



VIDEOVIGILANCIA EN ESPACIOS PÚBLICOS, A PROPÓSITO DEL USO DE GLOBOS DE VIGILANCIA Y DRONES. NECESIDAD DE SISTEMATIZACIÓN Y REGULACIÓN LEGAL

Videovigilancia en espacios públicos, respecto del uso de globos de vigilancia y drones. Necesidad de sistematización y regulación legal

Video surveillance in public spaces, regarding the use of surveillance balloons and drones. Need for systematization and legal regulation

Iñaki Leguina Schenone^a

^(a) Egresado de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Ayudante del curso Derecho de la Comunicación (PUC) y de Propiedad Intelectual: Protección y Litigación (UNAB). E-mail: i.leguina@gmail.com.

Resumen

El trabajo que se presenta busca exponer sobre la necesidad de sistematizar y regular legalmente la utilización de videovigilancia en espacios públicos. En Chile no existe una ley que regule específicamente el uso de videovigilancia en espacios públicos. Otros países han regulado esta materia legal y sistemáticamente. En España existe una ley que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, señalando en su preámbulo que se dicta en el ejercicio de la competencia del Estado en materia de seguridad pública y por incidir en la regulación de condiciones básicas en el ejercicio de derechos fundamentales. La conjugación de derechos fundamentales y la promoción de la seguridad pública no es sólo un problema teórico, sino que puede tener importantes consecuencias prácticas. En nuestro país, en los últimos años, hemos presenciado dos casos paradigmáticos en relación a estas temáticas: (i) los Recursos de Protección interpuestos en contra del uso de globos de vigilancia por la Municipalidad de Las Condes y Lo Barnechea; y (ii) el Recurso de Protección interpuesto en contra de la Municipalidad de Las Condes por la implementación de un sistema de cámaras aéreas de alta tecnología en Drones para vigilar espacios públicos y controlar la presencia de delincuentes o infractores de ley. El trabajo busca (i) analizar la situación actual de nuestro país en relación a la utilización de videovigilancia en espacios públicos, mediante la revisión de los dos casos paradigmáticos previamente señalados; (ii) analizar brevemente el principio de reserva

legal y cómo se ha regulado este tema en España; y finalmente (ii) exponer las conclusiones y propuestas de este trabajo.

Palabras clave: Videovigilancia; Derechos fundamentales; Seguridad pública; Reserva legal.

Resumo

O trabalho apresentado busca expor a necessidade de sistematizar e regulamentar legalmente o uso da vigilância por vídeo em espaços públicos. No Chile, não existe uma lei que regule especificamente o uso da vigilância por vídeo em espaços públicos. Outros países regulamentaram este assunto legal e sistematicamente. Na Espanha, existe uma lei que regula o uso de câmeras de vídeo pelas Forças de Segurança em locais públicos, observando no seu preâmbulo que é emitido no exercício da competência do Estado em matéria de segurança pública e para influenciar a regulamentação de condições direitos fundamentais no exercício dos direitos fundamentais. A conjugação dos direitos fundamentais e a promoção da segurança pública não é apenas um problema teórico, mas pode ter consequências práticas importantes. No nosso país, nos últimos anos, testemunhamos dois casos paradigmáticos em relação a essas questões: (i) Recursos de proteção arquivados contra o uso de balões de vigilância pelo município de Las Condes e Lo Barnechea; e (ii) o Recurso de Proteção apresentado contra o Município de Las Condes para a implementação de um sistema de câmera aérea de alta tecnologia em Drones para monitorar espaços públicos e controlar a presença de delinquentes ou infractores. O trabalho busca (i) analisar a situação atual do nosso país em relação ao uso do vídeo vigilância em espaços públicos, revisando os dois casos paradigmáticos anteriormente indicados; (ii) analisar brevemente o princípio da reserva legal e como esta questão foi regulamentada em Espanha; e, finalmente, (ii) apresentar as conclusões e propostas deste trabalho.

Palavras-chave: Video vigilância; Direitos fundamentais; Segurança pública; Reserva legal.

Abstract

This paper seeks to expose the need to systematize and legally regulate the use of video surveillance in public spaces. In Chile there is no law that specifically regulates the use of video surveillance in public spaces. Other countries have regulated this matter legally and systematically. In Spain there is a law that regulates the use of video cameras by the Security Forces in public places, regulated in the exercise of State competence in matters of public safety and for regarding of basic conditions in the exercise of fundamental rights. The conjugation of fundamental rights and the promotion of public safety is not only a theoretical problem, but can have important practical consequences. In our country, in recent years, we have witnessed two paradigmatic cases in relation to these issues: (i) Recurso de Protección filed against the use of surveillance balloons by the Municipality of Las Condes and Lo Barnechea; and (ii) the Recurso de Protección lodged against the Municipality of Las Condes for the implementation of a high-tech aerial camera system in Drones to monitor public spaces and control the presence of delinquents or lawbreakers. The work seeks to (i) analyze the current situation of Chile in relation to the use of video surveillance in public spaces, by reviewing the two paradigmatic cases previously indicated; (ii) briefly analyze the principle of legal reserve and how this issue has been regulated in Spain; and finally (ii) present the conclusions and proposals of this work.

