

**REVISTA CHILENA DE DERECHO Y TECNOLOGÍA**  
PRIMER SEMESTRE 2016 VOL. 5 NÚM. 1



**FACULTAD DE DERECHO**  
UNIVERSIDAD DE CHILE  
REVISTA CHILENA DE DERECHO Y TECNOLOGÍA

La *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* es una publicación semestral del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que tiene por objeto difundir en la comunidad jurídica nacional, regional e internacional, el conocimiento científico relevante y necesario para analizar y comprender los alcances y efectos que el desarrollo tecnológico y cultural han producido en la sociedad, especialmente su impacto en las ciencias jurídicas y sociales.

*Revista Chilena de Derecho y Tecnología*  
*Rev. chil. derecho tecnol. (en línea)*  
Centro de Estudios en Derecho Informático  
Facultad de Derecho · Universidad de Chile  
Pío Nono núm. 1, 4.º piso, Providencia  
Santiago de Chile

+56 2 29785263  
rchdt@derecho.uchile.cl  
<http://www.cedi.uchile.cl>  
<http://twitter.com/rchdt>

ISSN 0719-2584

Indexada en SciELO Chile, DOAJ y Latindex.

La *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* es publicada en formatos electrónicos (pdf, epub y mobi) disponibles para descarga en la página web <<http://www.rchdt.uchile.cl/>>.

Una guía para la presentación de manuscritos está disponible en el enlace: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/rchdt/about/submissions#authorguidelines>>.

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons

ATRIBUCIÓN - COMPARTIR IGUAL 4.0 INTERNACIONAL



## Nuevas tecnologías al servicio de la seguridad pública y su impacto en la privacidad: criterios de ponderación

*New technologies for public safety and impact on privacy:  
weighting criteria*

TOMÁS RAMÍREZ HERMOSILLA  
*Abogado, Omeromich Ramírez, Chile*

**RESUMEN** Una sentencia reciente de la Corte Suprema de Chile, a propósito de la videovigilancia desde globos aerostáticos en dos comunas de Santiago, ha reabierto la problemática sobre la seguridad pública como criterio limitador de derechos constitucionales, entre ellos, la privacidad. El criterio utilizado implica aceptar en la práctica la afectación de la privacidad por un medio que realiza grabaciones de espacios públicos y privados a la vez, el que se comparará en este artículo con criterios legislativos y judiciales de ponderación en el ámbito constitucional, penal y procesal penal.

**PALABRAS CLAVE** Tecnologías de vigilancia, seguridad pública, privacidad, Chile.

**ABSTRACT** A recent judgment of the Supreme Court of Chile, regarding video surveillance from balloons in two communes of Santiago, has reopened the issue of public safety as a criteria to restrict constitutional rights, including privacy. In practical terms, this criteria implies to admit

intrusion of privacy by recording public and private spaces at once, to be compared with the legislative and judicial criteria weighting in constitutional, criminal and procedural criminal law.

**KEYWORDS** Surveillance technologies, public security, privacy, Chile.

## **INTRODUCCIÓN**

Los desafíos que implica enfrentar el fenómeno de la delincuencia incluyen la utilización de tecnología a fin de prevenir e investigar delitos, especialmente aquellos de mayor connotación social. El avance de la tecnología supone, al mismo tiempo, el nacimiento de nuevos riesgos en la vida de las personas y comunidades, ya que ha permitido inmiscuirse en ámbitos privados de maneras que hasta hace algunos años eran impensadas. Esto trae a colación un viejo problema: hasta qué punto aceptamos afectar ciertos derechos a fin de proteger otros derechos o intereses. Cuestión que es contingente, dependiendo de cada sociedad en un minuto determinado.

Recientemente, la Corte Suprema rechazó un recurso de protección interpuesto contra el uso de cámaras de televigilancia en globos aerostáticos, estableciendo un régimen específico en el cual pueden funcionar. A primera vista, parece una solución razonable: se permite la vigilancia en pos de la seguridad pública, pero, al mismo tiempo, se establecen límites para la protección de la privacidad. Pero la sentencia genera una serie de problemas, tanto respecto de otras resoluciones judiciales como de otros estatutos normativos aplicables a vulneraciones de la privacidad, los que serán analizados a continuación.

## **SEGURIDAD PÚBLICA Y PRIVACIDAD**

El conflicto y los criterios de ponderación judiciales y legislativos que analizaré se refieren al interés por preservar la seguridad pública y el derecho a la privacidad. Cada concepto, en particular el segundo, requiere previamente ser delimitado.

## SEGURIDAD PÚBLICA

Utilizaré el concepto «seguridad pública» y no «seguridad ciudadana» (como se indica en muchos textos y en las sentencias a revisar), ya que este último corresponde más bien a un enfoque específico de política criminal, caracterizado por el protagonismo de la delincuencia clásica, prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana, sustantividad de los intereses de las víctimas, populismo y politización, revalorización del componente aflictivo de la pena, redescubrimiento de la prisión, ausencia del recelo ante el poder sancionatorio estatal, implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia y la transformación del pensamiento criminológico (Díez Ripollés, 2004).

El modelo de la seguridad ciudadana aplicado en Chile (Fernández, 2006) se inserta en un contexto europeo y americano que tiene varias décadas y en el que aparecen los rasgos distintivos ya señalados (Garland, 2005). La confusión entre seguridad pública y seguridad ciudadana explica, en parte, por qué ciertos elementos de la segunda, en este caso el involucramiento de la sociedad en la «lucha» contra la delincuencia, son tomados como una medida no cuestionada dentro de la seguridad pública.

Es importante recalcar que para los efectos de este artículo la referencia a «delitos» es en realidad a «ciertos delitos de mayor connotación social».<sup>1</sup> Esto implica una doble delimitación. Así, no se incluyen todos los delitos, aun cuando el efecto social sea especialmente intenso, como delitos funcionarios (cohecho, malversación de caudales públicos, etcétera), pero tampoco me referiré a delitos de mayor connotación social de baja incidencia estadística, como secuestros y homicidios.

De esta manera, las referencias en este texto a los «delitos» en realidad se refieren a aquellos cometidos contra la propiedad con o sin violencia (hurtos y robos), ya que el mecanismo tecnológico que analizaré está des-

---

1. El grupo de delitos de mayor connotación social (DMCS) no tiene una sola definición ni se basa en términos estrictos en los delitos contemplados en el Código Penal. Así, en el sitio web del Ministerio de Desarrollo Social se indica que los DMCS «consideran robos con violencia o intimidación, robos por sorpresa, robos de vehículo, robos de accesorios de vehículo, robos en lugar habitado, robos en lugar no habitado, hurtos, lesiones leves, lesiones graves, homicidios y violaciones». Disponible en <<http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/glosario.php>>.

tinado principalmente a su prevención y persecución, sin perjuicio de que en la práctica pueda servir para otros fines (como control de tránsito).

## PRIVACIDAD

El fundamento constitucional de la protección a la privacidad está consagrado en el artículo 19 núm. 4, como el «respeto y protección a la vida privada», y también en el núm. 5 al consagrar la «inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada», sin que exista un concepto claro que delimite lo privado de lo público. Revisaré por separado la conceptualización de la privacidad según la doctrina y según el Tribunal Constitucional.

### *Doctrina*

Al analizar la idea de privacidad se debe tener presente que se trata de un concepto que ha evolucionado, tanto en su concepto como en sus fundamentos (Corral, 2000a), por lo que las diferencias entre las definiciones que expondré se explican en parte por el contexto histórico.

