



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autora: Tamara Beatriz Kirigin Díaz

PROFESORA GUÍA: CECILY HALPERN MONTECINO

Santiago, Chile

2010

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
1. LA PRUEBA ILÍCITA: CONCEPTO Y CLASIFICACIONES.....	11
1.1. La Prueba	11
1.2 El derecho a la prueba	13
1.3. El concepto: La prueba ilícita	15
1.3.1. Concepciones Amplias	17
1.3.2. Concepciones restringidas.....	18
1.4. Clasificaciones de la prueba ilícita	19
1.4.1. De acuerdo al momento de producción de la ilicitud	20
1.4.1.1. Ilicitud extraprocésal	20
1.4.1.2. Ilicitud Intraprocésal	20
1.4.2. De acuerdo a la causa de la ilicitud.....	20
1.4.2.1. Pruebas que están expresamente prohibidas por ley.....	21
1.4.2.1.1. Prohibiciones que afectan a la materia objeto de la investigación o de la prueba	21
1.4.2.1.2. Prohibiciones que atienden a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes probatorias.....	22
1.4.2.1.3. Prohibiciones que atienden a medios de prueba determinados	22
1.4.2.2. Pruebas defectuosas o irregulares.....	22
1.4.2.3. Pruebas Inconstitucionales, o obtenidas o practicadas con vulneración de garantías fundamentales	23
1.4.3. De acuerdo al momento en que ocurrió la vulneración del derecho fundamental y al que se introdujo la prueba.....	24
1.4.3.1. Prueba directa u originaria	24
1.4.3.2. Prueba derivada o refleja	25
1.4.4. De acuerdo a la clase de evidencia recogida	25
1.4.4.1. Prueba Ilícita Material	25

1.4.4.2. Prueba Ilícita Testimonial.....	26
1.5. Precisiones Conceptuales.....	26
1.5.1. Prueba Viciada	26
1.5.2. Prohibiciones Probatorias	27
1.5.3. Prueba Clandestina	27
1.5.4. Prueba Ilegal o Irregular.....	27
1.5.5. Prueba Ilegítima.....	28
2. ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA	29
2.1. Generalidades	29
2.2. Argumentos en contra de la exclusión de la prueba ilícita.....	30
2.2.1. Generalidades	30
2.2.2. El principio de la búsqueda de la “verdad procesal” y la justicia como fin de todo proceso.....	30
2.2.3. El principio de la autonomía de las normas procesales respecto de las materiales	31
2.2.4. El carácter metajurídico de la prueba.....	32
2.2.5. El evitar la doble sanción por el mismo acto o <i>non bis in ídem</i>	32
2.2.6. El argumento del <i>factum infectum fieri nequit</i>	33
2.2.7. El principio “male captum, bene retentum”	34
2.3. Argumentos a favor de la exclusión de la prueba ilícita.....	34
2.3.1. Generalidades	34
2.3.2. La visión del proceso como un instrumento de resolución jurisdiccional de litigios que está inserto dentro del ordenamiento jurídico.....	34
2.3.3. La admisión de la prueba ilícita en el proceso conllevaría una vulneración del principio de la probidad, lealtad procesal o buena fe	35
2.3.4. El principio denominado <i>nemo ex delicto consitionem suam meliorem facere potest</i>	36
2.3.5. El efecto disuasorio que ocasiona la prohibición de la utilización de prueba ilícita en el proceso	37
2.3.6. El argumento del <i>Quod nullum est, nullum producit effectum</i>	37
2.3.7. La no aceptación del ejercicio arbitrario del propio derecho como método para crear la convicción del tribunal.....	38

2.3.8. La Necesidad de sancionar el fraude a la ley.....	38
2.3.9. La búsqueda de la verdad en el proceso no es un valor absoluto.....	39
2.4. Posiciones intermedias en relación a la admisibilidad dentro del proceso de la prueba ilícita.....	40
2.4.1. Generalidades.....	40
2.4.2. Teoría de la conjugación de los intereses en conflicto.....	40
2.4.3. Teoría del Ámbito Jurídico (<i>Rechtskreisstheorie</i>).....	42
2.4.4. Posición del derecho inglés.....	42
2.4.5. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	43
3. SITUACIÓN ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA REFORMA PROCESAL LABORAL EN RELACIÓN A LA PRUEBA ILÍCITA.....	45
3.1. Generalidades.....	45
3.2. Posibles reacciones frente a la prueba obtenida mediante actos que impliquen violación a las garantías fundamentales.....	46
3.2.1. La impugnación de la prueba ilícita por las partes.....	46
3.2.1.1. El incidente de nulidad.....	47
3.2.1.2. El recurso de reposición.....	48
3.2.1.3. El recurso de casación en el fondo.....	49
3.2.2. Rol del juez frente a la incorporación al proceso de prueba ilícita.....	50
3.2.2.1. La declaración de la nulidad de oficio.....	51
3.2.2.2. Valoración conforme a la sana crítica.....	52
4. LA INCORPORACIÓN DE LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCEDIMIENTO CONSAGRADO EN EL LIBRO V DEL CÓDIGO DEL TRABAJO.....	54
4.1 Importancia y contexto de la regulación.....	54
4.2 Análisis de la disposición contenida en el inciso tercero del nº 4 del artículo 453 ..	55
4.2.1. “Con todo, carecerán de valor probatorio”.....	56
4.2.2. “...y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal”.....	60
4.2.2.1. El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita.....	61
4.2.3. “... las pruebas que las partes aporten”.....	66
4.2.4. “... y que se hubieren obtenido directa o indirectamente”.....	69
4.2.5. “... por medios ilícitos”.....	72

4.2.6. "... o a través de actos que impliquen violación de Derechos Fundamentales" ..	75
5. LA DOCTRINA DE LOS EFECTOS REFLEJOS DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SU INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL LABORAL CHILENA.....	78
5.1 La doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita	78
5.2 Posiciones que se han generado en doctrina a raíz de la doctrina de la eficacia refleja de la prueba ilícita	83
5.2.1. Tesis Restringida	83
5.2.2. Tesis Ecléctica.....	84
5.2.3. Tesis Amplia	85
5.3. Aplicación de la "Doctrina de los Efectos Reflejos en la Prueba Ilícita" en el procedimiento contemplado en el Libro V del Código del Trabajo.....	85
6. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POSIBLEMENTE VULNERADOS POR LA PRUEBA ILÍCITA.....	88
6.1. El Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona	90
6.2. El derecho a la privacidad.....	92
6.2.1. Generalidades	92
6.2.2. Invasiones a la intimidad del trabajador dentro de la empresa.....	97
6.2.2.1. Invasiones a la intimidad físico- espacial.....	98
6.2.2.1.1. Control de la persona, efectos y bolsos.....	98
6.2.2.1.2. Controles médicos	99
6.2.2.1.3. Control de la actuación laboral.....	100
6.2.2.2. Invasión a la intimidad moral o afectiva del trabajador	103
6.2.2.2.1. Indagaciones de datos del trabajador y test psicológicos.....	103
6.2.2.2.2. Control extralaboral.....	104
6.3. La inviolabilidad del hogar y las comunicaciones y los documentos privados	105
6.3.1. La inviolabilidad del hogar propiamente tal	106
6.3.2. La inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privados.....	108
7. IMPUGNABILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL	113
7.1. Generalidades	113
7.2. Legitimación para impugnar.....	113
7.3. Vías a través de las cuales se puede ejercer la impugnación de la prueba ilícita	115

7.3.1. La vía directa: El recurso de reposición	116
7.3.2. Las vías indirectas	118
7.3.2.1. El Recurso de Nulidad	119
7.3.2.2. La acción de protección	121
8. EXCEPCIONES A LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL	124
8.1. Generalidades	124
8.2. La doctrina del “Descubrimiento Inevitable”	124
8.3. La prueba <i>in bonam parte</i>	125
8.4. La prueba ilícita presentada en juicio en contra del empleador	126
9. LA PRUEBA ILÍCITA LABORAL EN EL DERECHO COMPARADO	129
9.1. España	129
9.2. Brasil	131
9.3. Colombia	132
9.4. México	133
10. COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA.....	136
CONCLUSIONES	142
ANEXO.....	149
BIBLIOGRAFÍA.....	179

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar la “Teoría de la prueba ilícita” en general y en particular la regulación que hace de ella el actual inciso tercero del N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo, incorporado por la ley 20.087 de 2006. Con este fin, se estudia principalmente lo concerniente al concepto de la prueba ilícita, sus clasificaciones, las discusiones que ha suscitado en dogmática y jurisprudencia, la regulación que de ella hace el procedimiento laboral chileno y las principales garantías que ella tutela dentro del proceso. Al cabo de este análisis es posible constatar que, pese a que la regulación de la prueba obtenida en contravención a los derechos fundamentales fue un gran avance, el precepto que hace referencia a ella requiere una serie de mejoras con el fin de lograr una plena eficacia tutelar de garantías.

INTRODUCCIÓN

"... la estricta unión entre el derecho sustancial y el derecho procesal tiene envuelto el moderno rol de garantía del juez, el principio que mejor expresa este rol es el del debido proceso que trasciende la garantía meramente procesal y reviste la tutela también sobre el plano sustancial de los derechos constitucionalmente garantizados"¹

La exclusión de prueba obtenida mediante violación de derechos fundamentales del procedimiento es una temática que, si se analiza dentro del devenir del desarrollo del derecho, es de data bastante reciente. La razón de ello es que se trata de una contribución propia del neoconstitucionalismo, en su vinculación con los derechos fundamentales, al derecho procesal. La importancia de su incorporación a las normativas procedimentales puede apreciarse desde la perspectiva de que lo que, una vez lograda la consagración de la garantía propiamente tal dentro de los textos constitucionales, se debe conseguir es la protección de ésta a través de todos los métodos posibles. Entre ellos se cuenta la exclusión de prueba ilícita, que se vincula con no fomentar la violación de los derechos de las personas mediante actos que están destinados a producir antecedentes que posteriormente serán aceptados como evidencia en el procedimiento. Se logra de esta manera un doble objetivo: que ningún

¹ DENTI, Vittorio. Citado por RAMÍREZ, Diana. A propósito de la justicia material: Reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material. [En línea] Opinión Jurídica, julio- diciembre 2007. Vol. 6. Número 012 <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/945/94501209.pdf> [consulta: 20 de junio de 2010]

poder estatal se haga cómplice de una vulneración de derechos constitucionales por medio alguno y que la norma sirva como desincentivo a su violación por parte del Estado o los particulares al producir prueba.

Si bien existe consenso en la suma importancia de la protección de los derechos fundamentales de las personas en todos los ámbitos posibles, lo referente a la exclusión de prueba ilícita del procedimiento resulta un tema controversial en la práctica. Esto se debe a que ella limita uno de los objetivos propios del proceso, el que es la búsqueda de la verdad, puesto que a menudo puede ocasionar que se marginen del éste antecedentes que contribuirían a conocer la forma en la que ocurrieron los hechos. Asimismo, la exclusión de evidencia obtenida en contravención a las garantías constitucionales suscita conflicto con el derecho a la prueba, como componente del debido proceso, generando así un enfrentamiento entre los derechos fundamentales de dos sujetos: el que presenta la prueba y el que se busca proteger a través de la exclusión, que el juez se ve en la obligación de ponderar.

Por otra parte, la prueba ilícita es una temática que ha adquirido importancia reciente dentro del derecho procesal laboral chileno, puesto que su exclusión del procedimiento fue establecida sólo con la Ley 20.087 de 2006. El artículo 453 de dicho texto legal, en el inciso tercero de su N° 4, señala que “Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de garantías fundamentales”. A raíz de la incorporación de este precepto en la legislación nacional surge la necesidad de determinar cuál es su verdadero sentido y alcance, de tal forma de comprender a cabalidad su campo de aplicación.

Este trabajo surge debido a que de la lectura detenida del precepto en estudio nace de inmediato la impresión de que, si bien su introducción al procedimiento es un

avance desde la óptica de la protección de los derechos fundamentales de las personas dentro del juicio, la forma en que el legislador regula la materia deja una serie de interrogantes que son dignas de análisis.

Asimismo, se debe tener en consideración que la importancia de la exclusión de la prueba ilícita se acentúa dentro del procedimiento laboral, debido a que la discusión existente alguna vez acerca de la aplicación de los derechos fundamentales en la empresa se encuentra hoy plenamente superada, zanjándose de manera afirmativa, por lo que el Derecho del Trabajo debe velar por respetarlos para lo que se requiere que sus normas procedimentales se encuentren acordes a dicho fin tutelar.

Otro factor de relevancia que motiva a analizar la prueba ilícita dentro del procedimiento laboral es el que dice relación con la incorporación de nuevas tecnologías dentro de la empresa, a través de las cuales el empleador a menudo ejerce su vigilancia sobre el trabajador y que lo ponen en una posición privilegiada en la producción de prueba en la eventualidad de producirse entre ellos un conflicto de relevancia jurídica que llega a conocimiento de los tribunales.

Por ello, en las siguientes páginas se tratará el concepto de la prueba ilícita, las distintas discusiones doctrinarias que han existido respecto a ella y la forma en que el Libro V del Código del Trabajo chileno regula la materia, con el fin de lograr una mayor claridad ilustrativa acerca de este aspecto propio del derecho procesal de tal manera de contribuir a lograr una mayor tutela en la práctica de los derechos de las personas dentro de la justicia del trabajo.

1. LA PRUEBA ILÍCITA: CONCEPTO Y CLASIFICACIONES

1.1. La Prueba

El concepto de prueba proviene del término latino *probatio* o *probationis*, el que a su vez deriva del vocablo *probus*, que significa bueno. A partir de esto es posible inferir que lo que se considera probado en juicio es lo que, desde la perspectiva del juez, cumple con el estándar de lo que es auténtico, de lo correcto, o de lo que corresponde a la realidad. En este sentido, la palabra “prueba” ha sido definida como “un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en juicio”², a través del cual se constata si ellas atienden o no a los hechos que manifiestan las partes dentro del proceso.

En tanto, CARNELUTTI señala que “probar es fijar o determinar formalmente los hechos mismos mediante procedimientos determinados”³.

Dentro de la doctrina nacional, MATURANA ha definido la prueba como “el conjunto de actos procesales que se realizan en el proceso para los efectos de permitir al tribunal alcanzar la convicción acerca de la existencia de ciertos hechos necesarios para la solución de un conflicto”⁴.

² COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Doceava edición. Buenos Aires. Ediciones Desalma. 1981. P. 216.

³ CARNELUTTI, Francesco. La Prueba Civil. Segunda Edición. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1982. P.43.

⁴ MATURANA, Cristian. Aspectos generales de la prueba. Apuntes de clase. Santiago. 2002. P.13

De las definiciones presentadas con anterioridad es posible inferir que existen variadas acepciones del término “prueba”. Para efectos de efectuar una clasificación de éstas se debe señalar que la primera de ellas es la que se vincula con el “medio de prueba”, es decir, con aquellos elementos que nos revisten de utilidad con el objeto de lograr el convencimiento del juez de la existencia en el proceso de algún hecho que las partes alegan. Esta forma de entender el concepto es la que se utiliza, por ejemplo, cuando nos referimos a la “prueba documental”. Otro significado de este concepto es aquél que se vincula con la oportunidad que nos otorga la ley para presentar los antecedentes en juicio, es decir, como “etapa probatoria”. En tercer lugar, esta palabra también hace referencia a la acción o el acto mismo en el que las partes verifican la existencia de un hecho. Por último, la expresión “prueba” se utiliza como una manera de denominar el resultado que se obtiene de la presentación de las evidencias dentro del juicio.