Keywords: Video surveillance; Fundamental rights; Public safety; Legal reserve.

SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE

En las sociedades actuales, con la existencia y uso de la tecnología, internet y redes sociales, el ejercicio de los derechos ha cambiado. Existen hoy múltiples formas y medios de ejercerse los distintos derechos, como también de alcanzar fines constitucionalmente legítimos. Sin perjuicio de lo anterior, también han aumentado las formas y medios en que los derechos pueden verse afectados, incluso en la búsqueda de objetivos tan deseables como la seguridad pública o la prevención y disminución de los delitos.

Lo anterior no es ajeno a Chile. En nuestro país, en los últimos años, hemos presenciado dos casos paradigmáticos en relación a esta temática: (i) los Recursos de Protección interpuestos en contra del uso de globos de vigilancia por la Municipalidad de Las Condes y Lo Barnechea; y (ii) el Recurso de Protección interpuesto en contra de la Municipalidad de Las Condes por la implementación de un sistema de cámaras aéreas de alta tecnología en Drones para vigilar espacios públicos y controlar la presencia de delincuentes o infractores de ley.

Estos casos han dado cuenta de un vacío legal en nuestro ordenamiento jurídico: en nuestro país no existe una ley que regule específicamente el uso de videovigilancia en espacios públicos, lo que resulta insuficiente si se tiene en cuenta que con su utilización se pueden vulnerar múltiples derechos fundamentales.

REVISIÓN DE CASOS PARADIGMÁTICOS

En nuestro país, en los últimos años, hemos presenciado dos casos paradigmáticos en relación a estas temáticas: (i) los Recursos de Protección interpuestos en contra del uso de globos de vigilancia por la Municipalidad de Las Condes y Lo Barnechea; y (ii) el Recurso de Protección interpuesto en contra de la Municipalidad de Las Condes por la implementación de un sistema de cámaras aéreas de alta tecnología en Drones para vigilar espacios públicos y controlar la presencia de delincuentes o infractores de ley.

El día 16 de agosto de 2015 fue un día donde se dio inicio a un nuevo problema constitucional que va a requerir, tarde o temprano, de una discusión razonada por parte de nuestra sociedad – en las

instancias correspondientes – para buscar una solución. En este caso en particular, la solución fue judicial.

El problema constitucional viene dado por la instalación de globos de vigilancia en las comunas de Las Condes y Lo Barnechea por parte de sus respectivos municipios, medida fundada y adoptada en la búsqueda de seguridad en las respectivas comunas. Esta medida generó reacciones adversas entre los vecinos de ambas comunas, ante lo cual se presentaron recursos de protección destinados a cesar la utilización de este sistema de video vigilancia, inhabilitar los globos aerostáticos y que se procediera a bajarlos. El argumento principal de los vecinos para oponerse a este nuevo sistema de vigilancia viene dado, principalmente, en su privacidad.

De esta forma queda planteado el problema constitucional al que se enfrentaron no solamente los municipios de Las Condes y Lo Barnechea y sus respectivos vecinos, sino también al que probablemente debamos enfrentarnos como sociedad y tomar una decisión en las instancias correspondientes: la posibilidad de limitar derechos fundamentales (como la privacidad) bajo distintos criterios (en este caso, la seguridad pública) y los riesgos que suponen las nuevas tecnologías para las personas y sus derechos.

GLOBOS DE VIGILANCIA¹

Como hemos señalado en la introducción de este trabajo, los hechos dan inicio el día 16 de agosto de 2015 cuando los vecinos de Las Condes vieron cómo se elevaban dos globos de vigilancia en su comuna.

La Corte de Apelaciones de Santiago (“CAS”) resuelve este conflicto teniendo en cuenta el elemento que considera esencial: en la especie ocurre que las imágenes que dan cuenta de las actividades realizadas dentro del ámbito de la privacidad de los recurrentes son extraídas por empleados contratados por el proveedor del servicio de vigilancia, por lo que cobra relevancia el artículo 20 de la Ley N° 19.628, sobre Protección de la Vida Privada, en cuanto este precepto dispone que los órganos públicos no requieren autorización del titular de los datos personales, cuales son sin duda las señaladas imágenes, sin que resulte admisible que esos órganos públicos deleguen las atribuciones

¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencias Rol N° 81.627-2015 y Rol N° 82.289-20145; Corte Suprema, Sentencias Rol N° 18.458-2016 y Rol N° 18.481-2016.

que el ordenamiento jurídico les otorga privativamente, máxime cuando en ello resultan afectados los derechos constitucionales de los actores².

Habiendo establecido la CAS la configuración de un actuar ilegal de las recurridas y la afectación de los derechos a la protección de la vida privada de los recurrentes y a la inviolabilidad del hogar que han sufrido los actores procede a realizar un análisis – una suerte de ponderación – respecto a los fines perseguidos por la recurrida y si estos justifican su actuación, con especial consideración de las formas concretas con las cuales se intenta conseguirlos. En este sentido, la CAS establece que el fomento y el apoyo a la seguridad ciudadana y contribución al tránsito no validan la intromisión a la intimidad; que el levantamiento de imágenes que se extraen de su ámbito privado no es realizado por funcionarios públicos sino que por trabajadores de una empresa privada que no tendrían autorización para ello³.

