

**AMICUS CURIAE SOBRE EL USO DE GLOBOS AEROSTÁTICOS DE VIGILANCIA EN LAS
COMUNAS DE LAS CONDES Y LO BARNECHEA**

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 05 de octubre de
2015 – Sesión 272

EN LO PRINCIPAL: SE TENGA PRESENTE AMICUS CURIAE; **PRIMER OTROSÍ:** LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA CALIDAD INVOCADA; **SEGUNDO OTROSÍ:** ACREDITA PERSONERÍA.

ILUSTRÍSIMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

LORENA FRIES MONLEON, Directora del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en los autos sobre recurso de protección ROL N° 82.289-2015, caratulados “Söffge Güemes Stefanie y otros con Municipalidad de Las Condes y Municipalidad de Lo Barnechea”, a SS. Excma., con respeto digo a SS. Con reverencia digo:

De conformidad con la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), en particular lo señalado en los artículos 2° inciso 1 y 3° N° 3 de dicha ley y lo establecido en el artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, vengo en presentar un *amicus curiae*, a través del cual ponemos a su disposición nuestra opinión jurídica en materia de derechos humanos en el tema sobre uso de cámaras de vigilancia.

Por este acto solicitamos que se consideren en el futuro los argumentos esgrimidos en esta presentación respecto a la protección el respeto y protección a la vida privada y a la honra de las personas.

Esta presentación se pronuncia sobre la implementación de sistemas de vigilancia a través de cámaras de alta tecnología y de cómo estas conductas pueden atentar contra el derecho a la vida privada, a la intimidad y a la honra de las personas. Para tales efectos se analizan el tratamiento que dan el derecho internacional y nacional sobre la materia, se señalan los estándares internacionales que deben observarse en este tipo de asuntos y, finalmente se analizan normas que gobiernan la materia y se formulan conclusiones.

INDICE

1.	ACERCA DE LOS <i>AMICUS CURIAE</i> Y MANDATO DEL INDH	4
2.	ANTECEDENTES	6
3.	OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS	7
4.	DERECHO A LA VIDA PRIVADA E INTIMIDAD	8
4.1.	Consideraciones generales sobre el derecho.....	8
4.1.1.	Regulación del derecho a la vida privada en tratados internacionales de derechos humanos, Constitución Política de la República y legislación nacional.	8
4.1.2.	Relevancia del derecho a la vida privada y conexión con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.....	10
4.1.3.	Ámbitos que cubre el derecho a la vida privada.....	11
4.2.	Restricciones al derecho a la vida privada.....	14
4.2.1.	Las restricciones al derecho a la vida privada deben establecerse ser por ley	14
4.2.2.	Las restricciones al derecho a la vida privada deben perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad	17
5.	CONCLUSIONES	20
	Primer Otrosí: Legitimación Activa.....	¡Error! Marcador no definido.
	Segundo Otrosí: Sesión Constitutiva	¡Error! Marcador no definido.

1. ACERCA DE LOS AMICUS CURIAE Y MANDATO DEL INDH

El *amicus curiae* o “amigo del tribunal” corresponde a un instituto del derecho procesal que permite a terceros ajenos a una disputa judicial, y que cuenten con un justificado interés en la resolución del litigio, ofrecer opiniones consideradas de trascendencia para la sustanciación del proceso¹.

Uno de los fundamentos de esta institución es que constituye un eficaz mecanismo que permite entregar opiniones técnicas a la judicatura ante la complejidad de elementos del caso particular, por cuanto lo auxilia en la adopción de una decisión informada y situada en el contexto académico y jurídico que le compete, resguardándose en todo caso, el irrestricto apego a la publicidad del proceso. Por lo anterior, al *amicus curiae* también se convierte en un instrumento que facilita la transparencia del debate público respecto de asuntos que, dada su trascendencia social, van más allá de las particularidades de cada caso².

Así entonces, la presentación del *amicus curiae* realiza una doble función. Por un lado, aporta al tribunal, bajo cuyo examen se encuentra un pleito judicial de interés público, argumentos u opiniones que puedan servir para ilustrar y luego resolver el asunto controvertido. De otra parte, reviste de carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general. En síntesis, el *amicus curiae* puede también ser entendido como un mecanismo procesal apto para viabilizar institucionalmente la participación ciudadana, de manera de tornar más amplio el debate judicial y, en consecuencia, la legitimidad de las decisiones y sentencias proferidas en el ámbito de la jurisdicción democrática³.

¹ Cfr. Napoli, A. y Vezzulla, J. M. (2007). “El Amicus Curiae en las Causas Ambientales”. *Lexis Nexis*. (nº 4), p 1. Recuperado el día 27 de septiembre de 2011, de <http://www.farn.org.ar/arch/EI%20Amicus%20Curiae%20en%20las%20Causas%20Ambientales%20final.pdf>

² ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian. "Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino". En: "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", compilado por los nombrados. CELS. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1997. págs. 387 y ss.

