

**UNIVERSIDAD PARA LA COOPERACIÓN  
INTERNACIONAL  
(UCI)**

**“La videovigilancia en Costa Rica  
como medio de control social”**

**Martin Cornelis Ramírez**

**Proyecto final de graduación presentado como requisito  
parcial para optar por el título de máster en criminología  
con énfasis en seguridad humana**

**San José, Costa Rica**

**Septiembre de 2010**

**UNIVERSIDAD PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL**  
**(UCI)**

Este Proyecto Final de Graduación fue aprobado por la Universidad como  
Requisito parcial para optar por el grado de Máster en Criminología con  
énfasis en Seguridad Humana

---

Carlos Manavella  
PROFESOR TUTOR

---

LECTOR No. 1

---

LECTOR No. 2

---

Martin Cornelis Ramirez  
SUSTENTANTE

*They who can give up essential liberty to obtain a little temporary safety, deserve neither liberty nor safety.*

Benjamin Franklin

## **RESUMEN EJECUTIVO**

### **Antecedentes**

Mediante Decreto 34104-G-MSP (Reglamento regulador de la vigilancia de calles, avenidas, carreteras y caminos mediante dispositivos tecnológicos), publicado en La Gaceta 228 del 27 de Noviembre de 2007, el Ministerio de Seguridad pretende iniciar formalmente la videovigilancia en Costa Rica, fundados en la búsqueda de restablecer la seguridad ciudadana, que conforme a la exposición de motivos, ha sido una de las luchas constantes y tema de mayor importancia en la discusión nacional.

### **Objetivos**

Determinar si la videovigilancia en Costa Rica cumple con los fines para los cuáles fue creada, así como verificar el cumplimiento de los derechos humanos en la puesta en funcionamiento de este sistema de control social.

Analizar si las pruebas obtenidas en la videovigilancia pueden ser objeto de valoración en un eventual proceso penal.

### **Metodología**

Se utilizará el método inductivo-deductivo, de forma que las premisas generales llevarán a las particulares; en el caso particular, al haber poco material publicado sobre el tema, se recurren a fuentes generales de la criminología en la parte histórico-introductorio; posteriormente, las fuentes del derecho comparado en la estructuración crítica del sistema así como del derecho penal

### **Resultados y conclusiones**

La videovigilancia en nuestro país no está ajustada a las normas del derecho internacional de derechos humanos ni a las exigencias constitucionales, principalmente por no contar con un marco legislativo adecuado que fundamente su puesta en funcionamiento bajo el principio de proporcionalidad, siempre que se determine que no existe otra forma menos invasiva de la intimidad para obtener prueba, cuya valoración deberá efectuarse velando por las garantías procesales y personales de imputado.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b>	1
<b>CAPÍTULO I: EL GRAN HERMANO Y EL PANÓPTICO: LOS INICIOS DE LA VIGILANCIA COMO FORMA DE CONTROL SOCIAL</b>	7
1.1. El nacimiento de la vigilancia	7
1.2. Higiene, correccionales y libertad	7
1.3. El panóptico y la arquitectura de la vigilancia	8
1.4. El avance tecnológico del panóptico: la psicología de la vigilancia	11
1.5. Administración del panóptico: la privatización de la cárcel	13
1.6. El gran hermano: el panóptico al revés	14
1.7. La máquina de visión: el <i>perceptrón</i> de Virilio	15
<b>CAPÍTULO II. LA VIDEOVIGILANCIA EN COSTA RICA</b>	18
2.1. Los circuitos cerrados de televisión (CCTV) y otras tecnologías	18
2.2. La videovigilancia laboral	19
2.3. Las grabaciones hechas por particulares	20
2.4. Los CCTV en los condominios y otros recintos particulares	25
2.5. Videovigilancia en el domicilio	27
2.6. La vigilancia en los centros penitenciarios y su reglamento	28

2.7. El decreto de videovigilancia	29
2.7.1. <i>Críticas a la exposición de motivos del decreto</i>	30
a) <i>La opinión pública como fuente de derecho</i>	30
b) <i>La relatividad del derecho a la intimidad</i>	32
c) <i>El argumento de la sustitución policial</i>	33
2.8. Derecho comparado sobre videovigilancia, con especial referencia a la Ley 4/1997 española	34
2.8.1. <i>El uso de las tecnologías de videovigilancia en lugares públicos</i>	37
2.8.2. <i>Principio de legalidad</i>	37
2.8.3. <i>Principio de proporcionalidad</i>	40
a) <i>Principio de proporcionalidad en sentido amplio</i>	42
b) <i>Principio de intervención mínima (o adecuación)</i>	43
c) <i>Principio de necesidad</i>	43
d) <i>Principio de proporcionalidad en sentido estricto</i>	43
2.8.4. <i>La autorización para la instalación del sistema de videovigilancia</i>	44
2.8.5. <i>Ámbito físico de la videovigilancia</i>	47
2.8.5. <i>Duración de la videovigilancia</i>	49
2.8.6. <i>Disposición temporal de la información</i>	50
2.8.7. <i>Selección del personal y regulación de las infracciones</i>	51
2.8.8. <i>Rotulación y advertencia</i>	54
2.8.9. <i>Videovigilancia en las vías de transporte terrestre</i>	55

<b>CAPÍTULO III: VALOR JURÍDICO-PENAL DE LA VIDEOVIGILANCIA</b>	56
3.1. Valor constitucional de la imagen	56
3.2. Uso policial de las capturas en videovigilancia y la tecnología como medio de investigación (¿prevención o represión?)	58
3.2. La validez de la videovigilancia como medio de investigación	64
3.3. La valoración jurisdiccional de la videovigilancia	66
3.3.1. <i>La incorporación al juicio del video</i>	67
3.3.2. <i>El peritazgo del video</i>	68
3.3.3. <i>El valor de la declaración en juicio del operador del equipo de videovigilancia</i>	69
3.3.4. <i>Exclusividad jurisdiccional</i>	71
<b>CONCLUSIONES</b>	73
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	75
Literatura consultada	75
Textos electrónicos	77
Legislación	78
Jurisprudencia nacional	79
Jurisprudencia extranjera	79
<b>ANEXOS</b>	80
<b>ÍNDICE DE ABREVIACIONES</b>	81

## INTRODUCCIÓN

Es evidente que en la sociedad moderna siempre ha existido una necesidad de vigilar, ya sea por fines políticos, económicos o militares, y conforme Foucault (2003, pp. 20, 28) los cuáles evidentemente formarían parte del ya de por sí amplio sistema de control social así como manejo del cuerpo. La naturaleza humana nos ha hecho susceptibles ante diversas “soluciones” que vienen a degradar los derechos y libertades obtenidas en las luchas sociales de los siglos pasados, situación que ha sido subestimada por quienes ejercen el poder. El cambio en las esferas de poder y la instalación de los Derechos Humanos a partir de la segunda mitad del Siglo XX, vino a recoger un sinnúmero de instituciones que velarían por el cumplimiento de los mismos en las nuevas sociedades por venir, no obstante, la complejidad del armazón político creó formas de poder global incorporando la geopolítica a las medios de control social; no es sino en Inglaterra donde por primera vez en una ciudad se incorpora un sistema de vigilancia mediante cámaras, que hasta entonces había sido expuesto como ciencia ficción en la novela de George Orwell (2000, p. 44).

La inspección constante sobre el cuerpo es una constante en la actualidad; los sistemas de biometría, las huellas de ADN, las imágenes corporales y hasta la forma de caminar pueden ser criminalizadas; el poder funciona como una máquina que vigila con el aparente fin de mantener o establecer cuando sea necesario, el orden. La planeación del espacio público es comparable con las cárceles (Bentham, 1979, pp. 40-44), y así el Estado podría entrar a violar los derechos fundamentales siempre que se demuestre que sea real y necesaria la intromisión en la esfera íntima; ello cuando sea materialmente imposible conseguir las pruebas que soporten una investigación (Muñoz, 2005, p. 347)



Con la publicación del Reglamento regulador de la vigilancia de calles, avenidas, carreteras y caminos mediante dispositivos tecnológicos o técnicos mediante Decreto 34104-G-MSP, publicada en La Gaceta 228 del 27 de Noviembre de 2007 y su posterior reforma en Decreto 35532-MSP, publicada en La Gaceta 198 del 13 de Octubre de 2009, se inicia la era de la videovigilancia en nuestro país. Esta búsqueda surge como un deseo de seguridad, orden y control en una sociedad cada vez menos tolerante e inclusiva e incapaz de tener confianza (Garland, 2005).

No obstante la aparente justificación que se le ha dado al proyecto por parte del gobierno y algunas personas particulares como abogados, asociaciones de víctimas y los medios de comunicación masiva, no ha habido una investigación que revele con evidencia la verdadera necesidad de hacer este gasto por parte del Estado para capturar imágenes que posteriormente serán utilizadas en la persecución judicial de delitos de reiterada comisión en las vías públicas.

Los medios masivos así lo expresa, nos explica Garland:

*"Las instituciones también fueron sometidas a un examen más detallado, ya que el ojo curioso de la cámara buscaba ir más allá de las apariencias externas y mostrar al televidente «cómo es realmente». De esta manera, la televisión ha tendido a erosionar la noción de lo que es apropiado. Los medios, en nombre del realismo y de la información directa, ya no respetan las demandas tradicionales de privacidad e intimidad. Cada vez más, de modo habitual, se revela la conducta de detrás del escenario, así como también los defectos y manías de las figuras e instituciones públicas. Su justificación oportunista -pero de todos modos*

*democrática- y de la que mucho se abusa es que «el público tiene derecho a saber» (2005, p. 154)*

Al parecer, la sociedad está tan acostumbrada al control, que una ampliación de éste mediante la vigilancia electrónica no parece incomodarles. Según nos refiere también Garland a la conformidad social: *"De modo similar, el público británico ya no parece sorprendido por la existencia de prisiones privadas que albergan una proporción creciente de los presos y los ciudadanos se dedican a sus asuntos casi sin notar las cámaras de vigilancia que apuntan desde lo alto a las calles de todas las ciudades importantes."* (2005, p. 31). Ya es un sentimiento hasta proporcional en la medida en que la sociedad se sienta desprotegida, la renuncia a ciertos derechos y garantías, que fueron obtenidas en las luchas sociales de los últimos dos siglos como son la libertad y más ampliamente la intimidad.

El objetivo general es verificar si efectivamente se reúnen los requisitos que enuncian las autoridades para fundamentar este sistema tecnológico de vigilancia y que durante la instalación y puesta en funcionamiento esté presentes el respeto a las normas que motivan su existencia más allá de una extensión del control de la sociedad y de la información digital.

Como objetivos específicos están:

1- el discernir sobre la proporcionalidad entre la violación al derecho a la intimidad de los habitantes mediante el uso de cámaras en lugares públicos para filmar y grabar en tiempo real los sucesos cotidianos acontecidos con fines meramente criminales

2- que las vigilancias eventualmente podrían llegar a ser utilizados no sólo para el derecho penal, sino para otro tipo de procesos donde afectarían a la familia

o derechos personales (nombre, imagen, sonidos, etc.), que tan celosamente han sido resguardados en las leyes y tratados internacionales sobre derechos humanos.

## **MARCO TEÓRICO**

El problema que se plantea con la investigación refiere al uso de aparatos electrónicos como medio para ejercer control social, lo cual está íntimamente relacionado con el ejercicio del poder legislativo para crear una estructura que legitime su uso y de esta forma no crear un conflicto que pueda limitar a quienes están en el poder. Las variables que se presentan son muy pocas, dado la limitación bibliográfica que hay, sobre todo por la novedad del tema y el bajo trato que se le ha otorgado; sin embargo se ubican dos variables:

- La expansión del control social a través de novedosos medios de vigilancia como la electrónica
- La legitimación de estos medios utilizando los mecanismos legislativos y ejecutivos para su puesta en funcionamiento

Ambas variables convergen en un punto de interés, ya que la videovigilancia es creada para disminuir la criminalidad y crear una atmósfera de seguridad virtual, de modo que sirve como potencial prueba en el proceso penal, no sin llegar a interpretarse bajo los principios sustantivos y adjetivos, como legalidad, inmediación y oralidad, por lo que no es conveniente que se tenga como prueba plena sino como indicio verificable por otros medios probatorios.

Asimismo, el poder punitivo dentro de un Estado social de Derecho, han sufrido de limitaciones, muchas originadas producto de las luchas sociales, otras de los posteriores tratados que no solo han sido ratificados por los estados, sino que se han ido incorporando progresivamente en las legislaciones nacionales; no obstante, aquellos que están en el poder cada vez más abogan por eliminar o restringir los derechos fundamentales, usando como argumento el discurso de la seguridad ciudadana y tener un control punitivo irrestricto y haciendo de la investigación criminal un acontecer sin regulación.

Las diversas corrientes de pensamiento, algunas paradójicas como las planteadas en este documento, refieren la búsqueda de la seguridad en sacrificio de la libertad y en la inserción de los aparatos vigilantes del Estado en la esfera privada del ciudadano. La confrontación entre el poder de vigilancia y la libertad como valor intrínseco del ser humano no tiene compensación, de ahí que se busquen justificaciones para compensar el malestar que podrían provocar las cámaras y las capturas de imágenes, privada y públicamente.

En la elaboración del trabajo se realiza desde la óptica sociológica del control penal, entre lo que resulta de interés la intervención estatal coercitiva para mantener, afianzar y extender su presencia en todas las esferas de la sociedad, sin tomar en cuenta si ello es perjudicial para el ciudadano y si realmente se están protegiendo los derechos de la víctima o los derechos de la colectividad. El poder encuentra los límites de derecho en la ley y los de hecho en la sociedad, por lo que los pronunciamientos de las organizaciones sociales como las académicas, las no gubernamentales y las institucionales así como las que eventualmente incrementarían la participación, como las democráticas, son los que posibilitaría limitar ese poder ante quienes defienden su justificación, basa en criterios de derecho penal retrógrados y que han demostrado históricamente su falta de efectividad y el alto grado de desaprobación ciudadana.

La recopilación de material publicado sobre el tema, que por ser una novedad no solamente en nuestro país sino en la región, es difícil de localizar por lo que aparte de las bibliotecas de derecho penal y criminología existentes en la internet, se tuvo acceso a la Biblioteca Judicial del Poder Judicial así como a la biblioteca de El Dial Net Unirioja brindado por el Colegio de Abogados de Costa Rica, donde se encontraron diversos artículos y libros que tocaban el tema, sobre todo en los Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial de España, donde ha habido un constante conflicto entre la sociedad y la puesta en funcionamiento de los sistemas de videovigilancia y cuya jurisprudencia ha venido a complementar, sino a justificar, la utilización de cámaras de filmación, captura y equipos de registro de imágenes en lugares públicos, complementándola con los artículos de los diversos medios de comunicación masiva nacionales e internacionales como en el caso de Inglaterra así como las páginas de derechos humanos que abogan por una mayor libertad y un menor control social represivo.

El trabajo consta de tres partes que exponen inicialmente el panóptico y el gran hermano como los acontecimientos culturales que posteriormente vendrían a ser puestos en funcionamiento en el mundo real; posteriormente se comentará con la jurisprudencia y el derecho comparado internacional, el decreto que da cabida a la videovigilancia en nuestro país con el fin de determinar si se cumplen los parámetros mínimos necesarios para la fijación de cámaras por parte de las autoridades de seguridad en los espacios públicos y para finalizar, la valoración probatoria jurídico penal de las imágenes y sonidos obtenidos producto de este tipo de sistema de control social, lo cual constituye parte esencial de la investigación criminal y determinar si las pruebas obtenidas en vigilancias filmadas pueden o no servir para fundamentar una sentencia.

## **CAPÍTULO I: EL GRAN HERMANO Y EL PANÓPTICO: LOS INICIOS DE LA VIGILANCIA COMO FORMA DE CONTROL SOCIAL**

### **1.1. El nacimiento de la vigilancia**

La ciencia ficción del pasado ha llegado a convertirse en la realidad actual y en muchos casos, de maneras mucho más grotescas que las ideas originalmente propuestas, superando la realidad a la ficción. La defensa y legitimación del orden social burgués, además de elaborar un marco jurídico e ideológico, necesitó la articulación de una serie de órganos que se encargaran de garantizar la hegemonía de las clases propietarias; desde que las ciudades fueron creciendo y surgiendo grandes núcleos poblacionales, la seguridad se convirtió en la gran obsesión y preocupación de los gobiernos, debido a que el problema del anonimato constituyó el peor de los enemigos de la lucha contra el crimen, se desplegaron una serie de medios para mantener lo que se conocía como la tranquilidad pública, hoy llamada seguridad ciudadana. Así es como van surgiendo el aparato policial moderno que posteriormente daría nacimiento a la policía científica

### **1.2. Higiene, correccionales y libertad**

El interés por el orden y el control de la sociedad inicia con las instituciones de salud e higiene, encargadas de aislar a los individuos que pudieran representar un peligro patológico para los demás, sistema que luego se trasladaría a las casas de corrección, dando un trato inhumano a los reclusos bajo el uso de castigos corporales y condiciones extenuantes de trabajo, estigmatizando aún más la existencia de las cárceles y equiparando la vagancia con la delincuencia. Usando

como antecedente los hospicios u hospitales para las cárceles contemporáneas, el objetivo primordial era evitar la fuga del procesado a espera de ser juzgado, lo cual podría extenderse durante años, situación que poco ha variado en nuestros días, como ejemplo es el conocido proceso judicial nacional del sacerdote Minor Calvo, el cual estuvo todo el proceso bajo prisión preventiva ininterrumpidamente, constituyendo una evidente violación a los derechos humanos del endilgado, caso que no nos ocupa para la presente investigación pero que es importante mencionar para efectos de referencia.