La privacidad puede ser entendida desde distintos puntos de vista: corporal, territorial, comunicacional y de la información. En lo que aquí más interesa, la territorial se refiere a la «fijación de límites a la intromisión en los espacios o medios domésticos y otros tales como el centro laboral o, incluso, el espacio público» (Lara, Pincheira y Vera, 2013a: 13). Históricamente ha sido entendida como el «derecho a ser dejado solo», el «derecho a tomar decisiones personales», un derecho «al control de la información personal», derecho a la «inaccesibilidad», a «excluir a terceros de la información personal», un «derecho sobre el acceso cognoscitivo», junto con concepciones multidimensionales que agrupan distintos elementos de la privacidad como aquello protegido (Corral, 2000b). Algunos autores incluso incluyen en la definición la posibilidad de evaluar si la comunicación de su información privada «pueda o no acarrearle un daño moral o patrimonial» (Meins, 2000: 304).

Según Barros, la idea de privacidad no es tanto una ausencia de información respecto de una persona, sino que «el control que tenemos nosotros mismos respecto de a quién y cómo entregamos información acerca de nosotros» (Barros, 1998: 50).

Según la teoría de las esferas de protección (Alexy, 2001: 349), es posible distinguir tres tipos de ámbitos: íntimo, privado y social. Bajo esta concepción, el debate respecto de los límites de la privacidad se encuentra en el límite entre la esfera de protección a lo privado y social.

Corral, luego de revisar la evolución del concepto, la define de la siguiente manera:

Es la posición de una persona (o entidad colectiva personal) en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones (2000b: 347).

Un elemento adicional, que aparece en las sentencias que se revisarán más adelante, vincula la privacidad con la libertad de acción. Uno de los problemas que se discutió en los casos de uso de tecnología de vigilancia es si la privacidad era afectada o no cuando no se utilizaba dicho medio (por ejemplo, cuando la cámara de grabación no funcionaba).

Como se verá, se afirma que la privacidad también protege el contexto en que una persona puede comportarse como si estuviese en privado, más allá de si lo está o no. Lo importante es que la privacidad posibilita ejercer la libertad de hacer aquello que sólo se haría (o de la manera en que se haría) en privado, por lo que incluso una sospecha fundada de afectación de dicho bien jurídico, afectaría la libertad de acción (en la privacidad).

### *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional ha señalado que el respeto y la protección de la privacidad «son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto» (rol 389, considerando vigésimo primero) y merece «reconocimiento y protección excepcionalmente categóricos tanto por la ley, como también por los actos de autoridad y las conductas de particulares o las estipulaciones celebradas entre éstos» (rol 521, considerando vigésimo).

De conformidad con el artículo 19 núm. 4 de la Constitución, se debe «respeto» y «protección» a la vida privada: formas diferentes de ampa-

rar este derecho. Desde el punto de vista del Tribunal Constitucional, «respetar» implica un deber de abstención, que le corresponde tanto a las personas como los órganos del Estado, de no realizar acciones u omisión que transgredan o desconozcan este derecho. Por otra parte, «proteger» supone una conducta activa, consistente en poner término a conductas invasivas, reparar daños y sancionar a los que han vulnerado el derecho a la privacidad (rol 1990, considerando trigésimo).

Siguiendo el concepto de la Convención Americana de Derechos Humanos, que respecto de la protección a la honra y a la dignidad señala que «nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada» y que «toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques» (artículo 11 núms. 2 y 3), nuestro Tribunal Constitucional sostiene que la protección a la privacidad supone «quedar al amparo de la injerencia de terceras personas evitando las interferencias y las intromisiones o presiones indebidas» (roles 1732 y 1800, acumulados, considerando vigésimo segundo).

Por otra parte, la extensión de la esfera de lo privado no necesariamente se protege en un espacio privado, cerrado a terceros, sino que «también se extiende, en algunas circunstancias, a determinados espacios públicos donde se ejecutan específicos actos con la inequívoca voluntad de sustraerlos a la observación ajena» (rol 1894, considerando vigésimo tercero).

Ahora bien, como todo derecho, éste admite limitaciones, pero sólo frente a bienes jurídicos superiores y en condiciones de estricta necesidad. Se requiere una necesidad fundada y razonable, como, por ejemplo, evitar la comisión de un delito o perseguirlo (rol 1683, considerandos cuadragésimo y cuadragésimo primero).

En resumidas cuentas:

Dada la protección excepcionalmente categórica que tiene la vida privada (STC 389/2003 y 521/2006) y el que no sea un derecho absoluto (STC 1683/2010, 1800/2011), la regulación del mismo, que lo someta a limitaciones, exige pautas objetivas y sujetas a control que permitan su afectación (STC 389/2003, 433/2005). De ahí que haya rechazado, y considerado inconstitucionales, habilitaciones irrestrictas (STC 389/2003) o sin parámetros objetivos y precisos (STC 1894/2011), facultades absolutamente discrecionales (STC 198/9), potestades que no sean estrictamente indispensables (STC 1365/2009). Sólo ha aceptado



restricciones si se afecta el derecho en forma precisa y determinada, la víctima no padezca detrimentos excesivos y siempre que coadyuve a cumplir objetivos del legislador (STC 1365/2009) (rol 1894, considerando trigésimo quinto).

Finalmente, resulta atingente a la controversia expuesta más adelante, analizar el voto de disidencia en la causa rol 2831, sobre control obligatorio de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley 19.327, en lo tocante a su ámbito de aplicación y al establecimiento de un régimen sancionatorio efectivo, y la Ley 20.502, en materia de funciones de la Subsecretaría de Prevención del Delito.

El voto de mayoría respecto de las modificaciones al artículo 7 de la Ley 19.327, sobre derechos y deberes en espectáculos de fútbol profesional, sostuvo que el proyecto no contenía materias de una Ley Orgánica Constitucional, por lo que no se pronunció al respecto. Sin embargo, los ministros Iván Aróstica Maldonado, María Luisa Brahm Barril y Cristian Letelier Aguilar sostuvieron que afectaban funciones de Carabineros, por lo que correspondía analizarlos y, en definitiva, declararlos inconstitucionales.

En lo que aquí interesa, dicha modificación se refiere a nuevas facultades para el personal de seguridad en recintos deportivos, consistentes en el registro de vestimentas, bolsos, vehículos y todo elemento con que ingresen los espectadores a dichos lugares.

El voto de minoría sostiene que estas nuevas facultades implican una «medida excepcional que nuestro ordenamiento jurídico entrega a las fuerzas de orden y seguridad y sólo en el caso de personas detenidas, dado que afectan garantías constitucionales de las más altas relevancia» (considerando sexto), lo que no incluye otras circunstancias ni personas autorizadas a hacerlo.

De esta manera, «un particular que asiste a un espectáculo público realiza una actividad que se enmarca en la esfera de su vida privada» (considerando octavo), por lo que registrar sus vestimentas:

atenta contra la vida privada de esa persona [y también contra el] derecho a la integridad física y moral, pues rompe el debido respeto que debe tener no sólo un particular, sino que la autoridad para con el cuerpo de toda persona, y en ese sentido las tocaciones que haga una persona que no es autoridad, aunque lo autorice la ley, es impropio y

repugna a los principios y normas que en materia de respeto a la libertad humana consagra la Carta Fundamental (causa rol 2831, considerando noveno).

El voto de minoría reprocha que no existan resguardos para la protección de los derechos de quien está sujeto a la revisión, pero agrega que «aun en el caso que la norma jurídica hubiera adoptado los resguardos necesarios igualmente sería inconstitucional porque es absolutamente anómalo que un particular sea facultado por la ley para examinar las vestimentas de otro particular» (considerando undécimo). Se trata de facultades propias de las policías en contextos restringidos (comisión de delitos) para fines limitados (obtención de pruebas).

