

COMENTARIO DE SENTENCIA: USO DE GLOBOS DE VIGILANCIA

FRANCISCO J. LETURIA I.¹

RESUMEN: El presente artículo analiza la controversia suscitada a partir de la instalación de tres globos aerostáticos de vigilancia en comunas de la ciudad de Santiago. Algunos vecinos de dichas comunas interpusieron un recurso de protección contra la medida, argumentando posibles lesiones a los derechos de privacidad e intimidad, en contraposición al resguardo de la seguridad ciudadana. A partir del mismo caso, el autor analiza la decisión de los tribunales de justicia en materias que no han sido previstas por el legislador, en particular, en el ámbito constitucional, lo que daría paso a un cierto tipo de activismo judicial, necesario, o más bien inevitable, frente al silencio legislativo del caso particular.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes generales del caso. 3. El conflicto mismo. 4. El “activismo judicial” como una necesidad inevitable frente a situaciones sin soluciones normativas. 5. Analizando el caso concreto. Los criterios jurisprudenciales. El núcleo argumental del fallo de primera instancia y la corrección de la Corte Suprema. Cambio a un análisis y fundamentación de base constitucional e ius fundamental. 6. ¿Se entiende el fallo? ¿Se está cumpliendo? 7. Otros aspectos dignos de mencionar. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El uso de cámaras de vigilancia instaladas en globos aerostáticos por parte de las Municipalidades de Las Condes y Barnechea, dio lugar a un interesante debate en sede de protección, fallado en primera instancia el 4 de marzo de 2016 y el 1 de junio del mismo año en segunda instancia².

En su parte sustancial, ambos fallos limitan categóricamente la posibilidad de obtener imágenes de espacios privados, así como su posterior registro, aunque plantean entre sí una serie de diferencias de fondo y forma que conviene revisar.

¹ El autor agradece la colaboración y comentarios de Iñaki Leguina y Rodrigo López.

² ROL N° 18.458-2016.

Junto con el análisis de las materias que aborda, el principal aporte del fallo fue poner sobre el tapete público un tema de creciente importancia, vinculado con la afectación de derechos fundamentales, carente de regulación y vinculado a avances tecnológicos de carácter global. Por lo mismo, es fácil advertir que estará muy presente en los debates políticos y jurídicos de los años venideros, tanto en Chile como en el extranjero (drones, etc.).

El caso muestra las claras preferencias por hacer primar ciertos derechos en conflicto frente a otros (en este caso seguridad ciudadana frente a privacidad, o viceversa), y que son el punto de partida de las legítimas diferencias políticas que pueden darse dentro de una democracia constitucional.

Los fallos también nos llevan a tomar conciencia del rol que toca asumir a los distintos actores institucionales frente a algunas materias controvertidas y sin tratamiento normativo.

Más concretamente, permite observar la función que cabe a los Tribunales de Justicia cuando se le encomienda la resolución de conflictos jurídicos sobre los cuales no se han tomado decisiones reglamentarias (Congreso y demás poderes políticos), cuando son expresados en clave constitucional.

En este sentido, junto con resolver el problema y fijar valiosos criterios para la acción, el fallo muestra las dificultades e inconvenientes del camino jurisprudencial, dejando en evidencia la natural superioridad orientadora de la ley por sobre la obtenida de una interpretación casuística y directa de los derechos consagrados en la Constitución y en diversos Tratados Internacionales.

2. ANTECEDENTES GENERALES DEL CASO

Existe consenso en que la seguridad ciudadana es un objetivo por el que el Estado y sus organismos deben trabajar, dentro de sus competencias específicas, y utilizando medios adecuados y razonables³.

³ En cuanto a la facultad legal para actuar, ambas sentencias argumentaron que la letra j) del artículo 4° de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, señala que entre las funciones de los municipios está “el apoyo y el fomento de medidas de prevención en materias de seguridad ciudadana y colaborar en su implementación”; siendo esta una de las materias que mayor preocupación causan a la comunidad es la seguridad ciudadana. Respecto a la protección de datos, señala que se ajusta al

Ello implica, entre otras cosas, hacerlo sin pasar por encima de otros derechos y bienes igualmente protegidos, a menos que exista una justificación razonable y se haga en forma proporcionada.

El caso que analizamos refleja la tensión que puede darse entre diversos bienes y objetivos constitucionales, pero también otros aspectos de la realidad que van más allá de lo estrictamente jurídico. Solo una visión integrada de ellos nos permitirá entenderlo correctamente.

En primer lugar, sabemos que la captación y registro de imágenes de la vida cotidiana, facilitada por los nuevos medios tecnológicos, es vista con buenos ojos por buena parte de la ciudadanía, en tanto lo entiende como un mecanismo que permite incrementar la seguridad ciudadana, pese a los riesgos que impone a la privacidad. Esta realidad ha impulsado a algunos municipios a invertir en mecanismos que satisfagan este anhelo, y el consiguiente rédito publicitario (popularidad) que significan no puede desconocerse a la hora de analizar este caso⁴.

Por el otro lado, existen antecedentes que plantean dudas fundadas sobre la real capacidad disuasiva de estos artefactos. Asimismo, hay vecinos que han considerado que la lesión a sus espacios de intimidad es mayor que los eventuales beneficios que podrían lograrse, y su postura está reflejada en los recursos analizados. Adicionalmente, hay quienes consideran que su elevado costo económico, comparado con los escasos beneficios que generan, los vuelve un mecanismo no justificado.

3. EL CONFLICTO MISMO

La causa inmediata del recurso que analizamos fue la instalación de 3 globos de vigilancia en 3 puntos distintos de las municipalidades de Lo Barnechea y Las Condes⁵.

Dichos globos, según manifestaron públicamente los alcaldes, incorporaban sistemas de cámaras de alta precisión, capaces de girar

régimen de tratamiento de la información establecido en el artículo 20 de la Ley N° 19.628.