La CAS concluye que la actuación de la recurrida resulta ilegal, procediendo acoger el recurso intentado, disponiendo las medidas que se estime necesarias para la debida protección de los actores, en cuanto de ellas ha derivado menoscabo de los derechos reconocidos en los números 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, entendiendo esta Corte que la única forma a través de la cual puede obtenerse un cabal resguardo de los mencionados derechos es el cese de la operación del sistema de vigilancia implementado por la recurrida⁴.

Por su parte, la Corte Suprema (“CS”) decide revocar la sentencia apelada que acogió el recurso de protección interpuesto en contra de la Municipalidad de Las Condes y en su lugar decide rechazar la acción constitucional. Para revocar la sentencia de la CAS, tuvo en especial consideración los motivos que la llevaron a acoger el recurso de protección. En primer lugar, señala la CS que en la sentencia apelada el núcleo de ilegalidad radicaba en la circunstancia de que el sistema de televigilancia no era manejado por funcionarios municipales, sino que por trabajadores contratados por la empresa privada que presta dicho servicio, lo que importaría que la captación de imágenes, como su grabación y almacenamiento, se realizaría sin la autorización que exige el artículo 20 de la Ley N° 19.628. La CS sostiene respecto a este punto que esto no dice relación con una delegación de funciones por parte del

² Considerando 16°.

³ Considerando 18°.

⁴ Considerando 19°.

municipio, sino que se enmarca dentro de las normas propias de la contratación administrativa⁵.

La CS reconoce que el apoyo y fomento a la seguridad ciudadana es una relevante función municipal y que esta está reconocida expresamente en el artículo 4° letra J)⁶; que las cámaras de televigilancia ubicadas en espacios públicos han sido reconocidos por el legislador como un instrumento para seguridad ciudadana con carácter preventivo, que en estos espacios las personas no pueden pretender una mayor expectativa de privacidad y que siendo la seguridad ciudadana una necesidad pública y la instalación de cámaras de vigilancia una medida idónea para tal fin no resulta acertado lo decidido por la sentencia que se revisa en el sentido de prohibir de manera absoluta el uso de este sistema⁷; que la actividad de video vigilancia de la Municipalidad de Las Condes no presenta limitaciones o restricciones técnicas que restrinjan los mecanismos que permitan captar, grabar y almacenar imágenes⁸; que la filmación sólo cabe hacerla en los espacios públicos pero no en lugares privados, pues lo contrario dicha intromisión afectaría bienes constitucionalmente protegidos⁹; y que teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto se concluye que se torna necesaria la adecuada operación de este sistema de vigilancia, cumpliendo así el objeto que se tuvo para su implementación (vigilar lo que ocurre en la vía pública para alertar a la autoridad de la comisión de delitos flagrantes o accidentes de tránsito)¹⁰.

Si bien se rechaza el recurso de protección interpuesto, condiciona el funcionamiento del sistema de video vigilancia al cumplimiento de pautas establecidas por la misma CS para evitar la afectación y vulneración de derechos fundamentales en su uso. Las condiciones que establece la CS para el funcionamiento del sistema de video vigilancia 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, que no se hayan captado imágenes desde espacios de naturaleza privada; (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; y (4) Todo ciudadano tendrá derecho de acceso a las grabaciones, para lo cual deberá dirigir una solicitud al

⁵ Considerando 4°.

⁶ Considerando 5°.

⁷ Considerando 6°.

⁸ Considerando 10°.

⁹ Considerando 11°.

¹⁰ Considerando 13°.

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.

Se han hecho algunos comentarios respecto a esta sentencia. En el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017, editado por el Centro De Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, se ha criticado la sentencia en comento por varios motivos: (i) porque no se realiza una evaluación de legalidad estricta, tampoco un escrutinio de la especificidad y proporcionalidad del sistema adoptado; (ii) también por la concepción que adopta la CS respecto expectativa de privacidad en espacios públicos, entendiendo que no hay una expectativa importante de privacidad en estos espacios; (iii) además por emitir un régimen especial de autorización en el que ordena cumplir con los requisitos que se expusieron en el párrafo anterior (Centro Derechos Humanos UDP, 2017).

Otro elemento a tener en cuenta expuesto por el Informe en comento, es el hecho que la sentencia de la CS gobernaría solamente a las Municipalidades de Las Condes y Lo Barnechea, careciendo de obligatoriedad respecto de otros municipios u órganos. Además, se expone que es cuestionable que sea la propia Municipalidad que deba velar por el cumplimiento del régimen especial de autorización impuesto por la sentencia de la CS y en caso de infracción a este régimen se tendrá que reclamar al mismo municipio o interponer un nuevo recurso de protección (Centro Derechos Humanos UDP, 2017).