³ HENNIN, Monia. "La noción de Constitución abierta de Peter Haberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el Derecho brasileño". [en línea]. *Revista de Estudios Constitucionales*. Año 8_ nº 1, 2010. p. 284. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art10.pdf>. [Última visita realizada el 22 de febrero de 2011].

En cuanto al ámbito de su aplicación, el *amicus curiae* ha tenido una función importante en litigios cuya controversia involucra directa o indirectamente a los derechos humanos, debido a la consecuencial atención que suscitan aquellas causas en que los tribunales se ven llamados a decidir sobre el ejercicio de algún derecho fundamental y la creciente presencia y relevancia de instituciones estatales de derechos humanos y de organizaciones no gubernamentales orientadas a evitar restricciones legítimas a los Derechos Fundamentales⁴.

En nuestro ordenamiento jurídico, el *amicus curiae* encuentra respaldo en diversos preceptos constitucionales, destacando, en especial, el derecho de petición consagrado en el artículo 19 N° 14 y en el art. 1° inciso 3° que afirma el reconocimiento y amparo de los grupos intermedios por parte del Estado.

Además, el Art. 3 números 2 y 3 de la Ley 20.405 que crea el INDH establece, respectivamente, que son atribuciones del INDH:

“2.- Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país. Para el ejercicio de esta función, podrá solicitar al organismo o servicio de que se trate un informe sobre las situaciones, prácticas o actuaciones en materia de derechos humanos.

3.- Proponer a los órganos del Estado las medidas que estime deban adoptarse para favorecer la protección y la promoción de los derechos humanos”.

⁴ El mismo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ocupa de regular y establecer cuáles son los requisitos para la presentación de la figura del *amicus*. Al efecto, dicha reglamentación exige:

- a) Que debe presentarse oportunamente junto a sus anexos a través de los medios contemplados en el Reglamento (tales como correo postal o electrónico);
- b) Debe estar escrito en el idioma del caso y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos;
- c) Debe ponerse de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia de la Corte.

Existen varios casos en que los *amicus curiae* han sido acogidos en nuestro país, tanto por los tribunales ordinarios de justicia como por el Tribunal Constitucional. Entre estos últimos, podemos mencionar el presentado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en Autos sobre control de constitucionalidad Rol N° 1845-2010, sobre “proyecto de ley que modifica el sistema de justicia militar y establece un régimen más estricto de sanciones contra los miembros de las policías”⁵.

En consideración a las normas y consideraciones señaladas, vengo en presentar un *amicus curiae*, con el objeto de colaborar con este Ilustre Tribunal en el pronunciamiento, de acuerdo a las siguientes argumentaciones que paso a detallar a continuación.

2. ANTECEDENTES

A través de medios de prensa como también por la información remitida en respuesta a los Oficios N° 478 y 479 remitidos a las I. Municipalidades de Las Condes y Barnechea, con fecha 24 de agosto de 2015, el INDH ha tomado conocimiento que desde el 16 de agosto de 2015 las referidas municipalidades implementaron un sistema de vigilancia a través de cámaras aéreas de alta tecnología, con las cuales es posible visualizar y monitorear una amplia área de dichas comunas, incluyendo el interior de los hogares y patios de las y los vecinas/os.

La tecnología estaría compuesta por un sistema que permite la captación de imágenes a través de un globo aerostático sobre los cuales se instala una cámara de alta resolución. Las cámaras permitirían observar en 360 grados, durante el día y la noche y funcionan las 24 horas del día en forma permanente. Adicionalmente, la tecnología permitiría acercarse al objetivo vigilado con un alto nivel de precisión. Por otro lado, el sistema también permite el almacenamiento y procesamiento de la información que se

⁵ En la sentencia del Tribunal Constitucional, se hace mención expresa al *amicus* del INDH en los siguientes términos: “que se deja constancia que a Fojas 40, el Tribunal resolvió tener presentes las observaciones formuladas por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, representado por su Directora, en relación con aspectos generales de la legislación militar vigente en el país y en el Derecho Comparado y con reparos de constitucionalidad que le merecen a esa entidad algunas disposiciones del proyecto de ley materia de estos autos”. Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de noviembre de 2012 sobre control de constitucionalidad Rol N° 1845-2010, sobre “proyecto de ley que modifica el sistema de justicia militar y establece un régimen más estricto de sanciones contra los miembros de las policías”, Fundamento Jurídico 3.

obtenga a través de las cámaras. En el caso de la I. Municipalidad de Las Condes, la operación de las cámaras y el manejo de los datos estarían entregados a la empresa que se adjudicó la licitación. En la I. Municipalidad de Lo Barnechea, la operación y manejo estaría entregada a funcionarias municipales –se explicita que son solo mujeres- capacitadas por la empresa adjudicataria. La razón por la que las bases de licitación contemplan la necesidad de que estas funciones sean realizadas por mujeres fue explicada por el Alcalde de Lo Barnechea en los medios de comunicación, señalando que sería una forma de resguardar la privacidad ya que en Argentina se habría comprobado “que las mujeres son más cuidadosas y delicadas con el trato a la privacidad de las personas; por esa razón las escogimos y capacitamos”⁶.