⁴ No existen estudios conocidos sobre este punto, pero pareciera ser evidente el apoyo mayoritario a este tipo de medidas.

⁵ Por razones de simplicidad trataremos el caso y las argumentaciones de ambas municipalidades en forma conjunta, aunque presentan matices.

en 360 grados y funcionar las 24 horas del día, en dispositivos que podían elevarse cientos de metros. Con ellos se podría observar, si se quisiera, cualquier punto de la comuna.

Cuando los dispositivos fueron izados⁶, un grupo de vecinos recurrió de protección, afirmando que el sistema de vigilancia vulneraba o podía vulnerar su privacidad, la inviolabilidad del hogar, sus derechos de propiedad, y que implicaba una violación a las leyes de protección de datos personales, hecho más allá de las propias facultades⁷.

En concreto, afirmaban que el solo hecho de saber que su vida privada podía ser filmada desde cientos de metros de distancia, podría generar un legítimo temor y llevar a muchos de los afectados a modificar o inhibir sus conductas, reduciendo legítimos espacios de libertad y autonomía⁸.

La sentencia de primera instancia reconoció en el uso de estos mecanismos un significativo riesgo a la privacidad, y ordenó bajarlos

⁶ Para implementar la medida, se llamó a licitación y la única empresa que postuló, se adjudicó los contratos.

⁷ Respecto a los reclamos sobre la ilegalidad en el actuar de los municipios, se señala la infracción de las leyes N° 19.628, sobre protección de la vida privada, y N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Respecto a la primera, la infracción sería en relación con el artículo 20 que señala “el tratamiento de los datos personales por parte de un organismo público, solo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes (esto es, las que contempla esa misma ley). En esas condiciones no necesitará autorización del titular”; por ende, y puesto que la ley no ha otorgado a los municipios recurridos facultades expresas para proceder a la captación de las imágenes, lo que han obrado es ilegal. Respecto a la segunda, sostienen que dicha ley no le ha otorgado competencias específicas en materia de seguridad pública, restringiéndose estas al apoyo y el fomento de las medidas de prevención de seguridad ciudadana y la colaboración en su implementación, y al cierre de calles y pasajes, aludiendo a lo dispuesto en los artículos 4° y 5° de dicha ley y sosteniendo que compete al Ministerio del Interior los asuntos relativos a la orden público y la seguridad ciudadana, sin que, por lo demás, exista una normativa de que regule las cámaras de video vigilancia; añaden que tampoco las municipalidades tiene atribuciones en el control del tránsito de forma autónoma.

⁸ En un caso similar, donde un vecino puso cámaras para disuadir a un vecino a lanzar colillas y otros objetos, que caían en su terraza, se consideró que la sola dirección del lente hacia el hogar limitaba la privacidad, incluso si las cámaras no funcionaban, considerando arbitraria y poco razonable la medida adoptada. Ramírez Hermosilla (2016). Ver también ROL 6185-2013 de la Corte Suprema que confirma la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, ROL 753-2013

Sobre el aumento de los espacios vinculados a la privacidad, ver Díaz Tolosa (2007) p. 291-314.

de inmediato, como la única medida posible para proteger los derechos constitucionales invocados.

Sin embargo, a la hora de justificar su decisión, luego de haber realizado una buena aproximación en el plano conceptual, la Corte concluyó que la vulneración de la privacidad y de la inviolabilidad del hogar se materializaban por no haberse cumplido el requisito legal establecido por el artículo 20 de la ley de protección de datos personales, que exigía que la información obtenida fuera administrada por un funcionario público y no por un contratista⁹.

La sentencia de segunda instancia dejó sin efecto buena parte de esta argumentación “legalista”, para entrar a un análisis de carácter constitucional y de alcances más permanentes, revelando un especial esfuerzo por establecer criterios que pudieran iluminar futuros casos similares, al menos mientras no se dé al tema un desarrollo normativo suficiente.

En pocas palabras, la sentencia final afirmó que los objetivos buscados eran legítimos, y que las tecnologías estudiadas podían ser utilizadas, siempre y cuando las cámaras se limitaran únicamente a obtener registros en espacios públicos, señalando un régimen de funcionamiento general basado en el cumplimiento de cuatro requisitos.

Aunque es evidente que la sentencia de la Corte Suprema modificó buena parte de la decisión apelada, no resulta tan claro que haya querido cambiar la solución concreta del caso, ya que los requisitos impuestos parecen hacer imposible, o al menos muy difícil, el funcionamiento de los globos, al menos tal como fueron presentados a la comunidad (especialmente por el requisito de garantizar que solo filmen espacios públicos y no en privados)¹⁰.

⁹ Pese a que esta parte de la sentencia de primera instancia fue anulada por la Corte Suprema, las Municipalidades involucradas han informado que han cambiado los contratos en esta parte y que ahora todas las imágenes son captadas y registradas por funcionarios municipales, de acuerdo a un protocolo.

¹⁰ En uno de los últimos puntos analizados por la Corte Suprema, señala que no puede ser ignorado el lugar donde se encuentran emplazados los globos de vigilancia, estableciendo que “atendidas las particularidades del sistema de televigilancia que ha sido instalado en zonas preeminentemente residenciales, no cabe sino aceptar que quienes habitan en su radio de acción puedan sentirse permanentemente observados y controlados, induciéndolos a cambiar cierto hábitos o de inhibirse de determinados comportamientos dentro de un ámbito de privacidad como es la vida doméstica”. Considerando duodécimo de la sentencia de la Corte Suprema, ROL N° 18.458-2016.

Sin embargo, es evidente que el fallo definitivo deja abierta la posibilidad de su uso, y a nivel mediático, las municipalidades recurridas consideraron la sentencia de reemplazo como un triunfo, que en ningún caso podía entenderse como el mero cambio de argumentación.