Para lograr una comprensión cabal de la materia que se tratará durante este trabajo, se hace necesario realizar una distinción entre dos conceptos de gran relevancia en lo referente a la exclusión de prueba ilícita del procedimiento. Estos son el de “fuente de prueba” y el de “medio de prueba”. El primero de ellos se vincula con la existencia del antecedente de las evidencias finalmente presentadas en el juicio en la realidad, con independencia al proceso y de manera previa a él. Por ello, se dice que tiene un sentido metajurídico. Este antecedente ingresa al proceso posteriormente, transformándose en un “medio de prueba”, el que se entiende como un elemento apto para producir el convencimiento del juez. De esta forma es posible señalar que las garantías procesales, como la de la exclusión de la prueba ilícita, pueden ejercerse sólo sobre los medios de prueba. La tutela sobre las fuentes de prueba, en cambio, se lleva a cabo mediante herramientas otorgadas por el derecho sustantivo y no en virtud de recursos otorgados por las normas procedimentales.

1.2 El derecho a la prueba

La consagración de la exclusión de la prueba ilícita como forma de otorgar una tutela efectiva dentro del proceso a los derechos consagrados en la Constitución, surge debido a la necesidad de ponderar las garantías fundamentales del sujeto pasivo de la vulneración, que es quien se protege mediante la no valoración de evidencias, y el derecho a la prueba de quien las presentó. Por ello, se hace necesario detenerse a analizar este último concepto.

La Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 3, al consagrar que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, añade que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un procedimiento previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

El texto constitucional hace referencia de esta manera a lo que la doctrina conoce con el nombre de “debido proceso”. En este propósito, no define qué es lo que entiende por un “procedimiento racional y justo”. Al revisar lo que se expone respecto a la materia en las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, es posible apreciar que esto se debe a que el constituyente no quiso invadir por esta vía materias que son propias de ley ni limitar el alcance de estos términos al que tenían en la época en que se discutió lo señalado por la disposición, debido a que se trata de conceptos que van evolucionando a medida que transcurre el tiempo⁵.

⁵ COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. Actas oficiales de la comisión constituyente, sesiones 102 y 103, celebradas en 14 y 16 de enero de 1975. [En línea]

No obstante, en doctrina existe consenso acerca de la existencia de un verdadero derecho a la prueba, el que se encuentra inmerso dentro de los requisitos mínimos con los que debe contar el debido proceso legal.

De esta forma, el derecho a la prueba ha sido definido por PICÓ I JUNOY como “aquel que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso”⁶.

Respecto al contenido de esta garantía, ésta abarca una serie de otros derechos, los que serían, como mínimo, los siguientes:

- a) “A que la causa sea recibida a prueba,
- b) A que se contemple un término probatorio o una audiencia para producir prueba,
- c) A que las partes puedan proponer válidamente todas las fuentes de prueba de que dispongan,
- d) A que la prueba válidamente propuesta sea admitida,
- e) A que la prueba admitida sea practicada,
- f) A que a todas las partes se les permita intervenir en su práctica,
- g) A que la prueba practicada sea valorada por el tribunal”.

<http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/> [consulta: 20 de junio de 2010]

⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona. Ediciones José María Bosch. 1996. P. 18 y 19

1.3. El concepto: La prueba ilícita

La Teoría de la Prueba Ilícita nace en el derecho procesal frente a la necesidad de limitar la búsqueda de la verdad material en el proceso, puesto que éste no puede ser un fin al que se deba llegar a cualquier precio, por lo que se deben respetar, a lo menos, las garantías fundamentales del individuo. Su motivo principal radica en el reproche generalizado que surge a las prácticas probatorias realizadas, por ejemplo, durante la Inquisición, donde cualquier medio era válido con el fin de encontrar la verdad histórica dentro del proceso, llegando al extremo de torturar a las personas como forma de obtener a una confesión que pusiera incorporarse al procedimiento como medio de prueba.

La discusión acerca de la prueba ilícita es una forma de encontrar el equilibrio entre el derecho a la prueba, un componente del debido proceso que no puede ser absoluto, y el respeto a las demás garantías constitucionales.

El objetivo de la fase probatoria es que el tribunal adquiera el grado de conocimiento exigido por la ley como necesario para dictar sentencia, debiendo comprobarse para ello la existencia de los hechos acerca de los que versa el proceso. Esta verdad a la que busca llegar el juez se clasifica en verdad material o real y verdad formal.

La verdad material o real es la que se busca cuando el tribunal espera llegar al conocimiento exacto en relación a la forma cómo los hechos han ocurrido. Por ello, el juez debe recopilar antecedentes dentro y fuera del expediente. Dentro de este

objetivo, el tribunal no necesariamente debiera atender a la actitud que las partes hayan adoptado acerca de los hechos ni la forma como estas evidencias hayan sido obtenidas.

En tanto, en la búsqueda de la verdad formal, esta se obtiene sólo a través de los datos que las partes hayan aportado al proceso mediante el expediente, “el tribunal asume un papel de espectador respecto de la actividad probatoria, la que radica fundamentalmente en las partes”⁷.

Se hace importante destacar que el establecimiento de prueba ilícita en un procedimiento no conlleva necesariamente la renuncia de la búsqueda de la verdad material, sino que sólo establece límites necesarios con el objeto de lograr que el proceso se encuentre acorde al catálogo de garantías constitucionales en materia probatoria.

El autor alemán Ernst BELING inició el debate internacional sobre la necesidad de excluir algunas evidencias del procedimiento cuando en 1903 publicó su teoría acerca de las “Prohibiciones Probatorias” (*Beweisverbote*).

Para partir, resulta importante recalcar que el tema de la ilicitud de la prueba no es un área en el que exista consenso, dado que es abordada de distintas maneras en las diversas legislaciones o en doctrina. Así, en el Derecho Continental se trata en el marco de las “Prohibiciones de Prueba”, mientras que el Anglosajón lo hace mediante la “*Exclusionary Rule*” (Regla de la Exclusión).

⁷ MATURANA, Cristian. Aspectos Generales de la Prueba (ver *supra*) P. 22.

Doctrinariamente, para los efectos de determinar el sentido de este concepto, se han desarrollado una serie de tendencias, las que se pueden clasificar en concepciones amplias y restringidas.

1.3.1. Concepciones Amplias

Dentro de esta categoría se encuentran las definiciones que entienden la prueba ilícita como aquella que atenta contra la dignidad humana, como la del español SILVA MELERO⁸, haciendo alusión con ello a la garantía que consagra nuestra Constitución en el artículo 19 N° 1, o inclusive, en otras acepciones que se le otorgan, como la que es contraria a la moral, a las buenas costumbres o a los principios generales del derecho.

Asimismo, se deben incluir en esta rama definiciones que vinculan la prueba ilícita con la conducta dolosa mediante la cual ésta se obtiene, como es el caso de la que señala MONTÓN REDONDO⁹ y aquellas que la describen como la que se adquiere mediante la violación de una norma o de forma contraria a derecho, estableciendo una conexión de esta manera entre la ilicitud y la contravención al ordenamiento jurídico en general. De esta manera, no se atiende a si el precepto infringido con la obtención de la evidencia es de orden constitucional o legal para los

⁸ Citado por MIDÓN, Marcelo. Pruebas ilícitas: Análisis doctrinario y jurisprudencial. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002. P. 32.

⁹ Ver MIRANDA, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona. José María Bosch Editor. 1999. P. 16

efectos de declarar su ilicitud, ni tampoco se repara en si éste se trata de una norma de derecho sustantivo o adjetivo.

La definición desarrollada en Italia por CONSO¹⁰ también es considerada como perteneciente a la tesis amplia. Para él, las normas referentes a la prueba pertenecen al debido proceso, por lo que su vulneración atenta contra las garantías fundamentales de la parte en contra de la cual se presentan estos antecedentes.

Se hace importante señalar que las concepciones demasiado amplias de la prueba ilícita provocan que se vuelva un término impreciso que, más que resguardar las garantías fundamentales del individuo, podrían vulnerar el debido proceso en su manifestación del derecho a la prueba. Por lo tanto, la teoría de la prueba ilícita podría ser un arma de doble filo, dado que se corre el riesgo de perder el equilibrio en la protección de derechos fundamentales que con su consagración legal se busca brindar, violando la garantía del racional y justo procedimiento del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

1.3.2. Concepciones restringidas

En esta categoría se incluyen aquellas definiciones de prueba ilícita que la vinculan en forma exclusiva con la que es obtenida mediante la vulneración de garantías fundamentales, sea que estén consagradas en nuestra Constitución Política de la República o en los Tratados Internacionales vigentes y que hayan sido ratificados por Chile.

¹⁰ Citado por MIDÓN, Marcelo. Pruebas Ilícitas: Análisis doctrinario y jurisprudencial (ver *supra*. P 33

En este sentido, el autor español PICÓ I JUNOY apoya esta concepción basándose en que “el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa, conjuntamente con otros consagrados también como fundamentales por nuestra Carta Magna, obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible al objeto de permitir que el mencionado derecho despliegue su mayor eficacia y virtuosidad”¹¹.

En tanto, en nuestro país, ZÚÑIGA ha definido la prueba ilícita como “todo aquel medio probatorio aportado por las partes o por funcionario público, que en sí mismo o en su obtención importe la violación de alguno de los derechos o garantías constitucionales, sin necesidad de existir al respecto sanción procesal expresa”¹².

1.4. Clasificaciones de la prueba ilícita

En doctrina se han formulado una serie de clasificaciones de este concepto, atendiendo a diversos criterios. MIRANDA ESTRAMPÉS¹³ las sistematiza de la siguiente manera:

¹¹ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil (ver *supra*) P. 285 y 286.

¹² ZÚÑIGA Carrasco, Rodrigo. La prueba ilícita penal. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Facultad de Derecho. 2001. P. 54.

¹³ MIRANDA, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. (ver *supra*)-

1.4.1. De acuerdo al momento de producción de la ilicitud

1.4.1.1. Ilicitud extraprocesal

En esta categoría la ilicitud afecta a las fuentes de prueba, es decir, es la que se produce al momento de investigar los hechos que posteriormente se incorporan al proceso.

1.4.1.2. Ilicitud Intraprocesal

Este tipo de ilicitud es aquella cuya causa se encuentra en el acto procesal. Según este autor, es la que “afecta a la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso”¹⁴.

1.4.2. De acuerdo a la causa de la ilicitud

¹⁴ MIRANDA, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. (ver *supra*) P. 29.

1.4.2.1. Pruebas que están expresamente prohibidas por ley

Si bien todas las pruebas ilícitas se encuentran prohibidas por la ley, como ocurre en el caso de Chile en el inciso tercero del número 4 del artículo 453 del Código del Trabajo, en esta categoría se pretende contemplar todas aquellas prohibiciones probatorias que se encuentran consagradas expresamente en el texto legal.

Posteriormente, el autor a su vez clasifica las prohibiciones en de carácter general o singular, según el alcance que éstas tengan sobre la prueba rendida.

1.4.2.1.1. Prohibiciones que afectan a la materia objeto de la investigación o de la prueba

El ejemplo de este tipo de pruebas prohibidas que la doctrina señala frecuentemente dice relación con los temas de tipo “secreto” o “reservado”. En nuestro ordenamiento jurídico, un caso de este tipo de prohibición lo constituye la facultad de abstenerse de declarar por razones de secreto profesional, consagrada en el artículo 303 del Código Procesal Penal.

1.4.2.1.2. Prohibiciones que atienden a determinados métodos de investigación para la obtención de fuentes probatorias

Expresiones de esta prohibición son las declaraciones bajo tortura, coacción o amenaza. Esta nuestra legislación procesal laboral se aplica como causal de prueba ilícita lo que queda de manifiesto en lo expresado por la Constitución Política de la República en el inciso final del número 1 del artículo 19, cuando señala que “*Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo*”.

1.4.2.1.3. Prohibiciones que atienden a medios de prueba determinados

Un ejemplo de estas prohibiciones de presentar determinados medios de prueba lo constituye la que existe respecto de los parientes del imputado dentro del procedimiento penal. En el proceso laboral esta restricción no es aplicable, puesto que no tiene vigencia y a que la posibilidad de tachar testigos está vetada, de acuerdo al texto expreso de la ley, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil vigente y a lo que acontecía en el antiguo procedimiento laboral.

1.4.2.2. Pruebas defectuosas o irregulares

La prueba defectuosa es aquella que se genera por un procedimiento que no se ajusta al que señala la ley. MIRANDA ESTRAMPÉS considera la prueba irregular dentro de la ilícita, pero ésta no es una afirmación armónica en doctrina, por la discusión terminológica existente en la materia, la que abordaremos más adelante.

1.4.2.3. Pruebas Inconstitucionales, o obtenidas o practicadas con vulneración de garantías fundamentales

El concepto que nuestra legislación procesal laboral recoge expresamente en el artículo 453 del Código del Trabajo sigue esta definición de la prueba ilícita.

Según SERRÁ DOMÍNGUEZ¹⁵, esta categoría de pruebas son la fuente de mayor importancia de la problemática acerca de la prueba ilícita, aunque, de acuerdo a lo que se expone con anterioridad, para la concepción amplia en la materia las pruebas inconstitucionales no agotan su contenido.

Otras sistematizaciones que se han elaborado respecto al concepto de prueba ilícita y que resulta relevante mencionar son las siguientes:

¹⁵ MIRANDA, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. (ver *supra*). P. 30.

1.4.3. De acuerdo al momento en que ocurrió la vulneración del derecho fundamental y al que se introdujo la prueba

Esta clasificación nace del tenor literal de la norma indicada en el inciso tercero del número 4 del artículo 453 del Código del Trabajo, que señala que “no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido **directa o indirectamente** por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.” La importancia de esta forma de sistematizar la prueba ilícita radica en la discusión doctrinaria existente acerca de hasta qué nivel los antecedentes derivados de uno atacado por la ilicitud se encuentran viciados. La autora española MARTÍNEZ GARCÍA¹⁶ la trata de la siguiente manera:

1.4.3.1. Prueba directa u originaria

Se entiende por prueba directa u originaria aquella que se obtuvo como consecuencia inmediata de la vulneración de una o más garantías fundamentales. En este último caso, si se tratara de una acción que violara más de un derecho sucesivamente, la segunda trasgresión quedaría cubierta por la ilicitud de la primera, en virtud del “Principio de unidad del acto”.

¹⁶ Citado por RUIZ de la Fuente, María Consuelo. La prueba ilícita civil. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Facultad de Derecho. 2005. P. 41.

1.4.3.2. Prueba derivada o refleja

Esta denominación se refiere a las pruebas que no se obtuvieron directamente debido a una acción que implique una violación de garantías fundamentales, es decir, por un acto que es lícito en sí mismo, pero que provienen de información que se obtuvo gracias a otras que sí adolecen del vicio de ilicitud de forma directa. A raíz de esta clase de evidencias se elaboró la “Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado”, a la que se hará alusión posteriormente.