Así, la privacidad no se circunscribe exclusivamente a lo que sucede «a puertas cerradas», sino que también en lugares públicos, la que debe ser respetada incluso cuando existan razones de orden público que permitan perturbarla momentáneamente a fin de evitar que se ingresen a un recinto deportivo elementos prohibidos. Y, en todo caso, resulta aún menos aceptable que dichas facultades sean entregadas a privados, cuando en cualquier otro contexto sólo las podrían realizar las policías.

#### **USO DE TECNOLOGÍA DE VIGILANCIA Y PRIVACIDAD: CASOS RESUELTOS POR LA CORTE SUPREMA**

La Excelentísima Corte Suprema ha tenido recientemente la oportunidad de resolver dos casos en los que se alega vulneración de la privacidad mediante mecanismos tecnológicos, pero, quizás inadvertidamente, ha llegado a conclusiones a mi juicio opuestas. En el primer caso se trata de una cámara de vigilancia fija en un edificio, que puede ser dirigida o no a un espacio privado; mientras que, en el segundo, se trata de televigilancia desde un globo aerostático que, por su alcance, puede filmar al mismo tiempo espacios públicos y privados. Las características de cada dispositivo tecnológico introducen variables novedosas en cada caso, respecto de las cuales en las sentencias se realiza un ejercicio de ponderación con resultados disímiles.

## CÁMARA FIJA

El 27 de agosto de 2013, la Corte Suprema, mediante sentencia en causa rol 6185-2013, confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción del 5 de agosto de 2013, causa rol 753-2013, caratulada «Bavestrello contra Fernández y otro». La Corte Suprema no desarrolló argumentos propios, por lo que entendemos que hizo suyos todos los señalados por la Corte de Apelaciones.

El caso consistía en que el recurrente de protección vivía en un departamento en el tercer piso y en la terraza del segundo piso el dueño había colocado una cámara de filmación que apuntaba a su cocina y otra a la ventana del baño. De esta manera, el recurrente alegó que se afectaba su derecho a la vida privada.

El recurrido solicitó el rechazo de la acción de protección señalando que instaló las cámaras como elementos disuasivos ya que vecinos de pisos superiores arrojaban colillas de cigarrillos, limpiaban sus ceniceros y dejaban caer desperdicios a su balcón. Indicó también que las cámaras no estaban en condiciones de funcionar ni estaban conectadas a equipos de grabación.

En este caso la ponderación no es entre seguridad pública y privacidad, ya que el recurrido no alegaba que las cámaras estaban destinadas a prevenir delitos o a ser una prueba en caso de que se cometieran. Se trata del ejercicio de su derecho de propiedad (a usar como quiera su balcón y sus cámaras) en el contexto de conflictos entre vecinos.

Quizá la baja relevancia del interés del recurrido ayuda a resolver el conflicto en favor de la privacidad, pero la estructura del problema es similar a si el destino de las cámaras fuera el de aportar a la seguridad pública.

El primer punto que resuelve la Corte de Concepción consiste en la relevancia de que las cámaras filmen o no. El recurrido sostiene que no hay vulneración a la privacidad por cuanto nunca grabaron. Sin embargo, la Corte sostiene que dicha situación era desconocida por el recurrente, y mientras se mantuvo en esa ignorancia (cerca de cuarenta días) «se sintió al menos perturbado en su intimidad personal y familiar, desde que razonablemente entendió que su vida hogareña era vigilada y grabada por las cámaras de los recurridos» (considerando séptimo). De hecho, ése era precisamente el efecto pretendido por el recurrido: que

las personas pensaran que estaban siendo grabadas a fin de modificar su conducta (lo que en definitiva ocurrió, pues declara que luego de poner las cámaras ya no recibió más basura).

Así, aparece en la sentencia un elemento fundamental de la privacidad, a saber, que permite comportarse libremente. La afectación a la privacidad también es una afectación a la libertad de comportarse como uno quiera. Desde este punto de vista no es necesario que las personas hayan sido grabadas para que se afecte su privacidad, sino que basta con que así lo piensen.

En todo caso, la Corte de Apelaciones de Concepción da un paso más y sostiene que, aun cuando no haya funcionado la cámara, esto «no implica eliminar la amenaza de ser observado o filmado, puesto que la reparación, cambio o activación [...] dependen del mero arbitrio de los recurridos» (considerando octavo). Es decir, no basta la mera aseveración de que no están funcionando ya que la sola posibilidad de que comiencen a grabar, en algún minuto indeterminado, ya es suficiente como para alterar la vida privada del recurrente:

Evidentemente no puede considerarse normal la existencia de cámaras que apunten directamente hacia las dependencias de un vecino, aunque no filmen ni graben nada, pues todos tenemos el derecho a estar solos y a no ser perturbados en nuestra intimidad contra nuestra voluntad, como acontece en la especie (considerando octavo).

Finalmente, al analizar la arbitrariedad de la conducta, sostiene:

Que, así las cosas, la conducta de los recurridos es arbitraria, desde que el ejercicio del derecho de propiedad que efectúan mediante la instalación de las cámaras antes mencionadas, es absolutamente desproporcionado frente al derecho a la vida privada que legítimamente le asiste al recurrente, ya que termina afectando la tranquilidad de éste al apuntar tales dispositivos al baño y cocina de su departamento.

Más aún, la arbitrariedad se manifiesta en la ausencia de razonabilidad de la medida adoptada, puesto que la instalación de las cámaras tiene como único fundamento ser un elemento disuasivo para las personas que arrojan basura desde pisos superiores del edificio en cuestión. Tal objetivo, evidentemente, se puede conseguir por otros medios que no perturben el derecho a la intimidad cuya protección solicita el Sr. Bavestrello (considerando noveno).

La acción de protección fue acogida y en su parte dispositiva se ordenó a los «recorridos reubicar las cámaras de vigilancia emplazadas en la terraza de su departamento de tal manera que no apunten hacia las dependencias del recurrente».

#### CAMARA MÓVIL

El segundo caso se refiere a la televigilancia realizada desde globos aerostáticos, ubicados en las comunas de Lo Barnechea y Las Condes, caratulado «Soffge y otros contra Ilustre Municipalidad de Las Condes y otro». El recurso, en primer lugar, describe las características del dispositivo de vigilancia: los globos aerostáticos están emplazados a ciento cincuenta metros por sobre el nivel del suelo y cuentan con cámaras con un ángulo de visión de trescientos sesenta grados, pueden funcionar sin interrupción todos los días de la semana y todas las horas del día, y tienen la capacidad de identificar personas en un amplio radio a su alrededor.

Los recurrentes alegan que dicha tecnología de vigilancia permitirá observar y grabar sus domicilios, afectando las siguientes garantías constitucionales: i) el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia (art. 19 núm. 4); ii) la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (art. 19 núm. 5); iii) el derecho de propiedad (art. 19 núm. 24); y iv) otros derechos, a saber, igualdad ante la ley (art. 19 núm. 2), igual protección de la ley en el ejercicio de derechos (art. 19 núm. 3) y la libertad y seguridad individuales (art. 19 núm. 7).