De acuerdo a los antecedentes revisados por el INDH, las bases de licitación con las que se ofertaron los equipos en los dos municipios son bastante amplias y no contemplan normas de resguardo a la privacidad de los/as vecinos/as.

3. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

En términos generales en materia de derechos humanos los Estados están sujetos a dos tipos de obligaciones:

- Obligación de respetar, según la cual los Estados deben abstenerse de violar los derechos humanos a través de sus agentes, entendiéndose esta obligación como una restricción al ejercicio del poder estatal. Lo que exige esta obligación es un deber de abstención.
- Obligación de garantizar, de acuerdo a la cual los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

⁶ Declaración disponible en <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2015/08/680-643535-9-fiscales-y-expertos-apoyan-uso-legal-de-vigilancia-en-globos.shtml>

En el sistema interamericano, la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Velázquez Rodríguez* fue muy clara acerca al distinguir entre los deberes de respeto y garantía del Estado, señalando sobre esta última obligación *“implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”*⁷. A ello, la Corte agregó que *“La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”*⁸.

4. DERECHO A LA VIDA PRIVADA E INTIMIDAD

4.1. Consideraciones generales sobre el derecho

4.1.1. Regulación del derecho a la vida privada en tratados internacionales de derechos humanos, Constitución Política de la República y legislación nacional.

El derecho a la privacidad está contemplado en diversos instrumentos internacionales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹, en el artículo 17.1. establece que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia...”*. Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece en su artículo 11.2. que *“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada,*

⁷ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

⁸ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

⁹ Ratificado por el Estado de Chile con fecha 10 de febrero de 1972.

en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”¹⁰.

En Chile, la Constitución Política de la República en el Art. 19 N° 4 y 5 asegura a todas las personas:

“4º.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

5º.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”.

En el Derecho nacional el estándar de protección de la vida privada de una persona está consagrado en diversos instrumentos.

La Ley N° 20.575 de Protección de Datos de carácter personal regula *“el tratamiento de los datos de carácter personal en registros o bancos de datos por organismos públicos o por particulares”*. La referida ley protege los datos personales entendidos como *“los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”¹¹* y los datos sensibles, definiéndoles como *“aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”¹²*. Es de especial relevancia tener en cuenta que la ley establece el principio de legalidad para el tratamiento de estos datos, señalando que *“sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello”* requiriendo que la persona *“debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público”¹³* y estableciendo la obligatoriedad de

¹⁰ Ratificada por el Estado de Chile con fecha 21 de agosto de 1990.

¹¹ Ley N° Ley 19.628, Artículo 2 letra f).

¹² Ley N° Ley 19.628, Artículo 2 letra g).

¹³ Ley N° Ley 19.628, Artículo 4.

una autorización por escrito. Respecto de los datos sensibles la ley opta por establecer que “no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares”¹⁴. Específicamente sobre órganos públicos, la Ley 20.57 establece que “el tratamiento de datos personales por parte de un organismo público sólo podrá efectuarse respecto de las materias de su competencia y con sujeción a las reglas precedentes. En esas condiciones, no necesitará el consentimiento del titular”¹⁵.

En materia penal, el Código Penal en su artículo 161-A sanciona *“al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso 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; 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 público. Igual pena se aplicará a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior”*.

4.1.2. Relevancia del derecho a la vida privada y conexión con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad

La Corte IDH ha definido privacidad a partir del artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señalado que *“La protección de la vida privada, la vida familiar y el domicilio de injerencias arbitrarias o abusivas implica el reconocimiento de que existe un ámbito personal que debe estar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. En este sentido, el domicilio y la vida privada y la familiar se encuentran intrínsecamente ligados, ya que el*

¹⁴ Ley N° Ley 19.628 Artículo 10.

¹⁵ Ley N°Ley 19.628 Artículo 20.

domicilio se convierte en un espacio en el cual se puede desarrollar libremente la vida privada y la vida familiar”¹⁶.

