad se defiende de las agresiones de quienes tendrían la oportunidad de acceso a los sistemas informáticos particulares y privados permitiéndose averiguar aspectos íntimos y esencialmente personales de quien soporta la injerencia.

Pero este loable discurso constitucional se enfrenta igualmente a una restricción cuando se trata de la averiguación penal. En efecto, la misma decisión de constitucionalidad del Tribunal abre la puerta para definir las condiciones que permitirían habilitar el espionaje electrónico como injerencia válida en la investigación penal. En primer lugar, se afirma la necesidad de una ley que defina claramente los eventos en los que es factible recurrir a la injerencia de manera que resulte publicitada para los asociados, y sometida a las exigencias de determinación y proporcionalidad (prohibición de exceso); en segundo lugar, el Tribunal entiende que esta habilitación a las autoridades de persecución penal resulta apta únicamente con orden de autoridad judicial, y su finalidad se dispone a efecto de proteger de forma inminente bienes jurídicos como la vida, siempre y cuando exista un dato concreto que permita relacionar el fin de la injerencia con el operador del sistema electrónico o computacional; y en tercer lugar, importa aquí destacar que el Tribunal impone la necesidad de cuidar en la injerencia la afectación del núcleo intangible de la intimidad, lo cual resulta prácticamente imposible si se tiene en cuenta que el medio utilizado por la injerencia no distingue entre datos íntimos y datos meramente privados que puede utilizar la indagación penal, con lo cual se debe recurrir a

42 Cfr. a este respecto NICOLÁS GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO. “Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital”, en JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (comp.). *Prueba y proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 149-183.

las complejas herramientas que solucionan las injerencias indebidas en el contexto de las prohibiciones probatorias⁴³.

Para el caso germano no sobra hablar del hito que constituyó la Sentencia del 3 de marzo de 2004 del Tribunal Federal Constitucional sobre el espionaje acústico⁴⁴. En efecto, el espionaje acústico en casas de habitación sin invasión del inmueble físicamente considerado marcó una pauta especial en torno a la protección del derecho fundamental a la intimidad. Como se sabe, la decisión del Tribunal reafirmó que espacios privados se pueden someter a vigilancia acústica a partir de la exigencia de unos motivos fundados que definan una presunción de hallazgos claramente visibles, esto es, cuando existan evidencias concretas de que en el inmueble objeto de injerencia tienen lugar conversaciones sobre la comisión de delitos. Igualmente, el Tribunal reconoció que dicha injerencia debe estar sujeta a claras prohibiciones y por lo tanto no permite afectar el núcleo intangible de la intimidad. Con ello se difiere al campo de las prohibiciones de prueba las invasiones indebidas, debido a que la misma naturaleza de la injerencia no permite diferenciar entre datos íntimos y privados.

Otro ejemplo de la intensidad de protección de la intimidad corresponde a la Sentencia del Tribunal Supremo español del 19 de febrero de 2007⁴⁵ en la cual se analizó la obtención por parte de la policía de los números de teléfonos celulares recargados a través de tarjetas prepago que, de conformidad con la experiencia policial, eran utilizados por la delincuencia del narcotráfico para las comunicaciones de los implicados evitando la interceptación de un abonado con contrato de servicio continuo. En este evento los hechos de la discusión permiten ver que la policía se puede valer de dispositivos electrónicos de rastreo justo en el momento de la utilización del teléfono prepago. La discusión que planteaba la Fiscalía asimilaba esta injerencia a una interceptación en la cual no aparece como presupuesto un número individualizado y, en consecuencia, asume que la búsqueda de un número telefónico por la vía del rastreo es tanto como preguntar en una base de datos catastrales por una dirección física o averiguar un número telefónico a través de la lista de abonados del directorio.

La decisión mayoritaria no compartió este criterio y con una pertinente cita de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Malone, y de las sentencias de constitucionalidad sobre el secreto de las comunicaciones concluyó que el número de cualquier abonado telefónico está amparado por el derecho al secreto de

43 Cfr., a este respecto, JUAN LUIS GÓMEZ COLOMER (comp.). *Prueba y proceso penal*, cit.

44 Texto de la sentencia en BENITO ALÁEZ y LEONARDO ÁLVAREZ. *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio del milenio*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 104-200.