También se ha concluido que tanto el legislador como tribunales deben realizar ejercicios de ponderación entre la privacidad y seguridad pública, teniendo la privacidad una protección especialmente intensa, exponiendo que la sentencia de la CS sobre la videovigilancia en globos aerostáticos ha roto la tendencia en comento. A pesar de que se establece un régimen especial de autorización que busca cautelar la privacidad, se genera la posibilidad de que se vulnere la privacidad de las personas en las zonas vigiladas, afectándolas tanto en que puedan ser grabadas como en el cambio de comportamientos que implica el sentirse vigiladas (Ramírez, 2016).

Por último, es importante tener en cuenta las consecuencias prácticas, en el día a día para las personas que son vigiladas y la convivencia con este sistema de seguridad. Un estudio que recogió distintas opiniones, experiencias y conclusiones respecto al funcionamiento de este sistema de video vigilancia, se encontró con dos tipos de opiniones: las primeras, referidas a que este sistema tendría

un sesgo de clase, ya que observaría y protegería a los más ricos; las segundas, señalaban que el globo no era algo que les preocupara, se acostumbraron y se naturalizó la existencia de estos, entendiendo que su presencia no ha afectado prácticamente nada sus modos de vida (Tironi & Valderrama, 2016).

Además, se expuso que los vecinos comentaban que, en un primer momento, los delincuentes tenían cierto temor de cometer delitos al estar vigilados, pero luego perdieron ese miedo y aprendieron a vivir con los globos. También, se expone que los mismos vecinos han podido reconocer propiedades del sistema por la experiencia de convivir con este (Tironi & Valderrama, 2016).

A partir de estas sentencias, el Consejo para la Transparencia (“CPLT”), formuló recomendaciones respecto a la instalación de dispositivos de videovigilancia por parte de las municipalidades conforme a las disposiciones de la Ley N° 19.628, Oficio N°002309, 6 de marzo de 2017. Estas recomendaciones han sido dictadas por el CPLT en atención a la implementación de dispositivos de videovigilancia aptos para la grabación o captación de imágenes con fines de seguridad pública, teniendo como finalidad el respeto y garantía de los datos personales de sus titulares.

Por una parte, en el punto (1) de las recomendaciones del CPLT, referido a “aspectos generales sobre videovigilancia y protección de datos” señala que su ámbito de aplicación se circunscribe a lo siguiente: 1. Las recomendaciones se aplican a dispositivos de videovigilancia con fines de seguridad comunal; (2) La imagen de las personas constituyen un dato personal protegido por la ley; (3) La grabación y captación de imágenes son tratamiento de datos personales; (4) Los municipios tienen competencias legales para tratar las imágenes de personas con fines de seguridad comunal; y (5) El municipio es responsable legal del tratamiento de las imágenes, aun cuando dicho tratamiento pueda ser encargado a un tercero.

Por otra parte, se puede desprender del punto II. de las recomendaciones del CPLT que quedan cubiertos gran cantidad de elementos que se relacionan con la videovigilancia: la finalidad (orden y seguridad comunal); el lugar de captación de las imágenes (norma general espacios públicos, contemplando excepciones); establece responsables y encargados del tratamiento de imágenes (la Municipalidad o un tercero mandatado por esta, siendo designado también un Inspector o delegado municipal quien revise y certifique que las imágenes se tomen en los lugares permitidos); el plazo y duración de las grabaciones, que son 30 días (salvo que se trate de delitos) tras lo cual deberán ser destruidas; se establecen medidas para la seguridad en el tratamiento de datos (prohibición de

comunicar y transmitir total o parcialmente); también se garantizan los derechos de las personas grabadas, principalmente el derecho de acceso y también otros derechos como el de rectificación, modificación y cancelación; como también la necesidad de inscribir ciertas bases de datos en el Servicio de Registro Civil e Identificación, además de informar sobre las medidas adoptadas y su cumplimiento al CPLT.

Respecto a estas recomendaciones, que si bien son un noble esfuerzo por regular el uso de la videovigilancia, ha sido objeto de críticas legítimas y razonables. En el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017, editado por el Centro De Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, se ha considerado que las recomendaciones dadas por el CPLT son insuficientes por varios motivos. Se ha expuesto en la publicación en comento que:

el problema de las recomendaciones es, precisamente, que se trata de recomendaciones [...] Son, por lo tanto, insuficientes para satisfacer los estándares de legalidad (en tanto obligatoriedad) desarrollados por el derecho internacional. De conformidad con estos estándares, como se ha indicado, la satisfacción de la legalidad no implica solo la posibilidad de poder apuntar a disposiciones legales que, de algún modo – como ocurre con la LOCM –, permiten inferir competencias estatales. Además, deben proveer medidas suficientes de salvaguarda y resguardo frente a los abusos de la autoridad, medidas que una simple recomendación – una suerte de recopilación de buenas prácticas – está lejos de alcanzar (máxime cuando el órgano de control dista de ser un órgano independiente, sino que es el propio municipio) (Centro de Derechos Humanos UDP, 2017, p. 412).

CASO DRONES¹¹

Con fecha 21 de abril, la Municipalidad de Las Condes implementa un sistema de cámaras aéreas de alta tecnología en Drones para vigilar espacios públicos y controlar la presencia de delincuentes o infractores de ley. Con fecha 21 de Mayo, se interpone un recurso de protección por considerar arbitrario e ilegal el establecimiento de ese sistema de vigilancia.