En la actualidad, los globos siguen funcionando, aunque con un protocolo diferente. Analizaremos estos y otros puntos.

4. EL “ACTIVISMO JUDICIAL” COMO UNA NECESIDAD INEVITABLE FRENTE A SITUACIONES SIN SOLUCIONES NORMATIVAS

El uso de drones, globos o cualquier otro mecanismo de vigilancia y control, son posibilidades que cualquier sociedad puede adoptar, luego de una evaluación razonada de costos y beneficios.

Por lo mismo, el marco jurídico que los regule y que determine los espacios donde su acción y funcionamiento sea legítimo, debe provenir, idealmente, de una decisión generada en el seno de la comunidad política, luego de un proceso deliberativo donde habrá diversas posturas, fundadas, muchas veces, en una valoración diversa de cada costo y cada beneficio, de los riesgos que la medida impone, y de la importancia de los derechos en juego.

En actividades estrechamente vinculadas a nuevos desarrollos tecnológicos, es común que la regulación preexistente no sea la adecuada. Como ello no impide que los conflictos que surjan deban ser resueltos institucionalmente, es habitual que los primeros criterios de solución sean dados por los Tribunales de Justicia, en base a razonamientos de carácter “ius fundamental” (como observamos en este caso).

Pese a lo recién dicho, la solución legislativa tiene innumerables ventajas a la hora de desarrollar el contenido y límite de los derechos fundamentales. Entre ellas la precisión y seguridad jurídica, la predictibilidad de las respuestas judiciales, la igualdad en la aplicación del derecho, la estabilidad, la mayor capacidad dialógica y legitimadora del Poder Legislativo, entre otras (por el contrario, los jueces que trabajan con derechos y principios constitucionales solo podrán decirnos si actuamos o no amparados por el derecho, en forma casuística y posterior a los hechos, y sin ninguna garantía de homogeneidad de criterios hacia el futuro).

En el caso que analizamos, el eventual uso de tecnología militar de alta precisión para filmar vastas zonas de una comuna (sin contar con el problema del posterior almacenamiento y posible uso malicioso de los datos obtenidos), es un asunto que no debiera depender de la simple voluntad de un organismo público o privado que quiera hacerlo, como tampoco parece adecuado que la solución a los conflictos derivados de estas actividades, queden entregados al complejo e incierto mundo de los “derechos fundamentales” administrados y resueltos en sede judicial, generalmente por la vía del recurso de protección¹¹.

La problemática analizada no puede, por tanto, considerarse resuelta por los criterios fijados por la Sala Constitucional de la Corte Suprema, por mucho que en lo medular ellos parezcan acertados. El tema de fondo requiere de una discusión y decisión razonada por parte de nuestra sociedad, en un proceso que nos obligará a sincerar nuestros distintos valores y sensibilidades, y como resultado de ello, los derechos que decidimos privilegiar o sacrificar.

Mientras esta solución institucional no exista (requiere una ley y un debate parlamentario), tendremos que delegar, por defecto, su resolución a los tribunales, quienes tendrán que construir soluciones en base a principios generales, sentido común y normas constitucionales. Pero debemos tener claro que ello es una solución subsidiaria y transitoria, nunca ideal.

5. ANALIZANDO EL CASO CONCRETO. LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. EL NÚCLEO ARGUMENTAL DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA Y LA CORRECCIÓN DE LA CORTE SUPREMA. CAMBIO A UN ANÁLISIS Y FUNDAMENTACIÓN DE BASE CONSTITUCIONAL Y *IUS FUNDAMENTAL*

Más allá de la conveniencia de la especificación y delimitación del contenido de los Derechos Fundamentales en sede legislativa antes que judicial, es evidente que mientras ello no suceda, conviene analizar con especial atención los criterios jurisprudenciales, sobre todo porque esta respuesta tiene también algunos elementos positivos.

¹¹ En España, uno de los pocos países que ha regulado globalmente la materia, se ha elegido una Ley Orgánica (4/1997, de 4 de agosto).

De hecho, ellos suelen irse puliendo y complejizando con el correr del tiempo, y llegan a tener gran influencia, permitiendo incluso sentar las bases de los posteriores desarrollos legislativos.

Afortunadamente, los fallos recaídos en esta disputa son, en los aspectos capitales, correctos y consistentes con la doctrina y jurisprudencia dominante a nivel global, que distingue entre la posibilidad de obtener registros en espacios públicos, de hacerlo en espacios privados (especialmente en lo que se refiere al hogar).

En los primeros, nadie podría exigir un espacio reservado “para no ser visto”, por lo que la instalación de cámaras, incluso móviles, será evaluado bajo criterios completamente diferentes¹².

Sin embargo, si bien este razonamiento general está claramente presente en ambos fallos, solo la Corte Suprema se compromete con el mismo en forma expresa.

La Corte de Apelaciones, por el contrario, y tal como hemos adelantado, luego de exhibir suficiente manejo y claridad conceptual para presentar un fallo basado en argumentos constitucionales, sorprende al fundamentar su decisión en que la afectación a la privacidad y a la inviolabilidad del hogar en el mero incumplimiento de un requisito legal, dejando abierta la duda de qué hubiese pasado si el requisito se hubiese cumplido¹³. Luego, y sin perjuicio de este aparente salto lógico, adopta sin titubear las medidas necesarias para asegurar la debida protección de los derechos afectados, razonando que la única forma de restablecer el imperio del derecho es bajando de inmediato los globos.

Más allá de la solución adoptada, resulta muy interesante preguntarnos si esta sorprendente “estrategia argumentativa” refleja o no un criterio de prudencia por parte de la Corte.

En efecto, debemos considerar que el objetivo final del recurso de protección no pareciera ser crear jurisprudencia constitucional, sino

¹² Ello llevó a que la Corte rechazara la petición del señor Violler, quien alegaba que podía ser visto mientras caminaba por la calle. También se desechó el alegato del Alcalde de Las Condes que pretendió limitar la privacidad (el contenido constitucional del derecho) solo a que las imágenes no se divulgaran.