La ilegalidad para los recurrentes consiste en la infracción a la Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, por falta de competencia para tratar datos personales, sin que se cumplan las reglas contenidas en dicha ley a propósito de su licitud, finalidad, confidencialidad, proporcionalidad, entre otras. Asimismo, se infringe la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, al carecer los municipios de competencias específicas en esta materia. Por otra parte, fundan la arbitrariedad del actuar de las recorridas en la masividad y desproporcionalidad de la información recabada sin un marco regulatorio ni competencias según la ley, siendo irracional el uso de tecnología de orden militar, excediendo las necesidades y fines que deben perseguir los municipios.

Las recurridas realizaron alegaciones de forma (extemporaneidad y falta de legitimación activa) y de fondo. En síntesis, sostienen que están ejerciendo legítimamente su función municipal, en el aporte al resguardo del orden público y la seguridad ciudadana, el que se ejecuta luego de un procedimiento administrativo de contratación y puesta en funcionamiento apegado a la ley, sin que se haya probado una afectación a los derechos de los recurrentes. Además de cumplir con las normas que las regulan, sostienen que su comportamiento no ha sido arbitrario por cuanto se dirige a cautelar un interés relevante para la comunidad, que también beneficiará a los recurrentes al contar con espacios públicos más seguros.

La Corte de Apelaciones de Santiago, el 4 de marzo de 2016, causa rol 82289-2015, acogió el recurso, ordenando que las recurridas «deberán cesar de inmediato las actividades de captación, almacenamiento y procesamiento de las imágenes que se realizan por medio de los globos de vigilancia emplazados en dichas comunas». Por su parte, la Corte Suprema, el 1 de junio de 2016, sentencia rol 18.481-2016, rechaza el recurso en cuanto lo resuelto previamente, permitiendo su uso bajo un «régimen de autorización» que se analizará más adelante.

### *Sentencia de la Corte de Apelaciones*

En primer lugar, la Corte de Apelaciones de Santiago da por establecido que las cámaras dispuestas en los globos aerostáticos filman al mismo tiempo espacios públicos y privados, atendida la altura a la que se encuentran y el radio de acción que poseen. Además, como las medidas de resguardo de la privacidad de los posibles afectados están dispuestas usualmente hacia el frontis de los inmuebles, no alcanzan a cubrir el ángulo desde el cual las cámaras de televigilancia graban. De esta manera, los espacios que usualmente son privados, por cuanto existen resguardos destinados a la protección de la vida privada e inviolabilidad del hogar, quedan expuestos por las características del medio tecnológico de vigilancia.

La Corte, dentro del ejercicio de ponderación de intereses, analiza si los fines perseguidos por las municipalidades justifican su actuación «con especial consideración de las formas concretas con las cuales se intenta conseguirlos», pues no es un ejercicio en abstracto, sino que en concreto (considerando décimo octavo). La Corte señala:

El fomento y el apoyo a la seguridad ciudadana, la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofe 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 (considerando décimo octavo).

Finalmente, la Corte decide que las municipalidades de Las Condes y Lo Barnechea cesen de inmediato las actividades de captación, almacenamiento y procesamiento de las imágenes que se realizan por medio de los globos de vigilancia.

### *Sentencia de la Corte Suprema*

La Corte Suprema adhiere a buena parte de los razonamientos de la Corte de Apelaciones, pero en definitiva permite el funcionamiento de los globos aerostáticos de televigilancia en la medida en que no afecten lugares privados. Si bien las recurridas alegaron que debía rechazarse la acción por cuanto la afectación es hipotética, la Corte sostiene:

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 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 décimo cuarto).

Es el mismo razonamiento del caso anterior, en el que a la privacidad se le da un contenido vinculado no sólo a «ser dejado solo», sino que también como un presupuesto de la libertad de acción.

En seguida, la Corte distingue entre la necesidad de contar con nuevas herramientas tecnológicas como apoyo a la seguridad pública y el uso de videocámaras para captar imágenes en espacios privados. La primera es legítima, «como una forma de mejorar la prevención y persecución de hechos delictivos, reduciendo las ocasiones en las se comete un delito

sin ser descubierto y consiguiendo rapidez de actuación por parte de la policía y como eventual prueba en un proceso penal», lo que constituye una «reacción lógica de la sociedad ante determinados fenómenos delictivos» (considerando décimo tercero). La segunda, en cambio, «podrá constituir una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad o a la propia imagen», por lo que la actividad de vigilancia sólo puede hacerse en espacios públicos, «pues de lo contrario dicha intromisión afectará bienes constitucionalmente protegidos, tornándose por tanto en ilegítima, salvo que exista autorización judicial para estos casos» (considerando décimo tercero).

En consecuencia, el problema no es la existencia de medios tecnológicos que puedan afectar la privacidad de las personas, sino el uso inadecuado de medios que persiguen fines lícitos, que son «vigilar lo que ocurre en la vía pública para avisar a las autoridades policiales de la comisión de un delito flagrante o la ocurrencia de un accidente de tránsito o peatonal para darles aviso a las mismas autoridades y entidades de salud, como la de aportar un elemento probatorio en un proceso penal o infraccional» (considerando décimo quinto).

La Corte Suprema revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones y establece un «régimen de autorización» para el funcionamiento de la televigilancia en globos aerostáticos. En esta suerte de reglamento de uso, la Corte dispone lo siguiente:

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, 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 las municipalidades recurridas adoptarán 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 atribución.

Finalmente, se deben tener presente dos prevenciones. La primera, de la ministra Egnem, quien no comparte lo indicado en el considerando decimocuarto ya citado. La segunda, de la ministra 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 uno que antecede».

### **ANÁLISIS COMPARATIVO**

En resumidas cuentas, la principal diferencia en las decisiones de las cortes no radica en las características de la tecnología de vigilancia, que ambas reconocen que pueden grabar al mismo tiempo lugares públicos y privados. Tampoco en si corresponde filmar espacios privados (salvo «espacios privados abiertos cuando se trate del seguimiento de un hecho que pueda constituir la comisión de un ilícito»), por ser contrario a la Constitución. El punto que las distingue es la posibilidad de limitar el ámbito de vigilancia o no. La Corte Suprema responde en la afirmativa, pero el problema radica, tal como lo hace ver la Corte de Apelaciones, en que la tecnología de vigilancia no permite evitar *ex ante* la grabación de espacios privados (si es que existiera un software que limitara la visión y grabación sólo a espacios públicos).

De esta manera, necesariamente las cámaras grabarán lugares privados, aun cuando no sea la intención de los operarios. Y un problema importante con la afectación de la intimidad es la posibilidad de reparar el daño: «cualquier atentado contra la honra o la intimidad, dado ese carácter nuclear o íntimo, inseparable del yo o la personalidad, tiene una connotación constitucional grave y profunda, casi siempre irreversible y difícilmente reparable» (Cea, 2000: 155). Una vez vulnerada la privacidad de una persona no se puede «volver atrás». Y ninguno de los resguardos del régimen de autorización de la Corte Suprema puede evitarlo. De hecho, algunos suponen la vulneración de la privacidad y la

posibilidad de pedir la revisión de videos para saber si uno fue grabado implica que quien los revisa como posible afectado estará en posición de observar la vida privada de otros, como sus vecinos.

En el caso de la cámara fija, la Corte razona en torno a dos supuestos: que esté filmando o que no. Si está filmando, existe una vulneración a la privacidad. Si no lo está, mientras las personas no lo sepan, se comportarán como si estuviesen siendo observados, por lo que se afecta su privacidad en el sentido de espacio de libertad de acción. Pero una vez que tengan conocimiento de que no están siendo grabados, la afectación continúa por la posibilidad de que la situación cambie.