Con el fin de poder observar a los individuos durante las diferentes etapas del proceso de reclusión, se van creando formas arquitectónicas capaces de vigilar con el mínimo personal a muchos sujetos privados de libertad, nace el panóptico.

### **1.3. El panóptico y la arquitectura de la vigilancia**

El principio del panóptico, conforme nos explica *“en la periferia un edificio circular; en el centro una torre; ésta aparece atravesada por amplias ventanas que se abren sobre la cara interior del círculo. El edificio periférico está dividido en celdas, cada una de las cuales ocupa todo el espesor del edificio. Estas celdas tienen dos ventanas: una abierta hacia el interior que se corresponde con las ventanas de la torre; y otra hacia el exterior que deja pasar la luz de un lado al otro de la celda. Basta pues situar un vigilante en la torre central y encerrar en cada celda un loco, un enfermo, un condenado, un obrero o un alumno. Mediante el efecto de contra-luz se pueden captar desde la torre las siluetas prisioneras en las celdas de la periferia proyectadas y recortadas en la luz. En suma, se invierte el principio de la mazmorra. La plena luz y la mirada de un vigilante captan mejor que la sombra que en último término cumplía una función protectora.”* Foucault

(Entrevista..., 1979, p. 10) (Ver imagen 1)

Esta forma construcción influirá posteriormente en las estructuras para manifestar el poder que se puede ejercer sobre los cuerpos de los hombres presos, que más que sujetos, son despreciables criminales (Foucault, 1990, pp. 35-37), que no deben ser más que vigilados. El panóptico representa un avance tecnológico fundamental, ya que el saber se convierte en *método de control*, sobre todo bajo el principio de visibilidad. Ya de por sí, *la arquitectura representa una manifestación de poder*: los palacios, las iglesias, los centros comerciales, todos persiguen fines económicos políticos, convirtiendo a la geografía física en *geografía del poder*, manejo del espacio y de la realidad, *política de los espacios*. De paso a la instalación del panóptico, surgen, conforme Foucault (1979, pp. 12-13), cuatro problemas fundamentales:

1- emplazamientos (*climas regionales, naturaleza de los suelos, humedad y sequedad: bajo el nombre de "constitución", estudiaban la combinación de los determinantes locales y de las variaciones de estación que favorecen en un momento dado un determinado tipo de enfermedad*)

2- coexistencias (*ya sea de los hombres entre sí: densidad y proximidad; ya sea de los hombres y las cosas: aguas, alcantarillado, ventilación; ya sea de los hombres y los animales: mataderos, establos; ya sea de los hombres y los muertos: cementerios*)

3- residencias (*hábitat, urbanismo*)



4- desplazamientos (emigración de los hombres, propagación de las enfermedades).

En realidad los cuatro problemas son uno a la vez: el emplazamiento físico no supone un problema cuando de instalar cámaras de videovigilancia se trata; aquellas podrían funcionar en clima inclemente en cualquier parte del mundo y hasta enviar remotamente la información, funcionando libre de cables y hasta con independencia energética, caso que acontece con los satélites artificiales que orbitan la tierra apuntando sus ópticas hacia la superficie vigilada; las coexistencias son simplemente datos que se incorporan a la máquina de vigilancia al igual que las residencias, de manera que automáticamente podría seleccionar dónde y cuándo es necesaria la observación, y por último, los desplazamientos vendrían a constituirse en el fundamento para poner en operación aquella maquinaria tecnológica.

Por su parte, la oscuridad no supone un problema, ya que el ojo vigilante artificial carece de ceguera; puede ver sin luz y más allá del poder humano de observación biológica: rayos x, ultravioleta, infrarrojo, ondas de radio, electromagnéticas, datos, bytes, comienzan a deteriorar cada vez más las regiones de sombra, que hacían imposible al poder llegar, hasta que la transparencia fuese absoluta.

Todo ello supone un gasto, pero el poder exige su mantención, y mientras más sutil o subrepticio sea, menos provocará las insurrecciones o la resistencia al control. Es la mirada la alternativa, no hay necesidad de armas ni coacciones materiales, pero no es la primera ni la única instrumentación puesta en práctica y como se exhibirá adelante, los medios informáticos de control sustituirán los ordinarios de investigación. De todas formas, será de la misma sociedad que se extraerá el financiamiento para la máquina de visión y no es más que ella la destinataria de su funcionamiento.

Es quizás en una de las anotaciones hechas en la entrevista a Foucault, que sorprende su capacidad para comprobar las analogías entre las diferentes ideologías y sus verdaderos fines: Bentham es el complemento de Rosseau, en el tanto quiere cumplir el sueño de una *sociedad transparente, visible y a la vez legible*, siendo todo esto y a la vez lo contrario, ya que se crea una *visibilidad organizada* alrededor de una *mirada dominadora y vigilante*, una *visibilidad universal* que funcionaría en provecho del poder, por lo que la gente ni siquiera podría *actuar mal en la medida en que se sentirían sumergidas, inmersas, en un campo de visibilidad total en el cual la opinión de los otros, la mirada de los otros, el discurso de los otros, les impidan obrar mal o hacer lo que es nocivo*. (Foucault, 1979, p. 15)

#### **1.4. El avance tecnológico del panóptico: la psicología de la vigilancia**

En su época, la arquitectura propuesta por Bentham representaba un avance tecnológico con respecto a las anteriores formas de construcción carcelarias, las cuáles se fundamentaban básicamente en el simple encierro del sujeto. El panóptico como forma estructural, permitía a un solo vigilante observar a muchos presos simultáneamente que se encontraban en recintos enrejados dentro una cúpula circular, ubicando al vigilante en el centro; todos los movimientos del detenido eran registrados y valorados por el observador, quien eventualmente tomarías las decisiones para usar los diferentes métodos de castigo y control de su tiempo, no quedando el menor vestigio de intimidad personal.

El panóptico es el poder de Dios: el que todo lo ve y todo lo sabe, de modo que sólo hombre podría hacerse dueño de muchos hombres al tenerlos vigilados, de ahí que la educación forma parte esencial en el proceso de influir sobre los niños, quienes se convertirán en los futuros ciudadanos: *velar sobre la educación de un hombre es velar sobre sus acciones, es colocarle en una posición en que se*

*pueda influir sobre él como se quiera* (Bentham, 1979, p. 33). Ésta manipulación del ser humano desde su niñez mediando la formación, consigue crítica en la obra musical y cinematográfica *The Wall* del grupo de rock británico Pink Floyd (1979), creando sobre el espectador una visión del ejercicio del poder totalitario en los medios educación formal, los que pretender perpetuar la relación socioeconómica actual. En el panóptico se crea una sociedad donde vigilar es favorecido, se promueve a la inversa, la cultura de la vigilancia: cada camarada se convierte en un vigilante, cita Foucault a *El Emilio* de Rosseau, pero a la inversa, ya que el vigilar lo hace camarada, de ahí que la opinión afecte ambas partes del proceso de control.

La cárcel supone el terror del ejemplo, considerado por Ferrajoli como un mito del positivismo (1995, pp. 504-505), la ley o la sanción no implican por ello la abolición de las conductas humanas criminales. La presencia universal del vigilante en el panóptico le da un enfoque psicológico distinto al prisionero, quien se siente en todo momento observado, acción que afecta el pensamiento del encarcelado al hacerlo perder *el poder de hacer mal*, de ahí que la seguridad del vigilante prima sobre la de los vigilados, ya que en él reside el control del establecimiento. Quitar a los presos la idea de sublevarse los acomoda a la prisión y la sumisión forzada produce una *obediencia maquinal*. La prisión sería el *teatro de la moral*, cuyas imágenes imprimiría el *terror del delito* y el estar a la vista del público les produciría vergüenza. (Bentham, 1979, pp. 37-42)

Dichos estos conceptos por Bentham, que podrían parecer dignos de un cuento de Edgar Allan Poe, se fundamentaba la creación de una estructura carcelaria que hasta el mismo autor quería administrar con el fin, según él, no sólo de ponerla a funcionar, sino de poder mejorarla. La economía que podría significar para la ciudadanía de una cárcel dependía ahora tanto del trabajo como de la vigilancia, pero la administración de los centros no recaería sobre el gobierno sino

de entes privados, capaces de extraer de los detenidos el fruto de su trabajo, que dicho en palabras del autor, es el *padre de la riqueza*.

### **1.5. Administración del panóptico: la privatización de la cárcel**

Quizás uno de los aspectos que llaman la atención hoy en día de la propuesta de Bentham es su inclinación hacia la privatización carcelaria, llamada por el autor como los dos tipos de administración: por contrato o por confianza, entendiéndose que al dejar las cárceles dentro del gobierno nacional produciría efectos infelices, debido a que la economía tiene dos enemigos: el peculado y la negligencia, de los cuáles la administración de confianza (o pública) está expuesta a ambos, cuando no, la administración por contrato (privada) hace la negligencia improbable y el peculado imposible, evidenciando una notable inclinación hacia el capitalismo carcelario, a pesar de manifestar abiertamente que deja a criterio de cada uno la elección por el sistema de administración que considera acertado, porque a su vez ha criticado un hospital administrado por contrato, donde los enfermos eran víctimas de la *codicia inhumana del empresario*, quien se enriquecía a costa de la *humanidad doliente*. (1979, p. 89)

Para el panóptico se requiere la desconfianza como parte integral de su funcionamiento. Anota Foucault (1979, pp. 20-21) que el inspector vigila a los subalternos, quienes a su vez, vigilan a los presos, de los que también desconfían. El movimiento requiere de la destreza militar, perfeccionada por la obediencia ciega en la autoridad verticalmente creada y artificialmente competente, conforme a un sistema de rangos y grados, convirtiendo a la pregunta de quién vigila a los vigilantes un conflicto entre el poder de vigilar y el control y legitimación sobre el mismo. En este sistema piramidal la autoridad no emana de una fuente única,

donde la cúspide y los elementos inferiores de la jerarquía están en una relación de sostén y de condicionamientos recíprocos.

No existe en el panóptico la posibilidad de desperdicio. Se ha creado el trabajo como fuente de su subsistencia y de ahí surgen los reglamentos y lineamientos para el ejercicio de las labores. El trabajo visto desde su triple función: productiva, simbólica y disciplinaria, vendría a disciplinar y no a "enriquecer" al ejecutante, sino al propietario de la prisión, quien para continuar con su empresa vigilante, encontraría en la ocupación de los

### **1.6. El gran hermano: el panóptico al revés**

Con la novela de Orwell (200) se expone a un sociedad que está totalmente vigilada, donde el poder habita exclusivamente en el ojo del vigilante, conocido aquel como el Gran Hermano o *Big Brother*; desde los sistemas de trabajo y hasta la alimentación y residencia, están siendo controlados por un absolutista e ilimitado poder de observación y no solamente ahí acaba la historia, porque cuando se vigila, se influye sobre el sujeto al bombardearle de propaganda utilizando grandes televisores y altavoces en todo lugar posible, proyectando imágenes y sonidos del gran hermano, de los logros, desafíos y propuestas que el partido ha conseguido gracias al control de su población.

Este sistema a pesar de parecer ficticio, no ha cambiado mucho en la actualidad y cada vez busca más efectividad mediando los nuevos avances tecnológicos que, como veremos adelante, producen un impacto no solamente a nivel carcelario, sino público y personal, creando una esfera de espacios donde no hay negros ni blancos derechos, sino grises, lo que se traslada hasta la valoración

del juzgador al analizar los métodos de vigilancia moderna como prueba en los procesos judiciales, al cual nos referiremos en el capítulo final.

La utilización del concepto panóptico al revés, surge al examinar los presupuestos que motivaron la creación de la arquitectura del poder: si no es posible cambiar el entorno vigilado, se modifican los sistemas de vigilancia; por ello, el panóptico se destina a un estilo específico de vigilancia: carcelaria u hospitalaria. No obstante, la necesidad de extender la vigilancia hacia todos los ciudadanos se convirtió en una necesidad de la esfera del poder, de manera que el observador no debe ver hacia un lugar en especial, sino hacia todas partes.

### **1.7. La máquina de visión: el *perceptrón* de Virilio**

La existencia de espacios públicos destinados a diversos fines (comercio, transporte, recreación, reunión, etc.) provee al político de un lugar donde es posible instalar la máquina de observación: el perceptrón. Este concepto que surge de la obra de Paul Virilio (2010, texto electrónico) llama la atención cuando hablamos de vigilancia constante e ilimitada.

La posibilidad de que *ahora los objetos me perciben* (Virilio citando al artista Paul Klee) no por menos deja de sorprender por su verificabilidad y a la vez, por constituir el sueño de quienes ejercen el poder de vigilancia. La creación de una máquina capaz no sólo de ver, sino de observar, reconocer contornos y formas, de analizar el medio ambiente e interpretar automáticamente los acontecimientos, la producción y el aparato militar es cada vez más probable.

El cuestionamiento de los medios periodísticos y la potencial obsolescencia de los materiales informáticos y audiovisuales actuales, conforman lo que Virilio llama una paradoja lógica, ya que la realidad está gobernada por el tiempo real, una virtualidad que domina la actualidad y transtorna la misma noción de realidad, sobreviniendo una crisis por las representaciones públicas tradicionales, que serían eventualmente sobrepasadas por la telepresencia, supliendo el aquí y ahora.

La televisión vendría a convertirse, si no es que ya lo es, en un medio de control social, cuya experimentación ha sido ejecutada en cárceles donde se monitorea los tipos de programación y duración de la exposición del espectador frente al aparato, monitoreando toda la actividad que aquel realiza frente a la pantalla; esta alternativa privilegia lo inmediato sobre lo duradero de los mensajes, situación que recientemente ha expuesto a los deportes de transmisión internacional, en los cuáles el ojo observador del árbitro humano podría ser sustituido por el aparato de visión y retransmisión instantánea.

Ello no se limitaría a la esfera pública; tarde o temprano llegaría la televigilancia en tiempo real a la empresa y al hogar, habría una mutación entre lo que es necesario vigilar y lo que es indispensable: mientras más se vigila, más se controla. El porvenir ya es objeto de control al poder programar el futuro inmediato. Los tres tiempos de la acción decisiva, pasado, presente y futuro, son sustituidos subrepticamente por dos: *el tiempo real* y *el tiempo diferido*. El radar como invento de la guerra, puede observar al proyectil mientras recorre el camino hacia su objetivo, el que eventualmente destruirá, condiciones que con la evolución de la tecnología bélica, llega a ser sustituido hasta por la cámara y las miras láser invisibles, lo que da mayor accesibilidad óptica al conflicto y a los logros militares, que pueden hoy en día ser vistos por millones a través de la televisión y la

internet, cuyo tráfico de información mayor es el de vídeo más que cualquier otro tipo.

Las transmisiones en directo conservan una presencia sobre el acontecimiento y sugiere el nacimiento de la logística de la percepción: *para ganar basta con no perderse de vista*. Aquella fantasía del curioso impertinente en la obra de Cervantes, El Quijote (1995, pp. 186-213), ya no necesitaría de un estimado amigo para su verificación, sino únicamente del acceso a la tecnología de la vigilancia para rebuscar en todo instante la actividad de su amada y localizar así, entre sus inquisiciones personales, el incumplimiento de los deberes maritales. No cabría la sorpresa más que la del vigilado. Lo intempestivo quedaría prohibido y la repetición de las imágenes serían la ocasión, la posibilidad de prolongar lo mirado. El perceptrón con su inteligencia artificial, vendría a realizar el reconocimiento automático de las siluetas y formas, a registrar cronológicamente todos los eventos, desde los más ínfimos hasta los desmesurados; la máquina de visión carecería de ceguera y la no mirada tendría un nuevo papel para el jurista: el derecho a no ser visto, o siendo visto, no grabado.



## **CAPÍTULO II. LA VIDEOVIGILANCIA EN COSTA RICA**

La exposición en este capítulo engloba, por una parte, los medios técnicos de reproducción de imagen y su regulación por leyes o en el caso nacional, decretos, que son nulos en el tratamiento del derecho a la intimidad, así como la polémica forma en que actúan los controles policiales y la eventual admisibilidad de este sistema en la sociedad, como instrumento de protección y seguridad ciudadana. Para finalizar, se aclara la intervención mediante la instalación de cámaras como medio de control social para la investigación de algunos tipos de delitos en particular, haciendo una comparación de nuestros decretos de videovigilancia con la Ley Orgánica 4/1997 del 4 de agosto por la que se regula la utilización de videocámaras en España por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, de la cual se obtuvieron textos de referencia que podrían ser de importancia para eventuales reformas o propuestas de ley.