¹³ El artículo 20 de la Ley de Protección de Datos, que solo autoriza a funcionarios públicos a administrar esa información, lo que en el caso en cuestión sería realizado por trabajadores de la empresa privada ganadora de la licitación. Considerandos 7-20.

la adopción, en forma “inmediata”, de las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho. Ello es lo que corresponde a una acción cautelar de emergencia, distinta a un juicio de lato conocimiento, donde el objetivo es principalmente práctico. Nada exige usar los mejores argumentos, y ni siquiera que el fallo deba fundamentarse sobre una base *ius fundamental*¹⁴.

Considerando que la Corte actúa como primera instancia y sabe que su propia “sentencia cautelar” podría ser apelada y modificada, podría afirmarse que es razonable y prudente que ellas eviten la construcción de doctrinas y especificaciones de carácter constitucional, no solo por el nivel de análisis que requieren, sino porque podrían ser contradichas por sus Tribunales superiores, generando confusiones que es preferible evitar¹⁵.

Pasando a la parte medular de los fallos, podemos decir, tal como lo hemos anticipado, que el núcleo resolutivo utilizado por la Corte de Apelaciones para fundar su fallo, se refiere a la autorización que la ley da en forma exclusiva a funcionarios públicos para el procesamiento de datos, y que en el caso analizado no se cumpliría, porque las municipalidades han subcontratado a una empresa especializada¹⁶.

La Corte Suprema anuló todos los considerandos que fundaban este argumento, señalando que la Corte había confundido la delegación de facultades con un simple contrato administrativo, de ejecución,

¹⁴ Las sentencias que comentaremos no tratan estas materias en forma profunda, pero nada hay reprochable en ello, pues no era su propósito. De hecho, ya bastante mérito tienen en abordar un problema nuevo, sin suficiente tratamiento legal, y resolverlo en forma razonablemente correcta.

¹⁵ Si queremos que la jurisprudencia tenga un efecto ilustrativo y en cierta forma anticipatorio, conviene propiciar su unidad de criterios. Ya basta con las diferencias de criterio que puedan darse entre las distintas salas de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, y que deberían ser motivo de una reforma correctiva (antes que de un aumento de la dispersión de criterios jurisprudenciales).

¹⁶ Considerando decimooctavo. “El fomento y el apoyo a la seguridad ciudadana y la contribución al ordenamiento del tránsito y transporte públicos, que son las motivos aducidos para disponer los actos impugnados, no validan la intromisión que en su intimidad padecen los recurrentes, por cuanto el levantamiento de las imágenes que se extraen desde sus ámbitos privados no es realizado directamente por los funcionarios públicos que forman parte de las plantas del municipio recurrido, sino por trabajadores contratados por la empresa que presta el servicio de vigilancia, esto es por personas que no tiene autorización para ello”.

pero que en absoluto liberaba a la Municipalidad de su responsabilidad final¹⁷.

Además de desechar el argumento legalista como base para justificar la vulneración de los derechos invocados, la Corte Suprema desarrolla un esquema argumental que permite ir más allá del caso concreto, señalando pautas que pueden ser utilizadas en casos futuros de similares características.

En lo esencial, la Corte Suprema señala que nada habría de incorrecto en obtener registros de los espacios públicos con objetivos vinculados a la prevención del delito o su persecución¹⁸, pero condiciona su existencia y funcionamiento a cuatro requisitos de carácter general. De paso, con ello se deja en paz (*prima facie* al menos) a los cientos de cámaras de vigilancia ya existentes en diversos puntos del país (calles, centros comerciales, recintos deportivos, lugares de trabajo, entre otros)¹⁹, pero reforzando la idea de que solo pueden captar imágenes de espacios públicos²⁰.

En concreto las condiciones que la Corte establece para el funcionamiento del sistema de videovigilancia son las siguientes: 1.- El ámbito físico a grabar se delimita a los lugares públicos, y de los espacios privados abiertos cuando se trate del seguimiento de un hecho que pueda constituir la comisión de un ilícito; 2.- Un inspector o delegado municipal deberá certificar, al menos una vez al mes,

¹⁷ Considerando cuarto.

¹⁸ Considerando undécimo.

¹⁹ “La seguridad ciudadana (es) una necesidad pública y la instalación de cámaras de televigilancia una medida idónea para tal fin, en tanto capten imágenes de la vía pública... captar imágenes en la vía pública para los propósitos antes descritos constituye una actividad legítima que no puede atentar contra los derechos que se dicen afectados”. Considerando sexto.

²⁰ En cuanto al uso de cámaras, la Corte Suprema determina que solo es aceptable el uso de sistemas de videovigilancia en espacios públicos, no así en espacios privados donde se afectarían derechos fundamentales. Concluye la Corte sobre este respecto que “por consiguiente, la filmación solo cabe hacerla en los espacios, lugares o locales públicos, pero no en domicilios o en lugares privados, pues de lo contrario dicha intromisión afectará bienes constitucionalmente protegidos, tornándose por tanto en ilegítima, salvo que exista autorización judicial para estos casos. En consecuencia, la videovigilancia debe ser utilizada por la autoridad encargada de manera tal que se respeten derechos como la intimidad personal, la inviolabilidad del hogar y el secreto de las comunicaciones” Considerando undécimo. Considerando sexto de la sentencia de la Corte Suprema, ROL N° 18.458-2016.