La CAS al conocer de este recurso, ha resuelto que la ilegalidad que se discute es la posible infracción de la Ley 19.628: que la captación y grabación de imágenes de personas constituye un tratamiento de datos¹²; que si bien los recurrentes no señalan que sus imágenes hayan sido objeto de tratamiento de

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 34.360-2017.

¹² Considerando 12°.

datos, no cabe duda de que ello podría ocurrir si acceden a las plazas donde se utilicen los drones¹³; que sobre las competencias de la Municipalidad de Las Condes para proceder al tratamiento de los datos personales, tienen en consideración las recomendaciones del CPLT, a través de las cuales han señalado que los Municipios tienen las competencias legales para tratar las imágenes de personas con fines de seguridad comunal, conforme a los artículos 4° letra j) y artículo 5° letra l) de la LOCM¹⁴; que la finalidad tenida en vista por el municipio para la implementación del sistema de video vigilancia por drones ha sido la seguridad ciudadana y para la prestación de auxilio en casos de emergencia¹⁵; concluyendo que respecto a este punto la actividad desarrollada por la Municipalidad se ajusta a su competencia en relación a medidas de seguridad pública y tratamiento de datos¹⁶.

Respecto a la infracción de la normativa técnica, la CAS ha resuelto que se pudo verificar que en cuanto al peso de los drones estos estaban dentro del límite que exige la norma DAN 151¹⁷; y respecto al segundo aspecto técnico, relacionado a mantener de manera permanente contacto visual con el RPA, es una suposición no demostrada en los antecedentes que se hacen llegar a la causa y que la posibilidad de que una actividad regulada pueda eventualmente vulnerar la normativa no autoriza por sí a impedirla¹⁸.

Respecto a la supuesta arbitrariedad de la recurrida, la CAS ha señalado que cabe desestimar que la implementación de un plan de vigilancia a través de drones en la comuna de Las Condes, pueda obedecer a un acto caprichoso o sin razón, ya que la Municipalidad ha indicado que esta medida obedece a una razón de seguridad ciudadana y para la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofe, sobre todo cuando se ha encargado de regular esta actividad en forma detallada como puede observarse en el manual acompañado que regula el sistema de video vigilancia¹⁹.

Por último, respecto a la afectación de garantías constitucionales, señala la CAS que a pesar que se ha descartado la existencia de un acto arbitrario e ilegal – que llevaría a rechazar el recurso – entra al

¹³ Considerando 13°.

¹⁴ Considerando 14°.

¹⁵ Considerando 15°.

¹⁶ Considerando 16°.

¹⁷ Considerandos 19° y 20°.

¹⁸ Considerando 21°.

¹⁹ Considerando 23°.

análisis de la eventual vulneración de derechos fundamentales. Respecto a la vida privada, señala la CAS que no es un concepto objetivo; que es aquél ámbito de libertad de la persona necesario para el mayor desarrollo espiritual y material que pueda alcanzar contando con protección de injerencias no consentidas; que este derecho puede ejercerse en espacio físicos ajenos y aún contra la voluntad del propietario (ejemplo del empleador y vigilancia de propiedad y producción)²⁰; que la vigilancia se desarrolla en determinados espacios públicos; que es razonable que al acceder a un lugar público se tenga una expectativa de cierta privacidad, que sus conversaciones no sean de acceso público, como también que su desplazamiento no sea objeto de registro personal o de seguimientos, pudiendo mantener su anonimato, a menos que incurra en conductas ilegales o se vea involucrado en situaciones de emergencia²¹; que la implementación no resulta atentatoria a la vida privada de los actores en atención a la forma como ha sido implementada la medida por el Municipio, pues ha existido una regulación – a través del manual de operaciones – de la actividad que permite conocer su funcionamiento en forma previa; y que en cuanto a la grabación de espacios privados abiertos, cabe mencionar que el manual de procedimiento solo concibe aquello ante situaciones de flagrancia²².

Por todo lo anteriormente expuesto, la CAS rechaza el recurso señalando que la conducta reprochada no resulta ser ni ilegal ni arbitraria ya que no se ha demostrado una privación, perturbación o amenaza concreta a garantías constitucionales invocadas por los recurrentes, en los espacios públicos donde funcionan las medidas de video vigilancia con drones²³.

Respecto a los drones, hay que tener en cuenta que la normativa que regula esta materia en nuestro país ha sido la dictada por La DGAC, siendo estas: (i) DAN 151 “Operaciones de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) en asuntos de interés público, que se efectúen sobre áreas pobladas”; y (ii) DAN 91 “Reglas de Aire”.

La norma técnica DAN 151, en sus considerandos, se señala que se dicta por:

a) La necesidad de normar las operaciones que se efectúan mediante aeronaves no tripuladas RPAS sobre áreas pobladas, de manera de garantizar la seguridad de dichas operaciones; b) La conveniencia de contar con una normativa de carácter

²⁰ Considerando 26°.

²¹ Considerando 27°.