### **2.1. Los circuitos cerrados de televisión (CCTV) y otras tecnologías**

Previamente a entrar en el análisis de las leyes, reglamentos o decretos que gobiernan el uso de la videovigilancia como medio de control social, es importante realizar aclaraciones técnicas sobre conceptos que aseguran estas tecnologías, siendo el principal de ellos el uso de cámaras de circuito cerrado de televisión o CCTV; hoy en día la publicidad oferta estos aparatos para incluirlos como parte de los electrodomésticos esenciales para el funcionamiento del hogar; estos dispositivos compactos pueden monitorear sin necesidad de instalar cables y hasta programarlos para que realicen las vigilancias automáticamente. Vivimos bajo el régimen panóptico, y paulatinamente vamos relativizando los derechos de intimidad e imagen para perseguir los fines del poder, en aras de encontrar una seguridad que aparentemente hemos perdido. (Bañuelos, 2010 s.p.)

El reconocimiento biométrico creado con software y dispositivos de última generación, permite discriminar características físicas de las personas. El iris, la voz, la impresión digital, el ADN van en forma incipiente acaparando un mercado para los sistemas de seguridad que, con el desarrollo de las bases de datos, crean registros para localizar y ubicar, ya sea con fines de investigación o simple ejercicio arbitrario del poder, a los ciudadanos. (Llamas, 2007, pp. 243-244)

Esta última tecnología adoptada en Estados Unidos posteriormente a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, disparó, sobre todo contra los extranjeros, una sensación de fichado, extendiéndose hasta los pasaportes inteligentes; las reacciones no tardaron en surgir y es Galeano (citado por Anitua, 2005, pp. 507-508), quien publica el 25 de enero de 2004, un artículo donde criticaba las medidas al coartar los derechos y libertades, llegando a convertirse hasta una biopolítica al mejor sentido foucaultiano, dignos de sistemas totalitarios.

## **2.2. La videovigilancia laboral**

Al igual que en la obra de Orwell, donde todos los miembros de partido son vigilados desde que nacen y se les da la seguridad de que, dondequiera que estén, dormidos o despiertos, trabajando o descansando, podrán ser inspeccionados sin previo aviso y sin que se den cuenta que son inspeccionados. (2000, pp. 232)

Esta inclinación hacia la vigilancia en el trabajo no es exclusiva de la ficción. El software para verificar el desempeño de los empleados ya es una constante en toda empresa y las cámaras, sistemas de confirmación de asistencia con tarjetas,

accesos a puertas, baños, vestíbulos, están presente en todas partes. Las políticas de horarios mínimos y los derechos laborales a descanso y adecuada remuneración, son cada vez más relativos y, al igual que sucede con la intimidad, potencialmente podría desaparecer para hacer realidad la máxima de El Levitán de Hobbes, parafraseando a Plauto: *lupus est homo homini*, la explotación del hombre por el hombre. Los empleados de los centros de llamadas tienen quince minutos al día para poder hacer sus necesidades fisiológicas, fuera de la hora ordinaria (y legal) del almuerzo. El descanso es para los débiles y se les debe eliminar de la empresa por representar un peligro por su ineficaz productividad.

En el ámbito laboral, a diferencia del domiciliario o particular común (condominios, apartamentos), existen otros intereses en juego, al hacer una intromisión sobre la imagen del trabajador y ello adquiere una permisibilidad jurídica y jurisprudencial, que ha ocasionado polaridad, tanto en el sector público como privado; el registro de las computadoras, los sistemas de grabación audiovisual para comprobar el cumplimiento de las obligaciones y deberes del trabajador, siempre que no sea en forma subrepticia, ya que encargaría al patrono más allá de la relación laboral, produciendo conflictos de intereses. El inicio del contrato de trabajo no podría por sí mismo incluir una renuncia a la imagen o la intimidad personales salvo los aspectos que sean estrictamente del trabajo y no áreas íntimas como baños o vestuarios (Jareño, 2000, p. 137-140)

### **2.3. Las grabaciones hechas por particulares**

La grabación en ámbitos particulares podría suponer una injerencia en la intimidad, que al no tener una regulación específica, como sí sucede con la videovigilancia pública o con fines de investigación judicial, implicaría una valoración en cada caso concreto. La doctrina imperante expone que supondría el

descarte de un hecho delictivo cuando el delito que se comete supera, en la pena a imponer, el ilícito de violación a la intimidad y así lo expone Roxin citado por Muñoz:

*“En general, los tribunales, en relación a los delitos más graves, han dado primacía al interés en la averiguación de la verdad, y respecto a los menos graves, por el contrario, han dado prioridad a la protección del ámbito privado (2005, p. 392)*

La ilicitud de un video puede derivarse en quién lo haya obtenido y los medios que utilizó para ello; así por ejemplo, si la manifestación es hecha en un medio de comunicación colectiva como la televisión o actualmente la internet, existe un interés del emisor en que se difunda y sea pública la información. No obstante, cuando se trata de una manifestación verbal en desconocimiento del titular emisor, podría incurrirse en un injusto tipificado en el Código Penal:

*Artículo 198.- Captación indebida de manifestaciones verbales. Será reprimido, con prisión de uno a tres años, quien grave sin su consentimiento, las palabras de otro u otros, no destinadas al público o que, mediante procedimientos técnicos, escuche manifestaciones privadas que no le estén dirigidas, excepto lo previsto en la Ley sobre registro, secuestro y examen de documentos privados e intervención de las comunicaciones. La misma pena se impondrá a quien instale aparatos, instrumentos, o sus partes, con el fin de interceptar o impedir las comunicaciones orales o escritas, logren o no su propósito. (Así reformado por el artículo 31 de la Ley de Registro de Documentos Privados e Intervención de Comunicaciones N° 7425 de 9 de agosto de 1994)*

Este ilícito opera en principio si se logra demostrar que la afectación a la intimidad no es superior al perjuicio que podría sufrir si quien captura la grabación es víctima y sea para la demostración de un delito por parte del ofendido, siempre el destinatario de la manifestación, en este caso de una llamada telefónica, donde no media el Estado ni una tercera persona, caso que estaría acorde a la ley 7425 ya citada, donde se podría intervenir por un juez bajo ciertos casos estrictamente indicados en la ley y mediando una resolución debidamente fundamentada. La renuncia del ofendido a su intimidad (y la ajena), se produce con el registro de la llamada cuando el ofensor ejerce de manera abusiva haciendo un uso antisocial del mismo, de manera que la persona perjudicada por este abuso está legitimada para contrarrestarlo, utilizando como prueba las palabras de éste.

Ello encuentra sentido en el Voto 48-2001 de la Sala Tercera, cuando en un caso de extorsión se adjuntó como prueba la grabación de conversaciones, que podrían haber infringido la intimidad del acusado, no obstante, la sala se refirió a ello en los siguientes términos:

*En el caso de la Extorsión, que es el que se examina en este proceso, si el ofendido renuncia a la intimidad que ampara la información sensible con cuya divulgación se le amenaza, debe tenerse presente que bajo ningún concepto subsiste derecho a la intimidad alguno que salvaguarde la conducta abusiva del ofensor. Es necesario aclarar que lo expuesto hasta aquí no implica una licencia para que se pueda grabar y difundir como elemento probatorio cualquier conversación, ni que lo pueda hacer toda persona. Esta opción es permitida sólo a favor de quien se ve afectado por un delito que se comete utilizando como medio una comunicación dirigida a su persona; únicamente ese individuo está posibilitado para registrar la comunicación –incluso grabarla- y ofrecerla como prueba en un proceso jurisdiccional, la cual deberá ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica y de manera*

*integral con todos los demás elementos que se aporten. Esta posibilidad no se extiende al Estado, el cual sí requiere del procedimiento establecido en la Ley 7425 para poder intervenir las comunicaciones entre particulares. Tampoco está permitido que terceros registren comunicaciones en las que no intervienen, ya que de hacerlo incurrirían en el delito previsto en el artículo 198 del Código Penal, en el cual queda a salvo lo que a continuación se expone en respaldo del criterio hasta aquí examinado. El numeral 29 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones establece en su párrafo segundo lo siguiente: “Cuando el destinatario de una comunicación, mediante la cual se está cometiendo un delito tipificado por la Ley, la registre o la conserve, ésta podrá ser presentada, ante las autoridades judiciales o policiales, para la investigación correspondiente”. Como puede apreciarse, se extrae que el “propietario”, por decirlo de alguna forma, de una comunicación es quien la recibe. Sobre él pesa la responsabilidad de presentarla como elemento para una investigación. Claro está que si la presenta, se convierte en un elemento probatorio que debe ser discutido y al cual debe dársele el valor que corresponda luego de apreciarlo conforme a las máximas del correcto entendimiento humano. Asimismo, contrario a lo que estima el Tribunal, este derecho de registrar la comunicación que ostenta su destinatario no se restringe a los casos en que se investiguen delitos de Narcotráfico y de Secuestro Extorsivo, que son los mencionados en la Ley 7425. Si en ese párrafo se permite el registro en relación con “un delito tipificado por la Ley” y si la ley mencionada no tipifica delitos, entonces debe entenderse que se refiere a todos los delitos descritos y sancionados (es decir, tipificados) en las leyes penales, sea el Código Penal o cualquiera de las especiales. Por esa razón, es posible que el afectado por el*

*delito de Extorsión se vea amparado por esta norma y, por ello, tiene el derecho de registrar la conversación por medio de la que se le extorsiona para luego ofrecerla como prueba para la respectiva investigación y el correspondiente pronunciamiento judicial. Habiendo quedado claro que las grabaciones que fueron anuladas como prueba en realidad eran válidas, por lo que nunca debieron ser rechazadas, además de la eventual esencialidad que podrían revertir, se declara con lugar el recurso de la parte actora civil, en virtud de lo cual se anula la sentencia recurrida, así como el debate que la precedió, ordenándose el reenvío de la causa al Tribunal de origen para una nueva sustanciación del juicio y del fallo, esta vez conforme a Derecho."*

La sala admite, bajo éste análisis, el derecho a violar la intimidad cuando la persona está siendo víctima mediando el uso de medios de comunicación, pero ello no da, en palabras de la sala, licencia para poder grabar cualquier conversación, sino únicamente bajo el supuesto de estar siendo afectado por un delito, lo que podría traer al proceso la prueba como legítima.

Especial referencia encontramos con Muñoz Conde (2005, pp. 394-397), ya que no se trata de si la grabación de una conversación por uno de los interlocutores sin consentimiento del otro configura delito, lo que está fuera de duda salvo excepcionalmente, cuando esta conducta está amparada por una causa de justificación (lo cual no explica la jurisprudencia en forma abierta). Por ello y con base en esta exposición, siguiendo los lineamientos de la teoría del delito, parece que dicha intromisión en la intimidad entraría a configurar una de las causales de exclusión de la antijuricidad como estado de necesidad o ejercicio legítimo de un derecho para defender los propios o ajenos, colaborando en la identificación del autor y a su castigo. Siguiendo estas pautas, la admisión de la captación videográfica que revela actos íntimos es mucho más factible cuando

quien realiza la captura es víctima de un delito o tenga sospechas de que va a ser víctima de un atentado a sus intereses (p. 396)

Contrariamente a ello y según no explica Muñoz (p. 405), el particular que grabase material videográfico para chantajear a la persona grabada, no con fines de ayudar a la justicia, sino para sobornarla o ejercer influencia sobre sus decisiones, incurriría en delito.

#### **2.4. Los CCTV en los condominios y otros recintos particulares**

La instalación de dispositivos de filmación y grabación en lugares privados ha sido un tema de discusión no solamente a nivel europeo sino también nacional; la Sala Constitucional (Sentencia 01650 del 14 de febrero de 2006), se pronunció al respecto considerando que con la instalación de cámaras (de filmación) no se lesionaba el derecho a la intimidad al no colocarlas hacia la vía pública:

*"...En este sentido, si bien la actora manifiesta que la accionada mantiene 2 cámaras que están enfocadas hacia "la zona común exterior", ya se tuvo por demostrado en la resolución N°2003-1290 de las 08:32 hrs. de 21 de febrero de 2003 -con ocasión de la primera gestión de desobediencia incoada por la actora- que la recurrida lejos de dirigir sus cámaras hacia las áreas comunes y las otras fincas filiales del Condominio Dama, las colocó frente a la vía pública, de tal forma que la primera cubre, únicamente, la entrada principal de ese apartamento, mientras que la segunda está ubicada en una ventana de la planta alta de ese lugar con vista a la calle; lo anterior, de acuerdo con el acta notarial efectuada por el Notario Danilo Loaiza Bolandi el 13 de diciembre de 2002. De esta forma, al no haber aportado la actora en esta oportunidad ningún elemento probatorio que sirva para desvirtuar esa*



*afirmación, deberá estarse la promovente a lo resuelto por este Tribunal en esa sentencia, habida cuenta que el material fotográfico que obra a folios 68 y 69 más bien resulta idóneo para confirmar esa decisión."*

También en lo referente a las razones que motivaron la instalación de las cámaras, la sala se pronunció sobre la causal de seguridad, por lo que no consideró que se lesionaban los derechos fundamentales y declara:

*"Del estudio de los autos se tiene, que en el caso concreto sí bien se logró demostrar que la recurrida sí tiene ubicada una cámara de video en la parte frontal de su casa, lo cierto es que según informó a la Sala, ésta se encuentra dirigida hacia la vía pública del frente de su casa por razones de seguridad y no tiene el alcance, ni la intención de verificar lo que sucede dentro de la casa de la habitación de los recurrentes o del taller que está ubicado al frente. Esta última circunstancia probatoria, es precisamente la que pone de relieve el carácter eminentemente sumario del proceso de amparo, cuya tramitación no se aviene bien con la práctica de diligencias probatorias lentas y complejas, o con la necesidad de entrar previamente a examinar -con carácter declarativo- si existen en realidad o no derechos de rango infra constitucional que las partes citen como parte del elenco fáctico del recurso de amparo o del informe de ley, según sea el caso. Es evidente que esa es una competencia de la que esta Sala carece y que debe ser dilucidada en la vía ordinaria correspondiente. Así las cosas y siendo que en esta vía jurisdiccional no fue posible constatar violación alguna a los derechos fundamentales de*

*los amparados, se debe declarar sin lugar el recurso. Por tanto: Se declara sin lugar el recurso”*

Acorde a la literatura consultada, la videovigilancia en espacios comunes y no públicos, requiere del consentimiento de todos los involucrados, pues podría tornarse ilícita, posición contraria a la expuesta por la Sala Constitucional. (Jareño, 2008, pp. 135-137). La captación en circuito cerrado como forma de control sin el consentimiento, produciría una intromisión ilegítima a la intimidad, ya que se desarrollan aspectos íntimos de la vida y conforme a las Directivas Europeas sobre el tratamiento de la información personal, debe excluirse este tipo de vigilancias sin consentimiento, pudiendo incurrir en delito. (Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea para la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, del derecho a la intimidad).

## **2.5. Videovigilancia en el domicilio**

Al igual que la filmación y grabación en áreas comunes (particulares), la instalación de dispositivos en el hogar podría, si son de manera subrepticia y en lugares considerados íntimos como la habitación o el cuarto de baño, plantear tipicidad de las conductas (Jareño, 2000, p. 137), aunque existe una discusión sobre la vigilancia de menores, donde habría que determinar los límites para verificar la salvaguarda de sus derechos con respecto a la intimidad y como se expondrá adelante, haciendo un *ballancing approach*, si existe un conflicto entre la intimidad y otros derechos, llevado a cabo en la jurisprudencia norteamericana y que consiste en la ponderación del peso de los intereses en juego (Choclán, 1995, p. 54-55)

## 2.6. La vigilancia en los centros penitenciarios y su reglamento

Mediante Decreto N°26061-J, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 108 del 6 de junio de 1997, el Ministerio de Justicia ordena el Reglamento General de la Policía Penitenciaria, la cual tendrá como función *la vigilancia, custodia y seguridad en todos los Centros Penitenciarios del País de la población penitenciaria, funcionarios, visitantes, bienes mueble e inmuebles, de acuerdo a lo que determinen las leyes, reglamentos y demás normas atinentes a la material* (Art. 1), y como competencia *la custodia y seguridad de los procesados y sentenciados por causa penal, de los apremiados corporales y de los menores infractores, sometidos a prisión por orden de autoridad judicial competente.* (Art. 2). Cuando la custodia y seguridad de los prisioneros está de por medio, el amotinamiento podría convertirse en una situación cuyo control podría efectuarse mediando sistemas de videovigilancia.