45 Crítica y valoración de estas decisiones en JOSÉ MANUEL SÁNCHEZ SISCART. "Medidas de investigación instructoras limitativas de Derechos: el secreto de las comunicaciones. Política legislativa de la Unión europea y su repercusión en la legislación y la jurisprudencia", *Estudios de Derecho Judicial* n.º 155, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010, pp. 552-563.

las comunicaciones, razón por la cual dicha averiguación, para efectos penales, se sujeta a las exigencias constitucionales de reserva judicial. La utilización de mecanismos electrónicos de captación se rechaza, mientras no resulten judicialmente autorizados.

Las razones de la Sala de decisión pueden resultar *prima facie* extremas, pero son perfectamente atendibles si se tiene en cuenta que la averiguación de un número telefónico mediante un mecanismo de captación electrónica en el momento en que se realiza comunicación equivale a predicar que el medio, esto es, la interceptación, de antemano debería contar con autorización judicial para el fin, esto es, la averiguación del número telefónico.

En suma, se entiende que el número emisor de llamadas forma parte del secreto de la comunicación. La consecuencia de ubicar este presupuesto en un marco de intimidad obviaría cualquier discusión sobre la aplicación de la expectativa razonable de intimidad, tal y como lo establece el derecho norteamericano. Por lo demás, otra consecuencia que se extrae de allí es que los datos consignados por los aparatos de telefonía móvil tampoco se pueden auscultar a efectos de investigación penal sin la orden judicial correspondiente.

Pero, a diferencia de la decisión germana sobre la intervención en aparatos computacionales, la jurisprudencia española, en un caso de 2008, optó por una apreciación totalmente distinta. En un evento en el cual se podían aplicar *mutatis mutandi* las mismas variables que correspondían a la captación electrónica de números celulares, el Tribunal llegó a la siguiente conclusión:

Visto el panorama jurisprudencial y legislativo y trasponiéndolo al caso que nos ocupa se puede concluir lo siguiente:

a) los rastreos que realiza el equipo de delitos telemáticos de la Guardia Civil en Internet tienen por objeto desenmascarar la identidad críptica de los IPS (*Internet protocols*) que habían accedido a los “hash” que contenían pornografía infantil. El acceso a dicha información, calificada de ilegítima o irregular, puede efectuarla cualquier usuario. No se precisa de autorización judicial para conseguir lo que es público y el propio usuario de la red quien lo ha introducido en la misma. La huella de la entrada –como puntualiza con razón el M^o Fiscal– queda registrada siempre y ello lo sabe el usuario.

b) entender que conforme a la legalidad antes citada (unas normas vigentes en el momento de los hechos y otras posteriores) se hacía preciso acudir a la autorización del juez instructor para desvelar la identidad de la terminal, teléfono o titular del contrato de un determinado IP, en salvaguarda del derecho a la intimidad personal (*habeas data*). La policía judicial a través de un oficio de 6 de noviembre de 2005, completado por un informe de 24 de octubre del mismo año del Grupo de delitos telemáticos de la Guardia Civil interesa la preceptiva

autorización que obtuvo con el libramiento de mandamiento judicial dirigido a los operadores de Internet para identificar ciertas direcciones IP del ordenador al objeto de proseguir la investigación.

Consecuentemente quien utiliza un programa P2P, en nuestro caso EMULE, asume que muchos de los datos se convierten en públicos para los usuarios de Internet, circunstancia que conocen o deben conocer los internautas, y tales datos conocidos por la policía, datos públicos en Internet, no se hallaban protegidos por el art. 18-1 ni por el 18-3 C.E .

Por todo ello debe quedar patente que al verificar los rastreos la policía judicial estaba cumpliendo con su función de perseguir delitos y detener a los delincuentes que los cometen, siendo legítimos y regulares los rastreos efectuados, lo que trae como consecuencia la validez de los mismos y la de las diligencias policiales practicadas en ejecución del auto autorizando la identificación de los usuarios de IPs y el posterior de entrada y registro, determinando la nulidad de la sentencia que el Fiscal interesa. Ello no obstante, fijándonos en el segundo apartado de hechos probados y fundamentación jurídica a este particular referida, que a pesar de la validez de las pruebas indebidamente expulsadas del proceso, concurrieron en el caso otros elementos probatorios, capaces –quizás– de excluir la culpabilidad de la acusada⁴⁶.