En el caso de la cámara móvil, sucede lo mismo. Las personas que estén en el radio de acción de la televigilancia actuarán como si estuviesen siendo vigilados, aunque no sea así. E incluso si saben que las cámaras sólo deben filmar los espacios públicos (según el régimen de autorización establecido por la Corte Suprema), continuarán comportándose como si hubiesen perdido parte de su privacidad, pues esto sucede con la mera posibilidad de ser grabado.

La diferencia entre el primer y segundo caso, es que la cámara fija puede permanecer en el mismo lugar, pero en una dirección distinta a la original, y en esas condiciones su funcionamiento es lícito, mientras que la cámara móvil, por sus propias características, siempre podrá afectar la privacidad. El hecho de que la cámara fija no estuviese destinada al resguardo de intereses colectivos en nada obsta a esta conclusión, ya que podría estar destinada a aquello: eso es absolutamente contingente.

Ambos dispositivos de vigilancia permiten perseguir fines razonables y deseables, pero el alcance de cada tecnología debió llevar a la misma conclusión en ambos casos: no se puede utilizar una tecnología que permita afectar ilegítimamente la vida privada, por ser contraria a la Constitución. El régimen de autorización sólo corrobora que será afectada la privacidad. Si bien la Corte Suprema establece ciertos resguardos, el hecho es que acepta la vulneración de la privacidad en favor de la seguridad pública.

Como el concepto de privacidad y su ponderación con el interés por el resguardo del orden público y la prevención y persecución de delitos es una cuestión contingente, cambiante según el momento y lugar, resulta necesaria una mirada a otros ejercicios de ponderación legislativa y judicial, particularmente en el área penal, en la que usualmente se produce este tipo de conflictos.

## CRITERIOS PENALES Y PROCESALES

Hasta aquí el conflicto constitucional supone posturas diversas en cuanto al peso específico de la seguridad pública y la privacidad en el ejercicio de ponderación. Sin embargo, el legislador, y la misma Corte Suprema, en el ámbito penal y procesal penal, protegen la privacidad de una manera más estricta. Esto genera una tensión entre el criterio de la Tercera Sala, que resuelve los recursos de protección, con el de la Segunda Sala de la Corte Suprema, dedicada al ámbito penal, como se verá a continuación.

La privacidad como bien jurídico protegido en el área penal fundamenta, por una parte, la tipificación de conductas que lo afecten y, por otra, el establecimiento de ciertos límites a nivel procesal para la investigación de delitos (Medina, 2008: 243), por lo que los analizaré separadamente.

### ASPECTOS PENALES

La intromisión en la privacidad de las personas no es solamente relevante a nivel constitucional, sino que también penal. En este sentido, la privacidad es un bien jurídico protegido frente a dos tipos de afectaciones: intromisión e indiscreción, «que se diferencian porque la conducta [en el primer tipo] permite acceder a información a la cual no se tiene legítimo acceso», mientras que la indiscreción supone un sujeto que ya está en poder de la información, «y el injusto punible está dado por la indebida puesta a disposición de terceros de la información» (Medina, 2008: 243).

Agrupados en los «delitos contra la libertad en la esfera de la intimidad», Matus y Ramírez sostienen:

[El bien jurídico es] el interés de cada persona en reservar para sí un determinado ambiente en el que desarrollar actividades personales o interpersonales que se estiman indiferentes para el Estado y terceros no autorizados, actividades que no se desarrollarían libremente de permitirse la observación, vigilancia o intromisión de esos terceros excluidos o del Estado (2014: 290).

Sin perjuicio de lo que se ha sostenido respecto del contenido de la

privacidad como presupuesto (parcial) del ejercicio de la libertad de acción en dicho espacio, la doctrina concuerda que lo protegido en las normas penales es la privacidad como algo distinto de la seguridad o libertad (Bascuñán, 1994: 155; Bullemore y MacKinnon, 2007; Corp, 2001: 21). En este grupo de delitos se incluyen la violación de domicilio (artículo 144 del Código Penal, como los que siguen), allanamiento irregular (artículo 155), violación de correspondencia (artículo 146) y violación de la intimidad como privacidad (artículos 161-A), aunque en términos más generales se pueden incluir también la intromisión en la correspondencia y documentos (artículo 146), delitos de funcionarios de correos y telégrafos (artículos 156 y 337), vulneración o divulgación de secretos (artículos 158 núm. 6, 246, 247, 247 bis y 284).

En lo que se refiere a los casos analizados, el artículo 161-A, disposición que ha sido objeto de numerosas críticas (Bascuñán, 1994; Díaz, 2007), abarca situaciones relevantes para el caso de la televigilancia en globos aerostáticos. Esta norma castiga a quien:

en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior. [...]

Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas.

Uno de los elementos fundamentales para determinar la tipicidad de la conducta es el lugar en que se realiza la conducta: recinto privado. Según Matus y Ramírez, «el común denominador de éstos es que el sujeto tiene la facultad de excluir a terceros», por lo que no necesariamente tiene que ser un inmueble, sino que «debe contar con ciertas protecciones o resguardos que dificulten el acceso de terceros al interior» (2014: 297).

Respecto de lugares que no sean de libre acceso al público, Etcheberry (1998: 276) identifica las áreas reservadas a la atención de pacientes de hospitales, mientras que Matus y Ramírez suman como ejemplos «sectores reservados de un restaurante» y «los prostíbulos de acceso restringido» (2014: 297).

Desde el punto de vista penal resulta especialmente interesante destacar que el dispositivo tecnológico permite realizar al mismo tiempo una conducta lícita y otra ilícita. Es decir, en la medida en que no pueda distinguir aquello que es un espacio privado de uno público, necesariamente parte de sus grabaciones afectarán los recintos privados contiguos a calles, veredas, plazas, etcétera, sin que el mismo medio pueda delimitarlo, evitando no sólo grabar sino que también mostrarlo a quien está a cargo de su operación.

De hecho, incluso *ex post* resulta discutible determinar los límites de la privacidad, como ya se analizó previamente. Así, cobra aun más sentido la prevención de la ministra Sandoval cuando no comparte que se puedan grabar en espacios privados abiertos cuando se trate del seguimiento de un hecho que pueda constituir la comisión de un ilícito. De esta manera, los resguardos del régimen de autorización de la Corte Suprema no impiden que una persona grabe imágenes en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, conducta descrita y sancionada en el artículo 161-A del Código Penal. En suma, las personas a cargo de la televigilancia podrán ver y grabar lo que sucede en recintos privados sin estar autorizados por la ley ni por resolución judicial.

Se podría argumentar contra la posible adecuación típica de la grabación por televigilancia que existe un interés público en el resguardo de la seguridad, por lo que se podría aplicar la eximente del ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo (artículo 10 núm. 10 del Código Penal), o derechamente que deja de ser privado, y por tanto no se requiere autorización para grabarlo, el lugar donde acaecen hechos de relevancia pública. Un razonamiento similar se ha utilizado para defender el uso de cámaras ocultas por programas periodísticos.

En el caso sobre grabaciones ocultas del programa En la Mira de Chilevisión, a médicos que otorgaban licencias médicas falsas, la Corte Suprema en sede de casación absolvió a los periodistas querellados por la doctora María Luisa Cordero, quien había sido captada en dicha actividad. En primera instancia, los querellados habían sido condenados

como autores del delito contemplado en el artículo 161-A del Código Penal, sentencia que fue confirmada por la Corte de Apelaciones.

La Corte Suprema, el 21 de agosto de 2013, causa rol 8393-2016, acogió el recurso de casación (con el voto en contra de los ministros Dolmestch y Pfeiffer) y los absolvió, al descartar el carácter privado de la conducta tanto por el interés público de los hechos, como por la autorización de la afectada a los periodistas a ingresar a su consulta.