²² Considerando 28°.

²³ Considerando 32°.

transitorio, en tanto OACI y/o el SRVSOP establezcan reglas definitivas en esta materia; y c) El gran número de personas o entidades interesadas en desarrollar actividades mediante el empleo de RPAS.

Esta norma está compuesta por un Preámbulo, un Capítulo A Generalidades; Capítulo B Reglas generales; Capítulo C Registro de RPAS; Capítulo D Credencial de operador RPAS; y Apéndices.

En el preámbulo, se expone que los RPAS²⁴ presenta una oportunidad para varias materias en labores de servicio de interés público, entre ellas: pueden captar noticias de relevancia, control de fronteras, inspección líneas de transmisión eléctrica, detección de incendios, control de derrames tóxicos y control de contaminación, vigilancia de erupciones volcánicas, prospección pesquera, geodésica, fotografía y filmación desde altura.

Asimismo, el preámbulo señala la motivación de dictar esta norma técnica – reconociendo su carácter de normativa transitoria – viene constituida por regular una actividad que ya se está realizando y que su objetivo está orientado principalmente a asuntos de interés público, cuidando la seguridad de las personas y sus bienes por la operación de esta tecnología que se desarrolle en lugares públicos.

El Capítulo B sobre Reglas Generales contiene normas que resultan relevantes para efectos de este trabajo, regulando en general los requisitos que deben cumplir las personas o entidades que deseen realizar operaciones con RPAS. En la letra (g) se establecen ciertas prohibiciones para los operadores de un RPAS mientras utilicen estos dispositivos: (1) poner en riesgo la vida de las personas; (2) poner en riesgo la propiedad pública o privada; y (3) violar los derechos de las personas en su privacidad e intimidad²⁵.

De la norma técnica en comento, se puede señalar que tiene una serie de deficiencias, como la de tratarse de (i) una normativa transitoria; y (ii) que si bien se establece la obligación de no violar los derechos de privacidad e intimidad, no se establecen medidas para evitar que esto ocurra, una deficiencia que presenta la mayor parte de la normativa que regulan estas materias.

²⁴ O aeronave pilotada a distancia es aquella diseñada para operar sin un piloto a bordo, capaz de sustentarse en vuelo de acuerdo a sus formas aerodinámicas, pilotada a distancia por medios de control a través de sistemas electrónicos. Un sistema RPAS lo conforman la aeronave (RPA), la estación de control en tierra y los medios y links necesarios para el control del vuelo.

²⁵ Esto se señala también en la norma técnica DAN 91, Capítulo “B” Reglas Generales, punto 91.102 Aeronaves Pilotadas a distancia, letra (f).

Como ha señalado la doctrina, en los distintos ordenamientos jurídicos se ve una deficiencia en torno a la regulación de esta materia. Así, se ha señalado que en Estados Unidos a pesar de haberse propuesto un marco de regulaciones para operar UAS²⁶ con fines civiles, esta propuesta no subsana el vacío sobre la defensa de la privacidad de las personas, relegando la definición de su violación a los tribunales (Ramírez, 2015). También, se ha expuesto que el caso latinoamericano no se han adoptado medidas para actualizar las regulaciones frente al problema de los UAS; ningún país ha afrontado el debate directamente y se han limitado a extender normas antiguas (Ramírez, 2015).

Lo anterior es particularmente grave, debido a que las implicaciones para la privacidad de las personas en el uso de drones es evidente. Se ha expuesto por la doctrina que los drones pueden estar equipados con cámaras que producen imágenes extremadamente nítidas; con equipos de grabación de sonidos; cámaras de infrarrojos; sistemas de interceptación de comunicaciones; detectores térmicos que posibilitan monitorizar a las personas; pueden contar con gran variedad de programas o aplicaciones informáticas que pueden realizar reconocimiento facial o biométrico en tiempo real, permitiendo la monitorización y seguimiento de individuos (Aced, 2013).

Teniendo en cuenta lo expuesto, queda claro que uno de los aspectos más importantes – y preocupantes – en el uso de los drones es su invisibilidad. Uno de estos aparatos utilizados en altura puede pasar completamente desapercibido y sus cámaras y dispositivos de grabación y rastreo pueden afectar a cualquier persona sin que nadie tenga conocimiento de ello. La potencialidad de abuso es inmensa, pudiendo ser usados maliciosamente para invadir espacios privados sin que las personas afectadas otorguen su consentimiento (Aced, 2013).