IV. LAS APLICACIONES DE LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD EN OTROS ÁMBITOS

Que la expectativa razonable de intimidad se oponga a la noción de derecho fundamental a la intimidad, no quiere decir que no se pueda aplicar en otros ámbitos. A este respecto resulta interesante observar lo que ocurre en el contexto del derecho laboral español.

Si bien la Constitución es celosa en el contexto de la protección de la intimidad personal, existen casos en los que el derecho fundamental se enfrenta a situaciones de control empresarial que están previstos en las normas del Derecho del Trabajo. Así, por ejemplo, la posibilidad de que el empresario o el patrono realicen registros sobre los efectos personales y la persona misma del empleado está permitida por la legislación laboral (art. 18 Estatuto del Trabajo). Estas disposiciones le confieren al patrono verdaderas atribuciones de policía privada que se entienden legítimas a partir de la protección del patrimonio empresarial y el patrimonio de los demás trabajadores, con lo cual se define igualmente la relevancia penal del asunto. La facultad se extiende a la revisión

46 Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Sentencia del 9 de mayo de 2008 que declara que los datos de P2P no están protegidos por el derecho a la intimidad.

de casilleros; a los efectos personales que el empleado lleve consigo (tulas, bolsos de mano o paquetes que ingresen y salgan del lugar de trabajo), a los escritorios y mobiliario que se le entreguen al trabajador, tales como archivadores, papeleras, cajones de mesa e incluso, las decisiones de los Tribunales llegan hasta el registro de vehículos, aspecto este criticado por la interpretación tan amplia de la norma.

En cualquier caso, el balance jurisprudencial ha permitido que estas medidas intrusivas del empresario sobre sus empleados se sujeten a una serie de presupuestos en los que resaltan la justificación sobre la necesidad de la medida, esto es, a. Que la función de registro se requiera debido a que existen motivos e indicios severos sobre la afectación del patrimonio empresarial por cuenta de los trabajadores. Esta noción se opone a los registros cotidianos preventivos; b. Que el registro debe ser limitado y no puede vulnerar la dignidad humana, lo que por obvias razones implica que son inaceptables los registros que afecten el pudor sexual o que se hagan delante de terceros y sin la discreción que corresponde a la injerencia y, por último, para garantía de los trabajadores se exige que un representante de los mismos presencie la actuación.

Si estas medidas que puede tomar el empleador se entienden legítimas y habilitadas desde el punto de vista del derecho de la empresa y el derecho del trabajo, es absolutamente lícito preguntarse si el empresario puede tomar medidas que igualmente impliquen un registro electrónico sobre los computadores y redes electrónicas que utiliza la empresa y que son operados por los trabajadores. Al fin y al cabo, si los registros físicos permitidos a la empresa llegan hasta los casilleros y los automóviles de los trabajadores, lo que efectivamente es una medida altamente intrusiva, ¿pueden aplicarse medidas de igual intensidad en el computador? Al menos, la problemática no parece asimilable a la de los registros físicos, pues el computador almacena correos privados, y se utiliza igualmente como medio de transmisión y agilización de las comunicaciones empresariales, pero también de las comunicaciones privadas de quien lo opera. El computador permite la captación de información útil para los efectos laborales, pero también para los efectos personales del operario ajenos al objeto del contrato de trabajo, como, por ejemplo, informarse de las últimas noticias, buscar páginas de entretenimiento, transmitir mensajes humorísticos o buscar páginas de contenido pornográfico en horas laborales. La pertinencia de un control sobre los medios informáticos puede tener varios fundamentos absolutamente atendibles como prevenir la contaminación de todos los aparatos de la empresa con infecciones o ataques electrónicos que tendrían un efecto nocivo en la productividad o que, incluso, la llevarían a la quiebra por pérdida de información. Igualmente, el control sirve para prevenir el escape de información por cuenta del mal uso que haga un empleado del computador y que redunde en prácticas de competencia desleal.

En suma, existe una zona gris entre la consideración del computador como herramienta de trabajo, que se sujeta a las previsiones reglamentarias del uso de los instrumentos laborales incorporados al contrato de trabajo, y la utilización personal que se pueda hacer del aparato electrónico. Esa zona gris tiene efectivamente relevancia penal, por

ejemplo, frente a las prácticas de competencia desleal que impliquen la comisión de conductas punibles desde la óptica del derecho penal de la empresa.