Considerando décimo cuarto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 81.627-2015.

que no se hayan captado imágenes desde espacios de naturaleza privada como el interior de viviendas, de establecimientos comerciales o de servicios, jardines, patios o balcones; 3.- La destrucción de las grabaciones se hará efectiva por parte del responsable de su custodia después de 30 días, salvo si la grabación ha captado un ilícito penal u otra falta, caso en el cual la municipalidad recurrida adoptará las medidas para su pronta entrega a los órganos competentes; 4.- Todo ciudadano tendrá derecho de acceso a las grabaciones, para lo cual deberá dirigir una solicitud al funcionario municipal que designe la autoridad edilicia, debiendo indicar el día en que presumiblemente fue grabado, debiendo las municipalidades recurridas establecer un procedimiento que permita el efectivo ejercicio de esta atribución²¹.

Estos criterios, aunque prudentemente mínimos, son consistentes con los utilizados en muchos otros sistemas jurídicos, e incluso en nuestra jurisprudencia en relación a materias similares²², por lo que no sería extraño que fueran considerados, al menos como base, en las futuras normas legales que se dicten sobre la materia.

Junto con este elemento de fondo de la decisión, la sentencia se pronuncia sobre una serie de temas relevantes, tanto de un punto de vista doctrinario como práctico. Por ejemplo, remarca su tesis de que los derechos pueden entrar en colisión, que su contenido es ambiguo, volátil e indeterminado, que los Tratados Internacionales son fuente del derecho incluso para casos de protección, que dentro del contenido básico de la privacidad se encuentra al menos el derecho a no ser vigilado en espacios de intimidad o a tener un ámbito libre de observadores²³, que basta un razonable temor a ser vulnerado en este derecho para que los espacios de autonomía se vean afectados (pues ello podría bastar para que las personas se inhiban y modifiquen sus conductas)²⁴. Corrobora igualmente que la segu-

²¹ La sentencia de la Corte Suprema cuenta con dos prevenciones: la primera de la Ministra señora Egnem, quien no concurre a lo razonado en el considerando duodécimo; y la segunda de la Ministra señora Sandoval, quien fue de parecer de no incluir la grabación de los espacios privados abiertos en caso de verificarse la hipótesis reseñada en el numeral 1° que antecede.

²² Ver por ejemplo las sentencias 30-2010, del Primer Juzgado de Letras de Temuco; la sentencia 2-2011 del Juzgado de Letras del Trabajo de San Antonio, y 311-2016 del primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago.

²³ Considerando octavo.

²⁴ En este sentido, la Corte señala que “atendidas las particularidades del sistema de televigilancia que ha sido instalado en zonas preeminentemente residenciales, no cabe sino

ridad ciudadana es una necesidad pública, encargada a organismos especializados, pero a la cual pueden colaborar muchos otros entes públicos y privados, así como reconoce que en lugares públicos, no puede existir una expectativa de privacidad como la que acá se analiza (no ser observado).

El fallo pudo haber ido más allá en su análisis de razonabilidad o proporcionalidad, pero no lo hizo, dejando esa discusión pendiente para una etapa más política.

Por ejemplo, si hubiese llevado adelante un juicio de proporcionalidad más estructurado y profundo, pudo haberse preguntado, por ejemplo, si el uso de los globos, tal como los conocemos, resulta una medida idónea para lograr el objetivo planteado.

Este tema hubiese sido especialmente delicado, pues la poca evidencia empírica que existe es contradictoria, o más bien, contraria a la eficacia de los globos, y no existía a la hora de discutirse los recursos.

Más allá del éxito publicitario que puedan significar para los gestores, o la sensación de seguridad que puedan generar a muchos vecinos (aunque nadie ha sostenido que el efecto placebo sea el objetivo buscado), la decisión de esta política fue adoptada sin estudios que la sostuvieran, y aún no se conocen cifras que los validen. Por el contrario, los pocos estudios disponibles dicen que “dan lugar a una reducción de la delincuencia en torno al 4% y el otro apunta que los efectos negativos y positivos de la implantación de las videocámaras se contrarrestan”²⁵. Tironi y Valderrama realizan un estudio

aceptar que quienes habitan en su radio de acción puedan sentirse permanentemente observados y controlados, induciéndolos a cambiar ciertos hábitos o de inhibirse de determinados comportamientos dentro de un ámbito de privacidad como es la vida doméstica” Considerando decimosegundo.

²⁵ Díez RIPOLLÉS y CEREZO DOMÍNGUEZ (2009), P. 172 – 196. Como exponen los autores respecto a estos estudios, estiman “1. Que estos sistemas serían poco efectivos en relación a delitos violentos e impulsivos, en comparación con delitos no violentos y premeditados. 2. Que serían más eficaces en garajes o lugares cerrados que en los centros de las ciudades o en zonas residenciales. 3. Que son más eficaces en lugares de acceso limitado y controlado. 4. Que su eficacia podría estar proporcionalmente relacionada con la cobertura y número de cámaras instaladas 5. Que el impacto de los sistemas de videovigilancia podría depender de cada país; así, el efecto en las ciudades norteamericanas donde se ha instalado es nulo, a diferencia de Gran Bretaña. 6. Que la eficacia puede depender asimismo de factores como la organización de la sala de mando, la relación entre sus operadores y la policía, o el carácter fijo o móvil de las cámaras. (65) 7. Que la videovigilancia puede ocasionar un desplazamiento del delito hacia otros lugares sin videocámaras”.

in situ, concluyendo que para los vecinos “sigue todo igual”. Asimismo sostienen que “los globos son catalogados como “un complemento más”, que no es imprescindible y que no reemplaza los sistemas de patrullaje, números de emergencia, organización vecinal y botones de pánico que ya mantenían los municipios en materia de seguridad y que a juicio de los funcionarios ya eran bastante buenos”²⁶.

6. ¿SE ENTIENDE EL FALLO? ¿SE ESTÁ CUMPLIENDO?

Si bien la sentencia de segunda instancia utilizó una línea argumental completamente diferente y de carácter más constitucional que la de primera instancia, no existe consenso en si buscaba, en la práctica, el mismo objetivo final de prohibir el uso de los 3 globos de vigilancia que se recurrían.