Así, sostiene que «puede afirmarse que el carácter privado desaparece cuando se trata de conductas que revisten un interés público», aunque no se haya demostrado aún que se trate de un delito, pues «lo cierto es que su conducta importa al menos una transgresión a la ética por parte de profesionales de la salud que otorgaban licencias médicas falsas en desmedro de los demás cotizantes de los sistemas de salud, cuestión que reviste un interés público con mérito suficiente para ser socializada» (considerando quinto).

Por otra parte, delimita la «expectativa de privacidad» a la intromisión de terceros ajenos a la conversación:

Para que la conducta sea punible, quien debe violar la privacidad mediante la intromisión en el espacio privado o bien el que difunda la información así obtenida debe ser un tercero distinto de aquel a quien la supuesta víctima reveló hechos renunciando a su expectativa de privacidad, pues respecto del interlocutor la indiscreción no puede ser sancionada, al menos penalmente (considerando séptimo).

La intromisión en un lugar privado y en aspectos de la vida privada de la querellante se hizo con su autorización, aun sin saber quiénes realmente eran ni el objetivo periodístico de la conversación, y en virtud de aquello los periodistas no son «observadores ilegítimos de la información revelada, sino interlocutores titulares de la conversación y dueños de su contenido, por ello, cualquiera de los participantes excluidos de la obligación de secreto, podía reproducirla» (considerando octavo).

Según la sentencia de reemplazo, la afectada «permitió el ingreso a su consulta a dos desconocidos y, pese a ello, descorrió el velo de protección de esa supuesta privacidad y realizó actos que permitieron dejar en evidencia la irregularidad investigada» (considerando segundo), y como se trata «de hechos que exceden el ámbito de lo privado, desde que no se refieren a hechos relativos a la vida sexual, conyugal, familiar o do-

méstica de la afectada, y ceden en beneficio de un interés superior, como era el dejar en descubierto un fraude al sistema de salud» (considerando quinto). Desde el punto de vista del derecho penal sustantivo, la falta de relevancia penal de una conducta que, en principio, parece adecuarse al artículo 161-A del Código Penal, se funda en la pérdida voluntaria de privacidad y el interés público de lo captado o grabado por parte de un partícipe de los hechos.

No parece asimilable este tipo de casos a la televigilancia. No existe una relación directa entre la persona grabada y quienes la graban, no hay una disposición de la privacidad, no hay una decisión de «descorrer el velo de protección» que le dispensa dicho artículo. Tampoco existe un interés público genérico y eventual, «por si pasa algo relevante». Y la afectación de la privacidad por un interés público concreto, está sujeta a una serie de reglas estrictas que no concurren en el caso de las grabaciones en globos aerostáticos, como se verá a continuación.

#### ASPECTOS PROCESALES PENALES

La protección constitucional de la privacidad se plasma también en distintas normas del Código Procesal Penal (CPP), limitando las posibilidades de actuación de las policías y el Ministerio Público en la investigación de delitos (Lara, Pincheira y Vera, 2013b).

El principio general en esta materia se encuentra en el artículo 9 del Código Procesal Penal: «Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa». Teniendo presente, además, que las autorizaciones del Código para restringir derechos deben ser «interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía» (artículo 5 inciso segundo), aquellos casos en que no se requiere dicha autorización son excepcionales y requieren una justificación en hechos concretos.<sup>2</sup>

El Código Procesal Penal contempla distintos supuestos en que la afectación de la privacidad en el contexto de la investigación de un delito

---

2. Si bien esto ha sido morigerado por reformas al Código (por ejemplo, Ley 20.074 y 20.253), y que prontamente será modificado nuevamente por la denominada «Agenda Corta Antidelincuencia», sigue siendo la regla general.

está sujeto a reglas que limitan las posibilidades de actuación de las policías y el Ministerio Público. Revisaré brevemente el control de identidad, la entrada y registro y la interceptación de telecomunicaciones.

El control de identidad consiste en solicitar la identificación de una persona, procedimiento en el cual se pueden registrar sus vestimentas, equipaje o vehículo (artículo 85 del CPP). Salvo lo que se dirá respecto del «control de identidad preventivo», la ley exige que se trate de casos fundados, en que según las circunstancias existan indicios de que el afectado: i) hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; ii) se dispusiere a cometerlo; iii) pudiere suministrar informaciones útiles para su indagación; iv) o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. En todos esos casos, para afectar la privacidad de una persona se requiere vincularla de manera concreta a un delito, pues no se trata de una medida preventiva.<sup>3</sup>

Respecto de la entrada y registro, el Código Procesal Penal establece una serie de normas distinguiendo si se trata de un lugar de libre acceso público (artículo 204), lugares cerrados (artículo 205), lugares especiales (artículo 209), lugares que gozan de inviolabilidad diplomática (artículo 210) y locales consulares (artículo 211).

El registro en lugares cerrados se fundamenta en la presunción «que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado», por lo que no justifica dicha medida la protección de la seguridad pública en términos genéricos. Los policías, únicos autorizados a realizar dicho ingreso, deben justificarlo señalando qué elementos fundan la presunción requerida para la entrada y registro. Luego, se distinguen dos supuestos: que el propietario o el encargado del edificio o lugar consienta o no la entrada y registro. En todo caso, dicho consentimiento según la norma debe ser «expreso»: no se puede suponer aun cuando hayan circunstancias que hagan probable la autorización. Si existe dicho consentimiento expre-

---

3. El último de los supuestos en que procede el control de identidad puede ser entendido como una medida preventiva, y aparece incluido en el artículo 85 del Código Procesal Penal producto de una modificación de la Ley 20.253, denominada Agenda Corta Antidelincuencia. Sin embargo, no basta con la actividad de la persona (ocultar su rostro), sino que deben existir antecedentes de su objetivo («para ocultar...»), lo que al mismo tiempo implica un límite a la actuación policial.



so, el funcionario que practique el registro debe realizarlo «causando el menor daño y las menores molestias posibles a los ocupantes», y está obligado a entregarle «un certificado que acredite el hecho del registro, la individualización de los funcionarios que lo hubieren practicado y de aquél que lo hubiere ordenado» (artículo 205).

En el segundo caso, la regla general es que no se podrá realizar la entrada y registro, quedando en manos del fiscal solicitar al juez la autorización para realizar la diligencia (quien le debe informar las razones de la negativa del propietario o encargado). Mientras se obtiene la orden judicial la policía puede adoptar las medidas tendientes a evitar la fuga del imputado.

Hasta aquí es interesante relevar que la protección de la privacidad es tan intensa que aun cuando existen presunciones concretas que justifiquen un ingreso, sin una autorización expresa aquello no es posible. La excepción a la necesidad de una orden judicial en caso de ausencia de consentimiento se aplica «cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito» (artículo 206). El resultado de la ponderación entre la seguridad pública y la protección de la vida privada e inviolabilidad del hogar es evidente: la segunda debe ceder si se está cometiendo un delito. Y, nuevamente, no bastan meras apreciaciones, ya que los signos deben ser «evidentes».