1.4.4. De acuerdo a la clase de evidencia recogida

1.4.4.1. Prueba Ilícita Material

Este concepto se refiere a los elementos de tipo corporal que son recogidos como medio probatorio en el proceso. Un ejemplo de esto lo constituirían, en el procedimiento penal, las mercancías robadas halladas mediante el allanamiento de un domicilio realizado sin orden judicial.

1.4.4.2. Prueba Ilícita Testimonial

Esta categoría hace alusión a aquellas evidencias de naturaleza confesional o testimonial que han sido obtenidas sin contar con la autorización de las personas que las emiten.

1.5. Precisiones Conceptuales

Dado que tanto en doctrina como en las diversas legislaciones que se refieren a esta materia alrededor del mundo se utilizan una serie de términos afines para denominarla, se hace necesario realizar un análisis de los diversos matices que tiene cada concepto con el fin de ilustrarlos con claridad.

1.5.1. Prueba Viciada

Este término sirve para referirse a las evidencias cuestionables desde la perspectiva de su veracidad, al margen del método que quien las haya presentado haya usado para obtenerlas.

1.5.2. Prohibiciones Probatorias

Este concepto nace en Alemania y es el nombre con el que hace referencia Ernst BELING a la ilicitud de la prueba. Sin embargo, el término no distingue si ésta se produjo al momento de la obtención de la fuente de prueba o cuando los antecedentes se incorporan al proceso. Por ello, esta terminología fue duramente criticada en los años posteriores porque su contenido carece de precisión conceptual.

1.5.3. Prueba Clandestina

La denominación alude al material probatorio que se obtiene infringiendo específicamente la garantía del derecho a la protección de la vida privada y a la honra de la persona y su familia, consagrado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República. Se atiende particularmente a la prueba que vulnera la privacidad de las personas.

1.5.4. Prueba Ilegal o Irregular

El concepto de prueba irregular hace referencia a la vulneración de normas que no están protegidas por una garantía constitucional. Son ejemplos de este tipo de evidencias aquellas en las que no se ha cumplido con el procedimiento que establece la ley para dicho medio de prueba, como lo constituye el caso del perito que no jura en la prueba pericial.

1.5.5. Prueba Ilegítima

Este término hace referencia a aquellas probanzas en cuya adquisición se ha vulnerado una norma de tipo procesal. Por lo tanto, esta denominación también, como la anterior, alude a la clase de precepto transgredido, pero concentrándose únicamente en si éste es de carácter sustancial o instrumental, sin atender al rango de la norma violada.

2. ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

2.1. Generalidades

La temática acerca de la ilicitud de la prueba es una materia controvertida, por lo que es objeto de una serie de discusiones doctrinales y es tratada de diversas maneras en las distintas legislaciones alrededor del mundo.

La controversia acerca de si se debe o no admitir y posteriormente valorar dentro del proceso la prueba obtenida directa o indirectamente gracias a vulneración de garantías fundamentales es un debate que versa, en el fondo, sobre la ponderación de dos factores: si la verdad que buscamos en el proceso es de tipo material o formal y si, aun decidiéndonos por la verdad material, estamos dispuestos a limitar la investigación en virtud del respeto a las garantías fundamentales del individuo al momento de producir la evidencia.

En el marco de esta discusión, existen tendencias que postulan que la prueba ilícita debe admitirse dentro del proceso, otras que sostienen lo contrario y tesis intermedias, las que son de más reciente data. Se trata, pues, de una discusión acerca de la adecuada ponderación de derechos constitucionales que no está exenta de polémicas.

Por tanto, el objetivo de este capítulo es exponer los argumentos que han citado cada una de las tendencias con el objetivo de respaldar sus posiciones. Para los efectos de sistematizar las tendencias doctrinarias, seguiremos en esta materia a Joan PICÓ I JUNOY¹⁷.

2.2. Argumentos en contra de la exclusión de la prueba ilícita

2.2.1. Generalidades

Esta línea argumentativa postula que estos antecedentes, no obstante su ilicitud, deberían ser admitidos y eficaces en el propósito de ser valorados por el juez para lograr su certeza acerca de la ocurrencia de un hecho determinado. Quienes son partidarios de esta opinión se basan en las siguientes razones:

2.2.2. El principio de la búsqueda de la “verdad procesal” y la justicia como fin de todo proceso

¹⁷ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil (ver *supra*).

Esta doctrina postula que no se debe limitar la búsqueda de la verdad acerca de los hechos que se intentan probar en el proceso, dado que el propósito de éste es que se materialice el valor de la justicia en él. Por ello, ante la colisión de garantías constitucionales que se suscita en esta materia, señalan que debe prevalecer el derecho a la prueba como presupuesto del debido proceso por sobre la tutela de las demás, las que se protegen mediante la aplicación de sanciones de carácter civil o penal para quienes hayan actuado en contra del ordenamiento. Para los que propugnan esta tesis el optar por la inadmisibilidad en el proceso de las evidencias obtenidas vulnerando derechos fundamentales sería obstaculizar la labor del juez de ejercer justicia.

Esta búsqueda de la verdad absoluta es necesaria no obstante el tipo de procedimiento del que esté conociendo el juez, ya sea éste civil, penal o de otra índole. A raíz de esto, quienes apoyan esta doctrina se alejan de las distinciones que realizan gran cantidad de autores en relación a que los procedimientos civiles tendrían como objetivo la búsqueda de la verdad formal y los penales la de la material o histórica, para señalar que lo que se busca en todos los procedimientos es el esclarecimiento de la “verdad procesal”.

Los tribunales británicos, con anterioridad a la ley que regula la prueba ilícita que se promulgó en 1984, zanjaban la disputa valiéndose de este argumento, por lo que aceptaban toda clase de antecedentes probatorios al margen del medio por el cual estos se hubieren obtenido.

2.2.3. El principio de la autonomía de las normas procesales respecto de las materiales

No obstante la existencia de un hecho que vulnere alguna norma de la legislación sustancial en el proceso de obtención de la prueba, ésta debe ser incorporada al procedimiento y posteriormente valorada por el juez debido a que las normas de orden procesal son un ordenamiento aparte, en el que no debe considerarse lo que ocurre a nivel de derecho sustantivo. De esta forma, la ilicitud de los antecedentes sólo acarrearía consecuencias probatorias si existiera una norma de orden procesal que manifiestamente consagrara la prohibición dentro de la legislación de índole instrumental.

2.2.4. El carácter metajurídico de la prueba

Esta cualidad de la actividad probatoria se vincula con que los hechos que ésta intenta acreditar son ajenos al proceso, incorporándose posteriormente a él a través de los medios de prueba. Por ello, el objetivo de la incorporación de las evidencias es que, previo análisis de su correspondencia con la realidad, sirvan para acreditar los antecedentes fácticos dentro del proceso. En este sentido, se ha señalado que “sus resultados no deben medirse en términos de moralidad, sino de verosimilitud”¹⁸.

2.2.5. El evitar la doble sanción por el mismo acto o *non bis in ídem*

¹⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil (ver *supra*) P.295.

Este argumento consiste en que, de excluirse la prueba ilícita, al sancionar el acto a través del cual ésta se obtuvo por las normas del derecho sustantivo se produciría una acumulación de sanciones que atentaría contra el principio general del derecho consistente en la prohibición de ejercer doble castigo por un mismo acto. De esta forma, para los partidarios de esta postura, quienes provocan las infracciones deberían responder sólo civil, administrativa o penalmente por su acción; no debiendo excluirse además el material probatorio que fue obtenido a partir de su conducta atentatoria contra las garantías fundamentales, en un juicio diverso.

2.2.6. El argumento del *factum infectum fieri nequit*

Este principio se traduce como que “lo hecho en no hecho no puede convertirse”¹⁹ y se vincula en materia de prueba ilícita con la imposibilidad de excluir del conocimiento del juez antecedentes que ya han sido recopilados dentro del proceso, al margen de la infracción de garantías fundamentales mediante la cual se produjo su obtención.

¹⁹ GARCÍA DE DIEGO, Vicente. Diccionario ilustrado latino- español español-latino. 21ª Edición. Barcelona. Larousse. 2007.

2.2.7. El principio “male captum, bene retentum”

Este argumento se traduce en que, para los efectos de admitir antecedentes en un juicio, no se debe atender a los medios mediante los cuales estos hubieren sido obtenidos, sino a la disponibilidad física de este elemento probatorio al valorarlos dentro del procedimiento.

2.3. Argumentos a favor de la exclusión de la prueba ilícita

2.3.1. Generalidades

Esta tesis propugna que los antecedentes obtenidos por medios contrarios a las garantías fundamentales no deben llegar a conocimiento del juez, y por ende, no deben ser valorados en la fase de juzgamiento, por una serie de razones, entre las que se señalan las siguientes:

2.3.2. La visión del proceso como un instrumento de resolución jurisdiccional de litigios que está inserto dentro del ordenamiento jurídico

Las normas que regulan el proceso, no obstante pertenecer al derecho instrumental, están inmersas dentro del ordenamiento jurídico, por lo que deben preservar, mediante su aplicación, el respeto a las disposiciones de jerarquía constitucional vigentes.

Por otra parte, el proceso, también denominado heterocomposición, se ha concebido como el medio de resolución de conflictos que en mayor medida se ajusta al ideal de justicia al que aspira nuestro ordenamiento, debido a que proscribire el uso de la violencia. Con ese objetivo, se ha desarrollado un sistema constituido por una serie de normas y principios que regulan el proceso, de tal forma de preservar su naturaleza, entre las cuales se encuentran inmersas las alusivas a la prueba. Por ello, la admisión de la prueba ilícita dentro de él conllevaría una vulneración inaceptable de dichos principios. En este sentido, PICÓ I JUNOY sostiene que “todo acto que infrinja dicho sistema debe ser excluido del mismo”²⁰.

2.3.3. La admisión de la prueba ilícita en el proceso conllevaría una vulneración del principio de la probidad, lealtad procesal o buena fe

Entre los principios formativos de todo procedimiento se encuentra consagrado el de la probidad en materia procesal o buena fe. La admisión de antecedentes probatorios obtenidos por medios ilícitos conllevaría validar la mala fe de los litigantes,

²⁰ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil (ver *supra*). P.297.

lo que resulta inaceptable dentro del proceso. En otros términos, en el derecho procesal el fin no justifica los medios.

Las normas referentes a la exclusión de la prueba ilícita son una consecuencia lógica de la incorporación de la probidad como principio rector dentro del procedimiento. En nuestro ordenamiento procesal laboral, la buena fe está expresamente consagrada en el artículo 430 del Código del Trabajo, el que se encuentra inserto en el Párrafo 1º del Capítulo II del libro quinto, denominado “De los principios formativos del proceso”, y que señala en su inciso primero que “Los actos procesales deberán ejecutarse de buena fe, facultándose al tribunal para adoptar las medidas necesarias para impedir el fraude, la colusión, el abuso del derecho y las actuaciones dilatorias”. Con lo señalado en esta disposición, queda claro que el procedimiento laboral no podía optar por otra solución a este conflicto de intereses que por la exclusión de los antecedentes adquiridos mediante medios ilícitos.

2.3.4. El principio denominado *nemo ex delicto consitionem suam meliorem facere potest*

Este principio general del derecho expresa que los actos ilícitos no pueden jamás aprovechar a su autor y se vincula con la conservación del respeto a nuestro ordenamiento jurídico, por lo que de acuerdo a él la prueba ilícita no puede ser admitida dentro del proceso. Esta máxima se vincula con el ideal de justicia en el que se basan los procedimientos y conlleva en sí la prohibición de que los antecedentes probatorios obtenidos por medios contrarios a las garantías fundamentales resulten eficaces dentro de ellos.

2.3.5. El efecto disuasorio que ocasiona la prohibición de la utilización de prueba ilícita en el proceso

El que el derecho positivo consagre la inadmisibilidad de los medios de prueba obtenidos en forma ilícita en el proceso tiene como necesaria consecuencia que las partes no incurran en conductas atentatorias de garantías fundamentales con el objeto de recabar antecedentes probatorios, puesto que saben que estos no les serán útiles con el fin de acreditar los antecedentes de hecho en los que se basa el conflicto de relevancia jurídica.

Según ZAPATA GARCÍA, el efecto disuasorio de la prohibición de la prueba ilícita tiene dos objetivos principales, el primero de ellos radica en “disuadir a potenciales infractores del orden jurídico de su estéril actuar”²¹, mientras que el segundo consiste en “proteger la norma vulnerada, negando toda virtualidad o eficacia a lo logrado con su infracción”²²

2.3.6. El argumento del *Quod nullum est, nullum producit effectum*

²¹ ZAPATA, María Francisca. La prueba ilícita. Santiago. Lexis Nexis. 2004. P. 26

²² ZAPATA, María Francisca. La prueba ilícita. (ver *supra*). P. 27.

La sanción de nulidad del acto probatorio mediante el cual se pretende incorporar prueba ilícita al proceso no se aplica sólo al acto propiamente tal, sino a todas las pruebas de las cuales se tuvo conocimiento como consecuencia del que adolecía del vicio de ilicitud.

2.3.7. La no aceptación del ejercicio arbitrario del propio derecho como método para crear la convicción del tribunal

Esta argumentación se basa en las consecuencias negativas que traería para el ordenamiento el hecho de que los particulares pudieran presentar la prueba ilícita como antecedente dentro del proceso, al considerar que sería un ejercicio arbitrario de su derecho a la prueba en lo que constituiría una manifestación de autotutela, la que se encuentra por regla general proscrita de las legislaciones procesales vigentes en la actualidad. De lo anterior se desprende que la posibilidad de presentar en juicio antecedentes obtenidos a través de medios ilícitos ya no se encontraría resguardada por la garantía constitucional del procedimiento racional y justo, por lo que la obtención mediante esta vía de un pronunciamiento por parte del organismo jurisdiccional resultaría inaceptable.

2.3.8. La Necesidad de sancionar el fraude a la ley

El fraude a la ley es aquel en el que se desarrollan “procedimientos en sí lícitos, o en maniobras jurídicas a veces ingeniosas, que tienen la apariencia de legalidad y que, sin embargo, permiten realizar lo que la ley prohíbe o no hacer lo que la ley ordena”²³.

La inclusión de prueba obtenida ilícitamente al proceso importaría un fraude a la ley en el sentido de que se estaría permitiendo la vulneración de garantías fundamentales por parte de quien presenta este medio de prueba, sin que reciba una sanción a raíz de su infracción.

2.3.9. La búsqueda de la verdad en el proceso no es un valor absoluto

A medida que se ha ido desarrollando la noción reinante hoy en día acerca del proceso se ha ido ponderando la verdad con otros valores que resultan importantes dentro de él, tales como la paz social o la justicia. Por ello, hoy en día es posible afirmar que la búsqueda de la verdad no es un principio que deba ser universalmente respetado en los procedimientos, ya que se deben tomar en cuenta también otros factores relevantes.

²³ VIAL, Víctor. Teoría general del acto jurídico. 5ta edición. Santiago. Editorial Jurídica. 2003. P. 211.

En este sentido, HASSEMER ha señalado que “lo que descubre el juez no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir, la verdad forense”²⁴.