Uno de los eventos del cine reciente más llamativo, es aquella escena del filme *Celda 211* (España, Vaca Films, 2009, dirigida por Daniel Monzón Jerez), donde, en un motín carcelario, una de las movidas estratégicas del líder amotinado, es la de destruir o anular el sistema de videovigilancia, lo que pone en la palestra la ubicación espacial de dichos aparatos, los cuáles están fijados en sitios bastante poco accesibles para los prisioneros, quienes se las ingenian para evitar este “contacto” con los encargados de la cárcel. Rompiendo este vínculo, se sienten *libres* para decidir y continuar su proyecto.

Es reconocido por abogados e internos la existencia de un sistema de vigilancia intracarcelaria mediando un CCTV, pero no está regulada la extensión o el uso de la información obtenida por aquellos dispositivos, inclusive, podría cuestionarse la violación al secreto profesional si los dispositivos llegaran a grabar, en imagen o sonido, detalles sobre la planificación estratégica de la defensa del acusado, cuando aquel está privado de libertad como medida cautelar o, habiendo sido condenado, se le asesora sobre la ejecución de la pena y los derechos a que

tiene acceso, tales como los incidentes de libertad condicional, de enfermedad, de cambio de módulo.

Como paradoja de lo arriba indicado, las cámaras han servido para determinar los abusos policiales realizados por los encargados de vigilancia y custodia de los detenidos, como sucedió en la Delegación Policial de Heredia, cuando un oficial le pidió sexo oral a un transexual que estaba detenido en las celdas de la comisaría, imágenes que fueron capturadas por un teléfono celular. (<http://www.diarioextra.com/2010/julio/14/sucesos15.php>)

No menos importante es el uso de la imagen del prisionero con fines políticos, para convencer a la ciudadanía sobre el *cumplimiento de la ley* o para que la prensa pueda publicar su foto. En opinión de Jareño, *no se trata de una reproducción neutral de la imagen, ya que la fotografía de alguien detrás de la reja de una celda, revelando una penosa situación, por sí misma es portadora de una carga afrentosa, por lo que su difusión viene a añadir un plus de castigo al hecho mismo del ingreso en prisión.* Para esta autora, *el interés público quedaba satisfecho en este caso con la noticia escrita del ingreso en prisión (...)* En este caso, *la imagen sólo servía para dar morbosa satisfacción a la curiosidad humana sobre el prójimo, lo cual no debiera ser fomentado por un medio de comunicación cuya guía sea la formación de una opinión pública libre e ilustrada.* La proporcionalidad debe primar al limitar un derecho fundamental por una opción menos lesiva. (2008, pp. 122-123)

## **2.7. El decreto de videovigilancia: El reglamento regulador de la vigilancia de calles, avenidas, carreteras y caminos mediante dispositivos tecnológicos o técnicos**

La videovigilancia en lugares públicos en Costa Rica encuentra su fundamento en un Decreto del Poder Ejecutivo, donde se ordena la instalación de cámaras y la creación de un centro de recepción de imágenes así como los

requisitos de los operadores. Ya lo han dicho autores en otros lugares, que toda limitación de derechos fundamentales debe encontrarse en la ley, por cuanto la intimidad y la propia imagen reconocidas a nivel constitucional (Art. 24 Const. Pol.) podrían verse afectadas o la validez de las mismas como pruebas cuando se practique su captura sin mediar una orden de nivel legislativo.

Mediante la publicación del Decreto 34104-G-MSP en La Gaceta No. 228 del 27 de noviembre de 2007 y su posterior reforma en Decreto 35532 del 25 de agosto de 2009, se pone en funcionamiento la videovigilancia en nuestro país mediante el Sistema Nacional de Video Protección Ciudadana, mediante cámaras de televisión y centros de captación y almacenaje de las imágenes tomadas y proyectadas por las cámaras y demás dispositivos instalados (Art. 4)

### **2.7.1. Críticas a la exposición de motivos del decreto**

#### **a) La opinión pública como fuente de derecho**

En la exposición de motivos, se habla sobre la realidad y percepción del problema delictivo en la Costa Rica contemporánea *se ha instalado una cultura, profunda y extensa, de inseguridad ciudadana*. Por su parte, *los medios de comunicación colectiva y las múltiples conversaciones que tienen lugar cada día entre los habitantes del país, confirman los resultados de los estudios científicos mencionados*, los cuáles, ni son citados ni adjuntados en el texto, lo que evidencia una falta en la argumentación necesaria para su instalación.

Horkheimer y Adorno (1994, p. 51) afirman que *"si la opinión pública ha alcanzado un estadio en el que inevitablemente el pensamiento degenera en mercancía y el lenguaje en elogio de la misma, el intento de identificar semejante depravación debe negarse a obedecer las exigencias lingüísticas e ideológicas vigentes, antes de que sus consecuencias históricas universales lo hagan del todo imposible"*. Si dejamos a los medios de comunicación y a la opinión pública las

decisiones que requieren conocimientos técnicos mínimos, caeríamos en las ligerezas del sentimiento humano menos elegante: el de la venganza. Las instituciones de derecho no tendrían sentido cuando se trata de consultarle al pueblo sobre la resolución de un caso y no se tardaría en pedir la sangre de los encausados.

Al hablar de mercancía, los autores no escatimaron en definir a este acto como una depravación. Posiblemente y para evitar más explicaciones, en el decreto se considera *innecesario, y posiblemente repetitivo y oneroso, continuar con diagnósticos que al final habría simplemente de subrayar lo que ya nos es evidente*. Si alguna persona tuviese acceso al documento en mención, no tendría idea del porqué se deben instalar los dispositivos de vigilancia a menos que hiciera un análisis subjetivo y de ahí, como punto de partida, daría su opinión, la cual no estaría basada en estudio alguno.

La tecnología eventualmente vendría, y sin necesidad de realizar una investigación exhaustiva, a la constatación de lo que está sucediendo, por ello, la opinión pública sustituye la objetividad científica y conforme reza el decreto que *con esta fe en su sistema de seguridad y de justicia y mediante este voto colectivo de respeto a tales reglas, las autoridades nacionales y la comunidad civil consideran que existen mecanismos, tanto en la investigación policial - administrativa, judicial y municipal- como en la persecución judicial, que les permita a la víctima de delito y a la sociedad en general no sólo incrementar la prevención de tales conductas, sino incrementar la efectividad de la investigación policial y la persecución judicial, mediante reformas tanto de naturaleza legal y reglamentaria como de un mejor uso de las nuevas tecnologías*. La razón, como hemos visto, y salvo algunos comentarios aparte, es pobremente fundada si partimos que es la comunidad civil a quien se consultará para poner a funcionar el panóptico nacional. No queda por más mencionar que, a excepción de las legislaciones y sentencias que más adelante leeremos, la lógica jurídica empleada por el Ministerio de Seguridad es paupérrimo.

### ***b) La relatividad del derecho a la intimidad***

Entrando en la parte que compone a la intimidad propiamente dicha, la exposición de motivos es paradójica. Se trata de hacer relativo el derecho a la intimidad primero al hacer alusión a la esfera de intimidad, en la cual no se puede tolerar ninguna intromisión y posteriormente, cuando la "doctrina" (tampoco citada) ha intentado superar las dificultades para delimitar lo privado de lo público, confirma que la imagen como derecho conexo a la privacidad, es un derecho dual como la imagen ante si mismo y ante los demás.

Continua exponiendo que *la más extensa doctrina jurídica reconoce la gran importancia de la auto-imagen pero en relación con la misma afirma que lleva consigo una grandísima carga emotiva que la torna en equívoca, ambigua, subjetiva y revive, de nuevo, la imprecisión de los significados y alcances. Por el contrario, la imagen ante los demás corresponde a la denominada imagen-información.* Este motivo convierte a la imagen en datos que pueden hacerse públicos sin ser violentado o afectado el derecho a la intimidad. La parte de conflicto entre la intimidad (privada) y la actividad estatal (pública) requiere, en todo caso, la valoración de legitimidad de la injerencia autorizada por la ley, en la concurrencia de determinadas exigencias generales para la restricción válida del derecho que se trate y los requisitos son legalidad, proporcionalidad y control judicial. (Choclán, 1995, p. 57). Por ello, la imagen, pública o privada, no es simple información que puede ser manipulada arbitrariamente y eventualmente utilizada para el ejercicio del poder.

La pregunta que surge es, ¿si la *grandísima* carga emotiva de la imagen no está presente en los demás derechos, que podrían *tornarse* equívocos, ambiguos y subjetivos?. Es frecuente encontrar este tipo de discusión en esferas comunes de la vida pero no dentro de un discurso jurídico que pretende hacer relativo el

derecho a la intimidad que, paulatinamente está siendo subestimado en razón del incremento en el haber tecnológico.

### ***c) El argumento de la sustitución policial***

Reducir la presencia humana o cambiarla por las máquinas está más que ajustada al ojo en el cielo, del ingeniero Allan Parsons y tiene cabida hasta en el decreto, en el cual establece como componente indispensable para la investigación policial, aquella tendiente a proteger la integridad de personas y bienes, el entendimiento, bajo una lógica jurídica, que *si establecemos el símil entre la percepción mediante el ojo humano, —el oficial de policía que vigila a los que transitan en una calle pública—, y la captura de esa misma imagen, mediante un instrumento o dispositivo tecnológico, para exactamente el mismo propósito del caso de la presencia humana policial.*

Sería como dice Virilio (s.f.) *no sólo una información "objetiva" sobre los acontecimientos propuestos, sino una interpretación óptica "subjetiva" de los fenómenos observados, la máquina de visión se arriesga mucho a contribuir a un desdoblamiento del principio de realidad, y por tanto la imagen sintética ya no tiene nada en común con la práctica de las encuestas estadísticas habituales. ¿No se habla ya de experiencias numéricas capaces de suplir a las clásicas "experiencias del pensamiento"? ¿No se habla también de una realidad artificial de la simulación numérica opuesta a la "realidad natural" de la experiencia clásica?* (La máquina de visión), es exactamente la comparación entre el ojo humano y la presencia humana policial los que vendrían a ser sustituidos por las cámaras de videovigilancia. Eventualmente no necesitaríamos de policías, sino de una computadora capaz de registrar todos los sucesos y enviar de manera automática, las denuncias al ministerio público para que procediera, sino es que, podríamos prescindir, bajo esta premisa, también de los jueces, fiscales y defensores.



## 2.8. Derecho comparado sobre videovigilancia, con especial referencia a la Ley 4/1997 española

En España hace más de una década, se puso en vigor la Ley 4/1997 de Videovigilancia por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; a pesar de la entrada en vigencia de dicho documento, ya habían diversos votos de los tribunales superiores, donde, en diversos casos, legitimaban el uso de estos dispositivos, como sucede en uno de los procesos más discutidos el del País Vasco, del cual se pronunció el en el Tribunal Constitucional español en Sentencia 37/1998 de 17 de febrero. En ella se expuso la condición de poder que tiene la policía con respecto a la ciudadanía y la capacidad de instalar dispositivos de videovigilancia, cuando la Ertzaintza o fuerza policial vasca con motivo del izado de la bandera del reino durante la una festividad grabó la actividad y consideró:

*4. En el presente caso, sin embargo, los órganos judiciales declaran expresamente probado que la acción del piquete informativo «se desarrolló dentro del marco legal» y de la más «absoluta normalidad», sin que existiera ninguna alteración del orden público y sin que se produjera ningún hecho que se pudiese considerar delictivo. Tampoco los órganos judiciales han puesto en duda, en momento alguno, la legalidad de la huelga general convocada el 27 de enero de 1993 a la que sin duda es aplicable lo dicho en la STC 36/1993 (fundamento jurídico 3.º), respecto de la huelga general convocada el 14 de diciembre de 1988. Y, en fin, tampoco ha cuestionado nadie la vía procesal seguida por el Sindicato demandante, el cual recurrió a la modalidad procesal regulada en Capítulo Undécimo del Título II de la LPL (tutela de los derechos de libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas; arts. 175 a 182). 5. Partiendo, pues de la legalidad de la actuación del piquete que fue fotografiado y filmado, lo*

*que debemos examinar es si esa toma de fotografías y filmación en vídeo lesionó o no los derechos fundamentales invocados. Es verdad que la actuación policial no impidió ni imposibilitó por completo la actividad del piquete. Así lo afirman los órganos judiciales y así lo reconoce expresamente el Sindicato demandante. Pero lo que hay que dilucidar es, en primer lugar, si la filmación restringió o limitó, aunque fuese levemente, el ejercicio de los derechos fundamentales alegados, singularmente, del derecho de huelga; en segundo lugar, si, en caso afirmativo, existía un derecho, un bien, o un interés jurídico constitucionalmente relevante que autorizase esa restricción; y, por fin, si dicha medida restrictiva resultaba justificada o proporcionada en este caso concreto, atendiendo fundamentalmente a la existencia o no de medidas alternativas igualmente eficaces y a «la proporcionalidad del sacrificio del derecho fundamental» (STC 52/1995, fundamento jurídico 5.º).*

Ahora bien, en la búsqueda de clarificar, determinar y limitar el uso de éstos instrumentos tecnológicos, se dicta una ley de filmación videográfica, como instrumento de seguridad ciudadana, al convertirse la captura de imágenes en una forma de documentación, que obedece a las siguientes realidades jurídicas:

*1- Como medida de control policial: entendido el control policial en sentido amplio, en el cumplimiento de sus funciones legales, y en particular de: a) mantenimiento -y eventual restablecimiento- de la seguridad ciudadana, b) prevención de la comisión de actos delictivos y c) Investigación de los delitos*

*2- Como medida de seguridad en establecimientos de "alto riesgo": igualmente incardinada en el contexto de la protección de la seguridad ciudadana, su instalación, lejos de constituir una opción libremente adoptada por empresarios*

*o gerentes, supone el cumplimiento de un deber inexcusable al que se subordina el legítimo desarrollo de la actividad o servicios propios del establecimiento en cuestión*

*3- Por orden judicial: definiéndose las actuaciones sumariales por su específica funcionalidad más que por su concreta previsión legal, es claro que para "averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, y la culpabilidad de los delincuentes...", la instalación de cámaras de control puede actuarse por la policía judicial a requerimiento del juez instructor, ya sea ésta una medida adoptada ex officio o a instancia de parte. De hecho, la práctica judicial confirma la idoneidad de la filmación videográfica como instrumento de identificación de los responsables criminales.*

*4- Por orden del Ministerio Fiscal: admisible en el contexto de los poderes de investigación que le confiere la legalidad vigente, si bien entendemos que la posible injerencia en el contenido sustancial de los derechos fundamentales quedaría al margen de su actuación institucional (v.gr. filmaciones en domicilios y espacios asimilados). (conforme Senés, 1996)*

A pesar de ello nos comenta Muñoz (2005, p. 389) que es indudable, desde el punto de vista de la seguridad ciudadana y la prevención de delitos, que la videovigilancia podría ser un medio eficaz como prueba material de la comisión y autoría de un hecho delictivo acontecido en espacios públicos, pero sin embargo, también es estos casos pueden conculcarse derechos fundamentales y determinar eventualmente la nulidad de la prueba obtenida. Esta especificidad no se encuentra en la legislación nacional, salvo para algunos casos admitidos por la jurisprudencia, como los expuestos arriba y más adelante en el capítulo III, sobre la videovigilancia como medio de prueba.

### **2.8.1. El uso de las tecnologías de videovigilancia en lugares públicos**

Los avances tecnológicos están de la mano con el incremento de la videovigilancia; inicialmente el costo de compra y operación del equipo significaban un riesgo que el Estado no estaba dispuesto a asumir; no obstante el incremento de los gastos policiales y la creciente alarma social sobre la inseguridad, catapultó la expedita creación de un sistema operativo en el Ministerio de Seguridad que ubicó cámaras en diversos sectores para capturar imágenes con el fin de incrementar la efectividad de sus investigaciones y persecución judicial de delitos de reiterada comisión en las vías públicas (Art. 2). Ello representa ganancias para las empresas comerciantes no solamente del equipo sino de la capacitación del personal a cargo de su uso y del mantenimiento y eventual mejora hacia tecnologías más novedosas. La incorporación de los videos no es por sí misma legítima sino mediante la instauración de una reglamentación que permita establecer quiénes serán los encargados de manipular las máquinas o los aparatos tecnológicos encargados de capturar las imágenes.