El Tribunal Constitucional chileno (TC) también ha realizado una serie de consideraciones respecto al derecho a la privacidad y su relevancia. Así, ha señalado que *“la privacidad, en los variados rubros descritos, integra los derechos personalísimos o del patrimonio moral de cada individuo, los cuales emanan de la dignidad personal, como se ha dicho, y son, por su cualidad de íntimos de cada sujeto, los más cercanos o próximos a esta característica, única y distintiva, del ser humano”¹⁷*. A mayor abundamiento, en la misma sentencia, el TC ha señalado que *“el respeto y protección de la dignidad y de los derechos a la privacidad de la vida y de las comunicaciones, son base esencial del desarrollo libre de la personalidad de cada sujeto”¹⁸*. También nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la intimidad *“comprende un ámbito de no intromisión en un aspecto reservado de la vida personal, que cierra el paso a las indagaciones de otros, sean agentes estatales o privados”¹⁹*.

4.1.3. Ámbitos que cubre el derecho a la vida privada

Los elementos cubiertos por la privacidad son variados. Algunos de ellos hacen referencia a la identidad de una persona, tales como el nombre, orientación sexual, domicilio, como también el derecho a la imagen. Al respecto la Corte IDH haciendo suyas las palabras de la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado *“El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el*

¹⁶ Corte IDH. Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 21 de febrero de 2011. Serie C No. 178, párr. 95. Corte IDH. Escher y Otros Vs. Brasil. Fondo. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr.113.

Corte IDH. Tristán Donoso Vs. Panamá. Fondo. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 55.

¹⁷ Tribunal Constitucional, en la STC Rol N° 389, de 28.10.2003, sobre el Proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materia y lavado y blanqueo de activos, considerando Vigésimo.

¹⁸ Tribunal Constitucional, Ibíd., Considerando Vigésimo Primero.

¹⁹ Tribunal Constitucional, sentencia de 12 de julio de 2011, rol N° 1894-2011.

*desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social...”*²⁰

El hogar es el lugar donde por excelencia se desarrolla la vida privada, lo que justifica en variadas ocasiones que el grado de intromisión aceptado sea prácticamente nulo, requiriendo en todo caso de una resolución judicial que lo autorice. Así ha sido reconocido por nuestros tribunales de justicia estableciendo que la privacidad en el hogar significa la ausencia de cualquier interferencia anormal donde, por ejemplo, la existencia de cámaras que apunten directamente hacia las dependencias de un vecino, aunque no filmen ni graben nada, por no estar operativas, afectan el derecho a la intimidad entendida como el derecho a estar solos/as y a no ser perturbados/as en nuestra intimidad contra nuestra voluntad²¹. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de Rancagua al establecer que el paso de camiones de descarga –con una altura superior a la de una pandereta normal- por un camino situado a menos de treinta centímetros de los muros divisorios de los inmuebles viola el derecho a la intimidad, al permitir observar de forma frecuente al menos los patios de las viviendas²².

El derecho a la privacidad también ha sido abordado en espacios públicos. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que la vida privada “no sólo puede darse en los lugares más recónditos, 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 observancia ajena”²³. Al respecto la Corte Europea de Derechos Humanos ha desarrollado amplios estándares de protección en el espacio público, señalando que el derecho a la privacidad resguarda principalmente el desarrollo, sin interferencia externa con otros seres humanos²⁴ y que, por lo tanto, existe una zona de interacción de una persona con otros/as y el entorno que, incluso en un contexto público, pueden constituir

²⁰ Corte IDH, Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Sentencia de 24 de Febrero de 2012, párr. 139.

²¹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de 5 de agosto de 2013, Causa Rol N° 753-2013, sentencia confirmada por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 27 de agosto de 2013, Causa Rol 6185-2013.

²² Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 21 de marzo de 2001, causa Rol 1898.

²³ Tribunal Constitucional, sentencia del 12 de julio de 2011, rol 1894-2011.

²⁴ Corte Europea de Derechos Humanos. Niemietz Vs. Alemania, sentencia de 16 de diciembre de 1992, Series A no. 251-B, párr 33-34, § 29, y Botta Vs. Italia, sentencia de 24 de febrero de 1998.

parte de su vida privada²⁵. Sobre los efectos de la vigilancia en espacios públicos sobre el derecho a la privacidad la referida Corte ha señalado que *“quien se siente inseguro de si en todo momento se registran sus comportamientos divergentes y se catalogan, utilizan (...) transmiten permanentemente a título de información, procurará no llamar la atención con esa clase de comportamientos. Quien sepa de antemano que su participación, por ejemplo, en una manifestación cívica va a ser registrada por las autoridades y que podrán derivarse riesgos para él por este motivo, renunciará presumiblemente a lo que se supone un ejercicio de los correspondientes derechos fundamentales”*²⁶.