La jurisprudencia enfrentada a semejante tema ha dilucidado puntos complejos de este entramado recurriendo a la noción de expectativa razonable de intimidad. En efecto, la decisión del Tribunal Supremo del 26 de septiembre de 2007 encuentra que debe existir una compatibilidad del control empresarial con el derecho del trabajador a su intimidad personal reconociendo el ámbito de aplicación del artículo 18.1 de la Constitución. En tal sentido, si la empresa facilita a sus trabajadores medios computacionales con acceso a redes informáticas, es factible que el trabajador pueda hacer un uso privado que resulta socialmente tolerado debido a la facilidad y necesidad de las comunicaciones modernas. Este uso particular del medio empresarial permitiría la transmisión de correos privados o la búsqueda de ciertas páginas en límites razonables. Pero no se puede perder de vista que los medios de computación son propiedad de la empresa, están dispuestos como herramienta de trabajo y en la misma medida el empresario no pierde el control sobre los mismos. El trabajador, en el uso privado del computador empresarial, queda con una simple expectativa razonable de intimidad que ampara la confidencialidad de la utilización privada sin referencia laboral.

Ahora bien, la empresa resulta obligada de antemano a informar al trabajador sobre la existencia de controles, así como a establecer las reglas de utilización del aparato, lo que implica definir por parte del patrono las prohibiciones de acceso a páginas no laborales o de otra índole y las consecuencias reglamentarias o contractuales de una utilización incorrecta. Sin embargo, el derecho fundamental a la intimidad ampara archivos personales del trabajador y correos electrónicos.

La utilización de la noción de expectativa razonable de intimidad aplicada al ámbito del derecho laboral puede resultar acertada, pues si se aprecia bien, la discusión planteada realmente atiende a los eventos de un conflicto entre la utilización privada de una herramienta ajena y la necesidad de control del empresario sobre sus medios de producción. El trabajador, al estar informado sobre las limitaciones al uso privado, entiende que no tiene *in extenso* la garantía de intimidad en un medio ajeno, sino una expectativa de privacidad que se tolera por los usos sociales.

V. ¿ES CONSTITUCIONAL LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE INTIMIDAD APLICADA A LOS ALLANAMIENTOS Y REGISTROS QUE CONTEMPLA EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL?

Sin duda, una primera aproximación al tema constata que esta es una desafortunada importación del legislador penal a nuestro ordenamiento, si se tiene en cuenta que la categoría surge como una construcción jurisprudencial dispuesta para solucionar la ausencia de la noción de intimidad en el derecho constitucional norteamericano. Pero, igualmente, si se observa la forma en que ha operado la categoría en el derecho

anglosajón la discusión reconduce los problemas a dos temáticas complejas: una que pregunta hasta qué punto existe la intimidad fuera de la casa de habitación o incluso dentro de ella, pero rastreada por medios externos, y otra que pregunta por el derecho a la intimidad y la compleja situación de los medios electrónicos de observación en sitios distintos a la casa pero en los cuales la privacidad resulta necesaria.

En nuestro concepto la aplicación de la categoría de expectativa razonable de intimidad para efectos penales en el levantamiento de prueba a través del registro de una casa de habitación resulta inconstitucional. En efecto, el numeral 4 del artículo 230 establece como excepción al requisito de la orden de registro y allanamiento “que no exista una expectativa razonable de intimidad que justifique el mandato judicial”. A ello agrega la legislación procesal que se considera que no existe dicha expectativa cuando el objeto se encuentra en campo abierto, a plena vista, o cuando se encuentra abandonado.

La primera pregunta que surge es si la propia Constitución exceptúa el mandato judicial en las circunstancias de campo abierto, plena vista o abandono y, por supuesto, la respuesta es negativa. Ha sido la Corte Constitucional la que ha reafirmado las excepciones, tal y como se anota en la siguiente jurisprudencia:

Dentro del régimen general de protección al derecho de inviolabilidad del domicilio, se han reconocido como compatibles con la Carta Política las siguientes excepciones: i) Excepciones constitucionales expresas: a) Para capturar al delincuente que al ser sorprendido en flagrancia se refugia en domicilio propio; b) Para capturar al delincuente que al ser sorprendido en flagrancia huye y se refugia en domicilio ajeno, para lo cual se debe haber requerido previamente al morador; c) El allanamiento ordenado y practicado por los fiscales, de conformidad con lo que establece el artículo 250, numeral 3; ii) Excepciones de origen legal, allanamientos administrativos, practicados por la autoridad señalada en la ley y respetando los requisitos previstos en la misma: a) Para inspeccionar lugares abiertos al público; b) Para cumplir funciones de prevención y vigilancia en actividades sometidas a la inspección, vigilancia e intervención del Estado, por razones de interés general, cuando la ley haya habilitado a ciertas autoridades administrativas a ordenar esos registros y éstos se efectúen en protección de valores superiores, como la vida o la dignidad humana; c) Para capturar a quien se le haya impuesto [...] pena privativa de la libertad; d) Para aprehender a enfermo mental o peligroso o a enfermo contagioso en desarrollo del principio de solidaridad social y de la protección a la vida e integridad personal de los asociados; e) Para obtener pruebas sobre la existencia de casas de juego o establecimientos que funcionen contra la ley o reglamento; f) Para indagar sobre maniobras fraudulentas en las instalaciones de servicios públicos de acueducto, energía eléctrica, teléfonos; g) Para practicar inspección ocular ordenada en juicio de policía; h) Para examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivas con el fin de

prevenir accidentes o calamidad; i) Por razones del servicio, previa autorización del dueño o cuidador del predio rústico cercado; j) Para rescatar menores que se encuentren en situaciones de peligro extremo para su vida e integridad personal, siguiendo el procedimiento previsto en el Código del Menor; k) En establecimientos comerciales e industriales de empresas para impedir que las pruebas de infracciones tributarias fueran alteradas, ocultadas o destruidas como desarrollo legal contenido en el Estatuto Tributario; l) En situaciones de imperiosa necesidad reguladas en el Código Nacional de Policía⁴⁷.

En segundo lugar, resultaría incompatible con el principio de reserva judicial, que le impone a la Fiscalía la valoración de motivos fundados para proceder a la injerencia, que se omita este presupuesto y se le deje a la policía judicial la definición de las categorías de “plena vista”, “campo abierto” o “abandono” del bien afecto a la injerencia. En consecuencia, la expectativa razonable de intimidad valorada por el ejecutor directo de una injerencia en el amparo domiciliario dejaría en profundo déficit la protección de la intimidad como garantía, lo que se opone claramente a la concepción de un derecho fundamental. La razón que soporta esta tesis se fundamenta en el hecho de que la policía judicial debería valorar las situaciones en las que ella misma creyera que no hace falta la orden, debido a que se asume que la persona contra la que procede la injerencia carece del derecho a la intimidad en el ámbito domiciliario.

Como se ha observado con la anterior cita, la redacción de nuestro artículo 28 se ha matizado para situaciones urgentes que se pueden enmarcar dentro de las funciones de policía bajo el concepto de “imperiosa necesidad” como, por ejemplo, ingresar en morada ajena omitiendo la orden para capturar a quien desde allí dispara, o la protección de menores en caso de peligro.

En segundo lugar, si se observa bien, el derecho norteamericano ha solucionado el problema de la vinculación entre el inmueble que es objeto de la injerencia de registro y la titularidad jurídica de quien lo ocupa, debido a la forma en que está redactada la Cuarta Enmienda. De hecho la discusión de poco más de sesenta años de jurisprudencia está referida justamente a lo que significa la noción de un registro que no sea razonable dentro y fuera de la casa de habitación. Para nuestro entorno, ése no ha sido un problema real, pues desde hace tiempo la jurisprudencia constitucional determinó que, para efectos procesales penales, la noción de domicilio no se atiene a los contenidos del derecho privado, en la medida en que aparece en un grado superior el derecho fundamental a la intimidad. En efecto, la reciente Sentencia C-519 de 2007 dice al respecto:

La definición constitucional de domicilio excede la noción civilista y comprende, además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera más inmediata su intimidad y su

47 Sentencia C-256 de 2008.

personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad. La defensa de la inviolabilidad del domicilio protege así, más que un espacio físico en sí mismo, al individuo en su seguridad, libertad e intimidad