2.4. Posiciones intermedias en relación a la admisibilidad dentro del proceso de la prueba ilícita

2.4.1. Generalidades

A raíz de los diferentes intereses que se encuentran en juego en materia de prueba ilícita y por las importantes consecuencias prácticas que derivan de apoyar a una de los dos planteamientos anteriormente mencionados, han surgido una serie de posiciones intermedias que tienen como objetivo lograr una adecuada conjugación de los factores que se encuentran en conflicto, es decir, de la búsqueda de la verdad dentro del proceso y del respeto a las garantías fundamentales.

2.4.2. Teoría de la conjugación de los intereses en conflicto

²⁴ HASSEMER, Winfried, Citado por MATURANA, Cristian. Aspectos generales de la prueba (ver *supra*). P. 153.

Este planteamiento parte considerando que tanto la tutela judicial como la averiguación de la verdad son derechos que se encuentran garantizados por la Constitución a través del debido proceso, en su manifestación del derecho a la prueba. Por ello, no es posible solucionar el conflicto de intereses optando exclusivamente por la vía de la inadmisibilidad de la prueba ilícita dentro del proceso, puesto que se estaría pasando a llevar se esta forma una garantía constitucional.

Se hace necesario entonces, ponderar los intereses en conflicto, pese a que ello signifique pasar a llevar bienes jurídicos de menor entidad, al margen de la sanción que el derecho sustantivo aplicaría al infractor. Para ello, se debe atender a la proporcionalidad de las garantías que resultarían vulneradas o resguardadas de admitirse la prueba ilícita dentro del juicio.

Pese a que esta posición ha ganado bastante aceptación en doctrina, ha ganado asimismo una serie de detractores. Entre ellos figura LÓPEZ BARJA DE QUIROGA²⁵, para quien la teoría de la conjugación de intereses en conflicto parte de una base errada al considerar de manera cuasi absoluta el derecho a la prueba dentro del proceso, por lo que sólo pondera las demás garantías constitucionales con él, sin considerar que esta manifestación del debido proceso no se encuentra amparada de forma absoluta, por lo que la inadmisibilidad de la prueba ilícita no podría considerarse por ello contraria a la Constitución.

²⁵ Ver LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid. Akal. 1989

2.4.3. Teoría del Ámbito Jurídico (*Rechtskreisstheorie*)

Esta doctrina ha sido desarrollada por el Tribunal Federal Alemán y consiste en que, para objeto de resolver la problemática, se debe determinar si la admisión o la valoración de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales dentro del proceso constituye para la parte en contra de la cual se presenta una afectación a su ámbito jurídico o si, por el contrario, constituye para él una violación de escasa significación o secundaria.

Esta elaboración jurisprudencial ha suscitado una serie de críticas, las que se fundan en que considera como derechos del acusado sólo algunos aspectos del debido proceso, no dándole importancia a que esta garantía abarca todas las manifestaciones de él y no solamente algunas de sus expresiones, como lo hace esta teoría al discriminar entre las distintas clases de vulneraciones.

Sin embargo, lo que se puede destacar de esta posición es que obliga al juez a analizar pormenorizadamente cada caso, adaptando la solución a la situación concreta en la cual se manifiesta la problemática.

2.4.4. Posición del derecho inglés

La solución que se ha adoptado en Inglaterra respecto a la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ilícita ha ido evolucionando con el tiempo, debido que en

un primer momento los tribunales, pese a que los jueces contaban con la facultad de desestimar antecedentes probatorios, por regla general no la usaban y admitían toda clase de ellos, no poniendo atención en lo vulneratorios para las garantías fundamentales o ilícitos que podían resultar los medios a través de los cuales estos hubieren sido obtenidos.

Posteriormente, la inadmisibilidad de la prueba ilícita en procedimientos penales pasó a tener rango legal, con la promulgación de la *Police and Criminal Evidence Act*, en 1984, a partir de la cual los jueces se vieron obligados a excluir del proceso estos antecedentes. Pese a ello, en este país se pone el énfasis en el perjuicio que puede ocasionar al juicio la inclusión de pruebas ilícitas y no en los medios a través de los cuales estos fueron obtenidos, ya sea por el impacto que éstas podrían ocasionar entre los miembros del jurado o por la injusticia que pudiera constituir su admisión para el acusado.

Este ordenamiento regula con particular rigurosidad lo que se refiere al medio de prueba confesión, atendiendo en gran medida a la voluntariedad con la que ésta debe haber sido prestada para ser admitida en juicio.

2.4.5. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Este organismo, para los efectos de evaluar la ilicitud de los antecedentes presentados por las partes, no resuelve a priori la interrogante sobre si es procedente o no la admisión de pruebas obtenidas mediante vulneración a garantías fundamentales, sino que estudia cada caso en particular, de tal forma de considerar todos los aspectos

relevantes en él antes de hacerse de una opinión. Por ello, esta posición se puede calificar como intermedia dentro de las distintas tendencias que se han suscitado en lo referente a la exclusión de la prueba ilícita.

3. SITUACIÓN ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA REFORMA PROCESAL LABORAL EN RELACIÓN A LA PRUEBA ILÍCITA

3.1. Generalidades

En el procedimiento laboral anterior a la entrada en vigencia de la Ley 20.087 no existía una norma que hiciera alusión expresa a las pruebas obtenidas en contravención a las leyes procesales o a los derechos fundamentales de las personas. Esto no llama la atención, puesto que esta clase de regulación no figuraba en ninguna legislación procesal anterior al Código Procesal Penal, que data del año 2000. Por ello, la disposición contenida en el inciso tercero del N° 4 del artículo 453 de dicha ley fue una innovación dentro de las normas del procedimiento laboral. En este sentido, en el mensaje del ejecutivo para la creación de la Ley 20.087 se señalaba que “de manera novedosa, se incorpora en el proyecto una regla dirigida a privar de valor probatorio a las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”²⁶.

Pese a ello, bajo el régimen anterior la posibilidad de que las partes impugnaran una prueba ilícita, o de que el juez del proceso excluyera un antecedente en virtud de haber sido obtenido por vías contrarias a las garantías constitucionales sí existía. La impugnación podía realizarse por las partes mediante una serie de vías, las que consisten en la interposición del incidente de nulidad procesal o de los recursos de reposición y casación en el fondo.

²⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N° 20.087. [En línea] ><http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20087/HL20087.pdf>> [Consulta: 20 de junio de 2010]

Asimismo, el juez también tenía alternativas en el antiguo sistema respecto a la presentación por una de las partes en el procedimiento de prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, las que consisten en la valoración de las evidencias presentadas conforme a la sana crítica y a la facultad con la que contaba para decretar la nulidad de oficio, y que se analizarán con posterioridad.

En este capítulo se abordarán someramente las distintas posibilidades con las que contaban el juez y las partes en el antiguo procedimiento respecto a las pruebas obtenidas por actos contrarios a los derechos fundamentales. Se considerará sólo esta manifestación de la prueba ilícita, puesto que es la de mayor relevancia y que los vicios generados por la infracción de normas simplemente legales pueden impugnarse por otras vías que no resultan relevantes en esta investigación. A través de esta exposición se podrá advertir la mejora existente con el actual sistema respecto a esta manera de tutelar las garantías constitucionales dentro del procedimiento.

3.2. Posibles reacciones frente a la prueba obtenida mediante actos que impliquen violación a las garantías fundamentales

3.2.1. La impugnación de la prueba ilícita por las partes

Las posibilidades que tenían las partes en el antiguo procedimiento laboral eran el incidente de nulidad de todo lo obrado, el recurso de reposición y la casación en el fondo.

3.2.1.1. El incidente de nulidad

Este incidente constituía la forma de hacer valer la nulidad procesal dentro del procedimiento laboral, la que se define como una “sanción de ineficacia respecto de los actos jurídicos en el proceso por el incumplimiento de algunos de los requisitos que la ley prescribe su validez”²⁷. La posibilidad de las partes de ejercer el incidente de nulidad como forma de impugnar la inclusión de prueba ilícita al proceso se desprendía de lo que establece la parte final del inciso primero del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, el que se aplicaba en materia laboral por remisión expresa del Código del Trabajo. Esta norma señala que la nulidad se podrá interponer en todos aquellos casos que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con su declaración.

Desde esta perspectiva, la incorporación al proceso de antecedentes obtenidos en contravención a las garantías fundamentales difícilmente no podría considerarse como generadora de un perjuicio para las partes. Sin embargo, esta forma de realizar la impugnación tiene la limitante de que únicamente reviste de utilidad en las circunstancias en que el sujeto pasivo de los derechos vulnerados en la obtención de la fuente de prueba sea una de las partes dentro del juicio.

²⁷ MATURANA, Cristian. Los incidentes, el juicio sumario, el juicio de arrendamiento de bienes raíces urbanos, el juicio ordinario de menor y mínima cuantía, el juicio ejecutivo, el juicio de hacienda, el procedimiento arbitral y los asuntos judiciales no contenciosos. Apuntes de clase. Santiago. 2004. P. 22.

3.2.1.2. El recurso de reposición

El recurso de reposición es el “acto jurídico procesal de impugnación, que emana exclusivamente de la parte agraviada y tiene por objeto solicitar al mismo tribunal que dictó la resolución que la modifique o deje sin efecto”²⁸. Por ende, se trata de un recurso de retractación o remedio procesal, debido a que no posee el efecto devolutivo que en general caracteriza a los recursos, por el cual se otorga competencia al tribunal superior para que conozca del asunto.

La reposición se aplicaba en el procedimiento laboral, debido a que la ley señalaba la remisión expresa a la regulación que efectúa de este medio de impugnación, que era el propio de los autos y decretos, en el Código de Procedimiento Civil.

Para los efectos de analizar la reposición en el procedimiento civil, se hace necesario distinguir entre la ordinaria y la extraordinaria. La primera procede en el plazo de 5 días a partir de la notificación de la resolución, mientras que la segunda no tiene plazo, siempre que se hagan valer nuevos antecedentes. Este concepto se entiende como la aparición de algún hecho que genere consecuencias jurídicas, que ya haya existido a la dictación de la resolución, pero que no se hubiese conocido por el juez en ese momento. Respecto a lo que señalaba el antiguo procedimiento laboral, se debe mencionar también la posibilidad con la que contaban las partes de reponer en forma oral las resoluciones dictadas durante los comparendos.

²⁸ MATURANA, Cristian. Los Recursos. Apuntes de clase. Santiago. 2008. P. 75

La posibilidad de interponer la reposición frente a la inclusión de evidencia obtenida en vulneración a los derechos fundamentales deriva de que para ello se requiere la existencia de agravio para la parte que la presenta, el que obviamente se produce en las hipótesis de producción de prueba ilícita.

3.2.1.3. El recurso de casación en el fondo

El recurso de casación en el fondo se define como “un acto jurídico procesal de parte agraviada con determinadas resoluciones judiciales, para obtener de la Corte Suprema que las invalide por haberse pronunciado con una infracción de la ley que ha influido substancialmente en lo dispositivo del fallo, y que las reemplace por otra resolución en que la ley se aplique correctamente”²⁹.

El fundamento de la posibilidad de utilizar este medio de impugnación frente a la incorporación de pruebas obtenidas mediante actos que impliquen violación de derechos fundamentales no radica en esta hipótesis en la causal genérica del agravio que ha producido la dictación de la resolución para el recurrente, sino en la específica de haber sido pronunciada la sentencia motivada por una infracción de la ley que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Por otra parte, es necesario destacar que lo que se impugna mediante el recurso de casación en el fondo no es propiamente la resolución que incorpora la

²⁹ MATURANA, Cristian. Los Recursos (ver *supra*). P.224.

prueba ilícita al proceso, sino la definitiva que se basa para su dictación en evidencias presentes en el procedimiento y que fueron obtenidas con vulneración de derechos fundamentales.

La posibilidad de recurrir de casación en el fondo con el objetivo de que se excluyan del procedimiento las evidencias obtenidas vulnerando los derechos fundamentales surge de la interpretación amplia que la ha dado la Corte Suprema al término “ley”, presente en el inciso final del artículo 767 del Código de Procedimiento Civil que señala la causal de procedencia del recurso de casación en el fondo.

Pese a que la doctrina mayoritaria señala que la Corte Suprema carece de competencia para casar una sentencia por haber sido dictada infringiendo las normas constitucionales³⁰, esta limitante no se aplica para los casos en que una materia se encuentra únicamente regulada por la Constitución y en esa situación se encuentran las garantías fundamentales.

De lo anterior se desprende que la incorporación de la prueba ilícita al proceso podía ser objeto de impugnación por la vía de la casación en el fondo, debido a que ésta fue obtenida mediante actos que implican violación de derechos constitucionales.

3.2.2. Rol del juez frente a la incorporación al proceso de prueba ilícita

³⁰ ATRIA, Fernando. Proceso Civil. Comentario a la jurisprudencia del año 2004. (2). 2005. P. 284.

Para los efectos de analizar las posibilidades con las que contaba el tribunal respecto a la agregación de pruebas ilícitas al proceso, es necesario evaluar la posibilidad de que él decrete la nulidad de oficio, a la que alude el inciso cuarto del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil y las determinaciones que puede tomar en la etapa de valoración de la prueba, conforme a la sana crítica.

3.2.2.1. La declaración de la nulidad de oficio

La aplicación supletoria de las normas establecidas en el Código de Procedimiento Civil concedía al juez dentro del proceso laboral la facultad que establece el artículo 84 de dicho cuerpo legal consistente en “corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso”.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han delimitado la aplicación de esta disposición, señalando que ésta procede únicamente respecto de normas de orden público, como lo serían los presupuestos procesales. Desde esta perspectiva, el juez sí podría declarar la nulidad de la prueba incorporada al proceso con inobservancia de derechos fundamentales, debido a que las disposiciones de índole constitucional tendrían tal carácter.

3.2.2.2. Valoración conforme a la sana crítica

El tribunal es finalmente quien está obligado a ponderar, en la fase de juzgamiento, el valor de las evidencias presentadas por las partes. En esta etapa se vuelve importante una particularidad del procedimiento que contemplaba anteriormente el Libro V del Código del Trabajo, respecto del que regía en materias civiles, consistente en que en él el juez valoraba las pruebas conforme al sistema de la sana crítica.

El artículo 456 del Código del Trabajo existente con anterioridad a la reforma señalaba a este respecto: “Al apreciar las pruebas según la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

En atención a lo anterior, el juez al percatarse de la vulneración de derechos fundamentales en la que se había incidido en la producción de la prueba, podría haberle restado valor a aquellas evidencias, con el fin de preservar las garantías constitucionales del sujeto pasivo de la infracción, puesto que el sistema de ponderación que consagraba el Código del Trabajo lo facultaba para ello.

Sin embargo, la posibilidad del tribunal de restarle valor a la prueba ilícita no tenía la eficacia tutelar de derechos que tiene la consagración normativa de la exclusión, principalmente porque consiste en una facultad que el juez puede utilizar

discrecionalmente y no en un imperativo consistente en un mandato que efectúe expresamente la ley.

4. LA INCORPORACIÓN DE LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCEDIMIENTO CONSAGRADO EN EL LIBRO V DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

4.1 Importancia y contexto de la regulación

La publicación de la ley 20.087 concretó la reforma al procedimiento laboral chileno, contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. Esta se produjo debido a que una serie de defectos de los que adolecía la legislación anterior comenzaban a ser cada vez más evidentes, entre los que se encontraban la dificultad en el acceso a la justicia, la demora existente en la resolución de los litigios y la falta de una tutela efectiva de los derechos de los trabajadores dentro del ordenamiento jurídico.