Los tribunales internacionales también se han pronunciado específicamente sobre los efectos del procesamiento de información de una persona aún en su esfera pública, señalando que la información pública puede encuadrarse dentro del ámbito de la vida privada cuando es recolectada y guardada sistemáticamente en archivos por las autoridades y que por lo tanto este tipo de medidas están sujetas a los requisitos generales para la restricción de derechos²⁷.

Finalmente, en cuanto a la publicación de información privada de acuerdo a los estándares señalados precedentemente, también está cubierta por el derecho a la privacidad. Sin lugar a dudas la publicación de imágenes y comunicaciones al interior del hogar está cubierta por el derecho a la privacidad. Sin embargo, la publicación de imágenes tomadas en espacio público también ha sido considerada como atentatoria a la privacidad en determinadas circunstancias, por no existir interés público en las imágenes y no contar con la autorización del/la afectado/a²⁸. En la jurisprudencia chilena ha habido un notable avance hacia reconocer la existencia de vida privada en espacios públicos. Si bien las primeras sentencias negaron dicha protección²⁹, ya hace varios años los Tribunales de Justicia han sido consistentes en señalar que el encontrarse en un espacio

²⁵ Corte Europea de Derechos Humanos. P.G y JH Vs. Reino Unido, sentencia de 25 de septiembre de 2001 párr. 56.

²⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, Peck con Reino Unido, 28 de enero de 2003, párr. 57.

²⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Rotaru Vs. Rumania, sentencia de 4 de mayo de 2000, (Ap. 28341/95) párr. 43, 47-63.

²⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Peck Vs. Reino Unido, sentencia 28 de junio de 2003, párr. 76-87 y Caso Von Hannover v. Alemania, sentencia de 24 de junio de 2004 párr. 61-75.

²⁹ Véase por ejemplo Corte de Apelaciones de Santiago, Alvarado con Diario La Cuarta, sentencia de 1 de agosto de 1989.

público no hace suponer de ninguna manera el consentimiento de una persona para una divulgación pública de ese hecho o decisión discrecional y privada³⁰.

Con todo lo anteriormente dicho, queda claro que tanto para los órganos de tratados como para nuestros Tribunales de Justicia y Tribunal Constitucional el derecho a la privacidad constituye un derecho que merece una especial protección por su vinculación estrecha con la dignidad humana y por su función principal en el libre desarrollo de la personalidad, siendo además que se tutela en diversos y variados ámbitos.

4.2. Restricciones al derecho a la vida privada

El derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y por lo tanto puede ser restringido por los Estados pero siempre que *“que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, las mismas deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática”*³¹.

Por lo anterior, cabe desglosar los requisitos que debe cumplir una restricción al derecho a la privacidad de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos y los parámetros constitucionales pertinentes, de modo que ellos sean considerados en este caso por el tribunal. Esto parece relevante en el marco de la implementación de los nuevos sistemas de vigilancia en las comunas de Las Condes y Lo Barnechea por si la I. Corte de Apelaciones considera con los elementos fácticos del caso que existe una restricción al derecho a la vida privada.

4.2.1. Las restricciones al derecho a la vida privada deben establecerse por ley

Lo primero que cabe señalar es que en el caso del derecho a la privacidad y tal como sucede con el resto de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, las restricciones al derecho deben ser realizadas por una norma legal. Cuando hablamos de una norma legal no nos referimos a una norma jurídica cualquiera y en eso ha sido clara la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha afirmado sobre la expresión leyes que al respecto se utiliza en el art. 30 de la CADH que *“el vocablo leyes cobra todo*

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rischmaui con Copesa, Causa Rol 3322-97, sentencia de 8 de septiembre de 1997.

³¹ Corte IDH. Tristán Donoso Vs. Panamá. Fondo. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 56.

su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado³².

En cuanto específicamente a los requisitos que debe cumplir la ley que establece restricciones al derecho a la vida privada, la Corte IDH ha dicho que “*las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecida por ley*”³³.

En nuestro ordenamiento jurídico y en la misma línea que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución establece que “*el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley*”³⁴.

Por otra parte, el TC ha dado algunas pautas respecto a los requisitos que debe cumplir una norma legal que restringe el derecho a la privacidad. En la ya citada STC 389, afirmó que “*dicha habilitación se confiere sin trazar en la ley las pautas o parámetros, objetivos y controlables, que garanticen que el órgano administrativo pertinente se ha circunscrito a ellos, asumiendo la responsabilidad consecuente cuando los ha transgredido*” (CJ 25) y también señaló que un precepto legal que establezca dichas restricciones al derecho a la privacidad no puede ser abierta, discrecional e indeterminada (CJ 26). Ello llevó al TC a considerar como “*inconstitucional la habilitación irrestricta a la Unidad de Análisis Financiero para recabar, con cualidad imperativa, toda clase de antecedentes, sin que aparezca limitación alguna que constriña tal competencia al ámbito estricto y acotado en que podría hallar justificación*” (CJ 27).