Es por lo anteriormente expuesto, que se han propuesto por la doctrina algunas recomendaciones en el uso de drones, tales como: (i) la transparencia en el uso de UAV y la protección de datos personales; (ii) distinguir entre los distintos ámbitos de uso de los drones, se utilicen ya sea para investigación, persecución o prevención de delitos o para usos civiles y comerciales; (iii) necesidad de contar con un organismo independiente y especializada que autorizara y fiscalizara el uso de drones en la grabación y tratamiento de datos; (iv) no utilizar esta tecnología sin realizar un análisis de impacto en la privacidad de las personas; (v) establecer, publicar y avisar a las personas que pueden ser afectados por el uso de drones los límites geográficos en que operan y los horarios en que funcionan; (vi)

²⁶ Unmanned Aircraft System.

publicar en la página web de la institución que usará los UAV respecto a sus objetivos, finalidad de la recogida de datos, relación de lugares, fechas y horas en que operan los drones, periodos de conservación de imágenes y otros datos personales, si se usan mecanismos para oscurecer o pixelar las imágenes, si esto es reversible, además del procedimiento y encargado ante quien se pueden ejercer los derechos de acceso, cancelación, oposición, etc; (vii) contemplar un procedimiento para ejercer los derechos de acceso, oposición y cancelación, en formato papel y electrónico; (viii) establecer una política de destrucción de grabaciones con datos personales que pierdan su utilidad; entre otras (Aced, 2013).

RESERVA LEGAL Y LEGISLACIÓN COMPARADA: EL CASO ESPAÑOL

Sobre la reserva legal se puede encontrar una extensa literatura. Sin perjuicio de esto, a pesar de que existan discusiones sobre este tema, nadie puede dudar que la intervención, regulación, limitación o restricción de derechos requiere de ley (Cordero, 2008). Se ha expuesto que este principio consiste en:

una garantía normativa destinada a resguardar que las definiciones en torno a materias cruciales, como la libertad y la propiedad [...] solo puedan ser reguladas a través de una ley. Una consecuencia lógica de ello es que se imposibilita que el reglamento adopte definiciones sobre tales materias de ley (Kazor & Guiloff, 2011, p. 479).

Se ha señalado que la razón de la reserva legal es:

la consideración por el constituyente de la existencia de ciertas materias que requieren una mayor dificultad en su modificación para garantizar de mejor modo la satisfacción de las necesidades públicas para las cuales fueron dictadas las normas con reserva legal (Vivanco, 2014, p. 226).

Además, en virtud del artículo 19 N°26 de la CPR, este principio se ha traducido en que:

se busca evitar que por la vía legislativa, a través de preceptos supuestamente complementarios de la Constitución o mediante la imposición de requisitos de ejercicio de condiciones de cualquier naturaleza o de tributos, se puedan afectar en su esencia las garantías constitucionales (Vivanco, 2006, p. 258).

Esto se ha traducido en que la reserva de ley haya pasado de ser una garantía para el legislador democrático a un resguardo en contra del mismo, la reserva de ley en materia de derechos fundamentales se dirige contra el legislador; esto puede explicarse en la fórmula del “legislador de los derechos fundamentales” que se caracteriza por una vinculación negativa de la ley a estos derechos en el sentido que estos operan como un límite a la libertad legislativa de configuración de estos y en una vinculación positiva que impone al legislador un deber de promoción de estos derechos (Kazor & Guiloff, 2011).

Como se ha podido advertir de las sentencias de la CS y CAS, así como de las recomendaciones del CPLT o la normativa técnica dictada por la DGAC, se reconoce que el uso de distintos sistemas de video vigilancia con la finalidad de seguridad pública pueden vulnerar derechos fundamentales, en especial la privacidad. Por lo anterior, se entiende que la regulación de una actividad (sistemas de vigilancia y uso de cámaras de vigilancia) que puede afectar el ejercicio de derechos fundamentales debiese materializarse a través de una ley que sistematizara su uso.

No obstante lo anterior, si se quieren cumplir los estándares del Derecho Internacional de Derechos Humanos (“DD.HH”) no basta que la regulación de la videovigilancia se haga por medio de una ley, sino que esta debe cumplir con una serie de requisitos. Por ejemplo, si tenemos en cuenta la Observación General NO. 16 – adoptada a propósito del art. 17 PIDCP –, las intromisiones en la intimidad requieren: (i) habilitación legal, no bastando cumplir este requisito formal, sino que estas deben conformarse con las disposiciones del Pacto; (ii) satisfacer un estándar material, que consiste en perseguir un fin legítimo (aquellas que puedan justificarse como necesarias en una sociedad democrática) y respetar los demás criterios que las disposiciones contemplen como fines aptos para regular derechos, debiendo los Estados demostrar que esas medidas se encuentran conectadas con el fin que persiguen; (iii) se deber especificar con detalle las circunstancias precisas que autoricen las injerencias en la privacidad de las personas; y (iv) en cuanto a la intimidad, debe tener una consideración especial, siendo esta la autodeterminación informativa (posibilidad de acceder, revisar y demandar la actualización, rectificación o eliminación de los datos personales, sea de bancos de datos públicos o privados).

En España, por ejemplo, existe una ley que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos²⁷. El preámbulo de esta ley se refiere a la reserva legal, señalando al efecto que corresponde al Estado según las competencias constitucionales en materia de seguridad pública la aprobación de esta ley y que debe tener carácter de Ley Orgánica al incidir en la regulación de las condiciones básicas del ejercicio de determinados derechos fundamentales²⁸.