²⁶ Por todas las citas ver Tironi y Valderrama. (2016), P. 148 y ss. Los autores exponen que los vecinos han podido reconocer propiedades del sistema en base a la convivencia y experiencia con este, mostrando que “vecinos del sector de Colón Oriente nos comentaban que al convivir diariamente con el globo (“los vemos desde nuestras ventanas al levantarnos”, “está todo el día ahí”), sumado a la curiosidad de saber de qué se trata ese objeto volador, han llegado a recolectar, en base a pura observación, bastante información sobre sus actividades, por ejemplo sobre cómo y cuándo le cargan el helio, como es afectado cuando hay fuertes vientos o lluvias, así como los problemas de visión que se producen cuando se encuentra a baja altura. A su vez, producto de esta convivencia, muchos vecinos tanto de Las Condes como de Lo Barnechea nos planteaban que sabían hacia dónde apuntan las cámaras de los globos, a pesar de estar a más de cien metros de altura, constatando como las copas de los árboles o ciertas edificaciones le terminan tapando su rango de visión, transformándose estas entidades en puntos ciegos importantes para los operadores”. pp.151-152. “Las primeras veces, los que hacían cosas malas tuvieron un cierto temor pero después con el tiempo lo fueron perdiendo y aprendieron a vivir con los globos” (Vecina de Sector Colon Oriente, Las Condes)”.
 “Por otra parte, la manipulación del globo estaría sumamente afectada por el viento. “Si hay mucho viento el globo se mueve muy rápido” (Operadora 2, Global Systems), suena una alarma y ello obliga a bajarle la altura o derechamente bajar el globo y luego volver a subirlo. Además, la visión aérea tiene el problema de que las copas de los árboles o los edificios de gran altura dificultan el trabajo de los globos, generando innumerables puntos ciegos a los cuales no puede acceder. Esto genera que la visión, en la práctica, no sea tan 24/7 ni tan omniabarcante pues las condiciones climáticas y del contexto de cada situación donde se opera un globo interfieren fuertemente. Esas interferencias de fuerzas no-humanas generan la inevitable situación de observar cuestiones no deseadas, salirse de la calle y hace difícil detectar y vigilar todo a juicio de sus propios funcionarios”. Ídem, pp.148-149

En efecto, el fallo de primera instancia señala como única medida posible para restablecer el imperio del derecho la prohibición absoluta a su funcionamiento, mientras la Corte Suprema, en un análisis más elaborado y matizado, distingue entre la filmación de espacios abiertos y públicos (que se autoriza, sumado a otros requisitos), de los espacios privados, que por regla general se prohíbe (salvo autorización legal, judicial o consentimiento previo).

Ahora bien, si los globos están situados a cientos de metros de altura, si sus cámaras de precisión militar (usadas en la Franja de Gaza) pueden moverse en 360 grados, es poco probable que garanticen que solo puedan ser grabadas las calles y no el interior de los edificios y de las casas. Por mucho que confiemos en el profesionalismo de los funcionarios encargados y en la estrictez del nuevo protocolo, es evidente que nada podría “garantizar” que no sean mal utilizados (como sí podría hacerse con una cámara fija). Por tanto, desde esta perspectiva, la sentencia no se podría cumplir y los globos deberían ser bajados²⁷.

Pero las municipalidades han entendido otra cosa, y no parece ser que se haya sostenido que están incumpliendo el fallo. Sobre el particular parece relevante, además de las medidas internas para favorecer su buen uso, que al parecer las cámaras nunca fueron tan precisas, ni tan eficientes como se informó a la prensa, por lo que las imágenes que pueden obtener no podrían afectar derechos constitucionales de ningún tipo, como lo aseguró el representante de la empresa en informe que acompañó al expediente.

7. OTROS ASPECTOS DIGNOS DE MENCIONAR

El caso analizado presenta una serie de elementos procesales, estratégicos o de “obiter dicta”, que, sin ser centrales, al menos son dignos de mencionar.

En lo estrictamente formal, llama la atención el “estilo de litigación” de ambos Municipios, que no escatimó en utilizar todos los

²⁷ El considerando 10 del fallo de la Corte Suprema señala que “la actividad de videovigilancia implementada por la Municipalidad de Las Condes no presenta limitaciones o restricciones técnicas que restrinjan los mecanismos que permitan captar, grabar y almacenar imágenes, por lo que el elemento espacial, esto es, el lugar que será grabado, que podrá ser un espacio público o privado dada la ubicación de las cámaras y su capacidad de monitoreo en 360 grados, adquiere suma importancia”.

argumentos posibles contra sus propios vecinos, más allá de su razonabilidad o fuerza jurídica.

Entre los argumentos procesales está, por ejemplo, que se pretendió que se contabilizara el plazo desde que se aprobó la instalación de las cámaras. Pero la Corte, con buen criterio, lo fijó desde que se izaron, señalando que lo otro fue un acto privado que los vecinos no tendrían por qué conocer.

Asimismo, se desechó de plano el argumento de que esta era una “acción de clase” o “acción popular”, o que no se invocara un daño determinado. Lo mismo pasó con la pretensión del alcalde de Las Condes de pretender limitar el contenido del derecho constitucional de la privacidad, solo a la no difusión de las imágenes obtenidas, pero no a su captación.

En los aspectos más de fondo, resulta relevante e interesante la distinción que la Corte de Apelaciones realiza entre la contratación de servicios y la delegación de facultades, pero sobre todo en cuanto a la forma en que deben ser entendidas las facultades legales entregadas por la ley.

Estas declaraciones sobre la forma en que deben ser interpretados los cuerpos legales, y en especial, las facultades o competencias que ellos entregan, son de alto valor ilustrativo para cualquier tipo de asuntos, en cuanto afirma que ellas deben ser comprendidas y valoradas a la luz de los derechos fundamentales garantizados, y no en forma antojadiza. Estos derechos y principios, generalmente de rango constitucional, establecen claros límites y orientaciones a cualquier intérprete o ejecutor²⁸.