³² Corte IDH, Opinión Consultiva OC 6-86/1986, párr. 27.

³³ Corte IDH. Tristán Donoso Vs. Panamá. Fondo. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 77.

³⁴ Constitución Política de la República Art. 19 N° 5.

Esas exigencias de pautas objetivas y controlables se han establecido de manera clara y tajante para diversos órganos como el Ministerio Público en el marco de investigaciones penales y el Consejo de Defensa del Estado. Así, el TC ha señalado que la atribución del Ministerio Público para solicitar entrega de documentos sin limitación afecta el derecho a la privacidad, puesto que si bien *“El legislador tiene la facultad de limitar el ejercicio de derechos pero siempre con la restricción de no afectar la esencia de éstos. La habilitación para vulnerar éstos derecho que entrega a un órgano, sin reservas ni determinación de pautas objetivas y sujetas a control, vulneran el derecho de un procedimiento e investigación racionales y justos y vulnera en la esencia los derechos a la vida privada y reserva de comunicaciones privadas”* (STC 433, cc. 26, 28, 30, 32 y 34)³⁵. Respecto de las facultades del Consejo de Defensa del Estado, se ha afirmado que *“Dotar a un servicio público de facultades absolutamente discrecionales para la investigación de determinado delito, como las de recoger e incautar documentos o antecedentes probatorios de cualquier naturaleza pertenecientes a personas objeto de una investigación de dicho servicio”*.

De todo lo anteriormente dicho, se puede concluir que lo que se exige es que, si existe una ley que faculta a un órgano administrativo para restringir el derecho a la privacidad – lo que en el caso sub lite es una cuestión a determinar- dicha norma legal debe ser determinada y ceñidas a un ámbito estricto y acotado, además de cumplir con establecer pautas o parámetros, objetivos y controlables. Esas pautas o parámetros objetivos y controlables deben permitir garantizar que el órgano administrativo pertinente se ha circunscrito a ellos de tal manera que, si así no fuera, se puedan perseguir las responsabilidades correspondientes en caso de transgresión.

En este sentido, es de preocupación que no exista una ley especial que faculte a las municipalidades para adoptar medidas que puedan restringir el derecho a la privacidad. De hecho en materia de seguridad y control de tránsito –motivos que fundamentan su implementación- las facultades establecidas en la ley son bastante generales y resulta cuestionable que permitan adoptar medidas restrictivas de derechos. Según lo

³⁵ Tribunal Constitucional, Causa Rol N°433. Sentencia con fecha 16 de febrero del 2005, considerando 26, 28, 30, 32 y 34.

establecido en los artículos 3 y 4 de la Ley 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, las Municipalidades solo pueden “Aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos, dentro de la comuna, en la forma que determinen las leyes y las normas técnicas de carácter general que dicte el ministerio respectivo”; y “ en el ámbito de su territorio, podrán desarrollar, directamente o con otros órganos de la Administración del Estado, funciones relacionadas con: letra h) El transporte y tránsito públicos; y letra j) El apoyo y el fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana y colaborar en su implementación, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 101 de la Constitución Política”.

4.2.2. Las restricciones al derecho a la vida privada deben perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad

Además de la exigencia de que las restricciones al derecho a la vida privada deban ser realizadas por medio de una norma de carácter legal que cumpla con ciertos requisitos, las restricciones deben también:

- Perseguir un fin legítimo;
- Cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática.

Que sea necesaria en una sociedad democrática en palabras de la Corte IDH es que exista “una necesidad social imperiosa que justifique la restricción”³⁶.

a) Fin legítimo

Para determinar el fin de los nuevos sistemas de vigilancia, sin duda puede ser útil revisar lo que se señala en los instrumentos jurídicos referentes a la contratación de estos nuevos servicios en las municipalidades de Las Condes y Lo Barnechea. En el caso de la primera de dichas municipalidades, de acuerdo al Decreto Alcaldicio, de fecha 23 de marzo de 2015, por el que se aprueban las Bases Administrativas, Bases Económicas, Bases Técnicas, y anexos del llamado a licitación pública, este tuvo por objeto la “Contratación de un sistema y de vigilancia y control de tránsito, a través de globos cautivos para la Municipalidad de las Condes”. Por su parte, en el caso de la

³⁶ Corte IDH. Fernández Ortega y Otros Vs. México. Fondo. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 54.