La regulación que hace esta ley respecto a la utilización de videocámaras en lugares públicos es bastante exhaustiva. El preámbulo de la ley resume los contenidos de la ley, exponiendo que se regulan: (1) Las garantías que introduce la presente Ley en el uso de sistemas de grabación de imágenes y sonidos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad parten del establecimiento de un régimen de autorización previa para la instalación de videocámaras inspirado en el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad e intervención mínima; (2) además de las instalaciones fijas de videocámaras, el uso de videocámaras móviles con la necesaria autorización del órgano designado al efecto; (3) Las imágenes y sonidos obtenidos por cualquiera de las maneras previstas serán destruidos en el plazo de un mes desde su captación, salvo que se relacionen con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial abierto. El público será informado de la existencia de videocámaras fijas y de la autoridad responsable y todas las personas interesadas podrán ejercer el derecho de acceso y cancelación de las imágenes en que hayan sido recogidos; (4) Finalmente, se dispone la inmediata puesta a disposición judicial de aquellas grabaciones en las que se haya captado la comisión de hechos que pudieran constituir ilícitos penales y, en previsión de que, por circunstancias que deberán ser justificadas, no sea posible, se establece la entrega de la grabación junto con el relato de los hechos a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal²⁹.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Chile se ha visto enfrentado a un nuevo problema constitucional que va a requerir, tarde o temprano, de una discusión razonada por parte de nuestra sociedad – en las instancias correspondientes – para buscar una solución.

²⁷ Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto (España).

²⁸ Preámbulo, Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto (España).

²⁹ Preámbulo, Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto (España).

La videovigilancia presenta nuevos desafíos, consistentes en la posibilidad de limitar derechos fundamentales (como la privacidad) para alcanzar un fin legítimo (en este caso, la seguridad pública); además de los riesgos que suponen las nuevas tecnologías para las personas y sus derechos.

Por lo anterior, se propone la necesidad de legislar en esta materia. La normativa que regule la videovigilancia debería ser una ley no sólo en sentido formal, sino también material, respetando el núcleo esencial de los derechos involucrados, como también las exigencias que impone el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Asimismo, debería actualizarse la normativa técnica existente referente al uso de drones según las recomendaciones de la doctrina previamente expuestas en este trabajo. Sin lugar a duda esto requerirá de un gran esfuerzo, pero ya se ha recorrido camino. Se ha puesto sobre la mesa la discusión y existen pronunciamientos judiciales y de distintos organismos, lo que nos da cuenta de que la sociedad civil y las distintas organizaciones especializadas exigen respeto a sus derechos fundamentales y requieren contar con una normativa que cumpla con los estándares que les permitan disfrutar y ejercer sus derechos sin temor a que sean vulnerados por parte del Estado o de otros individuos.

REFERENCIAS

Aced, E. (2013). Drones: una nueva era de la vigilancia y de la privacidad. *Red seguridad: revista especializada en seguridad informática, protección de datos y comunicaciones*, 60, 48-57.

Cordero, L. (2008). Videovigilancia e intervención administrativa: las cuestiones de legitimidad. *Revista de Derecho Público (Chile)*, 70, 359-376.

Chile. Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia Rol n. 81.627-2015 de 4 de marzo.

Chile. Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia Rol n. 82.289-2015, de 4 de marzo.

Chile. Corte de Apelaciones. Sentencia Rol n. 34.360-2017, de 21 de agosto.

Chile. Corte Suprema. Sentencia Rol n. 18.458-2016, de 1 de junio.

Chile. Corte Suprema. Sentencia Rol n. 18.481-2016, de 1 de junio.

Consejo para la Transparencia (2017, marzo 06). Formula recomendaciones respecto a la instalación de dispositivos de videovigilancia por parte de las municipalidades conforme a las disposiciones de la Ley N° 19.628. Oficio n. 2309.

DAN 151, sobre “Operaciones de Aeronaves Pilotadas a Distancia (RPAS) en asuntos de interés público, que se efectúen sobre áreas pobladas”. 2 de abril de 2015.

DAN 91, sobre “Reglas de Aire”. 2 de septiembre de 2015.

Kazor, K., & Guiloff, M. (2011). La reserva de ley y la necesidad de redefinir su función en el estado constitucional chileno. *Anuario de Derecho Público*, 1, 478-501.

Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos.

Lovera, D. (2017). Privacidad: La vigilancia en espacios públicos. T. Vial. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2017*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.

Ramírez, S. (2015). Del campo de batalla a las calles: el derecho a la intimidad en la era de los drones. *Derecho del Estado*, 35, 181-199.

Ramírez, T. (2016). Nuevas tecnologías al servicio de la seguridad pública y su impacto en la privacidad: criterios de ponderación. *Revista Chilena de derecho y tecnología*, 5(1), 57-86.

Tironi, M., & Valderrama, M. (2016). Urbanismo Militarizado y situación cosmopolítica: El caso de los Globos Aerostáticos de Vigilancia en Santiago de Chile. *Polis*, 15(44), 131-159.

Vivanco, A. (2006). Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980. *Tomo II* [2ª ed.]. Santiago, Chile: Universidad Católica de Chile.

Vivanco, A. (2014). Curso de Derecho Constitucional. Aspectos orgánicos de la Carta Fundamental de 1980. *Tomo III* [2ª ed.]. Santiago, Chile: Universidad Católica de Chile.