Por otra parte, para la utilización de otros medios técnicos de investigación, como «la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes», el juez de garantía lo podrá ordenar, a petición del Ministerio Público, pero supone que el «procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciere pena de crimen» (artículo 226).<sup>4</sup>

En el caso de las interceptaciones de comunicaciones telefónicas, la reglamentación también es extensa: se requieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, referidas a un crimen, la interceptación debe ser imprescindible para la investigación, es por un tiempo determinado, etcétera (artículo 222), el Ministerio Público «cuidará que

---

4. Asimismo, la retención e incautación de correspondencia (artículo 218) y la copia de comunicaciones o transmisiones (artículo 220) requieren autorización judicial. Más adelante se verán las modificaciones de la nueva Agenda Corta Antidelincuencia.

la misma no sea conocida por terceras personas» (artículo 223) y existe una prohibición expresa de utilización de sus resultados como medios de prueba cuando la interceptación no se hubiese realizado conforme a la ley (artículo 225).

Vinculado con este último artículo, lo relevante de los límites impuestos por el Código Procesal Penal a las afectaciones de la privacidad es que las pruebas obtenidas con infracción a estas normas no pueden fundar una sentencia condenatoria. Desde ya se debe tener presente la norma del artículo 255 recién citada, pero en términos más generales se aplica el artículo 276 inciso tercero del mismo Código, a propósito de la audiencia de preparación de juicio oral, en la que el juez de garantía debe excluir las pruebas «que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales».

Por otra parte, la afectación de garantías fundamentales también se puede alegar durante el juicio oral a través del expediente de la «valoración negativa», es decir, que los medios de prueba obtenidos de esa manera no pueden servir de fundamento para una condena.<sup>5</sup>

Finalmente, de conformidad con el artículo 373 letra a), procederá la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia «cuando, en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes».

De esta manera, el Código Procesal Penal contempla una serie de normas que limitan las actuaciones de las policías y fiscales, a fin de proteger el derecho a la privacidad, estableciendo que sólo excepcionalmente en casos fundados puede vulnerarse sin autorización judicial y, finalmente, en caso que se violen esos límites la consecuencia es que la prueba obtenida ilícitamente no puede fundar una condena.

La denominada Agenda Corta Antidelincuencia,<sup>6</sup> proyecto de ley que

---

5. La Corte Suprema ha aceptado la idea de la «valoración negativa»; véase causa rol 18.011-2014, considerando octavo.

6. Proyecto de ley que «facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación, y mejora la persecución penal en dichos delitos» (Boletín 9885-07), aprobado por el Congreso Nacional, pendiente de promulgación a la fecha de aprobación de este artículo.

concluyó su tramitación en el Congreso Nacional y que pasó por la revisión del Tribunal Constitucional,<sup>7</sup> modificará algunas normas del Código Procesal Penal, disminuyendo algunas exigencias previamente analizadas, aunque sin llegar al extremo de la sentencia sobre televigilancia en globos aerostáticos. En sus aspectos más relevantes en relación con la privacidad, el proyecto modifica normas sobre el control de identidad,<sup>8</sup> examen de vestimentas,<sup>9</sup> entrada y registro,<sup>10</sup> técnicas especiales de investigación<sup>11</sup> y se incluye el «control de identidad preventivo».<sup>12</sup>

En todos los casos es posible observar una menor protección de garantías individuales o la ampliación de las facultades para prevenir e

---

7. El Tribunal Constitucional realizó (el 14 de junio de 2016, rol 3081-16) el control de constitucionalidad de ciertas normas, de conformidad con el artículo 93 núm. 1 de la Constitución. Ninguna de las normas que podrían afectar la privacidad en el contexto penal fue analizada por la mayoría, pues se sostuvo que no se referían a materias propias de una Ley Orgánica Constitucional, lo que no prejuzga si en la aplicación en un caso concreto pueden resultar conformes o no con la Constitución.

8. «Procederá también tal solicitud cuando los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente» (nuevo inciso segundo del artículo 85 del CPP).

9. Se elimina la exigencia de que, para realizar un examen de vestimentas, equipaje o vehículo, deban existir «indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación» (frase eliminada en el inciso primero del artículo 89 del CPP).

10. Sobre la detención en caso de flagrancia, el permiso para entrar a un lugar cerrado mientras se persigue al imputado ahora incluye la posibilidad de «registrar el lugar e incautar los objetos y documentos vinculados al caso que dio origen a la persecución, dando aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará» (modificación al nuevo inciso quinto del artículo 129 del CPP). Además, dentro de los supuestos para ingresar a un lugar cerrado sin autorización ni orden judicial, se suma «que exista algún indicio de que se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos, de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito, o aquellos que de éste provinieren» (modificación al inciso primero del artículo 206 del CPP).

11. Se incluye un nuevo artículo 226 bis sobre «Técnicas especiales de investigación», ampliando los casos en que se permiten la interceptación telefónica, entregas vigiladas y controladas, el uso de agentes encubiertos, agentes reveladores e informantes.

12. El que faculta a las policías a «verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación» (artículo 12 del proyecto de ley).

investigar delitos. Si bien no se ha discutido su constitucionalidad, la que es cuestionada en algunos votos de minoría de la sentencia del Tribunal Constitucional, es altamente probable que en casos específicos termine planteándose su inaplicabilidad en la misma sede.

Ahora bien, la privacidad (y otros derechos) siguen siendo límites a la actuación policial y se exige un contexto específico en que sea necesario el actuar de las policías. Incluso en el control preventivo de identidad, su uso (más allá de sus problemas de constitucionalidad, de política criminal y social) se debe dar «en cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública» de las policías.

Así, en lo que respecta a las modificaciones que entrarán en vigencia, por mucho que se hayan ampliado espacios de afectación de otros derechos en favor de la seguridad pública, en todo caso se trata de actuaciones en el contexto de persecución de delitos específicos, realizados por funcionarios policiales, sujetos a responsabilidades administrativas y, en ocasiones, penales.

Por otra parte, el criterio utilizado durante los últimos años por la Segunda Sala de la Corte Suprema ha sido bastante estricto a la hora de analizar el alcance de los límites de las facultades de las policías para invadir la privacidad de las personas sujetas a un procedimiento policial, incluso cuando se alega la existencia de un delito flagrante. En causa rol 18.011-2014, del 13 de agosto de 2014, la Corte analizó un caso de entrada y registro voluntario por una denuncia de receptación, en el que policías revisaron un taller mecánico y en el segundo piso, bajo la cama matrimonial, encontraron una escopeta artesanal.

Señala el fallo que la actuación de la policía debió vincularse sólo a la búsqueda de objetos relacionados con el delito investigado, «siendo improcedente continuar el registro por las restantes dependencias del domicilio, porque tanto la orden como la autorización del propietario contemplaban esa limitación». De esta manera, «la extensión del registro a dependencias personales del acusado constituye una ilegal extralimitación en el proceder de los funcionarios de Carabineros» (considerando sexto).

En definitiva, se anuló la sentencia y el juicio oral (con el voto en contra del ministro Brito), se ordenó realizar uno nuevo, excluyéndose del auto de apertura los testimonios de los policías y la prueba material consistente en la escopeta artesanal.

En otro caso sobre receptación, causal rol 25.003-2014, con senten-

cia del 11 de diciembre de 2014, fue cuestionada la legalidad de una entrada y registro voluntaria, por cuanto se trataba de un grupo de cabañas dadas en arrendamiento, en que la dueña del lugar autorizó el ingreso de Carabineros, pero no existió autorización del arrendatario, quien mantenía en su poder bienes robados. La Corte señala que la autorización para la entrada y registro debe ser dada por el propietario o encargado, fórmula que «ha de ser interpretada en relación a la garantía constitucional que tutela la privacidad del afectado y no la propiedad, situación entonces que demanda un mínimo de actividad por parte de las policías, en orden a establecer acertadamente la identidad del titular del derecho que va a ser lesionado» (considerando décimo).