Municipalidad de Lo Barnechea se señala en las Bases Administrativas “Provisión de Globo Aerostático para la Televigilancia en la Comuna de Lo Barnechea” ID N° 2735-LP15, que la finalidad de la licitación es monitorear puntos estratégicos de la comuna, favoreciendo de esta manera las funciones relacionadas con la “**prevención de riesgos y la prestación de auxilio en situaciones de emergencia o catástrofes**”, y “el apoyo y el fomento de las **medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana**”, definidas en el artículo 4°, letras i) y j), de la Ley N° 18.695 “Orgánica Constitucional de Municipalidades”.

Los fines considerados por ambas municipalidades para establecer medidas de control son a todas luces legítimos en una sociedad democrática. En efecto, la seguridad, entendida como la condición de vivir libre de temor y libre de necesidad es, a todas luces una necesidad humana³⁷.

El TC ha compartido ese criterio, al afirmar respecto a posibles restricciones al derecho a la vida privada que *“este derecho puede tener limitaciones legales por finalidades razonables, además de la intromisión estatal justificada en caso de realización de hechos delictivos”*³⁸ (STC 1683, cc. 38, 39 y 41).

No obstante lo anterior, como se señala por la Asamblea General de la ONU, *“si bien las consideraciones relacionadas con la seguridad pública pueden justificar la recopilación y la protección de determinada información delicada, los Estados deben garantizar el pleno cumplimiento de sus obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos”*³⁹.

b) Idoneidad, necesidad y proporcionalidad

Ahora corresponde dar algunas luces respecto a los otros requisitos que deben cumplirse para que las restricciones al derecho a la vida privada sean constitucionalmente legítimas y conformes a los estándares internacionales de derecho humanos. Nos referimos a su

³⁷ Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, “Seguridad Ciudadana con Rostro Humano: Diagnósticos y Propuestas Para Latinoamérica, 2013-2014, p. 5.

³⁸ Tribunal Constitucional, Causa Rol N°1683. Sentencia con fecha 4 de enero del 2011, considerando 38, 39 y 41.

³⁹ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, “El derecho a la privacidad en la era digital”, Resolución 68/167 de fecha 18 de diciembre de 2013.

idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Refiriéndose en términos generales al cumplimiento de estos requisitos, el TC ha afirmado que *“una limitación a un derecho fundamental es justificable cuando dicho mecanismo es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales”*⁴⁰ (STC 1518, c. 14). Revisamos a continuación cada uno de los requisitos en particular.

Sobre la idoneidad de las restricciones al derecho a la vida privada. La medida restrictiva tiene que ser coherente con el fin perseguido. El Tribunal Constitucional se ha referido a la idoneidad en el control de constitucionalidad de las leyes en las que se hacen diferenciaciones que pudieren afectar el principio de igualdad. Al respecto, el TC ha dicho que en la revisión de la idoneidad de la norma debe analizarse si es adecuada para *“alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador”*⁴¹ (STC 1340, c. 30) (en el mismo sentido STC roles 790, 825, 829 y 834). En el caso sub lite, por tanto, la pregunta qué tendría hacerse la Iltma. Corte de Apelaciones es si los nuevos sistema de vigilancia constituyen una medida que contribuya a la seguridad ciudadana y de qué manera se ha demostrado ello por la parte recurrida (sin considerar que, de acuerdo a las bases de licitación de la Municipalidad de Las Condes, el objeto del nuevo sistema de vigilancia estaría relacionado con el control de tránsito).

Sobre la necesidad de las restricciones al derecho a la vida privada. En este caso, lo que debe evaluarse es la prescindencia o no de la intervención, determinando el peligro y la necesidad de que la medida produzca el menor daño posible. En el caso de autos, cabría analizar si el nuevo sistema de vigilancia, implementado por las municipalidades de Las Condes y Lo Barnechea, es necesario para alcanzar el fin de controlar la delincuencia. También se tendría que ponderar si no existe otra medida dirigida a la finalidad que se persigue que sea menos dañina, esto es, en este caso que afecte en menor medida el derecho a la vida privada.

⁴⁰ Tribunal Constitucional, Causa Rol N°1518. Sentencia con fecha 21 de octubre del 2010, considerando 14.

⁴¹ Tribunal Constitucional, Causa Rol N°1340. Sentencia con fecha 29 de septiembre del 2009, considerando 30.

Al respecto llama la atención que la única garantía sobre privacidad que se ha contemplado es la y adelantada anteriormente, esto es, el hecho de que las personas encargadas de la operación de los sistemas sean mujeres. Dicha medida no solo resulta ineficaz e insuficiente para garantizar el derecho a la privacidad de los/las vecinos/as de las comunas de Las Condes y Lo Barnechea sino que es a todas luces una consideración discriminatoria y basada en estereotipos de género⁴².