### **2.8.2. Principio de legalidad**

Toda medida restrictiva de los derechos fundamentales podrá tener su aplicación siempre que sea mediante una ley conforme lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos:

*Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.*

Este requisito de legalidad también se recoge expresamente en el artículo 8.2. del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que *toda injerencia de la autoridad pública en el derecho a la intimidad e integridad física debe estar prevista en la Ley, debiendo constituir una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad social, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la salud o la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás*. Navajas confirma la restricción de la injerencia de la autoridad pública en la esfera privada, ya que debe estar *prevista* por la ley y que, sin embargo, hay algunos derechos fundamentales que por su propia formulación constitucional, parecen de imposible restricción y no por el derecho en sí mismo, sino por su formulación tan restrictiva, como el derecho a no declarar contra sí mismo o a ser informado sobre sus derechos y, a pesar de no haberlo indicado, el derecho a la vida. (1998, pp. 149-150)

Nos explica Pérez-Cruz (1997, pp. 404-405) *que sin embargo, es cierto que resultaba, a todas luces, insuficiente habida cuenta de la generalización del fenómeno de captación pública de imágenes y del perfeccionamiento de los medios de vigilancia audiovisual, haciendo necesario y urgente la necesidad de regular adecuadamente las mismas en términos que garanticen tanto la eficacia de los resultados obtenidos con esas nuevas técnicas, como su uso, de forma que no se vean afectados los legítimos derechos de la ciudadanía, evitando la utilización abusiva de los nuevos procedimientos técnicos de seguimiento y captación de imágenes en lugares públicos y que igualmente la regulación específica de la utilización, por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de videocámaras en lugares públicos supondrá el que no pueda negarse a priori y con carácter general la legitimidad de las grabaciones obtenidas conforme a la misma -dicho en otros términos, lo que, doctrinalmente, se conoce como la legitimidad de las "fuentes de la prueba"- sin perjuicio de la facultad jurisdiccional exclusiva en la apreciación en cada caso del valor de las pruebas aportadas. (p. 404)*. Esta necesidad de crear legislación para evitar los abusos de la policía en el ejercicio de la fuerza pública suponía, para el legislador, una lucha de intereses

entre los derechos fundamentales y la seguridad ciudadana; si carecían de soporte legal, su utilización devendría en una violación de la esfera de protección constitucional y de los tratados internacionales.

Comenta Choclán que para la doctrina dominante, la restricción de un derecho fundamental con fines de investigación requiere de la existencia de una ley previa que autorice la medida (*lex scripta, lex stricta, lex previa*), *de manera que se exige la previsión legislativa de una tal injerencia, por ello corresponderá, pues, al legislador valorar los intereses en conflicto, siendo el público representado por el ius puniendi y el individual de mantener el derecho de que se trate libre de injerencias injustificadas- y determinar en qué supuestos y bajo qué condiciones puede tolerarse una restricción del derecho.* (1995, p. 57)

En éste mismo sentido Senés (1996) aclara que la prevención e investigación delictivas, como la protección de la más genérica *seguridad ciudadana* deben cohererarse con la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona y que puede afirmarse sin reservas, que en el proceso penal la verdad real no se puede conseguir a cualquier precio; al momento de la publicación y con la carencia aún de la Ley 4/97, la autora confirma la tesis expuesta que que en ausencia de regulación legal sobre el tratamiento procesal de los medios audiovisuales de reproducción *ha revitalizado el valor de la jurisprudencia*, al punto que los tribunales sientan la legitimidad de éstos medios probatorios para no lesionar los derechos fundamentales de la persona.

Paradójicamente, en la Ordenanza Procesal Penal Alemana, se trata la autorización legal para la utilización de medios técnicos acústicos y ópticos para la observación de sospechosos, encontrando un nivel legislativo que, posteriormente, encontraría una discusión acerca de la necesidad de estos medios de investigación, el cual encontraba fundamento sobre todo para el combate de la criminalidad organizada. (Llobet y Chirino, 2000, pp. 172-173)

### **2.8.3. Principio de proporcionalidad**

Las injerencias en la intimidad con fines de investigación, se encontraron en las primeras leyes procesales del Siglo XIX (Muñoz, 2005, pp. 384-386) y se extendieron cada vez más hasta que, bajo el principio de proporcionalidad, ubicaron un límite espacial y temporal para su extensión; inicialmente con las intervenciones telefónicas al no poderse violar la intimidad bajo simples conjeturas, sino bajo el control jurisdiccional que exigía una resolución motivada para el inicio de la intervención; esta idea de proporcionalidad llega hasta ser taxativa cuando de ciertos tipos de investigaciones se trata.

El principio de proporcionalidad en la videovigilancia al igual que en los demás aspectos de la intimidad, podría constituirse en una amenaza grave a la esfera privada de la persona ya que son dirigidos a descubrir actos íntimos o no públicos que repercuten en la libertad, por lo que habrán de respetarse los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad, suponiendo que la vigilancia policial respondería a un fin legítimo y basado en la sospecha razonable de la existencia de un delito. (López, 2004, s.p.)

Uno de los comentarios más interesantes en el texto de Muñoz es la cita del Tribunal Constitucional Alemán, el cual, distinguía, bajo la teoría de los dos niveles, el "simple ámbito privado" y el "ámbito intangible de la vida privada". La ponderación a realizar radicaba en que, los medios de prueba que afectan al primero pueden ser utilizados para la averiguación de la verdad, mientras que el ámbito intangible no puede nunca justificar una injerencia estatal, diferencias que son difíciles de enmarcar y producen dificultades al momento de practicarse. No obstante, se cita la resolución desarrollada por la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal alemán en sentencia del 3 de marzo de 2004, declarando que la reforma del 4 de mayo de 1998 a la Ordenanza Procesal Penal alemana era inconstitucional:

*"por no cumplir en toda su extensión las exigencias jurídicas constitucionales en relación con la protección de la dignidad humana, el principio de proporcionalidad comprendido en el Estado de derecho, la garantía de una efectiva protección jurídica y el derecho a ser oído (...) pues el desarrollo de la personalidad requiere de espacios reservados, en los que el individuo se pueda expresar autónomamente sin miedo a ser vigilado y comunicar confiadamente sus opiniones y sentimientos personales. Precisamente en un mundo en que ha llegado a ser posible perseguir y grabar cualquier movimiento o comunicación de una persona, la vivienda privada sirve al individuo como el último refugio, en que puede manifestar sin ser observado, la libertad de sus pensamientos. Ella (la vivienda particular) es, por tanto, como lugar medio para preservar la dignidad humana" (Muñoz, 2005, p. 387)*

La Ley 4/1997 de Videovigilancia española, se inspira, acorde al preámbulo, en el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad e intervención mínima y así lo consigna:

*Artículo 6. Principios de utilización de las videocámaras.*

- 1. La utilización de videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima*
- 2. La idoneidad determina que sólo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley*
- 3. La intervención mínima exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la*



*utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas.*

*4. La utilización de videocámaras exigirá la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles.*

A pesar de ello, el principio de proporcionalidad se puede entender en su triple extensión: como principio de necesidad, principio de intervención mínima o adecuación y como principio de proporcionalidad en sentido estricto.

***a) Principio de proporcionalidad en sentido amplio:***

En sentido amplio, el principio de proporcionalidad implica que únicamente será admisible a nivel constitucional aquella limitación o intervención en los derechos y libertades fundamentales que sea adecuada y necesaria para obtener la finalidad perseguida por el legislador, que deberá en todo caso estar justificada, y siempre y cuando tal injerencias se encuentren en una razonable relación con la finalidad perseguida; la comprobación se realizaría cuando se cumplen las condiciones de idoneidad, al no existir otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, la necesidad y finalmente si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto o juicio de proporcionalidad, en sentido estricto. (Pérez, 1997, pp. 405-407) Requerirá siempre de ponderación de los intereses en juego para que cuando no quepa otro medio de investigación que evite la lesión a los derechos del individuo, conlleve una prohibición en el exceso al momento de ejecutar la restricción, adoptando la medida menos gravosa: *La preservación de este principio va a tener, en el área de la prueba videográfica y como más tarde veremos, una extraordinaria importancia.* (Navajas, 1998, p. 151)

***b) Principio de intervención mínima (o adecuación)***

La intervención mínima en actividades de videovigilancia determina que aquellas quedarán referidas a ámbitos espaciales y temporales perfectamente delimitados, cuando se justifique en términos de un peligro claro, actual e inminente y no potencial, para la seguridad de las personas y bienes. (Pérez, 1997, p. 407)

***c) Principio de necesidad***

Cuando concurra la necesidad de la injerencia (Choclán, 1995, p. 58) será siempre subsidiaria aún y cuando no está presente en la legislación. Considera Pérez que las medidas restrictivas para satisfacer el fin perseguido, deben concurrir cuando no existan otros medios menos gravosos para obtener la misma finalidad. (1997, p. 408)

***d) Principio de proporcionalidad en sentido estricto***

En sentido estricto, el principio de proporcionalidad pretende, *en el caso concreto y mediante la utilización de las técnicas de contrapeso de bienes y valores y la ponderación de intereses controlar si el perjuicio vinculado a la medida legislativa limitativa de un derecho fundamental se encuentra en una relación razonable o proporcionada con la finalidad de protección del valor jurídico constitucional* (Pérez, 1997, p. 409)

La lesión de la intimidad se extiende ahora no solamente al registro del domicilio y la vigilancia de las comunicaciones privadas y control de datos personales, sino a los seguimientos y captación de imágenes, por lo que la excepción debe ir de la mano con el principio de proporcionalidad confiriéndole a la existencia previa de sospecha, más el interés en la persecución y la gravedad del delito investigado el elenco previo para aplicar y poner en práctica medios no

convencionales como la videovigilancia, siempre que no pueda obtenerse sino es mediante éste sistema la prueba (López, 2004, s.p.). El principio de proporcionalidad no está presente en el Decreto 34104-G-MSP de videovigilancia, por lo cual, la exposición hecha podría suponer un punto de partida a nuevos proyectos legislativos sustitutivos, que en le eventualidad podrían regular de manera completa el uso de esta tecnología.

#### **2.8.4. La autorización para la instalación del sistema de videovigilancia**

En el Decreto 34104-G-MSP de videovigilancia se otorga la exclusiva ejecución del Sistema Nacional de Video Protección Ciudadana, que opera bajo las siglas SNVPC, al Ministerio de Seguridad, y que se establecerá *mediante convenios y/o contrataciones, según sea el caso, con la Administración Pública centralizada y descentralizada, incluyendo a aquellas que pertenezcan al régimen municipal, las instituciones autónomas, las semiautónomas y las empresas públicas y privadas, teniendo como único socio tecnológico al Instituto Costarricense de Electricidad (Art. 1, párrafo 1ero.)*.

Asimismo, el sistema contará con dispositivos en todo el territorio de la República que serán confeccionados para este propósito cuyo objeto será incrementar las medidas de seguridad ciudadana *tendientes a la protección de la integridad física y el patrimonio de los habitantes del país*. (Art. 1, párrafo 2do.) Por último, declara de interés público dichas actividades que serán realizadas por el Ministerio de Seguridad, la Administración Pública y *empresas privadas para colaborar con esos fines y con las actividades relacionadas con este proyecto*. (Art. 1, párrafo 3ero.) Esta última autorización da autorización al sector privado para *colaborar* con los fines que persigue la ley, que, aunque no está especificado, produce dudas sobre la obtención, manipulación y archivo de las imágenes y filmaciones obtenidas en lugares públicos.

A pesar de que las imágenes serán utilizadas como *evidencia para incrementar la efectividad de las investigaciones y persecución judicial de delitos de reiterada comisión en las vías públicas* (Art. 2), es llamativo la extensión o participación que eventualmente tendrían las empresas privadas a que refiere el artículo anterior. Si es para el alquiler o compra, mediante licitación o contratación de servicios privados de videovigilancia, es necesario aclarar hasta dónde llega dicha participación, ya que produciría un roce constitucional sumado a los ya explicados de legalidad y proporcionalidad. La autoridad del SNVPC recaerá en el Ministerio de Seguridad:

*Artículo 4º— Autoridad competente para la planificación, administración y operación de los dispositivos de vigilancia. El Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública planificará, administrará y operará el Sistema Nacional de Video Protección Ciudadana, mediante cámaras de televisión y centros de captación y almacenaje de las imágenes tomadas y proyectadas por las cámaras y demás dispositivos instalados.*

No deja de ser contradictorio que las actividades serán realizadas en conjunto con empresas privadas con la administración y operación del sistema de videovigilancia a que refiere este artículo.

Llama la atención cómo la autorización de este sistema de videovigilancia, en la Ley 4/1997 española, requiere, en cada localidad, del dictamen previo de una comisión, que involucra la presencia de un juez (o magistrado acorde al derecho español): *Artículo 3. Autorización de las instalaciones fijas. 1. La instalación de videocámaras o de cualquier medio técnico análogo en los términos del artículo 1.2 de la presente Ley está sujeta al régimen de autorización, que se otorgará, en su caso, previo informe de un órgano colegiado presidido por un*

*Magistrado y en cuya composición no serán mayoría los miembros dependientes de la Administración autorizante.*

Paralelamente, requerirá para su instalación la autorización conjunta del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma (Art. 3 punto 2) previo informe de una comisión que será liderada por el presidente del Tribunal Superior de la misma Comunidad. La instalación no procederá si la Comisión a que refiere el artículo 3, punto 3, estima que supondría una vulneración de los criterios exigidos en el artículo 4, que invoca al principio de proporcionalidad para *asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus accesos; salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional; constatar infracciones a la seguridad ciudadana, y prevenir la causación de daños a las personas y bienes,* siendo éste último el fin perseguido por la videovigilancia.

La autorización no es ilimitada, ya que puede ser revocada (Art. 3 punto 5); esta posibilidad de revocarla promueve un cuestionamiento sobre la legitimidad del sistema, ya que cuando no sea necesario o se considere que vulnera los derechos más allá de la protección ciudadana, se prescindirá de su instalación y puesta en funcionamiento. De igual forma, la resolución que permita la videovigilancia *deberá ser motivada y referida en cada caso al lugar público concreto que ha de ser objeto de observación por las videocámaras. Dicha resolución contendrá también todas las limitaciones o condiciones de uso necesarias, en particular la prohibición de tomar sonidos, excepto cuando concurra un riesgo concreto y preciso, así como las referentes a la cualificación de las personas encargadas de la explotación del sistema de tratamiento de imágenes y sonidos y las medidas a adoptar para garantizar el respeto de las disposiciones legales vigentes.* (Art. 3 punto 4). Puede caber inclusive, que la misma razón que motivó la instalación pueda, posteriormente, convertirse en la que lo revoque.

Explica Pérez que el Consejo General del Poder Judicial se expresó sobre la función que tendría el Magistrado como integrante de la Comisión de

Videovigilancia cuando la ley aún era proyecto, aduciendo que *"... La participación de Jueces y Magistrados en activo en órganos administrativos, aunque sean de tipo consultivo, en materias sensibles desde el punto de vista de la afectación de un derecho o libertad de carácter fundamental, que verosímilmente van a ser más tarde sometidas a revisión judicial, sin que otro tipo de razones lo hagan imprescindible, puede comprometer la imagen externa de imparcialidad de la Administración de Justicia"*. La única previsión no asegura un sentido garantista o tutela de la actividad, sino como órgano de consulta. (1997, p. 412)

La carencia de una comisión para la instalación del sistema de videovigilancia nacional, violenta la necesaria participación institucional para afrontar lo que ellos llaman un problema de inseguridad ciudadana. Si en cada localidad se pudiera adoptar un órgano colegiado, compuesto por jueces del Poder Judicial y municipales en conjunto con el Ministerio de Seguridad, podría fundamentarse más extensa y adecuadamente el uso de cámaras de filmación en lugares públicos y hasta su desinstalación o limitación físico o espacial.

#### **2.8.5. *Ámbito físico de la videovigilancia***

La escogencia, conforme al Decreto 34104-G-MSP, de los sitios de instalación de cámaras, estará al arbitrio del Ministerio de Seguridad:

*Artículo 5º— Funcionamiento del Sistema. En los lugares seleccionados por el Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública se instalarán cámaras de protección ciudadana, resguardadas contra vandalismo y explosivos.(...)*

La ubicación de las cámaras las hará inaccesibles para quien quisiera destruirlas o inhabilitarlas, pero no sólo para ello servirán los convenios, públicos o privados, aparte de ser competencia exclusiva del Ministerio de Seguridad, sino

que colocarán las cámaras en un lugar que permita suficiente extensión espacial para cubrir la mayor parte que se pueda:

*Artículo 6º—Acerca de la ubicación física de los dispositivos de vigilancia. Las autoridades del Ministerio de Seguridad Pública establecerán convenios, tanto con instituciones del Estado, como con la empresa privada, y los gobiernos locales, para la ubicación e instalación de las cámaras de vigilancia. Tales dispositivos habrán de instalarse a suficiente altura que permita la mayor cobertura posible en sus tomas y transmisiones.*

No se especifica los criterios para la selección de los lugares, lo que deja abierta la posibilidad de que puedan violar el derecho a la intimidad al capturar imágenes en domicilios particulares o recintos públicos destinados a fines particulares, hasta el ámbito intangible de la intimidad comentado por Muñoz Conde en la postura del Tribunal Constitucional Alemán en sentencia del 3 de marzo de 2004, en cuanto a la teoría de los dos niveles (cita supra); si dejamos únicamente a la policía la facultad de valorar dónde se instalan las cámaras sin ninguna posibilidad del ciudadano de cuestionar la ubicación, se estaría violentando también el derecho a recurrir las decisiones estatales.