Las principales modificaciones que introdujo la reforma al procedimiento del trabajo se vinculan a la consecución de la debida tutela jurisdiccional de los derechos laborales, para lo cual se le reconoce un papel rector al juez dentro del proceso, el que se materializa en la consagración del principio de inmediación y a que el procedimiento se desarrolle en audiencias presididas por él. Asimismo, resulta importante recalcar que en la legislación procesal laboral actual los principios formativos del procedimiento son de aplicación obligatoria en el juicio oral.

En este contexto, la consagración de la norma referente a la exclusión de prueba ilícita resultaba una necesidad, debido a que constituye una importante forma de tutelar las garantías fundamentales dentro del procedimiento. De esta forma se zanja la disputa referente a si debe prevalecer la búsqueda de la verdad absoluta o si

es ésta mitigada por la tutela de garantías constitucionales en favor de este último objetivo dentro del procedimiento laboral.

Por otra parte, la necesidad de la consagración de la regla de la exclusión en materia de ilicitud probatoria se ha incrementado aun más en la actualidad con el desarrollo de una serie de tecnologías a través de las cuales es posible la vulneración de garantías dentro de la empresa, entre las que se cuentan, por ejemplo, las cámaras de vigilancia, los micrófonos, etc.

En lo referente a los principios formativos del procedimiento, es posible agregar que la regla de la exclusión de la prueba ilícita contenida en el artículo 453 N° 4 inciso tercero del Código del Trabajo dentro del proceso laboral chileno es una materialización de la buena fe o probidad procesal, consagrada a su vez en el artículo 430 del mismo texto legal. En la legislación española esa vinculación se percibe con mayor claridad, dado que ambos temas son tratados en una sola disposición, la que, al pertenecer a la “Ley Orgánica del Poder Judicial” adquiere vigencia en el orden procesal, en los siguientes términos: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”³¹.

4.2 Análisis de la disposición contenida en el inciso tercero del n° 4 del artículo 453

³¹ Ley Orgánica 6/85. ESPAÑA. Del Poder Judicial. 1 de julio de 1985.

La citada norma regula la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento laboral chileno de la siguiente manera: **“Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de garantías fundamentales”**.

En este apartado, desglosaremos la citada disposición con el fin de comprender su real sentido y alcance, de manera de poder determinar de qué forma la legislación laboral chilena ha tratado la materia y por qué doctrinas ha optado al momento de consagrar la norma.

4.2.1. “Con todo, carecerán de valor probatorio”

Para partir, conviene destacar que de la redacción de la disposición en su totalidad no es posible comprender con a cabalidad el efecto que conlleva la presentación por las partes de prueba ilícita dentro del procedimiento laboral. Ello porque de su redacción no queda claro si es que los antecedentes deben excluirse o no del procedimiento y, si la respuesta a esta interrogante es afirmativa, si esta exclusión debe practicarse en un nivel de admisibilidad o de valoración.

En relación con este tema es posible agregar que en España la prohibición de valoración de la prueba ilícita en la “Ley Orgánica del Poder Judicial” se consagra en términos de “no surtirán efecto”. Con ella, surge una controversia similar a la que suscita la redacción de la norma en el Código del Trabajo chileno, puesto que tampoco define con claridad si la exclusión de la prueba ilícita debe formularse a nivel de

valoración o de admisibilidad. La doctrina mayoritaria de ese país plantea que con esta frase el legislador aplica la regla de la exclusión sólo en un nivel de valoración de la prueba ilícita, aunque esta tendencia no está ajena de detractores, los que se centran principalmente en la importancia de que los antecedentes no lleguen a ser incorporados al procedimiento. En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA: “El art. 11.1 ¿únicamente hace referencia al momento de la valoración de la prueba? Entendemos que la respuesta ha de ser negativa. Precisamente la mejor forma de conseguir que esas pruebas no surtan efecto es impidiendo que entren en la causa...”³².

En la Ley de Procedimiento Laboral española en cambio, la redacción es distinta, puesto que la exclusión se establece a nivel de admisibilidad, en los siguientes términos: “Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley (...), salvo que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”.

En Chile, en tanto, han surgido voces que plantean que la en la legislación procesal laboral debería precisarse claramente si la exclusión de la prueba ilícita operará a nivel de valoración o de admisibilidad. Durante la discusión de la reforma al Libro V del Código del Trabajo, que se concretó con la publicación de la Ley 20.260, Álvaro FLORES (juez del 8º juzgado de letras del trabajo), mencionó entre las deficiencias de la anterior regulación la forma acotada en la que se refiere a la prueba ilícita: “...necesidad de una norma que permita excluir la prueba ilícita por cuanto hoy únicamente se establece que el juez no podrá apreciar o ponderar tal probanza, lo que podría significar o entenderse que la exclusión de tal probanza debería quedar diferida

³² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid. Akal. 1989. P. 246.

para la sentencia. Al respecto, creía que podría establecerse un examen de admisibilidad en la audiencia preparatoria³³.

Desde mi perspectiva, esta opinión es acertada, puesto que como se expondrá posteriormente, se hace necesario configurar la exclusión de manera expresa en un nivel de inadmisibilidad de la prueba ilícita, facultando al juez para realizar un examen de admisibilidad en la audiencia preparatoria para que la regulación sea plenamente eficaz en su afán de tutelar las garantías fundamentales. Al margen de ello, el que la redacción aluda al “valor probatorio” lleva a pensar que con la primera parte de la disposición lo que se pretende es prohibir la valoración de estos antecedentes en la fase de juzgamiento.

De lo anterior se desprende que a lo que apunta esta parte de la norma no es aun a una prohibición de admisibilidad, la que sí podría desprenderse de la frase que expresa posteriormente, puesto que la aplicación de esta disposición no está dirigida a la fase de discusión, que es donde las partes presentan las pruebas en el procedimiento laboral chileno, particularmente en la audiencia preparatoria, sino a la valoración que de ellas hace posteriormente el tribunal.

En doctrina comparada, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA ha clasificado las soluciones propuestas para evitar la valoración por parte del juez de la prueba ilícita en dos grandes grupos, el de las que proponen la “Exclusión física de la prueba” y el de los que postulan la “Abstención o recusación del juez”.

La “Exclusión física de la prueba” consiste en retirar del expediente aquellos antecedentes que se encuentran viciados por haber sido obtenidos a través de actos

³³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley N°20.087 (ver *supra*). P. 24.

que impliquen violación de garantías fundamentales. Esta solución parece ser de gran utilidad práctica, aunque lleva implícita la problemática referente a distinguir entre qué antecedentes deben quitarse del procedimiento y cuáles merecen continuar dentro de él.

En tanto, la “Abstención o recusación del juez” se refiere, para este autor, a que se hace necesaria la exclusión del miembro del tribunal que hasta esa etapa ha conocido del procedimiento. Esta solución es de mayor radicalidad y apunta al logro de una verdadera tutela de garantías fundamentales por la vía de la consagración de la regla referente a la exclusión de la prueba ilícita.

Otro inconveniente de la redacción de la norma objeto de análisis y que resulta importante destacar se vincula con que el que la ley señale que determinado tipo de pruebas carecerá de valor probatorio no resulta suficiente para que los datos a los que el juez haya tenido conocimiento a partir de ellas no surtan efecto en la sentencia que él dicte dentro del proceso, de manera que la exclusión referente a la prueba ilícita sea realmente efectiva en el procedimiento laboral. Por ello, es posible concluir que la disposición se complementa con lo que expresa posteriormente, cuando señala que esta clase de evidencias “no podrán ser apreciadas por el tribunal”.

Sin embargo, conviene mencionar que en el caso de considerarse que la frase que se añade a continuación constituye una regla de exclusión que se materializa previo examen de admisibilidad en la audiencia preparatoria, pierde toda utilidad lo referente a que “carecerán de valor probatorio” las pruebas ilícitas, debido a que ellas no entrarían al proceso y, por ende, difícilmente serían objeto de valoración al momento de dictarse la sentencia.

4.2.2. "...y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal"

Si se postula que la norma contenida en el inciso tercero del N° 4 del artículo 453 consagra una regla de exclusión de prueba ilícita, se es partidario también de que esta parte de la disposición intenta darle real eficacia a la norma en su aplicación práctica, puesto que busca que no ingresen al procedimiento las pruebas obtenidas por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales, de tal forma que la visión del juez acerca de la forma en que verdaderamente acaecieron los hechos no se contamine a raíz de la incorporación al proceso de esta clase de antecedentes. No aportaría en nada a la utilidad de la regla de la exclusión de la prueba ilícita que se señale que ésta carecerá de valor probatorio, si es que ésta se agregara al proceso. Esta constituye la mejor interpretación que se le puede otorgar a la disposición, debido a que obligaría al juez a efectuar un examen de admisibilidad en la audiencia preparatoria con el objeto de excluir del procedimiento aquellas pruebas que considere ilícitas. Por ello, nos situaremos en este supuesto para continuar con el análisis,

En contraposición a lo que expresa la primera parte de la norma, a la que ya se hizo alusión con anterioridad, esta frase recibe aplicación en el período de discusión del procedimiento, específicamente en la audiencia preparatoria.

Sin embargo, en mi opinión, pese a que la prohibición de apreciación por el tribunal de las pruebas que según la ley son consideradas ilícitas contribuye a la tutela de las normas procedimentales y de las garantías fundamentales, no lo hace de manera realmente efectiva. Ello se debe a que para que el tribunal declare la inadmisibilidad de las pruebas ofrecidas por las partes en virtud de un vicio de ilicitud, debe conocer acerca de lo que éstas versan. A partir de esta consideración surge lo

que la doctrina ha denominado “El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita, el que se tratará a continuación.

4.2.2.1. El problema del efecto psicológico de la prueba ilícita

Esta problemática se suscita al resolver la interrogante referente a la posible influencia que puede tener en el juzgador el tomar conocimiento de los antecedentes fácticos se intentaban acreditar mediante la prueba ilícita: ¿Puede el tribunal, luego de saber la ocurrencia de los hechos acerca de los que versa la prueba excluida, no tomarlos en consideración al momento de juzgar?

Esta ha sido una materia largamente discutida en lo referente al tratamiento que dan las legislaciones a la prueba ilícita, dado que en ella se pone el juego la utilidad que tiene en lo cotidiano la regla de la exclusión. Respecto a esto, MIRANDA ESTRAMPÉS señala que “La declaración legal de ineficacia de las pruebas ilícitas debe ir acompañada de los adecuados mecanismos que aseguren su efectividad en la práctica”³⁴.

Debido al riesgo que se corre de que el tribunal, habiendo tomado contacto con las pruebas excluidas, las considere al momento de fallar aun inconscientemente, han surgido una serie de opiniones que apoyan la tesis de que el juez que dicta la sentencia no debe conocer la existencia de estos antecedentes. El objetivo de este

³⁴ MIRANDA, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal (ver *supra*). P. 104.

planteamiento radica en que el juzgador debe decidir sin ser influenciado por los medios de prueba que fueron excluidos del proceso.

Con el objeto de demostrar la magnitud del problema, lo ilustraremos con un ejemplo. Un trabajador fue despedido de una empresa por sustraer especies de ella, alegando posteriormente el despido injustificado. El empleador presenta como medio de prueba un vídeo en el que es posible apreciar al trabajador cometiendo el delito de hurto, pero el juez en la audiencia preparatoria excluye la cinta del procedimiento, en virtud de considerar que constituye prueba ilícita, dado que el trabajador no sabía que estaba siendo filmado. ¿Podrá ese juez, al final del juicio, declarar que el despido injustificado si sabe el trabajador tuvo participación en los hechos que el empleador le imputa?

Entre quienes adhieren a la doctrina de que la prueba ilícita ocasiona un efecto inevitable en el juzgador se encuentra el croata DAMASKA, quien expresa a este respecto que “no parece probable que la mente humana sea capaz de procesar información de una manera tan estrechamente compartimentalizada”³⁵. A raíz de ello, es posible sostener que la incorporación a la legislación procesal de la regla de la exclusión en un nivel de valoración tiene como única consecuencia que en la fase de juzgamiento los jueces fallen de determinada forma sin hacer mención explícita en la sentencia de haber considerado estos medios de prueba, pero habiendo sido influenciados de todas formas por ellos.

Con el propósito de solucionar el problema del efecto psicológico de la prueba ilícita, la doctrina ha ideado tres soluciones, las que se expondrán en los párrafos siguientes.

³⁵ Citado por HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal Chileno. Santiago. Editorial Jurídica. 2004. P.179.

La primera vía para resolver la problemática acepta que no es posible para el juez desvincularse de los antecedentes de los que tuvo conocimiento a partir de la prueba ilícitamente obtenida, y consiste en exigir al tribunal valorarlos en conjunto con los demás medios de prueba, obtenidos de manera lícita. Esta solución no parece satisfactoria si se consideran los motivos por los cuales se ha consagrado la regla de la exclusión de la prueba ilícita, puesto que no logra que el afán protector de garantías fundamentales y/o normas procedimentales sea resulte verdaderamente eficaz en la práctica.

La segunda forma planteada por la doctrina para solucionar el inconveniente anteriormente descrito radica en recusar al juez que ha tenido contacto con los antecedentes probatorios que se deben excluir del procedimiento en virtud de su ilicitud, dado que exigirle al juzgador abstenerse de utilizar los datos obtenidos en base a pruebas ilícitas sería, en términos de SCHMIDT, obligarlo a realizar una “acrobacia psicológica”³⁶. Respecto a esta solución cabe agregar que es apta para resolver el problema únicamente en aquellos ordenamientos procesales en los cuales no se deje constancia de lo obtenido en el procedimiento en el expediente, puesto que en las legislaciones en que este testimonio material existe de nada serviría excluir al juzgador del procedimiento, si quien lo reemplace también tomará conocimiento de la existencia de estos medios de prueba.

El tercer medio para evitar que el efecto psicológico de la prueba ilícita impida que ésta sea totalmente excluida del proceso consiste en exigir al juzgador fundamentar de manera detallada los fallos, indicando para ello los medios de prueba en los que ha basado sus conclusiones y en otorgar a las partes la posibilidad de recurrir ante el tribunal superior jerárquico en el caso de haber basado su decisión en pruebas viciadas por su ilicitud. En mi opinión, este mecanismo no contribuye a

³⁶ Citado por PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil (ver *supra*). P. 347.

solucionar el inconveniente, dado que sólo produce que el problema del efecto psicológico de la prueba ilícita recaiga en otro tribunal.

Volviendo a la forma en la que se estructura el actual procedimiento laboral chileno, las partes ofrecen la prueba con la que sustentarán sus pretensiones en el juicio en la audiencia preparatoria, ocasión en la que, a partir de lo que dispone la norma que aquí se analiza, el juez de la causa debe excluir del procedimiento aquellas “que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”, por considerarlas inadmisibles. Cabe destacar que es el mismo juez quien presidirá posteriormente la audiencia del juicio y dictará la sentencia con la cual se resolverá la controversia de relevancia jurídica.

En nuestro país, la materia referente a la exclusión de la prueba ilícita ya había sido previamente objeto de legislación en dos procedimientos, el penal y el que señala la ley 19.968 que crea los tribunales de familia. El problema que en este apartado se analiza se produce sólo en el segundo de ellos, como se explicará a continuación.