Sobre la proporcionalidad en sentido estricto de las restricciones al derecho a la vida privada. En este caso, lo que debe establecerse, en concreto, es si el grado en que se afecta el derecho a la vida privada se encuentra justificado por el fin perseguido. No se cumpliría con este principio si, por ejemplo, la afectación del derecho fundamental –en este el derecho a la vida privada- “*se ha entrabado en un grado intolerable*”⁴³ (STC 541, cc. 16). A diferencia de los otros dos requisitos del principio de proporcionalidad que miden posibilidades fácticas, en este caso, el principio de proporcionalidad en sentido estricto implica ponderar diversos principios en juego. Para el caso sub-lite lo que primero tendría que ponderarse es el nivel de afectación de uno de los principios, que sería el derecho a la vida privada. En segundo término, tendría que analizarse si la medida en cuestión permite un alto nivel de satisfacción de otro principio en cuestión. Dicho principio tendría que ver con el aseguramiento de la seguridad a las y los ciudadanas/os. Por último, habría que ponderar si el nivel de satisfacción de la seguridad ciudadana justifica el grado de afectación del derecho a la vida privada.

5. CONCLUSIONES

La seguridad ciudadana constituye una necesidad insoslayable en un Estado de Derecho. Estas finalidades, si bien son absolutamente legítimas, deben ser conseguidas mediante

⁴² Al respecto cabe tener presente la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer aborda expresamente la utilización de estereotipos estableciendo obligaciones para los Estados señalando en su Artículo 5 que “*Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*”.

⁴³ Tribunal Constitucional, Causa Rol N°541, sentencia con fecha 26 de diciembre del 2006, considerando 16

medios que garanticen el pleno respeto de los derechos humanos. La implementación por parte de las I. Municipalidades de Las Condes y Lo Barnechea del sistema de vigilancia plantea ciertas preocupaciones desde una perspectiva de derechos humanos.

- La implementación del sistema de seguridad descrito anteriormente no se encuentra regulado por una ley, pese a afectar derechos establecidos en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales suscritos por Chile. El sistema de seguridad es realizado por autoridades (I. Municipalidad de Las Condes y Lo Barnechea) que, de acuerdo a la Ley Orgánica de Municipalidades, no estarían facultadas para implementarlo, vulnerándose en consecuencia el principio de legalidad para el establecimiento de restricciones.
- El hecho de que las cámaras permitan observar hacia el interior de los hogares y que no se hayan adoptado medidas para garantizar que solo se dirijan al espacio público constituye una amenaza real y actual a la privacidad en el hogar, lugar donde por excelencia las personas tienen derecho a no ser objeto de injerencia alguna.
- En lo que respecta al espacio público, si bien los estándares internacionales de derechos humanos reconocen un mayor nivel de intrusión, la implementación de un sistema de este tipo supone tomar ciertas medidas para garantizar que no haga un seguimiento sistemático de personas determinadas que no se encuentren amparados por la ley, dado que la tecnología permite realizar acercamientos selectivos con un alto nivel de resolución.
- Preocupa, asimismo, que el procesamiento, manejo y publicidad de la información obtenida por las cámaras carezca de regulación dando espacio a posibles vulneraciones al derecho a la privacidad.

POR TANTO, Y EN MÉRITO DE LO EXPUESTO

Solicito a SS.: Tenerlo presente

PRIMER OTROSÍ: Hacemos presente a SSI. que la legitimación activa para estos efectos, está dada por el artículo 2º de la Ley N° 20.405, que crea el Instituto Nacional de Derechos Humanos, en adelante INDH, el dispone que *“El Instituto tiene por objeto la promoción y protección de los derechos humanos de las personas que habiten en el territorio de Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales; en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional”*. Para cumplir con este objetivo, el INDH tendrá, entre otras facultades, las siguientes señaladas respectivamente en los números 2, 4 y 5 del artículo 3º de la Ley 20.405:

- Comunicar al Gobierno y a los distintos órganos del Estado que estime convenientes, su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en cualquier parte del país; y,
- Promover que las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, a fin que su aplicación sea efectiva;
- Deducir acciones legales ante los tribunales de justicia, en el ámbito de su competencia. En ejercicio de esta atribución, además de deducir querrela respecto de hechos que revistan carácter de crímenes de genocidio, de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas, podrá deducir los recursos de protección y amparo consagrados respectivamente en los artículos 20 y 21 de la Constitución, en el ámbito de su competencia.

POR TANTO,

Solicito a SS.: tenerlo presente.

SEGUNDO OTROSÍ: Que por este acto, acompaño copia simple de la reducción a escritura pública de la Sesión Extraordinaria N°161 del Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos por la que se nombra directora a doña Lorena Fries Monleón, de fecha 9 de julio de 2013.