Contrariamente encontramos el criterio de Ángeles Jareño (2008, p. 109, quien conviene en la no afectación de la intimidad cuando se capturan imágenes sin el consentimiento expreso del titular en espacios públicos, ya que *mientras se trate de lugares por los que transite abiertamente cualquier persona, queda prácticamente descartada la posibilidad de protección penal de la imagen. Sólo cuando se trate de espacios físicos de carácter más reducido e íntimo, aunque se encuentren dentro de dichos lugares públicos, será factible la lesión desde la*

*perspectiva penal: por ejemplo, cuando se capta la imagen de alguien en el probador de una tienda de ropa.*

Sobre este punto disiente la jurisprudencia norteamericana, siendo uno de los casos más conocidos el de la actriz Winona Ryder, donde se obtuvo como prueba el video capturado en el vestidor de una tienda de ropa exclusiva, proceso que será comentado en el Capítulo III, en los videos como medios de prueba en el proceso penal.

### **2.8.5. Duración de la videovigilancia**

La ubicación de las cámaras acorde a la Ley 4/1997 por resolución de la Comisión deberá indicar expresamente el ámbito físico de la observación o filmación y las medidas de salvaguarda necesarias para que no sea posible efectuar utilizaciones inadecuadas de estos sistemas, deberá establecer la duración de la medida, a cuyo término habrá de solicitarse su renovación, y debe tener carácter revocable en todo caso si las circunstancias determinantes de su implantación hubiesen variado, por lo que su renovación, una vez vencido el plazo, no se hará de forma automática sin reparar en el hecho de si las circunstancias que determinaron su instalación se han modificado o no. (Pérez, 1997, p. 412). Renueva la observación hecha supra sobre la importancia de la Comisión, no sólo como órgano consultor sino, para en cada caso, como a quien se debe recurrir para posicionar los aparatos o prolongar su función.

En todo caso, no podrá exceder un año: (...) *Asimismo deberá precisar genéricamente el ámbito físico susceptible de ser grabado, el tipo de cámara, sus especificaciones técnicas y la duración de la autorización, que tendrá una vigencia máxima de un año, a cuyo término habrá de solicitarse su renovación.* (Artículo 3, punto 4, Ley 4/1997). El exponer el plazo máximo de duración, entramos al siguiente punto de importancia: la extensión temporal de la videovigilancia.



Nuestro Reglamento de Videovigilancia no regula la duración o vigencia de la captura de imágenes, por lo que quedará abiertas ya sea: **a-** al tipo de contrato que realice el Ministerio de Seguridad (alquiler o compra de los equipos de videovigilancia), **b-** a la vida útil de los aparatos, **c-** a la renovación tecnológica (si se encuentra una mejor forma de vigilar) ó **d-** de manera indefinida sin tener que justificarse ante otra institución más que a sí misma.

### **2.8.6. Disposición temporal de la información**

El artículo 5, párrafo 2do. del Decreto 34104-G-MSP, informa sobre la comunicación de las tecnologías de videovigilancia y el soporte de almacenamiento: (...) *Las cámaras enviarán la información a un centro de operaciones en el Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, la cual se almacenará bajo custodia responsable que impida su sustracción o acceso por personas no autorizadas.* Además de ello, en éste artículo se autoriza, de manera indeterminada, el almacenaje de la información obtenida durante la vigilancias: (...) *Las autoridades del Ministerio de Seguridad Pública podrán resguardar copia de la información por el período que se estime necesario para la consecución de los fines del presente Decreto.* Sin embargo no hay en el reglamento, un límite temporal (ni tampoco espacial), que obligue a las autoridades de policía a terminar un período de vigilancia e iniciar otro, si es necesario o procedente.

Por su parte, en la Ley 4/1997 española sí encontramos un límite para el resguardo de las grabaciones, que serán destruidas en el plazo máximo de un mes desde su captación, *salvo que estén relacionadas 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 o administrativo abierto.* (Art. 8)

Ello es de importancia a la eventual infracción al derecho de la intimidad de las personas; si no se estipula cuánto tiempo va a estar almacenadas las capturas

realizadas por los equipos de videovigilancia, se puede utilizar hasta más allá de los límites legales necesarios para la puesta de denuncias, lo que influiría en la prescripción de algunos tipos penales, sobre todo los de menor rango punitivo como los hurtos. Igualmente, el mantener por largos períodos información personal capturada en sitios públicos, sería considerada una violación al derecho a la intimidad, al no perseguir ningún fin más que el de su existencia. También, y con referencia a la legislación española, veremos que el guardar información más allá de un mes no tendría sentido, quizás por los costos de adquisición de dispositivos de almacenamiento y a la vez, por la posibilidad de perderse o llegar a ser objeto de extravío con fines comerciales o personales, por parte de los encargados de su custodia, surgiendo un nuevo problema para el reglamento: la selección del personal.

#### **2.8.7. Selección del personal y regulación de las infracciones**

Uno de los problemas que surgen con las nuevas tecnologías es la legitimación de las autoridades que vayan a utilizarlas. Con la videovigilancia queda en manos de muy pocas personas la vigilancia de muchas (panóptico), quienes tendrán su emplazamiento en cualquier lugar del país, no haciendo falta su presencia física. Los requisitos del personal deben de estar enumerados y hacer, mediante un proceso de selección exigente, los nombramientos a que refiere el decreto:

*Artículo 11.—Acerca de la selección y deber de confidencialidad del personal que manejará la transmisión de imágenes por los dispositivos. Para la selección del personal a cargo del uso y mantenimiento de estos equipos de vigilancia electrónica se hará una rigurosa escogencia, identificando personas no sólo con la formación idónea para el manejo y operación del sistema, sino con los atributos morales que aseguren el buen uso de la información. Todas las personas*

*finalmente contratadas habrán de laborar bajo el deber y obligación de mantener el más estricto secreto profesional acerca del contenido y del funcionamiento del sistema. La infracción a este deber de secreto profesional y confidencialidad será sancionado conforme a lo dispuesto por las leyes penales.*

Interesante resulta la Ley 4/1997 española al no hacer especial referencia a las cualidades personales de los encargados de usar y resguardo de los sistemas y de la información, pese a ser tan exigentes con el nombramiento de la Comisión para ponerlo en funcionamiento, situación que igual, no está contemplada en el reglamento de la ley (Real Decreto 596/99 de 16 de abril), salvo en el artículo 8, sobre el deber de reserva y confidencialidad y la posibilidad de utilizar el régimen disciplinario cuando no cabe una denuncia penal:

*Artículo 8. (...) 2. Cualquier persona que por razón del ejercicio de sus funciones tenga acceso a las grabaciones deberá observar la debida reserva, confidencialidad y sigilo en relación con las mismas, siéndole de aplicación, en caso contrario, lo dispuesto en el artículo 10 de la presente Ley.*

*3. Se prohíbe la cesión o copia de las imágenes y sonidos obtenidos de conformidad con esta Ley, salvo en los supuestos previstos en el apartado 1 de este artículo.*

*4. Reglamentariamente la Administración competente determinará el órgano o autoridad gubernativa que tendrá a su cargo la custodia de las imágenes obtenidas y la responsabilidad sobre su ulterior destino, incluida su inutilización o destrucción. Dicho órgano será el competente para resolver sobre las peticiones de acceso o cancelación promovidas por los interesados*

El manejo de la información está regulado en el artículo 12 del Decreto 34104-G-MSP de Videovigilancia, al indicar que quedará prohibido el acceso de personas no autorizadas en las salas, *donde se instalarán los monitores que captan las imágenes enviadas por los dispositivos*, y teniendo acceso a la información *únicamente mediante autorización individual y expresa de las autoridades con acceso a ella*, sin que expresamente se mencione cuáles autoridades o con qué fines. La entrada al sitio donde esté la sala de control de videovigilancia tendrá acceso restringido, creándose un registro para *sentar las responsabilidades del caso por el eventual mal uso de la información así recibida*.

En cuanto a la responsabilidad por el uso inadecuado de los sistemas de videovigilancia, el Decreto 34104-G-MSP, y como referencia al *buen padre de familia*, se sentarán las responsabilidades:

*Artículo 13.—Acerca del deber de cuidado y protección de los dispositivos y del sistema en general, incluyendo los monitores. El personal nombrado para la instalación, el manejo y el control del sistema en general deberá emplear en ello el cuidado de un buen padre de familia, y serán personalmente responsables por el mal uso o inadecuado trato que se pueda dar a los mismos, de conformidad con lo que disponen las leyes del país, tomando siempre en cuenta que se trata de bienes propiedad del Estado.*

Las responsabilidades que se indican en el artículo 12 del Decreto 34104-G-MSP, no responden de igual forma a la *Disposición adicional séptima* de la Ley 4/1997 española, en el tanto enumera las faltas e infracciones:

*1. Se considerarán faltas muy graves en el régimen disciplinario de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, las siguientes infracciones:*

- a. *Alterar o manipular los registros de imágenes y sonidos siempre que no constituya delito.*
  - b. *Permitir el acceso de personas no autorizadas a las imágenes y sonidos grabados o utilizar éstos para fines distintos de los previstos legalmente.*
  - c. *Reproducir las imágenes y sonidos para fines distintos de los previstos en esta Ley.*
  - d. *Utilizar los medios técnicos regulados en esta Ley para fines distintos de los previstos en la misma.*
2. *Se considerarán faltas graves en el régimen disciplinario de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado las restantes infracciones a los dispuesto en la presente Ley.*

No obstante, el régimen disciplinario anterior se aplicará *cuando no haya lugar a exigir responsabilidades penales*. (Art. 10 Ley 4/1997), de manera que procederá primero una investigación penal antes de aplicar las sanciones administrativas, aunque podría entrar en roces con el principio *non bis in idem*.

#### **2.8.8. Rotulación y advertencia**

Tanto en el Decreto 34104-G-MSP en su artículo 7 como en la Ley 4/1997 española, exigen a las autoridades la *advertencia al público que las cámaras están vigilando actividades ciudadanas al colocar y mantener letreros de aviso, que en lenguaje claro y sencillo, le permita al ciudadano conocer que el sector, calle, edificio, o lugar por el que transita, está siendo vigilado mediante el sistema de cámaras*. Las calidades que el rótulo de aviso tendrá serán de tratará de un rectángulo de un metro de largo por medio metro de alto, con letras suficientemente visibles, y colores llamativos y se ubicarán dentro del área cubierta por la respectiva cámara de vigilancia; sin embargo, en lugares despoblados y carreteras o autopistas nacionales, podrá, a criterio de las autoridades competentes, *umentarse el tamaño de los rótulos de forma tal que*

*los transeúntes y conductores los puedan leer sin dificultad. sin poder disminuir el tamaño ya mencionado. Los rótulos tendrán la siguiente leyenda:*

“CIUDADANO: PARA SU SEGURIDAD PERSONAL Y LA DE SUS BIENES, ESTE SECTOR ESTÁ CUBIERTO POR CÁMARAS DE VIGILANCIA. MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA”.

### ***2.8.9. Videovigilancia en las vías de transporte terrestre***

En el artículo 3 del decreto de videovigilancia, se dispone una extensión hacia las carreteras y autopistas, aunque hubiese sido más feliz si se tomara en cuenta la participación del Ministerio de Obras Públicas y Transportes para la ejecución de un proyecto aparte que regulara el tráfico vehicular. Para ello la Ley 4/1997 española sí aclaró que *la instalación y uso de videocámaras y de cualquier medio de captación y reproducción de imágenes para el control, regulación, vigilancia y disciplina del tráfico, se efectuará por la autoridad encargada de la regulación del tráfico.* (Disposición adicional octava)

## CAPÍTULO III

### VALOR JURÍDICO-PENAL DE LA VIDEOVIGILANCIA

Para finalizar y no menos importante, es el producto que emana de la videovigilancia: la información como prueba del delito. Indicado en el capítulo anterior, existen una serie de normas que podrían poner funcionar de manera legítima la videovigilancia, ya que actualmente el decreto violenta el principio de legalidad y proporcionalidad, indispensables en un estado de derecho. Por su parte, la incorporación ordinaria en el proceso penal de pruebas obtenidas por medios tecnológicos, vendrá a ser una constante en los futuros juicios, siendo ésta la finalidad perseguida en el reglamento de videovigilancia, que está incluida en artículos 8 y 9 del Decreto 34104-G-MSP, ya sea para fines policiales o como prueba en procesos judiciales.

#### 3.1. Valor constitucional de la imagen

La intimidad como derecho constitucional es inviolable; dicha prohibición, como veremos adelante, no se constituye en absoluta sino relativa, salvo la excepción de los dos niveles expuesta por el Tribunal Federal Constitucional alemán y citada por Muñoz (2005, p. 387), la cual, por no haber sido desarrollada en las obras investigadas, no será expuesta a fondo. Frecuentemente invocamos los derechos fundamentales como absolutos, por la naturaleza personal que resguardan. Así encontramos nuestro domicilio con el refugio donde, solamente una podrá, mediando una orden, ser allanado por un juez competente *para impedir la comisión o impunidad de delitos, o evitar daños graves a las personas o a la propiedad, con sujeción a lo que prescribe la ley.* (Artículo 23 de la Constitución Política)

Asimismo, en el numeral 24 constitucional y al no ser solamente el domicilio el que exclusivamente posee la esfera de intimidad, se extiende a la libertad, desde la óptica íntima y al secreto de las comunicaciones, que igualmente son inviolables, salvo que por ley, que requerirá de dos tercios de la Asamblea Legislativa, se fije *en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento. Igualmente, la ley determinará en cuáles casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial. La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos. Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los Diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión. No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación.* Dicha exigencia ya se cumplió con el dictado de la Ley de Intervención, Registro y Secuestro de las Comunicaciones.

La violación de los preceptos constitucionales no parece evidente en la videovigilancia, al no estar fijada la imagen como parte de la esfera íntima de la persona, derecho localizado en uno de los cuerpos legales más antiguos del país, el Código Civil:



*Artículo 47.- La fotografía o la imagen de una persona no puede ser publicada, reproducida, expuesta ni vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que la reproducción esté justificada por la notoriedad de aquélla, la función pública que desempeñe, las necesidades de justicia o de policía, o cuando tal reproducción se relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público. Las imágenes y fotografías con roles estereotipados que refuercen actitudes discriminantes hacia sectores sociales no pueden ser publicadas, reproducidas, expuestas ni vendidas en forma alguna.*

La reforma de éste artículo en 1996 obedecía a la Ley 7600 para el acceso a las personas con discapacidad. En la norma se autoriza la publicación de la imagen por *necesidades de justicia o policía*, lo que deja abierta la posibilidad, dentro del ordenamiento privado del derecho, el uso estatal de la videovigilancia, siempre entendida como una secuencia de imágenes; importante aclarar que la imagen no está dentro del marco constitucional.

### **3.2. Uso policial de las capturas en videovigilancia y la tecnología como medio de investigación (¿prevención o represión?)**

La toma de imágenes con fines policiales despierta suspicacia, al poner el ámbito de intimidad de la persona al uso arbitrario para fines de seguridad ciudadana. En el caso de videovigilancia en lugares públicos, los fines de nunca podrán sobrepasar más allá de la denuncia policial, ya sea para identificar al detenido o corroborar el hecho delictivo, aunque en el Decreto 34104-G-MSP se fije únicamente para la primera:

*Artículo 8º—Acerca del uso en investigaciones policiales de las imágenes tomadas por los dispositivos. Las imágenes captadas por las cámaras de vigilancia sólo podrán ser utilizadas por las autoridades de policía del Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública para identificar a posibles infractores, y en ningún caso se podrán utilizar para fines ajenos a la investigación de infracciones o delitos penales y contravenciones.*

Choclán (1995, p. 61) comenta que, la prueba videográfica produce siempre un conflicto con el derecho a la intimidad, pero por no ser aquel de carácter absoluto, tendrá prohibiciones relativas; la intromisión será legítima cuando se cumplan al menos, los requisitos que detalla la sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de mayo de 1993, en cuanto refiere que *"las tareas de investigación de todo hecho delictivo están encaminadas a practicar las diligencias necesarias para comprobar y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial. En el desarrollo de estas funciones se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación. Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas. Para llevar a cabo estas funciones se pueden utilizar toda clase de medios que permitan constatar la realidad sospechada y que sean aptos para perfilar o construir un material probatorio que después pueda ser utilizado para concretar una denuncia ante la autoridad judicial. / No están descartados los sistemas mecánicos de grabación de imágenes y su utilización debe realizarse dentro de los márgenes marcados por el respeto a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio"*.