El Código Procesal Penal reguló en el inciso tercero del artículo 276 la exclusión del procedimiento de la prueba ilícita en los siguientes términos: “El juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”. Esta disposición se encuentra en el Título II, párrafo tercero, que se denomina “Desarrollo de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral”.

En virtud de la forma en la que orgánicamente se organiza el sistema procesal penal chileno la problemática del efecto psicológico de la prueba ilícita, que aquí se desarrolla, no se produce. Esto se debe a que las pruebas son ofrecidas al juez de

garantía, quien determina cuáles serán de conocimiento del Tribunal del Juicio Oral en lo penal, al excluir, entre otras, las manifiestamente impertinentes y las que han sido obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales, de tal forma que no son incluidas en el “Auto de Apertura del Juicio Oral”, que es la sentencia interlocutoria a través de la cual el Tribunal del Juicio Oral toma conocimiento del caso. Por ello, LÓPEZ MASLE expresa que “para asegurar la efectividad de la exclusión, el Código Procesal Penal no ha incluido la decisión sobre exclusión de prueba entre las menciones que deben incorporarse al auto de apertura y ha precisado que las pruebas que se fijan en dicha resolución no son las que las partes han ofrecido, sino las que han sido admitidas por el juez de garantía”³⁷.

En tanto, el artículo 31 de la Ley 19.968, que crea los Tribunales de Familia, denominado “Exclusión de Prueba”, regula la materia en los siguientes términos: “El juez de familia, luego de estudiar la admisibilidad de las pruebas ofrecidas, de resolver las convenciones probatorias y de escuchar a las partes que hubieren comparecido a la audiencia preparatoria, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios, resulten sobreabundantes o hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales”.

De lo expuesto es posible observar que el legislador en la Ley 19.968 trata la materia referente a la exclusión de la prueba ilícita de manera bastante similar a la como con posterioridad lo hace en la Ley 20.087, si al comparar se atiende a los criterios referentes a qué juez es el que está encargado de determinar los antecedentes que deben considerarse inadmisibles, que es el mismo que posteriormente juzga al no existir juez sustanciador, y al momento en que se practica la exclusión, debido a que en ambos procedimientos ésta se realiza en la audiencia preparatoria. Precisamente, en estas dos coincidencias radica el que en ambos casos

³⁷HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal Chileno (ver *supra*). P.193.

la regulación no logre la efectividad esperada en la protección de derechos fundamentales, debido a que probablemente el tribunal no puede desconocer los datos que llegaron a su conocimiento mediante las pruebas que posteriormente fueron declaradas inadmisibles, en la fase de juzgamiento.

En conclusión, el problema del efecto psicológico de la prueba ilícita en el juzgador está presente en nuestro ordenamiento procesal laboral, por lo que se hace necesario idear una forma a través de la cual se pueda aplicar la regla de exclusión de la prueba ilícita sin que ella deje rastro en el tribunal, de tal forma que esta norma adquiera la eficacia requerida en su rol de tutela de garantías fundamentales dentro del procedimiento.

4. 2.3. "... las pruebas que las partes aporten"

Lo que dispone el artículo 453 en esta frase hace referencia a que la prueba que puede ser excluida del procedimiento en virtud de su ilicitud es aquella que es ingresada al proceso por las partes, y no la que es solicitada por el tribunal en virtud de la manifestación del principio de impulso procesal de oficio o *procedat iudex ex officio*.

Esta parte de la disposición contenida en el N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo se fundamenta en que en el procedimiento laboral por regla general son las partes las que llevan sobre sí la carga procesal de producir las pruebas a través de las cuales sustentarán su pretensión, sin perjuicio de la atribución que concede al juez el N° 9 de la citada disposición, la cual faculta al tribunal a solicitar diligencias probatorias

a las partes, las que se desarrollarán de manera posterior durante la audiencia de juicio.

La atribución con la que cuenta el tribunal a la que se hace alusión en el párrafo que antecede es una de las principales, si no es la más importante, manifestación del principio de impulso procesal de oficio presente en el actual procedimiento laboral.

Con el objetivo de lograr una mayor comprensión de esta materia, a continuación se analizarán brevemente los principios de impulso procesal de parte y de oficio, considerando sus aplicaciones en materia probatoria.

El principio del impulso procesal de oficio hace referencia a que es misión del tribunal el ordenar la realización de los trámites necesarios para lograr la prosecución del juicio, de tal forma de conseguir que la causa quede en estado de fallo. Este principio se relaciona con el inquisitivo, pero lo matiza, dado que este último implica lisa y llanamente la privación a las partes de la potestad de realizar actos sobre el objeto del procedimiento, mientras que el impulso procesal de oficio se vincula únicamente con a quien corresponde la iniciativa para la continuación del juicio. De esta forma, constituye una depuración del concepto inicial que sí puede estar presente en las legislaciones contemporáneas al integrar al proceso las ventajas que conlleva en materia de celeridad, pero sin que se corra el riesgo de los abusos a los que condujo su aplicación en épocas pasadas.

El artículo 425 del Código del Trabajo consagra la directriz del *procedat iudex ex officio* como principio rector dentro de los procedimientos establecidos en el Libro V de dicho cuerpo legal en los siguientes términos: “Primarán en ellos los principios de intermediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad”.

En tanto, el principio de impulso procesal o aportación de parte atiende a que son ellas quienes introducen los antecedentes con los cuales pretenden acreditar los hechos del procedimiento. PICÓ I JUNOY señala sobre esta directriz que “aparecen como manifestaciones de este principio el que los litigantes tienen que alegar los datos o elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso”³⁸.

En directa relación con la aportación de parte se encuentra el principio dispositivo, el cual es definido como aquel que “implica que las partes tienen el pleno dominio de sus intereses materiales y procesales involucrados en la causa y reconoce su potestad de libre decisión respecto del ejercicio o no ejercicio de estos derechos”³⁹. Sin embargo, el principio dispositivo difiere del de aportación de parte en que el segundo constituye una expresión del primero sólo en lo que se refiere a la inclusión y prueba de los hechos en el proceso.

Pese a que es el principio del impulso procesal de oficio es el que se encuentra expresamente consagrado por la ley entre las directrices inspiradoras de los procedimientos laborales, la norma que aquí se analiza es una manifestación de la aportación de parte. Esto no resulta controversial si se tiene en consideración que las legislaciones procedimentales en general llevan implícitas una ponderación de los distintos principios formativos del procedimiento. En este sentido, MATURANA señala: “Los sistemas procesales manifiestan la aplicación preeminente de un principio respecto de otro, pero prácticamente no existe la recepción absoluta de un principio y la exclusión total de aquel que se le contrapone”⁴⁰.

³⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil (ver *supra*). P. 214.

³⁹ MATURANA, Cristian. Aspectos generales de la prueba (ver *supra*). P. 50.

⁴⁰ MATURANA, Cristian. Aspectos generales de la prueba. (ver *supra*, p. 40.

En conclusión, el N° 4 del artículo 453 al señalar “las pruebas que las partes aporten” hace alusión a que sólo pueden ser objeto de la regla de la exclusión de la prueba ilícita en el actual procedimiento laboral los elementos presentados por las partes con el objeto de acreditar los hechos en los que se funda su pretensión, no considerándose para ello los datos que llegan a conocimiento del tribunal en virtud de la solicitud que el tribunal formula de presentar otros medios de prueba en la audiencia de juicio, como materialización del principio del impulso procesal de parte.

4.2.4. “... y que se hubieren obtenido directa o indirectamente”

El sentido de esta frase para gran parte de los autores radica en la expresa consagración legal de la “Teoría de la Eficacia Refleja de la Prueba Ilícita”, que en Estados Unidos recibe la denominación de “Doctrina de los Frutos del Árbol Envenenado”.

Pese a que este planteamiento será analizado en el capítulo siguiente, es posible señalar a modo ilustrativo que, ante la disyuntiva referente a si la prueba derivada de antecedentes excluidos del proceso por su ilicitud deben o no ser también declarados inadmisibles, la doctrina a la que aquí se hace referencia postula que el vicio sí se comunica, por lo que opta por la respuesta afirmativa, a fin de lograr una efectiva protección de las garantías fundamentales dentro de las normas del procedimiento.

De esta forma se ha señalado respecto a la disposición en análisis: “En cuanto a la prueba ilícita, se debe distinguir entre aquella que la constituye en sí como aquella que deriva de la prueba ilícita. La redacción de la norma es sin duda comprensiva de ambas figuras, pues se refiere a aquella prueba obtenida directa o indirectamente por medios ilícitos, de modo que una prueba aparentemente ilícita- que es consecuencia de una prueba ilícita- es también ilícita”⁴¹.

Quienes son partidarios entienden que cuando la disposición expresa “directa” hace alusión a la prueba ilícita excluida inicialmente, mientras que con el término “indirectamente”, se pretende hacer referencia a la derivada de ella.

En España, a raíz de que la redacción del artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es en este punto similar, se ha suscitado una controversia en torno a cuál es el real sentido de la expresión “directa o indirectamente”. En ese país, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias se han inclinado por darle a la frase el mismo significado que el que se le ha dado en nuestro país, es decir, como consagración legal de la “Teoría de la Eficacia Refleja de la Prueba Ilícita”.

Sin embargo, un grupo de autores españoles- entre los que se encuentran PICÓ I JUNOY, SERRÁ DOMÍNGUEZ y PASTOR BORGONÓN- se ha manifestado en contra de atribuir a la expresión que aquí se analiza un alcance comprensivo de la eficacia refleja de la prueba ilícita.

Según PICÓ I JUNOY, la introducción de los términos “directa o indirectamente” en el artículo 11,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española tiene su origen en una sentencia del Tribunal Constitucional, la 114/1984, en la cual se usan estas

⁴¹ ACADEMIA JUDICIAL, Manual del juicio del trabajo. Santiago. Academia judicial. 2008. P. 99.

expresiones para hacer referencia a que la infracción de garantías fundamentales no tiene su origen en las resoluciones judiciales que se sustentan en pruebas ilícitas, sino en los actos extraprocesales mediante los cuales estas últimas se obtienen. Esta interpretación se vincula estrechamente con la distinción entre medio y fuente de prueba que se formuló en el primer capítulo, en el sentido de que la vulneración directa sería la de la fuente, mientras que la del medio de prueba tendría el carácter de indirecta.

En relación con lo anterior, señala PICÓ I JUNOY que “es nulo todo elemento probatorio logrado directamente con vulneración de derechos fundamentales, así como también lo es el medio de prueba mediante el cual pretende introducirse el citado elemento probatorio en el proceso, pues ello implica vulnerar indirectamente otros derechos fundamentales (en concreto, los referentes al proceso con todas las garantías y a la igualdad de partes)”⁴².

En tanto, la autora PASTOR BORGONÓN, basa su opinión contraria a que con la expresión “directa o indirectamente” se consagra normativamente la “Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado”, en que si este fuera el objetivo la norma no utilizaría la terminología más adecuada para ese propósito. Para ello, pone el ejemplo del hallazgo de un arma con la que se cometió un delito a partir de una actuación que implicó una violación del secreto de las comunicaciones. Desde su perspectiva, si los actos de investigación a través de los cuales se logra la obtención del artefacto se realizaran de forma totalmente lícita, éstos no violarían ni aun indirectamente la garantía fundamental referente a la privacidad de las personas, puesto que no excluye la influencia que pudieron haber tenido otros hechos de los que se tuvieron conocimiento, al margen de aquel por el cual se obtuvo la prueba ilícita.

⁴² PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil (ver supra). P. 353.

Por otra parte, aun si se aceptara la opinión que sostiene que el sentido de la expresión “directa o indirectamente” no es la consagración normativa de la doctrina referente a la eficacia refleja de la prueba ilícita, ello no nos llevaría forzosamente a concluir que ésta no está recogida por la legislación. MIRANDA ESTRAMPÉS es partidario de esta teoría, señalando así que “el reconocimiento de los efectos reflejos es una consecuencia lógica y necesaria que viene impuesto por la propia “inutilizabilidad” de las pruebas ilícitas”⁴³.

A modo de conclusión, es posible añadir que, a partir expresado por esta parte del artículo 453 se podría creer que la legislación procesal laboral chilena recoge “Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado”, esto no es necesariamente así, al no ser la única interpretación que se le podría dar al precepto. Sin embargo, en la eventualidad de que esta doctrina no fuera recogida por esta parte de la disposición, ello no conllevaría que no fuera aceptada por la legislación, ya que hay quienes creen que es una necesaria consecuencia de la regla de la exclusión de la prueba ilícita, en su afán protector de garantías fundamentales. Esta temática se abordará a cabalidad en el capítulo siguiente.

4.2.5. “... por medios ilícitos”

El que la causal de exclusión de prueba ilícita incluya dentro de sus supuestos el que los antecedentes hayan sido obtenidos “por medios ilícitos” constituye una novedad en la forma en que se regula la materia en nuestro ordenamiento jurídico, debido a que en las otras dos hipótesis en las que lo hace, en el Código Procesal

⁴³ MIRANDA, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal (ver *supra*) P.120.

Penal y la Ley de Tribunales de Familia, se hace alusión únicamente a la vulneración de garantías fundamentales.

Al analizar la disposición en su tenor literal se advierte que al incorporar la conjunción “o” entre las dos causales de exclusión, la cual “denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas”⁴⁴, con lo que se intenta precisar que se trata de conceptos distintos.

Pese a que lo anterior pudiera parecer obvio, no lo es tanto si se recuerda que, como se expuso en el Capítulo 1, las concepciones restringidas respecto del significado de la prueba ilícita la entienden como la que atenta contra las garantías fundamentales.

Entendiendo que la intención del legislador no es hacer sinónimas las expresiones, en el sentido de que la prueba obtenida por “medios ilícitos”, no es la misma que la obtenida “a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”, es necesario determinar el alcance que la ley le pretende dar, con el fin de encontrarle utilidad.

El Diccionario de la Lengua Española define el concepto “ilícito” se define como lo “no permitido legal o moralmente”⁴⁵. Con esta definición como punto de partida, y a fin de encontrarle utilidad a esta parte de la disposición, es posible concluir que lo que el legislador intentó formular fue una prohibición de admitir y valorar en el juicio la prueba obtenida en contra de normas del ordenamiento jurídico que no tienen rango constitucional. Esta conclusión se basa también a partir de una serie de conceptos

⁴⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 22ª Edición. Madrid. Real Academia Española. 2001.

⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. (ver *supra*).

afines desarrollados por la doctrina en materia de prueba ilícita, con el fin de designar la adquirida con vulneración a las disposiciones legales.

Dentro de este contexto de definiciones, MIRANDA ESTRAMPÉS denomina “Pruebas irregulares o defectuosas” a aquellas “en cuya obtención se ha infringido la legalidad ordinaria y/o se ha practicado sin las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba”⁴⁶, es decir, contraviniendo lo dispuesto por leyes de carácter procesal.

Sin embargo, cabe destacar que desde la perspectiva de este autor, la redacción utilizada por la ley es la correcta, puesto que considera que la prueba irregular no es un concepto aparte de la prueba ilícita, sino que es sólo una modalidad de ella.

Por su parte, PICÓ I JUNOY utiliza el término “Prueba ilegal o irregular” para referirse a aquella que fue obtenida “con vulneración de preceptos que no gozan del status jurídico privilegiado⁴⁷” de las garantías fundamentales consagradas en la Constitución.