De esta manera, y citándolo expresamente el artículo 5 inciso 2 de la Constitución (todos los órganos del Estado deberán “respetar y promover” los derechos fundamentales), daba espacio a una suerte de “eficacia horizontal indirecta”, entendido como un mandato de acción a todos los funcionarios y órganos del Estado²⁹.

²⁸ Considerandos 8-12.

²⁹ Considerando 12 primera instancia. En el considerando 13 señala que, si bien existe el artículo 20 de la ley 19.628, el artículo primero de la misma señala que toda persona que efectúe el tratamiento de datos personales en todo caso deberá respetar los derechos fundamentales de la titulares de los datos, lo que de alguna manera implica reenviar el mandato del artículo 5 a la propia ley (lo que en la cultura legal chilena facilita entender las facultades “en la forma en que señala la ley”).

Asimismo, aunque no los termina usando como fundamento, la sentencia anulada realiza algunos reparos de sentido común, como por ejemplo que ninguno de los acápite de las bases administrativas, técnicas y económicas de la licitación y de los contratos que de ellos derivaron, y que fueron libremente fijadas por el municipio recurrido, considera alguna clase de resguardo para evitar que la visión de esas cámaras cubra áreas en las cuales los habitantes de la comuna pueden desplegar actividades propias de su intimidad, limitándose exclusivamente a incluir cláusulas contractuales tendientes a asegurar la confidencialidad de la información (con acciones únicamente ejercibles por los municipios).

La Corte parecía simpatizar con la idea de que era poco probable que las cámaras ubicadas a más de 150 metros de altura y manejadas por personas, no captaran imágenes de la vida privada, y que estas no serían jamás mal usadas ni filtradas, por el solo hecho de que las bases de licitación y los contratos celebrados así lo exigen. Por ello, el riesgo creado debe ser ponderado con los eventuales beneficios. Ninguna cláusula o sistema de control puede garantizar que un tercero externo (hacker, por ejemplo) intervenga los sistemas de almacenamiento de datos. Ni aún severas sanciones penales, que aún no existen, podrían ofrecer suficientes garantías a nuestra amenazada intimidad, y las medidas informadas por las Municipalidades parecen ingenuamente insuficientes.

Finalmente, en el plano de lo pintoresco, no podemos dejar pasar el argumento esgrimido por el alcalde de Lo Barnechea, Felipe Guevara, que aseguró que ni los globos y la información que con ellos se obtuviera podrían ser mal usados, porque serían manejados exclusivamente por mujeres (sic). Según el mismo, en otras partes del mundo su manejo por hombres se prestó para malos usos, lo que con la corrección señalada, quedaría resuelto.

8. CONCLUSIONES

1.- El recurso de protección contra los globos de video vigilancia, refleja un conflicto jurídico sobre una materia no regulada (aunque no por eso prohibida o ilegítima) que se expresa mediante un choque o colisión de derechos fundamentales. Básicamente, por un lado aparece la privacidad y la intimidad, y por el otro, las necesida-

des de tomar medidas tendientes a favorecer la seguridad pública y la prevención y persecución de delitos.

La pregunta anterior no tiene respuestas “técnicas”. Cada sociedad deberá resolverla con criterios políticos, asumiendo los costos y elementos subjetivos que ellos siempre suponen. ¿Hasta dónde se puede restringir o favorece un bien jurídico en favor de otro? ¿Qué límites deberá aceptar la privacidad con el objeto de facilitar la realización de un objetivo de mayor relevancia?

Estas preguntas admiten diferentes respuestas legítimas, porque lo constitucional es lo opuesto a las soluciones únicas. Las diferentes soluciones que se propongan marcarán las diferentes posiciones políticas dentro de un sistema democrático, las que dependerán también de las circunstancias que acompañen al análisis y a la toma de decisión.

Por ello, es perfectamente posible y probable que estas preguntas obtengan respuestas diferentes a lo largo del tiempo (y no será lo mismo una zona fronteriza con mucho tráfico de personas y mercaderías, que una zona del interior, o una época de crisis de terrorismo que una de paz y tranquilidad).

2.- El hecho de que los criterios mínimos establecidos por la Corte Suprema parezcan sabios y correctos, no debe hacernos olvidar que tratándose de regulación de derechos fundamentales, su solución debería darse luego de un proceso deliberativo, colectivo y público, reflejado en una norma legal.

Una decisión judicial dictada en el contexto de una acción cautelar de emergencia no es el espacio adecuado para dar respuestas definitivas a estas materias.

Aunque ante la ausencia de ley, parece razonable y conveniente que la Corte Suprema haya querido dar una señal de carácter más general sobre la correcta comprensión de los derechos constitucionales en juego, y su compromiso con los mismos.

Asimismo, aunque a primera vista sorprenda la argumentación extremadamente formalista y legalista de la Corte de Apelaciones, también puede comprenderse la motivación detrás de esta preferencia, en cuanto a que no le corresponde la tarea de construir criterios constitucionales, cuando ellos pueden ser revisados y contradichos por tribunales superiores. De esta manera, adopta las medidas que

considera necesaria para la protección de los derechos afectados, pero lo hace evitando dar opiniones sobre el contenido y límites de los derechos en juego.

Ello implicaría reconocer las limitaciones propias del recurso de protección y su naturaleza más bien concreta y operativa y más bien discretos desde el punto de la creación de doctrina y jurisprudencia. Podría sostenerse incluso que la Corte de Apelaciones está especialmente llamada a evitar la elaboración de nuevas doctrinas y especificaciones de carácter constitucional, pues ella podría ser modificada y generar confusiones respecto a las resoluciones adoptadas por tribunales de superior jerarquía (especialmente Tribunal Constitucional y Corte Suprema).