Pero obviamente a diferencia de lo que sucede con la tortura, el empleo de los medios audiovisuales en la averiguación y, en su caso, prueba de un delito, no produce el mismo rechazo o repulsión moral, entre otras cosas porque no siempre lesiona un derecho fundamental y su utilización puede y debe ser admitida, siempre, claro está, que ello sea compatible con los derechos fundamentales del ciudadano que garantiza la Constitución y los pactos internacionales de derechos civiles, y se lleve a cabo con determinados procedimientos y garantías. (Muñoz, 2005, p. 404)

No por menos, debemos olvidar el origen: *La investigación era el poder soberano arrogándose el derecho de establecer la verdad por medio de cierto número de técnicas reguladas. Ahora bien, si la investigación, desde ese momento, formó cuerpo con la justicia occidental (y hasta nuestros días), no hay que olvidar ni su origen político, su vínculo con el nacimiento de los Estados y de la soberanía monárquica, ni tampoco su desviación ulterior y su papel en la formación del saber. La investigación, en efecto, ha sido la pieza rudimentaria, sin duda, pero fundamental para la constitución de las ciencias empíricas; ha sido la matriz jurídico-política de este saber experimental* (Foucault, 2003, p. 208). Esta pieza fundamental que habla el autor está más presente que nunca en los procesos judiciales; ya no importan los límites de la verdad, se debe llegar a ella a toda costa y si es de procedimientos y garantías, los unos superan las otras, y despacio pero cierto, la tecnología relativiza los derechos, sobre todo, los que comprenden a la intimidad.

La grabación de imagen y sonido en espacios públicos, antes de que se inicie un procedimiento, dará lugar a la *notitia criminis* que será comunicada al juez, a quien se le entregará el soporte original íntegro de la filmación. (Rodríguez, 2007, p. 300). Esta entrega se realizará cuando exista de por medio una orden del juez, para que el Ministerio Público o el Organismo de Investigación Judicial tengan acceso a la información, que posteriormente será puesta a disposición de

las partes (Art. 9 de Decreto 34104-G-MSP). Este valor de denuncia no produce en las grabaciones un valor probatorio en sí mismas, hasta que se logre determinar por otros medios, su adveración, mediando el proceso penal y las reglas de inmediatez, oralidad y contradictorio.

Este uso de nuevas tecnologías, como la informática y las telecomunicaciones, son la base diaria del individuo; la información como socio comportamental del individuo, puede convertirse en un escenario con una inmensa capacidad de control social que, potencialmente pone en riesgo derechos y libertades básicas. Una buena regulación del uso de nuevas tecnologías y un buen sistema de garantías judiciales que no haga inoperante a la policía, eliminaría el temor al "gran hermano", siempre que, la vigilancia como cualquier otra actividad de investigación, será sometida al permanente control judicial. (Llamas y Gordillo, 2007, pp. 213-214).

Lo que Lobet y Chirino (2000, p. 192) llaman como "apertrechamiento tecnológico" influye sobre la investigación. En una de las citas, refieren con especial interés, las consecuencias de la nueva vigilancia: *Una apreciación psicológica acerca de los temores de la población, superaría los límites de una investigación jurídica sobre las consecuencias de la reacción estatal contra la criminalidad organizada. No obstante, y como interesante cuestionamiento, se puede plantear que en realidad el Estado podría estar generando más miedo y temores a través de la utilización de estos medios altamente lesivos a los derechos constitucionales, los cuales bien podrían generar en la población, una legítima preocupación frente al enorme poder informativo que está alcanzando el Estado, y que literalmente convierte al ciudadano en un ser de cristal, transparente al control.* (Blankenburg, Sicherheti, p. 11, tomado el 14 de enero de 1998 en <http://www.datenschutz-berlin.de/aktuelle/presse98/presse01.htm>)

El Decreto 34104-G-MSP, dentro de la exposición de motivos, califica como una "Reacción institucional positiva" que *"Las autoridades nacionales han formulado y están en proceso de implementar toda una plétora de políticas públicas tendientes a prevenir, detectar, desmotivar, investigar policialmente y perseguir en sede judicial a un amplio grupo de esas conductas reprochables y generadoras de temor y dolor ciudadano. La investigación, más que un medio para obtener evidencias e incorporar pruebas al proceso, se convierte en un fin en sí misma, influyendo psicológicamente sobre el ciudadano para desmotivarlo de cometer delitos, concepto interesante.*

La represión es ligeramente trasladada hacia la prevención. Llobet y Chirino comentan al respecto, que *la policía ya no tendrá que esperar la existencia de una sospecha para reaccionar (...) Tampoco será necesario, por ejemplo, esperar a que el peligro concreto sea imputado directamente a alguna persona para que el mecanismo de la justicia sea puesto en marcha. La policía y el sistema de justicia penal, en general, asumen sus tareas en lo que con razón llama Kniesel una forma de tutela preventiva de peligros. Esta reacción en una etapa contingente a la producción del peligro implica, por cierto, una nueva dimensión operativa del trabajo policial que es en realidad una mezcla verdaderamente exótica de prevención de peligros, defensa frente a riesgos e investigación criminal. Si en el trabajo de "hacer visibles" a los perpetradores, no importa el uso de redes tecnológicas que tengan a ciudadanos inocentes. (2000, pp. 196-197)*

Al respecto, explica Choclán Montalvo:

*En consecuencia, la valoración de la concreta actuación policial consistente en la captación de imágenes mediante vídeo se encontrará justificada en la medida en que una tal diligencia aparezca como necesaria para la prevención del delito o para la*

*averiguación del delincuente. De otra parte, debe concurrir la nota de subsidiariedad, esto es, no deben existir otros medios menos gravosos para obtener la misma finalidad. Desde luego que lo que, en modo alguno, estaría legitimado es una disposición continuada de cámaras de vídeo para filmar la generalidad de los actos que todas las personas que transiten por la zona puedan desarrollar en determinado espacio público sin que concurren indicios fundados de que se va a cometer un delito -funciones de prevención- o de que se esté cometiendo -funciones de represión y defensa del orden-, pues, un sistema de vigilancia indiscriminada de las actividades de los ciudadanos en general por parte de la autoridad pública, constituiría una injerencia prohibida en el ámbito de la intimidad que comprende las manifestaciones públicas de la vida privada... (1995, p. 67)*

Este interés del Estado de *hacer transparente* al ciudadano y de investigar o *prevenir investigando* es cada día más latente en nuestra sociedad y el resto del mundo. El control de la investigación ya no tendría tanto interés como el control sobre todas las acciones humanas que puedan ser objeto de monitoreo, legal o ilegal; es el mundo del panoptismo tecnológico: *Una sujeción real nace mecánicamente de una relación ficticia. De suerte que no es necesario recurrir a medios de fuerza para obligar al condenado a la buena conducta, el loco a la tranquilidad, el obrero al trabajo, el escolar a la aplicación, el enfermo a la observación de las prescripciones.* (Foucault, 2003, p. 187). La tecnología produce ficción, pero también tiempo real (Virilio); este concepto, presente en la videovigilancia, determina los movimientos del ciudadano no solo en el espacio sino en el momento, tecnología cuya validez se ubicará en la legislación y la jurisprudencia, complacientes con la opinión pública manipulada por informaciones tergiversadas.

La doctrina "doble-funcional", citada por Llobet y Chirino (2000, p. 195) expuesta por el Tribunal Supremo Alemán, parte del hecho de que cada persecución penal dirigida al descubrimiento del perpetrador debe, a la vez, impedir hechos criminales en el futuro; esta es una postura preventiva de peligros en el proceso penal, abriendo una puerta para justificar lesiones a los derechos fundamentales, ya que la policía podría utilizar los datos a su antojo y casi sin potestad de control por parte de la fiscalía. (BGH, Urteil v. 14.5.1991 y cita de Gusy, StV, 1991, p. 499). Esta clarividencia del autor defiende la tesis del abuso policial en las investigaciones y en el manejo de datos, que no solamente son objeto del comercio, sino que son utilizados con fines políticos y no necesariamente de combate de la criminalidad, sino de control por el control mismo: la tecnología para el ejercicio del poder.

### **3.2. La validez de la videovigilancia como medio de investigación**

Las prohibiciones o limitaciones probatorias sirvieron, primero para designar inadmisibilidad procesal (prohibición de recolección probatoria) y segundo, la imposibilidad de ser utilizadas para fundamentar el fallo (prohibición de la valoración). Dentro de ésta problemática, desarrollada sobre los métodos de investigación tradicionales, se agrega el problema de la posmodernidad, por el desarrollo de las ciencias naturales y la técnica, las que superan geoméricamente las posibilidades antiguas, desde escuchas a distancia con transmisores supersensibles, transmisiones audiovisuales o grabaciones ocultas, convirtiéndolo en una de las polémicas para la dogmática procesal penal (Maier, 2003, pp. 134-137, citado por Muñoz en 2005, pp. 378-379)

La ilicitud de un video puede derivarse en quién lo haya obtenido y los medios que utilizó para ello; así por ejemplo, si la manifestación es hecha en un medio de comunicación colectiva como la televisión o actualmente la internet,

existe un interés del emisor en que se difunda y sea pública la información. No obstante, cuando se trata de una manifestación verbal en desconocimiento del titular emisor, podría incurrirse en un delito (Art. 198 C.P.)

Dentro de las reformas más recientes al Código Procesal Penal nacional, está la de protección a víctimas y testigos mediante Ley 8720 del 22 de abril de 2009, la cual operará bajo el principio de proporcionalidad (Art. 2) y entre sus fines está el proteger la imagen de las partes intervinientes (Art. 9). Este tema se puede comparar con la Ley Contra el Crimen Organizado, pero el secreto procesal tiene relación con el origen de las denuncias en el caso de la videovigilancia. Este secretismo policial podría generar algunas dudas cuando de obtener prueba o testimonios trata; esto ya ha sido tratado tanto a nivel nacional como internacional, aceptando que la denuncia anónima es permitida, pero que la validez de ella se hará cuando se puedan interrogar al denunciante y los policías, por cuanto daría valor únicamente a la investigación, pero no la convierte en prueba hasta que se incorpore en el juicio, y así lo expone Choclán Montalvo:

*Este problema ha sido tratado por diversos tribunales extranjeros y supranacionales. Así el Tribunal Supremo Alemán [BGH, 17, 382 (386) de 1 de agosto de 1962] inicialmente admitió como prueba válida el testimonio indirecto argumentando que las partes podían interrogar a los testigos de referencia y criticar en juicio los resultados de la prueba. Sin embargo, abandonando esta doctrina el Tribunal Supremo Federal en Auto de 17 de octubre de 1983, ha exigido para la admisión de la prueba que conste en autos la identidad del testigo. En este último sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia de 20 de noviembre de 1989, caso Kotovaki, y 27 de septiembre de 1990, caso Windrick) da validez a las informaciones confidenciales como indicios para*



proceder con ellos como medios de investigación, pero nunca como prueba, ya que limitan gravemente la defensa y con ello se viola el derecho a un proceso equitativo y al valor de convicción que para el juez tiene el apreciar con sus propios ojos y sentidos, de forma inmediata, la globalidad del testimonio prestado en juicio y ante el público y el acusado, por el propio delator./ En suma, de la anterior doctrina se desprende, en una Interpretación armonizadora de los artículos 297, 710 y 717 de la LECrim. que la policía puede o no revelar los nombres de las personas que le han manifestado noticias, pero si se quiere usar su testimonio como prueba, debe llevarse al confidente al juicio oral para que lo contradiga la defensa, si quiere (este sistema también en Impera en Alemania o USA, por ejemplo). El subrayado no viene en el original. (1995, p. 75)

Otro de los problemas durante la investigación es la posibilidad de alterar las grabaciones; la de última generación podrían establecer "marcas de agua", para garantizar su originalidad, salvándolas de la manipulación, de forma que se identifiquen mediante registros, los horarios y calendarios de ejecución. (Llamas y Gordillo, 2007, p. 222), lo que podría suponer la atracción al proceso de peritos, quienes certificarían la autenticidad de los videos o contrariamente, servirían a las partes para cuestionar su legitimidad.

### **3.3. La valoración jurisdiccional de la videovigilancia**

Sumado a los problemas que surgirían durante la investigación, está la aceptación de la videovigilancia como medio de prueba para fundamentar una sentencia, que básicamente representa tres puntos importantes: la incorporación

del video al proceso, sobre todo en la parte del debate, el eventual peritazgo para advenir su origen y por último, la declaración de los policías y testigos que estuvieron involucrados en los hechos así como en la operación del equipo de captura y grabación de imágenes.

### **3.3.1. La incorporación al juicio del video**

La causa principal de admisión de los videos como prueba reside en su natural aceptación por parte de jueces, tanto que hasta la grabación de los juicios y la lectura de las sentencias, sustituyen los documentos escritos. No obstante, en el caso de la videovigilancia, *la eficacia de la prueba filmación videográfica está subordinada a la visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción, igualdad, inmediación y publicidad* (Muñoz Conde, 2005, p. 397)

Al reflexionar sobre la *naturaleza jurídica* de la medida de captación de imágenes de personas, en las condiciones vistas, puede llegarse a la conclusión de que nos encontramos ante lo que se denomina por la doctrina *medidas instrumentales restrictivas de derechos*, constituyendo, fundamentalmente, una medida de investigación con posible función probatoria. Así junto a los efectos que despliega en la fase sumarial como instrumento de investigación del delito y averiguación de los culpables, el material videográfico puede constituir una *pieza de convicción* que, en su momento, deberá disponer el órgano que conozca de la causa y deba dictar sentencia, y aunque no es propiamente en sí mismo un medio de prueba sí constituye una fuente de prueba a introducir en el juicio oral a través de la prueba documental de ordinario. Por ello, en cuanto puede ser objeto de valoración judicial a los fines de fundar la convicción de culpabilidad debe verificarse su autenticidad, lo que, en buena medida depende de la forma de aportación al proceso del material de que se trate.

### **3.3.2. El peritazgo del video**

Una cuestión de relevancia para el proceso es la constatación de legitimidad de las grabaciones; si el equipo permite la creación de "marcas de agua" sobre el material capturado, cabría, aún así, la posibilidad de manipulación de las imágenes. No hay un límite informático que sea inviolable y ello ha sido demostrado en diversos casos históricos. En sentencia del Tribunal Supremo español del 27 de enero de 1996 (caso Susaeta) y comentada por Navajas (1998, p. 162), se afirma que el la manipulación *tiene por finalidad encuadrar y clarificar las mismas (imágenes)* y continúa diciendo que *no vulnera ninguna norma procedimental / Se trata de aplicar los conocimientos técnicos para mejorar la imagen, y consecuentemente la percepción visual de los testigos, llamados a manifestar si conocen o no a la persona representada gráficamente*. Requiere, sin embargo, para el nombramiento, la constatación de atestados de un experto, quien certificará ante el tribunal y las partes, que la tomas surgen a partir del material "virgen" que llegó al proceso, salvo que el cuestionamiento surgiera sobre la autenticidad de su origen, lo que vendría a representar otro conflicto.

Las mejoras y modificaciones, son únicamente posibles cuando el material ya está bajo custodia judicial, quedando también la posible ruptura de la cadena de custodia, sin embargo, *queda, pues, claro que, como se deduce con claridad de esta sentencia, no es suficiente la mera constatación videográfica como medio de prueba si no pasa por todos los controles procesales de validez que la convierten en verdadera prueba. Ésta es la diferencia principal, que muchos todavía desconocen, entre lo que puede ser un dato útil para una investigación policial y lo que después puede ser utilizado como medio de prueba* (Muñoz, 2005, p. 398). Al no existir un protocolo para determinar la adveración del origen de las capturas obtenidas en videovigilancia, podría ocasionar la exclusión del proceso si se demostrase la falta de autenticidad o de legitimación de los operadores o del equipo utilizado.