A modo de conclusión es posible afirmar que el sentido de la inclusión de la frase “por medios ilícitos” inciso tercero del N° 4 del artículo 453, entre las causales de exclusión de prueba, fue incluir aquellas hipótesis en las que el origen de la vulneración al ordenamiento jurídico en el procedimiento de obtención de antecedentes probatorios no radica únicamente en una violación de los Derechos Fundamentales asegurados

⁴⁶ MIRANDA, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. (ver *supra*) P. 47

⁴⁷PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. (ver *supra*). P. 290

por la Constitución, sino también en haber sido adquiridas sin respetar disposiciones de carácter simplemente legales.

De lo anterior se desprende que el alcance protector de la norma de exclusión de prueba ilícita en materia laboral es de mayor amplitud que en las otras legislaciones en las que se ha regulado la materia, de lo que se deriva que las exigencias referentes a los requisitos que deben cumplir los antecedentes probatorios ofrecidos en juicio son bastante más estrictos que los presentados en otros procedimientos.

4.2.6. "... o a través de actos que impliquen violación de Derechos Fundamentales"

Pese a que, como se señaló en el apartado anterior, la hipótesis de exclusión de prueba que se contempla en el inciso tercero del N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo incluye también la obtenida en contravención a normas legales, es esta parte de la disposición la que cobra mayor significado para cumplir el objetivo de lograr una efectiva tutela de garantías constitucionales dentro del proceso.

La norma que aquí se analiza posee como particularidad dentro de su redacción, frente a la forma en la que se consagra legislativamente la prueba ilícita en el ordenamiento procesal penal y de familia, que hace alusión expresamente a que la prueba debe haber sido obtenidas mediante "actos que impliquen violación de Derechos Fundamentales", señalando de esta forma que la infracción debe estar contenida en las acciones realizadas con el objetivo de obtener la fuente de prueba, y no en la incorporación de ésta al proceso.

Por otra parte, cuando el legislador hace alusión a los “actos”, surge la duda de si el término se extiende tanto a las acciones como a las omisiones, o si no contempla estas últimas.

Otra particularidad existente en la forma en la que el legislador regula la prueba ilícita en materia laboral radica en que en la hipótesis de exclusión se hace referencia al término “derechos” y no “garantías” fundamentales, a diferencia de la forma en que lo hace en los ordenamientos procesales laborales y de familia, donde opta por el segundo concepto.

Por lo tanto, para una cabal comprensión de la norma, se hace necesario determinar qué se entiende por Derechos Fundamentales. El autor italiano Luigi FERRAJOLI define este concepto como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por “derecho subjetivo” cualquier expectativa subjetiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de relaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”⁴⁸.

El concepto de “derecho subjetivo” se diferencia del de “garantía” en que las últimas se definen como “los deberes correspondientes, dictados por normas jurídicas”. En otras palabras, son comprendidas como la consagración normativa del derecho

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid. Trota. 2001. P.19

preexistente, tutelándolo dentro del ordenamiento jurídico: la garantía es la tutela del derecho.

Posteriormente, FERRAJOLI desarrolla una clasificación, distinguiendo así entre las garantías primarias y las secundarias. Toma como punto de partida para la formulación del concepto de los derechos, entendidos, como se señaló anteriormente, como expectativas negativas y positivas (de protección y de no sufrir lesiones) que acarrear obligaciones y prohibiciones, señalando que las “garantías primarias” están constituidas por esas obligaciones y prohibiciones, mientras que las “garantías secundarias” consisten en las “obligaciones de reparar o sancionar jurídicamente las lesiones de derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias”⁴⁹.

De esta forma, es posible agregar, a partir de la clasificación anteriormente descrita, que la norma referente a la exclusión de la prueba ilícita en el procedimiento laboral es una garantía de tipo secundaria, dado que se manifiesta como una sanción, particularmente de carácter procesal, a una vulneración de derechos fundamentales en la que se incurrió al momento de obtener los antecedentes.

A pesar de que la distinción conceptual expuesta en los párrafos anteriores reviste gran utilidad en el propósito de lograr claridad ilustrativa acerca de la divergencia entre los términos, el sentido de la disposición analizada no parece verse alterado al hacer directa referencia a los “derechos fundamentales” y no a la forma en que estos son garantizados por el texto constitucional o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en virtud de su artículo quinto, dado que de ello no se desprenden mayores consecuencias en la práctica en relación con la eficacia protectora de la disposición.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales (ver *supra*). P.26.

5. LA DOCTRINA DE LOS EFECTOS REFLEJOS DE LA PRUEBA ILÍCITA Y SU INCORPORACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL LABORAL CHILENA

5.1 La doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita

Esta doctrina en Estados Unidos ha sido tratada con el nombre de la “Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado” (*Fruit of de poisonous tree doctrine*) y surge a raíz de la problemática que se manifiesta en materia de prueba ilícita respecto a qué ocurre, una vez que ésta es declarada, con los antecedentes probatorios que se obtuvieron a raíz de aquél que no es admitido por vulnerar las garantías fundamentales. De esta forma, el planteamiento sostiene que éstos no deben ser admitidos dentro del proceso ni, por ende, ser valorados por el tribunal.

El debate versa acerca de la que la doctrina ha denominado prueba ilícita “por derivación”, “por efecto reflejo” o “indirecta”, que es aquella que está conformada por antecedentes obtenidos por vías lícitas, pero a cuyo conocimiento se ha llegado a través de otros que no cumplen con la exigencia de haber sido adquiridos por medios que no atenten en contra de las garantías fundamentales, y se traduce en determinar hasta qué nivel de prueba derivada queda contaminada por el vicio inicial, de manera que deba aplicarse a su respecto la regla de la exclusión.

La “Teoría de los frutos del árbol envenenado” nace durante el primer cuarto del siglo XX en Estados Unidos, en forma jurisprudencial, con el fallo del caso *Silverthorne Lumber Co. V. United Status* (1920). En él, se declara la inadmisibilidad de pruebas por contravenir lo dispuesto en la IV enmienda de la Constitución de este país. Esta

disposición señala que: “No se violará el derecho del pueblo a la seguridad de las personas, domicilios, papeles y efectos contra registros y detenciones arbitrarias, y no se expondrán mandamientos a dicho efecto, a menos que hubiere causa probable, apoyada por juramento o declaración que designe específicamente el lugar que haya de registrarse y las personas u objetos de los cuales haya de apoderarse”⁵⁰. La sentencia limita la actuación investigativa de la policía en el procedimiento penal.

Sin embargo, la teoría toma el nombre por el que hoy es conocida en el caso *Nardote vs. United States* (1939), donde se consideran inadmisibles ciertas evidencias obtenidas a través de escuchas telefónicas realizadas sin el consentimiento de sus partícipes.

No obstante, la aplicación de la “Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado” está condicionada en su aplicación por importantes criterios que operan como límites, los que se expondrán a continuación.

El primero de ellos está constituido porque la utilización de esta doctrina en la práctica está restringida al procedimiento penal debido a que, al margen de que la elaboración de este planteamiento se base en una enmienda constitucional, se usa como una forma de controlar la manera en la que obtiene la policía las pruebas. Por ello, en esta legislación la posibilidad de excluir antecedentes en virtud de su ilicitud queda limitada exclusivamente a las hipótesis en las que éstas provengan de actuaciones policiales, no pudiéndose así declarar siquiera la inadmisibilidad de material aportado por particulares ni por organismos públicos.

⁵⁰ HERRMANN, Joachim. citado por PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil (ver supra). P. 355.

La segunda limitante para la aplicación práctica de esta teoría es la del “Vínculo Atenuado”, en la que se requiere que exista una causa directa entre la prueba declarada inadmisibles por haberse obtenido gracias a la vulneración de garantías fundamentales. Si no es posible determinar esta relación, la doctrina pasa a ser inaplicable. Esto recibe el nombre de *independent source* y ocurre cuando el vínculo sólo puede encontrarse de manera rebuscada (*sophisticated argument*) o cuando la causalidad existente es meramente indirecta. Esta exigencia ha tenido una fuerte acogida en España, como una forma de limitar la eficacia refleja de la prueba derivada.

La doctrina ha señalado algunas hipótesis en las que es posible aplicar la doctrina del vínculo atenuado, los que son los siguientes:

- Proximidad Temporal: Mientras exista mayor cercanía entre la obtención de la prueba ilícita y de la que se cuestiona, es más fácil que se declare su ilicitud.
- Acto de libre voluntad: La voluntariedad del agente al momento de rendir la prueba tendría el efecto de purgar su ilicitud.
- Extensión de la cadena causal: Para efectos de determinar el vínculo existente entre la prueba ilícita y la que su licitud se pone en duda se establece una cadena. Mientras mayor cercanía haya entre ellas será más fácil que se considere como prueba ilícita.
- Naturaleza de la evidencia derivada: Este criterio sostiene que hay medios de prueba que presentan mayor posibilidad de saneamiento que otros y tiene su origen en la Corte Suprema estadounidense. Este tribunal, en el caso *United States vs. Ceccolini* señala que el saneamiento de la prueba testimonial resulta más simple que el de la material, puesto que los testigos se obtienen con mayor

facilidad que los objetos, debido a que ellos al ser inanimados necesitan de actividad humana para ser obtenidos, y porque es más fácil adquirirlos por medios conformes a la ley.

- Intencionalidad y gravedad de la ofensa: Los medios de prueba que se adquieren como consecuencia de actos intencionales y que vulneran en mayor medida las garantías fundamentales resultan más difíciles de sanear que los fortuitos que atentan en menor forma contra los derechos garantizados por la Constitución.

Asimismo, es posible mencionar dentro de estos criterios la “Doctrina de la fuente independiente”, el que se aplica en el caso de pruebas obtenidas de manera independiente de la ilícita original. Esta atenuación reviste de utilidad en el sentido de los hechos respecto de los cuales se han obtenido antecedentes probatorios con vulneración de garantías constitucionales no se pueden convertir en inaccesibles, debido a lo cual si, mediante otras fuentes, se tiene conocimiento de su existencia, merecen ser probados. Sin embargo, la aplicación en la práctica de esta limitante puede volverse confusa cuando las diligencias probatorias se realizan con posterioridad a la que atentó contra los derechos fundamentales, puesto que en dicha hipótesis no se podrá conocer realmente si la fuente por la cual se obtuvo la información se vincula con la prueba ilícita original o no. En las situaciones referidas a probanzas del mismo hecho pero cuyo origen es previo al de la ilicitud, esta teoría adquiere cabal utilidad.

La aplicación de este planteamiento comenzó a restringirse en los años setenta, puesto que se puso fin al criterio liberal con el que había actuado el Tribunal Supremo estadounidense en los años anteriores. Ello coincidió con la llegada al poder de los

conservadores, lo que a la larga implicó un cambio en la orientación político criminal en ese país.

Una causal que contribuyó a limitar la utilización de esta doctrina fue a través de una disminución cuantitativa de su uso, llegando a aplicarse en épocas más recientes sólo en forma casuística y en ocasiones muy excepcionales. Otros criterios que tuvieron gran influencia en el debilitamiento de la eficacia de la teoría para declarar la inadmisibilidad de pruebas obtenidas con vulneración de garantías fundamentales fue la creación, como se señaló con anterioridad, de diversos criterios, entre los que se debe mencionar asimismo el del descubrimiento inevitable (*inevitable discovery*) y el de la buena fe (*good faith*).

El criterio del descubrimiento inevitable surgió por caso *Nix v. Williams* (1984) y alude a la posibilidad de admitir antecedentes probatorios obtenidos indirectamente en virtud de medios que vulneran las garantías fundamentales si estos también pudieren haber sido adquiridos a través de actuaciones lícitas.

En tanto, también es posible lograr la admisión de antecedentes indirectamente ilícitos argumentando que estos fueron obtenidos de buena fe por el policía al momento de investigar.

Por último, es necesario mencionar que en épocas más recientes se ha continuado restringiendo la prohibición de admitir prueba obtenida gracias a otra adquirida por medios ilícitos, tanto así que existen fallos en los que se han aceptado incluso confesiones obtenidas de manera forzosa o sin previa lectura al detenido de sus derechos, como en los casos *Arizona v. Fulminante* o *United States v. Gonzalez-Sandoval*.

5.2 Posiciones que se han generado en doctrina a raíz de la doctrina de la eficacia refleja de la prueba ilícita

Respecto a las opiniones que ha suscitado la doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita es posible señalar que éstas son encontradas, por lo que se trata de una materia controversial, debido a que las posiciones se van matizando con el objetivo de llegar a una solución que se conforme en mayor medida con el ideal de justicia al cual aspira el proceso. Con el propósito de exponer los planteamientos, éstos de sistematizarán en tres tesis: la restringida, la ecléctica y la amplia.

5.2.1. Tesis Restringida

Esta corriente de pensamiento la conforman aquellos que superponen la búsqueda de la verdad material dentro del proceso a la protección de los derechos constitucionales a través de la norma de la exclusión de la prueba ilícita. Para ellos, no existe inconveniente en que el juez conozca antecedentes probatorios que adolecen de ilicitud por derivación, puesto que ello contribuye con el fin que, desde su opinión, debe prevalecer.

5.2.2. Tesis Ecléctica

A este grupo pertenecen quienes postulan que se debe intentar llegar a un equilibrio para que la aplicación excesiva de la regla de la exclusión respecto a las pruebas ilícitas por derivación no se traduzca en una vulneración grave del derecho a la prueba, violando de esta forma la garantía del racional y justo procedimiento.

Para cumplir este objetivo, existen quienes limitan la aplicación de la regla de la exclusión a las pruebas derivadas sólo mediante causalidad directa de la original, es decir, que no se hubieran podido obtener mediante otra vía, dado que postulan que las que hayan sido obtenidas por otros medios, suficientemente diferenciables, quedan al margen del rango de aplicación de esta doctrina. La jurisprudencia norteamericana actual se ha mostrado partidaria de este planteamiento, a través de la elaboración del criterio ya mencionado del “Descubrimiento Inevitable”.

Dentro de quienes apoyan este planteamiento en la doctrina nacional es posible mencionar a ZAPATA GARCÍA, quien señala que “Es nuestro parecer que entre el original acto espurio y la prueba cuestionada por su derivación de éste, debe existir una relación evidente e inmediata. Un nexo directo, de modo que la prueba se haya obtenido verdaderamente gracias a la prueba contaminada y no a resultados de otros procedimientos investigativos. En otras palabras, la prueba para ser considerada derivada, debe traer su origen de otra, directamente”⁵¹.

⁵¹ ZAPATA, María Francisca. La prueba ilícita (ver *supra*). P. 29 y 30.

5.2.3. Tesis Amplia

Esta opinión doctrinaria considera que siempre se debe aplicar la regla de la exclusión, ya sea a la prueba ilícita original como a todas aquellas que deriven de ésta, puesto que de lo contrario se le resta la eficacia deseada a la existencia de esta norma como vía para la protección de garantías fundamentales en las legislaciones procesales.

Dentro de esta corriente se encuentra la postura del autor español Manuel MIRANDA ESTRAMPÉS, quien plantea que la exclusión se debe aplicar, además de a los antecedentes obtenidos en forma directa mediante medios atentatorios contra las garantías fundamentales, a todas aquellas probanzas que derivan de ellas, sin distinción alguna.