En Sentencia C-1024 de noviembre 26 de 2002, con ponencia del Magistrado ALFREDO BELTRÁN SIERRA, la Corte consideró que la privacidad del domicilio es una consecuencia necesaria de la libertad individual, objeto de especial protección aún antes de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Además de ello, señaló esta sentencia, en lo pertinente:

“A este efecto, el profesor ALFREDO CONSTAÍN expresa, citando a SANSONETTI que en la legislación inglesa ‘el hombre más pobre puede despreciar en su cabaña todo el poder de la corona aunque ella se arruine, aunque su techo cruja, aunque el viento penetre en su interior y aunque se estremezca al choque de las tempestades; el entrar en ella está prohibido al rey de Inglaterra. Todos los poderes del Estado están obligados a detenerse respetuosamente ante el umbral de aquella cabaña destrozada’.

En la misma dirección, el doctor JOSÉ VICENTE CONCHA expresa que entre otras cosas la libertad individual comprende ‘la inviolabilidad del domicilio, donde su dueño es una especie de soberano, y al cual no puede penetrar la autoridad pública sino en la forma y con los requisitos que señala la ley’, libertad ésta respecto de la cual expresa el mismo autor que ‘es una de las más preciosas consecuencias de la libertad individual, o una prolongación de ella. Cuando se habla de esa inviolabilidad se refiere ella a la habitación de cualquier clase que ocupa un individuo, solo o con su familia. Este derecho se debe garantizar de una manera semejante a la que sirve para asegurar su libertad individual’.

Así mismo, el doctor TULIO ENRIQUE TASCÓN, al punto expresa que ‘La Constitución de 1863 establecía en ordinal aparte la garantía de la inviolabilidad del domicilio; pero está bien que el artículo 19 (se refería a la codificación constitucional de 1936) la involucre de la garantía de la seguridad personal, porque, como decía DUGUIT, ‘*es una consecuencia, y, en cierto modo, una prolongación de la libertad individual*’ en efecto, nadie puede considerar segura su persona o familia si no sabe que su casa no será violada o allanada’. Y añadía que ‘Está bien, pues, que el principio de la inviolabilidad del domicilio se formule en los mismos términos en que lo está la libertad individual’.

De idéntica manera, el doctor FRANCISCO DE PAULA PÉREZ, expresa que ‘El domicilio es una prolongación del individuo, y por lo mismo debe contar con una protección igual. Al tratar de la inviolabilidad del domicilio, garantizan los textos legales el hecho de que la casa o porción de ella que un individuo ocupa, de modo regular, no pueda ser invadida por las autoridades, ni por otras personas, sin el consentimiento expreso del dueño’.

Y en idéntico sentido se expresa el doctor ÁLVARO COPETE LIZARRALDE, al referirse a las garantías con las cuales es indispensable en un Estado de Derecho rodear la libertad personal, y de manera específica recuerda que ‘la detención preventiva no constituye una sanción. Es sólo una medida precautelativa que se endereza al logro de una efectiva justicia’, y que, en todo caso se encuentra sujeta al cumplimiento de los requisitos de mandamiento escrito para que quien ‘lo expida determine claramente cómo ha llenado las formalidades prescritas por la ley’; y agrega que, además, ese mandamiento debe ser emanado ‘de autoridad competente’, para lo cual recuerda quiénes lo son, y con la ‘plenitud de las formalidades legales’, pues en caso contrario se incurre en arbitrariedad.

La Constitución de 1991, siguiendo en esto de manera muy estrecha el artículo 23 de la Constitución anterior, lo que pone de relieve la pertinencia de las citas anteriores, en el mismo artículo 28 en que garantiza la libertad personal, lo hace respecto de la inviolabilidad del domicilio, del cual dice que no podrá ser registrado, ‘sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley’, razón ésta por la cual lo dicho antes sobre estas formalidades, es aquí también de forzosa aplicación.

Observa la Corte, además, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17, así como protege de injerencias arbitrarias o ilegales la vida privada de las personas y su familia, también extiende esta protección a ‘su domicilio’, protección para la cual se tiene derecho por ‘la ley contra injerencias o ataques’.

Del mismo modo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo 12, establece que ‘nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia’, ni en ‘su domicilio’, derecho para el cual podrá invocar ‘la protección de la ley contra tales injerencias o ataques’.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 22, establece como un derecho el de ‘residir’ en el ‘territorio de un Estado’ con sujeción a las disposiciones legales.