3.- En los aspectos de fondo, ambas sentencias nos parecen correctas y consistentes con la doctrina y jurisprudencia dominante a nivel global.

Pese a que la sentencia de la Corte Suprema revoca sustancialmente el fallo de la Corte de Apelaciones, ambas relevan la necesidad de proteger y garantizar un espacio para la vida privada e íntima, especialmente reforzada al referirse al hogar, distinguiéndolo de los espacios públicos. En estos últimos, la expectativa de privacidad que puede existir es sustancialmente menor, por lo que la instalación de cámaras, incluso móviles, será evaluado bajo criterios completamente diferentes, y en muchos casos, las justificarán.

Si bien este razonamiento general está claramente presente en ambos fallos, solo la Corte Suprema se compromete con el mismo en forma expresa, y condiciona el funcionamiento de los globos a que al menos una vez al mes se verifique que las cámaras no han obtenido imágenes de espacios privados (balcones, jardines, patios, interiores de vivienda, locales comerciales), ordenándose la destrucción del material recopilado pasados 30 días, si no hay indicios de que contengan información relativa a la comisión de un delito. Finalmente, señala que debe asegurarse a cualquier persona captada por dichos dispositivos, el acceso al material donde aparezca.

El fallo analizado será relevante incluso en la elaboración de futuras políticas públicas y acierta en no cerrar de plano la posibilidad de utilizar este tipo de tecnologías, cuya implementación se propone y discute en el mundo entero, relacionado con la legitimidad de las herramientas para la prevención del delito, la seguridad ciudadana y

la persecución criminal, pero que también puede alcanzar a la prevención de catástrofes, el control del tránsito y otras más.

4.- Adicionalmente, el recurso permitió aclarar una serie de otras materias de gran relevancia jurídica: la posible tensión entre derechos constitucionales, la lógica de la ponderación como método para abordarlos, la comprensión de la privacidad como un espacio libre de vigilancia, y la intimidad del hogar (19 nº 5) como una privacidad reforzada, la afectación del derecho por el solo riesgo o percepción subjetiva de poder ser filmado (efecto inhibitorio), y la legitimidad del uso de tecnologías de video vigilancia, pero limitada a los espacios públicos.

5.- Un cuestionamiento más de fondo puede aplicarse a la forma de decidir y aprobar esta política. Ni la falta de regulación ni la popularidad ciudadana mayoritaria que la idea parecía y parece tener, debieron haber permitido el desarrollo y financiamiento de un proyecto de este tipo, sin un adecuado análisis racional de costos y beneficios, y de su eventual concordancia con el orden constitucional.

Hasta ahora, no existe evidencia de que el uso de las cámaras de vigilancia haya logrado los efectos deseados. De hecho, mucha de la evidencia que existe a nivel nacional y global apunta en la dirección contraria.

Por otro lado, parece poco probable que el uso globos de vigilancia con cámaras de alta definición y alcance, capaces de girar en 360 grados, cuyo registro podía ser almacenado en forma permanente, permita garantizar la privacidad y la inviolabilidad del hogar. La sola posibilidad de la vigilancia podría llevar a muchas personas a modificar sus hábitos o a restringir su libertad, a lo que se suma un alto riesgo de filtración de algunas de esas imágenes, para las cuales las autoridades municipales, creadoras del riesgo, no ofrecen medidas preventivas y paliativas convincentes.

6.- El fallo de la Corte Suprema corrigió la base argumentativa de la sentencia de primera instancia, cambiando su eje del plano legal al constitucional. En cuanto a las medidas adoptadas, señaló que el uso de cámaras de video vigilancia no podía considerarse *per se* un mecanismo ilegítimo, pero condicionó su juridicidad al cumplimiento de algunos requisitos.

7.- Cuando el fallo de la Corte Suprema fue conocido, las municipalidades recurridas celebraron el carácter revocatorio del fallo,

aunque esta alegría tenía un elemento engañoso. En efecto, dadas las características de las cámaras (tecnología militar, gran altura, capacidad de movimiento en 360 grados, entre otras), parecía imposible que garantizaran el requisito de limitarse a los espacios públicos.

Sin embargo, los globos se encuentran izados y en pleno funcionamiento. Descartando que ello corresponda a un incumplimiento flagrante del fallo, ello puede deberse a varios motivos. El principal de ellos, es que se considere que las medidas y protocolos implementados por las Municipalidades luego del fallo, se consideren como una “garantía suficiente” de que no se filmará en espacios privados. El segundo, es consistente con las informaciones acompañadas por la empresa contratista al expediente, en cuanto a que las cámaras no tienen capacidad técnica de filmar la intimidad del hogar.

8.- Si lo anterior fuera cierto, significaría que la utilidad de las cámaras es básicamente disuasiva (frente a la delincuencia) y psicológica (placebo) frente a la población. Desgraciadamente, no hay estudios suficientemente validados que nos aclaren este punto.

9. BIBLIOGRAFÍA

- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid (2007). “Delitos que vulneran la Intimidad de las Personas: análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal Chileno”. *Revista Ius et Praxis*, 13 (1): pp. 291-314, 2007.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis y CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel. Investigación publicada en *Revista de Política Criminal*, Vol 4 N°7 (2009). pp. 172-196
- RAMÍREZ HERMOSILLA, Tomás (2016), “Nuevas tecnologías al servicio de la seguridad pública y su impacto en la privacidad: criterios de ponderación”. En *Revista Chilena de Derecho Tecnológico*. Vol.5 no.1, 2016
- TIRONI, Martín y VALDERRAMA, Matías. Urbanismo Militarizado y situación cosmopolítica: El caso de los Globos Aerostáticos de Vigilancia en Santiago de Chile. *Revista Latinoamericana*. Volumen 15. N°44. (2016), p. 148 y ss.