Luego señala que, aunque la autorización la haya dado la dueña del predio donde estaban las cabañas, «el titular de la morada [...] donde se encontraron las especies y de una esfera de privacidad jurídicamente protegida era el imputado, cuyo consentimiento expreso ha debido recaer para entrar a ese recinto» (considerando undécimo).

Finalmente, en causa rol 17.098-2016, del 9 de mayo de 2016, la Corte Suprema acogió un recurso de nulidad (con el voto en contra del ministro Cisternas) en un caso sobre cultivo de *cannabis sativa*, en que la defensa cuestionó la legalidad de la entrada y registro. La Corte argumentó que al no existir constancia de una denuncia previa sobre el delito ni de las comunicaciones o instrucciones entre la policía y el Ministerio Público, «el procedimiento iniciado deviene en ilegal desde que el acceso policial lo fue sin contar con un motivo habilitante, por lo que mal puede sostenerse que dicho ingreso fue ‘autorizado’ si se ignoraba su propósito» (considerando noveno). Más adelante agrega que como «los motivos para solicitar el ingreso al domicilio del afectado no fueron demostrados», la autorización del imputado «resulta inocua para los fines pretendidos», sumando a que dicho permiso «no comprendió las restantes dependencias que se encontraban en su interior» (considerando décimo).

#### **A MODO DE CONCLUSIÓN: PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL, PENAL Y PROCESAL PENAL**

El legislador y los tribunales realizan ejercicios de ponderación entre la privacidad y la seguridad pública en distintos ámbitos, y en todos ellos la privacidad tiene una protección especialmente intensa, que sólo cede

frente a casos específicos y justificados, vinculados principalmente a la comisión de delitos.

La sentencia de la Corte Suprema sobre la televigilancia en globos aerostáticos rompe esta tendencia. Si bien establece un régimen que pretende cautelar la privacidad, éste supone la posibilidad (casi certeza, diría) de vulnerar la vida privada de las personas en el radio de acción de dichos dispositivos. Tanto porque pueden ser grabadas como porque, aunque no lo sean, de todas maneras éstas adecuarán su conducta como si estuviesen siendo vigiladas.

En el contexto procesal penal, donde de manera específica se trata de la prevención y persecución de delitos, el legislador ha establecido una serie de límites potentes, siendo excepcional la posibilidad de afectar la privacidad en un caso concreto. La jurisprudencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema también se muestra como especialmente celosa de la protección de la privacidad, aun cuando se esté en presencia de un delito flagrante. Sin embargo, según la Tercera Sala de la Corte, en la vigilancia mediante globos aerostáticos se podrá hacer, de manera genérica, aquello que las policías no pueden porque requieren estándares superiores o derechamente autorización judicial. Y el «régimen de autorización» permite conductas que podrían ser constitutivas de delito, aunque existan resguardos posteriores para evitar el aumento de la vulneración de la privacidad.

A todo hay que agregar que la Agenda Corta Antidelincuencia establece como nueva situación de flagrancia «el que aparezca en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito al cual la policía tenga acceso en un tiempo inmediato» (artículo 130 letra f) del CPP). Las grabaciones no sólo serán usadas como medio de prueba, sino que también como medio que habilita a detener por flagrancia, que se extiende hasta por doce horas.

El uso de la televigilancia abre otros problemas. Fuera de los casos en que sólo se grabe en un lugar claramente público, sin infracción a la privacidad, su uso como medio de prueba se enfrentará con los límites procesales de exclusión de prueba, por lo que se corre el riesgo de que no sirvan para fundar una condena. En todo caso, el efecto disuasorio que pudiesen tener sólo consistiría en desplazar la comisión de delitos a un lugar sin dicha tecnología, lo que necesariamente lleva a moverlos de una comuna que tiene los recursos a otras que no, o a barrios dentro de la misma comuna en la que aún no se han implementado.

En definitiva, sin negar que pueda tener efectos positivos, una tecnología que no permite distinguir entre lo privado y lo público, afectará la privacidad irremediablemente, logrando una disminución de la libertad de las personas y desplazando la comisión de delitos de barrios pudientes a otros que no lo son.

Puede que, al final del día, renunciar a comportarse como si se estuviese en privado en pos de la seguridad pública, sólo implique perder privacidad sin ganar en seguridad.

## REFERENCIAS

- ALEXY, Robert (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BARROS, Enrique (1998). «Honra, privacidad e información: un crucial conflicto de bienes jurídicos». *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 5: 45-58.
- BASCUÑÁN, Antonio (1994). «Protección penal de los derechos constitucionales». *Colección de Estudios Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación*, 3.
- BULLEMORE, Vivian y John MACKINNON (2007). «La protección de la vida privada y los artículos 161-A y 161-B del Código Penal chileno». *Revista Procesal Penal*, 57: 9-26.
- CEA, José Luis (2000). «Los derechos a la intimidad y a la honra en Chile». *Ius et Praxis*, 6 (2): 153-169.
- CORP, Diego (2001). *El delito de interceptación de comunicaciones, imágenes y documentos*. Santiago: La Ley.
- CORRAL, Hernán (2000a). «Configuración jurídica del derecho a la privacidad. I: Origen, desarrollo y fundamentos». *Revista Chilena de Derecho*, 27 (1): 51-79.
- . (2000b). «Configuración jurídica del derecho a la privacidad. II: Concepto y delimitación». *Revista Chilena de Derecho*, 27 (2): 331-355.
- . (2001). «El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980». En Enrique Navarro (editor), *Veinte años de la Constitución chilena 1981-2001* (pp. 199-224). Santiago: Conosur.
- DÍAZ, Regina (2007). «Delitos que vulneran la intimidad de las personas: análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal chileno». *Ius et Praxis*, 13 (1): 291-314.

- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2004). «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 6. Disponible en <<http://bit.ly/295sIdC>>.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1998). *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III. Santiago: Jurídica.
- FERNÁNDEZ, José Ángel (2006), «El nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad». *Revista Política Criminal*, 1: 1-30. Disponible en <<http://bit.ly/295beik>>.
- GARLAND, David (2005). *La cultural del control*. Barcelona: Gedisa.
- LARA, Juan Carlos, Carolina PINCHEIRA y FRANCISCO VERA (2013a). «La privacidad en el sistema legal chileno». ONG Derechos Digitales. *Policy Papers*, 8. Disponible en <<http://bit.ly/29dvvVC>>.
- . (2013b). «La privacidad dentro del sistema de persecución penal en Chile». ONG Derechos Digitales. *Policy Papers*, 9. Disponible en <<http://bit.ly/295tnf8>>.
- MATUS, Jean Pierre y María Cecilia RAMÍREZ (2014). *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, t. II. Santiago: Legal Publishing.
- MEDINA, Gonzalo (2008). «Algunos aspectos de la protección penal de la privacidad». En José Fernández (coordinador), *Estudios de Ciencias Penales* (pp. 241-262). Santiago: Legal Publishing.
- MEINS, Eduardo (2000). «Derecho a la intimidad y a la honra en Chile». *Ius et Praxis*, 6 (1): 303-319.

## SOBRE EL AUTOR

TOMÁS RAMÍREZ HERMOSILLA es abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y magíster en Derecho, con mención en Derecho Público, por la misma universidad. Su correo electrónico es [tramirez@orabogados.cl](mailto:tramirez@orabogados.cl). Su dirección postal es Valentín Letelier 1373, oficina 507, Santiago, Región Metropolitana.

Este trabajo fue recibido el 16 de junio y aprobado el 23 de junio de 2016.