Así mismo, la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, adoptada por el Consejo de Europa, en Roma, el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 8.º, de manera expresa, al lado del derecho de toda persona a que se le respete su vida privada y familiar, establece que también es objeto de la misma protección el derecho a ‘su domicilio’.”

De manera que la palabra domicilio tiene más amplitud en la Constitución que en la ley civil. Protege, entre otros, el recinto o vivienda, sea móvil o inmóvil,

de uso permanente, transitorio o accidental. Por ejemplo, la habitación del hotel, el camarote del barco, la casa rodante, etc. Sin embargo, la inviolabilidad del domicilio no es absoluta, en la medida en que se convierta en instrumento para facilitar la impunidad del actor de un delito eludiendo su captura, o en casos especiales en que deba ejercerse la solidaridad con personas puestas en peligro grave e inminente.

Así, no es ilegal entrar a una casa para prevenir o evitar un daño mayor o un mal grave para el dueño, o los otros que viven con él, o para prestar auxilio en caso de peligro inminente, en supuestos como un incendio, inundación o derrumbe. En estas condiciones el allanamiento queda sometido a un cuidadoso y exhaustivo análisis del juez, para ver si realmente era razonable entrar en el ámbito privado.

Estas citas son suficientes para desechar cualquier apreciación que, con fundamento en la figura importada de Estados Unidos, pretenda reducir el marco de aplicación del derecho fundamental a la intimidad en relación con las injerencias en el amparo domiciliario.

Una tercera apreciación para reconocer la ineficacia de la importación de la “expectativa razonable de intimidad” realizada por el legislador a nuestro medio, es la forma de solución que trae el derecho continental frente a situaciones de inminencia en la cual no es factible solicitar una orden de registro con el riesgo de la pérdida de la prueba. A este respecto, la legislación germana ha optado por las llamadas situaciones de “riesgo por la demora”, o en nuestro medio sería factible reconocer las situaciones de flagrancia o hallazgos casuales, sin necesidad de llegar a la teoría del “*plain view*”. En efecto, el artículo 229 del CPP establece:

En las situaciones de flagrancia, la policía judicial podrá proceder al registro y allanamiento del inmueble nave o aeronave del indiciado. En caso de refugiarse en un bien inmueble ajeno, no abierto al público, se solicitará el consentimiento del propietario o tenedor o en su defecto se obtendrá la orden correspondiente de la Fiscalía General de la Nación, salvo que por voces de auxilio resulte necesaria la intervención inmediata o se establezca coacción del indiciado en contra del propietario o tenedor.

Con todo, una pregunta más frente a la constitucionalidad de la importación de la expectativa razonable de intimidad es la que se relaciona con el parágrafo del artículo 230 del CPP. La temática de la utilización de medios técnicos que le den más alcance a los sentidos humanos para la captación de imágenes o sonidos en Estados Unidos ha sido sumamente criticada por la doctrina que siempre avizora un riesgo si se le da laxitud al concepto de indagación por esta vía. En los países europeos la discusión es

aún mayor⁴⁸; pero en todo caso queda como premisa que la inviolabilidad domiciliaria no permite que la utilización de herramientas de captación electrónica penetren este ámbito sin consecuencias para la investigación penal. La sentencia alemana relacionada con el espionaje acústico que hemos citado marca un hito al respecto y en igual sentido las decisiones españolas sobre el mismo tópico. En consecuencia, el derecho comparado ya ha dado muestras de que la negación del derecho a la intimidad, cuando el objeto por registrar pueda apreciarse merced al auxilio de medios técnicos que permitan visualizarlo más allá del alcance normal de los sentidos, resulta abiertamente inconstitucional.

En conclusión, la doctrina de la expectativa razonable de intimidad es una importación superflua que ha realizado el legislador sin una consulta mínima de lo que ella ha significado en el modelo norteamericano y los problemas que pretendía solucionar, y que, como muchas otras figuras del Código, en nada colaboran a hacer un procedimiento penal a la medida del ser humano, ni a una justicia que se precie de ser propia de un Estado de Derecho.

48 Cfr. la discusión en el texto de GABRIELLA DI PAOLO. *Tecnologie del controllo e prova penale*, Padua, Cedam, 2008, pp. 179-275.