La entrega de las grabaciones se debe de hacer inmediatamente al juez y no como lo consigna el decreto, que exige una orden previa; se deben aportar las cintas o dispositivos de almacenamiento originales en forma íntegra, salvo que por razones tecnológicas se debiese de entregar una copia en un formato distinto al de almacenamiento, como podrían ser los discos compactos o de video , pudiendo servir bien un medio de comunicación electrónica, ya sea la internet o las redes interinstitucionales, con los peligros que ello podría suponer para el tráfico de la información. La manipulación por parte de peritos debe constatarse en el juicio, por lo que debe apersonarse también a declarar: "*La prueba pericial practicada en el acto del juicio oral, subsana en este aspecto cualquier irregularidad formal que hubiera podido producirse en la aportación del material videográfico.* (Choclán 1995 p. 70)

### **3.3.3. El valor de la declaración en juicio del operador del equipo de videovigilancia**

Finalmente y como afirma Muñoz Conde (2005, p.391), *la grabación obtenida sólo tiene el valor de mera denuncia, debiendo, para alcanzar eficacia probatoria, incorporarse al juicio oral, y corroborarse allí, mediante la correspondiente contradicción, con la declaración de los agentes que la realizaron.* La videovigilancia por sí misma no es una prueba, sino hasta que pueda ser demostrado en juicio qué medios se utilizaron para su obtención y quiénes conformaban el grupo encargado de operar el equipo tecnológico, los que deberán eventualmente ratificar lo que se reproduzca en el debate, así por ejemplo se ha expuesto Cafferata en parte de la doctrina procesal penal:

*a) A diferencia de lo que ocurre con las declaraciones producidas oralmente en el proceso, en las cuales se conoce de antemano, en*

*forma indubitable, quién es la persona que las hace -pues ha sido previamente identificada (v.gr., art. 249)-, respecto de los documentos será necesario determinar si la persona a quien se le atribuye su creación o suscripción es en realidad su creador o suscriptor; o también averiguar quién es el autor de la falsificación de firma, o del documento sin ella. Es el problema de la autenticidad. Tratándose de un documento privado, la atribución podrá derivar del reconocimiento del autor, del cotejo pericial con escritos de comparación indubitables, o de otros medios de prueba (testimonio de la persona que lo redactó por orden de quien aparece como suscriptor, etc.), pues rige al respecto el principio de libertad probatoria (art. 206)'. No escapan de esta cuestión los medios modernos de registración de imágenes (fotografías), sonidos (grabación) o ambos a la vez (filmaciones, videotapes). Al contrario, resulta de particular relevancia determinar quién operó la máquina registradora respectiva. (1998, pp. 179-180)*

También este punto de incorporación de declaraciones al debate de los intervinientes en el manejo de cámaras de videovigilancias, Senés afirma que dicha prueba carece de autonomía funcional conforme lo explica la jurisprudencia española en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de 7 de febrero de 1994: *"Atendiendo a su eficacia probatoria diversos son los pronunciamientos jurisprudenciales que niegan la autonomía funcional de la filmación videográfica, confirmando su carácter complementario respecto del testimonio del sujeto que controla la filmación; y ello porque, en definitiva, la filmación no es sino una técnica que permite "transferir" las percepciones sensoriales a un instrumento mecánico que complementa y toma constancia de lo que sucede ante los que en su día deponen como testigos"* (1996, p. 13)

Igualmente, la referencia del testigo con respecto a las capturas obtenidas es frecuente: *"Lógicamente, la identidad de esos colaboradores suele ocultarse por la policía, acogiéndose al secreto profesional, de modo que no se aportan datos al atestado ni al proceso consiguiente sobre qué personas concretas identificaron al acusado como el que aparecía en las imágenes exhibidas. Fácilmente se observa que la defensa no puede someter a contradicción a testigos que no son traídos al proceso, debiéndose contentar con interrogar a los funcionarios de policía que intervinieron en aquel proceso de identificación. Aunque el tema de que se trata es tan sólo colateral al problema de la prueba videográfica, por la frecuencia con que se presenta en la práctica relacionado con el material videográfico resulta obligado, aunque sea sucintamente, referirse a él."* (Choclán, 1995, p. 74). Esta tesis es sostenida por Navajas (1998, p. 163), en el sentido de que la eficacia probatoria está subordinada a la concurrencia de un *plus de credibilidad* que vendría otorgado por la práctica complementaria de pruebas testificales o periciales, por los autores de las filmaciones, quienes vendría a dar una explicación satisfactoria sobre las circunstancias de grabación.

De este modo, la proyección de las tomas y las declaraciones de los intervinientes en la captura de imágenes van de la mano en el debate, para así poder, mediando el contradictorio de las partes, aclarar cualquier situación que se tornara oscura o incompleta; por su parte, podría plantearse una duda razonable cuando hayan inconsistencias en la visualización de las filmaciones y las declaraciones testimoniales, lo que supone una tarea exclusiva del juez.

#### **3.3.4. Exclusividad jurisdiccional**

Para finalizar y haciendo eco de lo mencionado por Choclán Montalvo, *en última instancia, la determinación de si el acusado es la persona que se observa en el vídeo exhibido en el plenario corresponde, en exclusiva, al órgano sentenciador.* (1995, p. 73) La sentencia encontrará en su haber descriptivo, el

detalle del material probatorio y realizado su análisis, solamente el juez o el tribunal colegiado, tendrá la potestad de aceptar o no las capturas obtenidas en las videovigilancias, ya sea por los motivos explicados arriba, de índole personal (violación a la esfera de intimidad) o procesal (nulidad probatoria), o por la convicción personal del sentenciador.

## CONCLUSIONES

La videovigilancia representa un ejercicio del poder y el control social, forma parte integral de dicha actividad la constante de conocer cada aspecto individual de los ciudadanos. Los avances en las ciencias y la tecnología han abierto un espacio ilimitado del poder de vigilancia, llegando a crear arquitecturas que hicieran posible para un solo hombre el controlar a muchos; al verse limitado el poder para modificar todas las estructuras, se ingeniaron dispositivos que hasta hace poco eran producto de la ciencia ficción, siendo uno de los más importantes los dispositivos de videovigilancia, bajo un régimen panóptico.

La instalación en nuestro país de dispositivos de captura de imágenes en espacios públicos es recibido por las autoridades como una reacción institucional positiva ante la crisis de seguridad ciudadana, que le da una legitimidad a los proyectos reglamentarios del Ministerio de Seguridad. La videovigilancia puede ser problemática cuando no tenemos, como en el presente caso, una ley que regule la violación a la intimidad en lugares públicos, de los ciudadanos expuestos a los sistemas de filmación, comprendiendo éste el primer requisito esencial que no está siendo cumplido, a la vez que la legislación por sí misma no legitima el uso de aquellas tecnologías, hasta tanto no contenga los parámetros de proporcionalidad, ya que la injerencia en la esfera íntima por las autoridades supone, siempre, una violación a los derechos personales, salvo las excepciones que deben estar explícitas en los cuerpos legales.

Otro problema es la duración y extensión de las videovigilancias, que mediando el Decreto 34104-G-MSP comentado, son ilimitadas, así como el



almacenaje de las imágenes obtenidas, lo que implica una agresión a la intimidad que se desprende de la doctrina y jurisprudencia extranjeras.

Los jueces, bajo la presión ciudadana de la opinión pública, tienen a aceptar cada vez más la vigilancia y la violación a la intimidad como discurso fundamental en sus sentencias, llegando en algunos casos a establecer criterios para la incorporación de las imágenes como prueba, que potencialmente podrían traerse a nivel nacional según sea el caso concreto.

Se concluye que dentro del modelo de justicia penal nacional, que es cognitivo-garantista, la videovigilancia, propia de estados autoritarios, rozaría los límites de la intimidad de cada persona, ya que puede eliminar paulatinamente la investigación, al tener monitoreado cada aspecto privado de la vida.

Es necesaria la creación de una ley que regule en forma amplia y completa, los aspectos de la videovigilancia, sus alcances no solamente técnicos o procedimentales, sino éticos y morales, para evitar que se convierta en una forma de dominación ilimitada de parte del Estado, que siempre aspira a dominar cuanto aspecto de la vida personal de los ciudadanos pueda, en una sociedad cada vez más compleja y expuesta, siempre que se logre demostrar que no existen otros medios más eficientes para disminuir la criminalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

### Literatura consultada

ANITUA GABRIEL IGNACIO. *“¡Identifíquese! Apuntes para una historia del control de las poblaciones.* Homenaje a Julio Maier, páginas 507-526. Editorial Del Puerto. Buenos Aires (2005)

BENTHAM JEREMÍAS. *El panóptico.* Ediciones de la Piqueta. Madrid. (1979)

CAFFERATA NORES JOSÉ IGNACIO. *La prueba en el proceso penal.* 3ra. Edición. Editorial De Palma. Buenos Aires (1998)

CHOCLÁN MONTALVO JOSÉ ANTONIO. *La prueba videográfica en el proceso penal: Validez y límites.* Revista No. 38 del Consejo General del Poder Judicial de España, páginas 47-78. Madrid (1995)

DE CERVANTES SAAVEDRA MIGUEL. *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de la Mancha.* Editorial Porrúa S.A. México. (1995)

FERRAJOLI LUIGI. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Editorial Trotta S.A. Madrid. (1995)

FOUCAULT MICHEL. *El ojo del poder. Entrevista de Jean-Pierre Barou.* Ediciones de la Piqueta. Madrid. (1979)

FOUCAULT MICHEL. *La vida de los hombres infames,* Ediciones La piqueta. Madrid. (1990)

FOUCAULT MICHEL. *Vigilar y castigar.* Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires. (2003)

GARLAND DAVID. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Editorial Gedisa. Barcelona. (2005)

HORKHEIMER MARK y ADORNO TEODORO. *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos Filosóficos*. Madrid. (1994)

JAREÑO LEAL ÁNGELES. *Intimidad e imagen: los límites de la protección penal*. Editorial Iustel. Madrid (2008)

LLAMAS FERNÁNDEZ MANUEL y GORDILLO LUQUE JOSÉ MIGUEL. *Medios técnicos de vigilancia*. Cuadernos de Derecho Judicial II-2007 del Consejo General del Poder Judicial de España, páginas 207-353. Madrid (2007)

LLOBET RODRÍGUEZ JAVIER. *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*. 4ta. Edición. Editorial Jurídica Continental. San José (2009)

LLOBET RODRÍGUEZ JAVIER y CHIRINO SÁNCHEZ ALFREDO. *Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada (Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal "eficiente")*. Ediciones Jurídicas Areté. San José (2000)

MAIER JULIO. *Derecho procesal penal. Tomo II. Parte General. Sujetos procesales*. Ediciones Del Puerto. Buenos Aires. (2003)

MARTÍNEZ MARTÍNEZ RICARD. *Tecnologías de la información, policía y Constitución*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia (2001)

MUÑOZ CONDE FRANCISCO. *Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*. Homenaje a Julio Maier, páginas 375-526. Editorial Del Puerto. Buenos Aires (2005)

NAVAJAS RAMOS LUIS. *La prueba videográfica en el proceso penal: Su valor y límites para su obtención*. Cuaderno No. 12-1998 del Instituto Vasco de Criminología Eguzkilore. San Sebastián. (1998)

REVISTA SEGURIDAD PROYECTO SIGLO XXI. Tecnología contra el hampa. Artículo: "*Tecno-protección contra el crimen*", páginas 7-14. Primer Congreso Exposeguridad. San José (2009)

RODRÍGUEZ NÚÑEZ ALICIA. *Prueba y proceso penal*. Cuaderno Fundamentos de investigación criminal del Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado UNED, páginas 247-306, Madrid (2007)

### **Textos electrónicos**

BAÑUELOS JACOB. *Videovigilancia en la sociedad contemporánea*. Revista Razón y Palabra No. 31, Documento HTML, obtenido el 2 mayo del 2010 de <http://www.razonypalabra.org.mx/antiores/n31/jbanuelos.html>

LÓPEZ ORTEGA JUAN JOSÉ. *La protección de la intimidad en la investigación penal: Necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez*. Ubicado en el DVD Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España, Edición para IBERUS. (2004)

ORWELL GEORGE. 1984. Ediciones Para Leer <http://es.egroups/group/paraleer> (2000) en búsqueda del 27 de mayo de 2010 en <http://www.hacer.org/pdf/1984.pdf>

PÉREZ-CRUZ MARTÍN AGUSTÍN-JESÚS. *Videovigilancia y derecho a la intimidad: ¿Un nuevo ejemplo de conflicto entre el derecho a la seguridad pública y el derecho fundamental a la intimidad?* Documento PDF obtenido en búsqueda

del 14 de junio de 2010 en revista digital de Eldialnet Unirioja en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=194194>. Publicado en: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, No. 1, pp. 401-412. (1997)

SENÉS MONTILLA CARMEN. *Cámaras de control y filmación de las vías públicas, redadas y controles policiales*. CD ROM No. 27 de la Biblioteca del Poder Judicial de Costa Rica. Publicado en Cuadernos de Derecho Judicial No. 12, del Consejo General del Poder Judicial de España, páginas 267-319, Madrid (1996)

VIRILIO PAUL. La máquina de visión. Documento HTML, obtenido el 16 de mayo de 2010 en <http://www.nodopsicoanalitico.com.ar/virilio.html>

## **Legislación**

CÓDIGO PENAL DE COSTA RICA

CÓDIGO PROCESAL PENAL DE COSTA RICA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COSTA RICA

CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

DECRETO EJECUTIVO No. 34104-G-MSP, del Ministerio de Seguridad Pública, publicado en La Gaceta No. 228 del 27 de noviembre de 2007

DIRECTIVA 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea firmada en Luxemburgo el 23 de Octubre de 1995

LEY No. 7425 DE REGISTRO, SECUESTRO Y EXAMEN DE DOCUMENTOS PRIVADOS E INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES, publicada en La Gaceta No. 171 de 8 de setiembre de 1994

REGLAMENTO DE LA POLICÍA PENITENCIARIA, Decreto Ejecutivo No. 26061-J, del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 108 del 6 de junio de 1997

### **Jurisprudencia nacional**

Voto 27-2001 de la Sala Tercera, de las 9,15 horas del 12 de enero de 2001

Voto 48-2001 de la Sala Tercera, de las 11,00 horas del 12 de enero de 2001

Voto 983-2001 de la Sala Tercera, de las 16,45 horas del 15 de octubre de 2001

Voto 95-2007 de la Sala Tercera, de las 15,50 horas del 15 de febrero de 2007

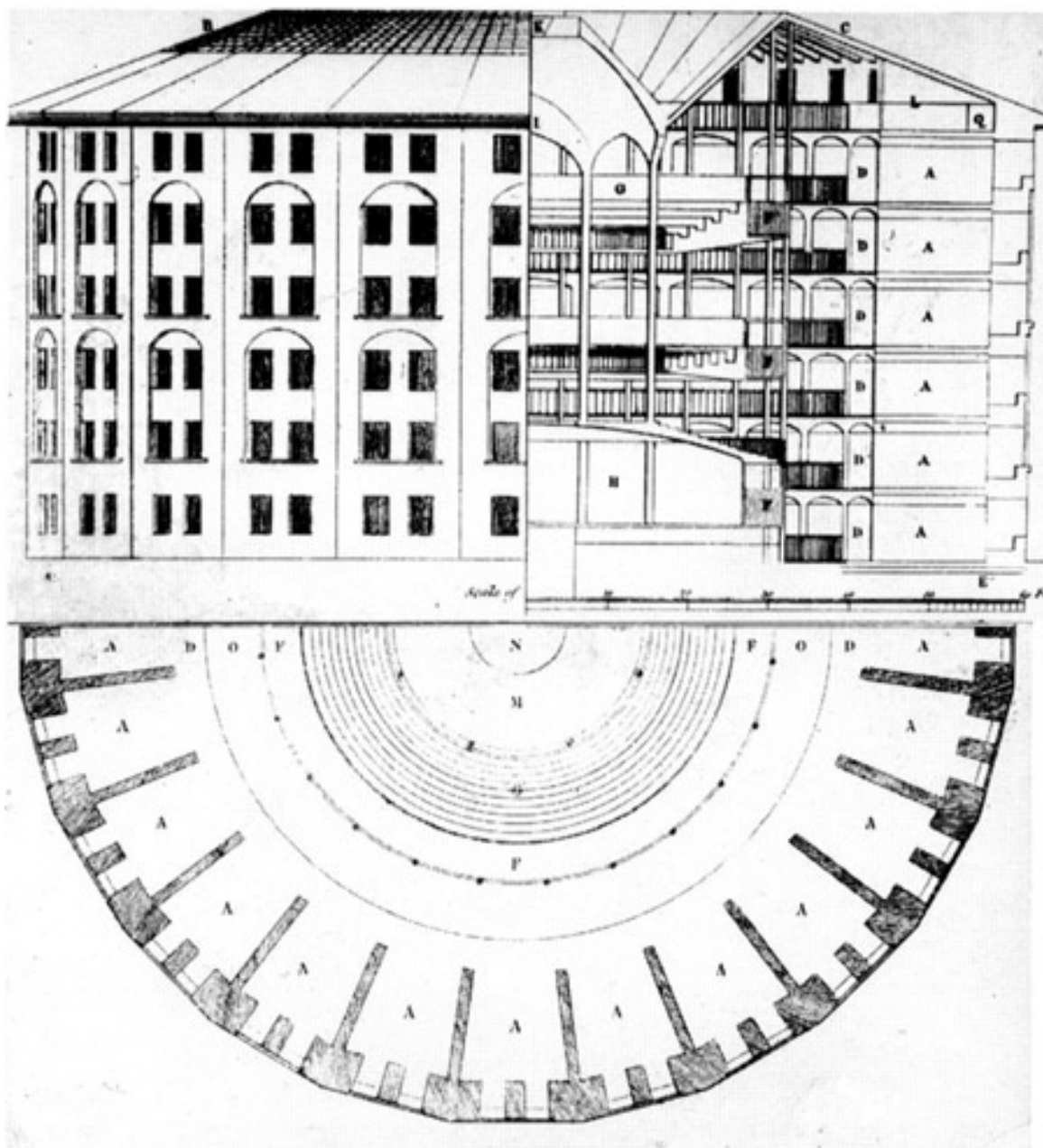
### **Jurisprudencia extranjera**

Sentencia del Tribunal Supremo de España, Sala Segunda, de 7 de febrero de 1994

Sentencia 37/1998 del Tribunal Constitucional de España, de 17 de febrero

## ANEXOS

Imagen 1: El panóptico de Bentham



**ÍNDICE DE ABREVIACIONES**

Art.	Artículo
Cfr.	Conforme
CP	Código Penal
CPC	Código Procesal Penal
Const. Pol.	Constitución Política