5.3. Aplicación de la “Doctrina de los Efectos Reflejos en la Prueba Ilícita” en el procedimiento contemplado en el Libro V del Código del Trabajo

Pese a que la redacción de la disposición contenida en el inciso tercero del número 4 del artículo 453 en lo referente a la posible consagración de la “Doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita” en este punto es similar a la que utiliza la Ley Orgánica del Poder Judicial española, al utilizar los términos “directa o indirectamente” y a que en ese país se discuta si éstos se usan con el fin de consagrar normativamente este planteamiento, en Chile nada parece contradecir que al usar la citada frase la

norma que excluye la prueba ilícita del procedimiento el legislador no tuviera este objetivo.

La posición de que lo que dispone el artículo 453 del Código del Trabajo en lo que respecta a la prueba derivada de aquella obtenida en contravención a los derechos fundamentales es que ésta debe recibir el mismo tratamiento que la obtenida inicialmente se basa en dos argumentos.

La primera razón que avala esta teoría es que, al revisar la historia de la ley, no existió al redactar la norma una discusión a través de la cual se le pudiera otorgar otro sentido a los términos “directa o indirectamente”, presentes en la disposición que aquí se analiza, distinto que el de excluir aquellos antecedentes derivados del que se obtuvo por medios ilícitos o que impliquen violación de los derechos fundamentales de una o más personas.

El segundo argumento que sugiere que la “Doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita” sí está consagrada normativamente dentro de la legislación procesal laboral chilena es simplemente que, en términos de *ratio legis*, si el objetivo del legislador fue otorgar una adecuada tutela de los derechos fundamentales de las partes dentro del procedimiento, y en mayor medida de los de los trabajadores por la posición desventajosa en la que éstos se hallan respecto de los empleadores en la relación laboral, la interpretación en la que mayor sentido cobra lo que dispone el artículo 453 en esta parte es aquella que dice relación con que se disponga que no se deben admitir en el proceso las pruebas obtenidas con vulneración de garantías establecidas por la Constitución Política de la República, al margen de que se trate de la evidencia originalmente adquirida por estos medios, o de la que se deriva de ella.

Sin embargo, luego de establecer que la “Doctrina de los efectos reflejos de la prueba ilícita” sí está presente en la legislación procesal laboral chilena, queda por dilucidar lo referente a si la regla de la exclusión se aplicará de manera ilimitada o, si por el contrario, se crearán criterios que restrinjan su aplicación a evidencias que tengan cierto grado de proximidad con la originalmente excluida, como ha ocurrido en otros países en que ésta se ha consagrado. Esto lo determinará la jurisprudencia a medida que se vaya pronunciando en torno al tema en los distintos fallos que emita.

6. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POSIBLEMENTE VULNERADOS POR LA PRUEBA ILÍCITA

La hipótesis en la que se centra la regulación de la exclusión de prueba ilícita en el procedimiento laboral chileno es aquella que dice relación con los antecedentes que se hubieren obtenido “a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”. Debido a que la vinculación entre el tema objeto de este trabajo y las garantías constitucionales salta a la vista, resulta de gran importancia analizar las que con mayor probabilidad pueden ser vulneradas por las partes con el objeto de recabar antecedentes probatorios dentro de un procedimiento, de tal manera de lograr que la tutela de derechos fundamentales se imponga como límite a la búsqueda de la verdad procesal.

Los Derechos Fundamentales a los que la disposición contenida en el inciso tercero del N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo hace referencia son, en virtud de la forma en que se encuentra organizada la Constitución Política de la República, las que enumera su artículo 19. Junto a ellas, se deben considerar también las que han sido ratificadas por Chile en los Tratados Internacionales que se encuentran vigentes, de acuerdo a lo que señala el artículo 5° del texto constitucional.

La redacción de la Constitución chilena posee la ventaja, en materia de prueba ilícita, de que no genera dudas en torno a cuáles son los derechos garantizados respecto a los cuales cuya vulneración pudiera devenir en ilicitud. Esta cualidad se produce a raíz de que en otros países, España por ejemplo, las garantías se subclasifican, de tal forma que existe una controversia acerca de qué derechos pueden ser vulnerados mediante la obtención de la prueba ilícita y cuáles no, lo que no sucede en Chile.

En lo referente a la protección de las garantías constitucionales dentro del Derecho del Trabajo, es posible mencionar que la norma referente a la exclusión de la prueba ilícita tiende a proteger los que la doctrina denomina “Derechos Fundamentales Inespecíficos”, en atención a que no se refieren únicamente a cuestiones laborales propiamente tales, como sí lo hacen la libertad del trabajo o sindical, pero que también deben ser plenamente respetados al tratarse de los trabajadores dentro de su entorno laboral.

La aplicación de los Derechos Fundamentales en el Derecho del Trabajo ha sido un tema que ha generado gran discusión en doctrina, pero en la actualidad existe consenso en que éstos tienen pleno vigor en la relación laboral, debido a que se trata de una hipótesis de “Eficacia Horizontal” de estas garantías fundamentales⁵². Este concepto sirve para denominar la aplicación de los derechos entre entes privados. En sus orígenes, lo que se buscaba con la consagración de las garantías fundamentales era proteger a los individuos frente a los abusos en los que incurrían los entes estatales. En este sentido, GAMONAL CONTRERAS señala que “los derechos fundamentales se proyectan como un escudo defensor frente a cualquier centro de poder que pueda amagarlos de alguna forma. En este contexto, resulta evidente la importancia de este efecto horizontal en las relaciones de trabajo, caracterizadas como el ejercicio de un poder privado sobre otro”⁵³.

En este capítulo se abordarán en específico los Derechos Fundamentales que pueden ser en mayor medida vulnerados con la introducción de prueba ilícita al procedimiento, de tal forma de lograr claridad en torno a las hipótesis que contempla la

⁵² Término acuñado por UGARTE, José Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65179_recurso_1.pdf> [consulta: 20 de mayo de 2010]

⁵³ GAMONAL, Sergio. Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos. Montevideo. Fundación de la cultura universitaria. 2004. P.20.

norma contenida en el inciso tercero del N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo. Con este propósito, en este capítulo se profundizará en los atentados que por esta vía se pueden ocasionar al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; y a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

Los derechos a los que se alude en este capítulo son aquellos que podrían ser vulnerados con la presentación de determinadas probanzas en juicio. Por ende, no se analizará en este apartado lo referente a la garantía de igualdad ante la ley, contenida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, que tiene como límite la prohibición legal referente a la valoración de la prueba ilícita, dado que es aquella que se encuentra en conflicto con los demás derechos protegidos y ya fue abordada al tratar el Derecho a la Prueba.

6.1. El Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona

Esta directriz se encuentra reconocida en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República. Su consagración normativa en los textos constitucionales alrededor del mundo se produjo sólo después de las guerras mundiales, puesto que anteriormente no se consideraba necesario su establecimiento, por ser el presupuesto necesario para la aplicación de las demás garantías.

La regulación referente a la exclusión de la prueba ilícita alrededor del mundo fue motivada en sus inicios por los constantes abusos en los que se incurrió en épocas anteriores, durante la inquisición por ejemplo, con el objetivo de producir antecedentes

probatorios. Estas conductas vulneraban en su mayoría el derecho a la integridad física y psíquica de las personas.

El artículo 19 N° 1 adquiere relevancia en materia de prueba ilícita en virtud de lo que dispone su inciso 4º, el que expresa que “Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”. La prueba obtenida en virtud de actos que vulneren esta garantía constituye la hipótesis que describe con mayor efectividad la eficacia en la tutela de derechos que presenta la norma contenida en el inciso cuarto del N° 3 del artículo 453 del Código del Trabajo, por lo gravosas que resultan las conductas que en ella se contemplan.

De acuerdo a Mario VERDUGO, la prohibición de todo apremio ilegítimo establecida por el texto constitucional constituye una garantía de los derechos que han sido reconocidos precedentemente por la citada disposición de la Constitución Política de la República, es decir, del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica⁵⁴.

Con el objetivo de esclarecer este concepto, es posible destacar que para EVANS DE LA CUADRA, el término “apremio ilegítimo” incluye todos aquellos “tormentos físicos, apremios psicológicos, torturas de toda índole, malos tratos crueles de palabra o de obra que produzcan serios daños en el cuerpo o la mente de la víctima”⁵⁵.

De esta forma, el juez del procedimiento laboral no se encuentra facultado para apreciar las pruebas obtenidas en virtud de actuaciones que configuren apremios

⁵⁴ NOGUEIRA, Humberto, PFEFFER, Emilio y VERDUGO, Mario. Derecho Constitucional. 2da edición. Santiago. 1997.

⁵⁵ EVANS, Enrique. Los derechos constitucionales. Segunda edición. Santiago. Editorial Jurídica. 2009. P. 115.

ilegítimos, por que resultan atentatorias al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica da la persona.

En la posible aplicación práctica de la norma se podrían distinguir dos tipos de casos, dependiendo de si atentan contra la integridad física o psíquica de las personas. Acerca del primer supuesto, cabe señalar que las hipótesis en que las partes presenten como medio de prueba en el procedimiento antecedentes que hubieren sido obtenidos mediante actos que involucren agresiones físicas son de difícil ocurrencia, puesto que incurrirían en ilícitos penales que dudosamente se podrían confundir con la potestad de mando o disciplina del empleador. Sin embargo, en el caso de las conductas que ocasionaren únicamente daños de carácter psicológico estos límites resultarían más difusos. Sin embargo, en la eventualidad de que una conducta del empleador incurriera en cualquiera de los dos supuestos, el ordenamiento respondería con una “doble” sanción, la procesal consistente en la exclusión de la prueba ilícita, y la que aplicaría el derecho sustantivo laboral, en virtud de lo que proscribire artículo 5º del Código del Trabajo, que se refiere al límite que las facultades que la ley otorgan al empleador encuentran en las garantías fundamentales del trabajador.

6.2. El derecho a la privacidad

6.2.1. Generalidades

Se encuentra consagrado en el N° 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y en él se contienen una serie de derechos, como lo son el respeto a la vida privada, pública y a la honra, el honor y el buen nombre. Esta norma, además, hace directa alusión a las agresiones que se efectúan mediante un medio de comunicación social como forma de vulnerar esta garantía de orden constitucional.

El derecho a la privacidad es una fuente constante de conflictos en materia de prueba ilícita, los que en la actualidad se producen con mayor facilidad en virtud de las nuevas tecnologías que se están utilizando en las empresas, que permiten ejercer un mayor control de parte del empleador sobre el trabajador y que generan antecedentes probatorios que el primero pretende presentar en juicio con el objetivo de acreditar sus pretensiones.

Por ello, se hace necesario realizar un análisis de los conceptos utilizados por la disposición contenida en el artículo 19 N° 4 de la Constitución. En materia de prueba ilícita, el aspecto que resulta controversial acerca de la de esta garantía es el que se refiere al respeto a la vida privada de las personas.

El concepto de vida privada está estrechamente relacionado con el de intimidad, el que se entiende como una “zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente la familia”⁵⁶.

Pese a que existe una gran diversidad terminológica para hacer referencia a este derecho, puesto que sus denominaciones varían en doctrina y jurisprudencia, los conceptos de vida privada e intimidad suelen considerarse palabras afines. A mayor

⁵⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 22ª Edición. Madrid. Real Academia Española. 2001.

abundamiento, es posible comprender el derecho a la intimidad en dos dimensiones: positiva y negativa. La primera dice relación con que la intimidad es un presupuesto a partir del cual las personas pueden ejercer otros derechos de carácter constitucional de manera libre, mientras que la segunda hace referencia al espacio con el que cuenta cada individuo que se encuentra a salvo de las intromisiones de los demás personas o del poder público, del cual puede disponer libremente⁵⁷.

Respecto al concepto de “honra”, este está, de acuerdo a Evans de la Cuadra, constituido por el “conjunto de cualidades éticas que permiten que la persona merezca y reciba las consideraciones de los demás”⁵⁸.

La consagración del derecho a la privacidad y a la honra en el texto constitucional se traduce en que no puede ser violado por ninguna persona o autoridad, incluidos los Tribunales de Justicia, por regla general. EVANS DE LA CUADRA plantea como hipótesis en las que necesariamente asuntos privados de las partes se ventilarían ante un juez los casos en que se traten en materias penales delitos de índole sexual y en el Derecho de Familia algunos asuntos referentes al matrimonio, como la infidelidad, o al cuidado personal de menores. Fuera de las situaciones descritas el tribunal no se encontraría autorizado para inmiscuirse en temáticas que vulneran el derecho a la privacidad, bajo ningún respecto⁵⁹.

De lo anterior se desprende que todos los antecedentes presentados dentro del procedimiento laboral que hubieren sido obtenidos mediante actos que impliquen una vulneración al derecho a la privacidad y a la honra, consagrado en el 19 N° 4 de la

⁵⁷ Distinción formulada por GALÁN, Mercedes. Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Aceres. 2005. P.28

⁵⁸ EVANS, Enrique. Los derechos constitucionales (ver *supra*) P. 215.

⁵⁹ EVANS, Enrique. Los derechos constitucionales (ver *supra*) P. 212.

Constitución, deberían ser excluidos de él y, por ende, no ser objetos de valoración por parte del tribunal.

A mayor abundamiento es posible destacar que, al margen de la disposición constitucional contenida en el artículo 19 N° 4, no existen en nuestro ordenamiento sustantivo laboral normas de rango legal que regulen lo referente al derecho a la intimidad del trabajador en la empresa, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del derecho.

Como se señaló con anterioridad, en un principio surgieron una serie de interrogantes respecto a si las normas constitucionales referentes a las garantías fundamentales recibían aplicación entre sujetos privados. Esta controversia está fuertemente vinculada con las eventuales intromisiones que podría realizar el empleador en la esfera de la intimidad del trabajador. Acerca de este punto, en Chile la doctrina ha afirmado que existiría el “Principio de aplicación directa de la Constitución”, que consistiría en que los derechos establecidos en dicho texto tendrían el carácter de absolutos, en virtud de lo cual “ese respeto puede reclamarse indeterminadamente a cualquier persona o autoridad o a la comunidad entera”⁶⁰.

Por ende, el derecho que consagra la Constitución a la privacidad de las personas debe ser aplicable también a la relación laboral, como en todos los demás ámbitos del derecho privado⁶¹.

⁶⁰ NOGUEIRA, Humberto, PFEFFER, Emilio y VERDUGO, Mario. Derecho Constitucional (ver *supra*) P. 193.

⁶¹ En este sentido, Diego López señala que “El acuerdo económico de remuneración a cambio de trabajo no hace menos persona ni ciudadano al trabajador”, en LÓPEZ. Diego. Los derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertad y dignidad para las personas que trabajan. Temas laborales. (22). p. 1-3. 2004.

Sin embargo, la afirmación relativa a que la protección a las garantías constitucionales debe operar entre las personas no tiene como consecuencia en materia de intimidad que este derecho reciba total aplicación respecto del trabajador en la empresa. Esto se debe a que la relación laboral reviste una particularidad respecto de las demás relaciones entre privados, consistente en el vínculo de subordinación que existe entre el empleador y el trabajador, el que se materializa en la potestad jurídica de dirección y de mando con la que cuenta el primero, junto al deber de obediencia que le compete al segundo. De esta forma, la garantía constitucional del respeto a la vida privada no operaría de la misma forma como límite a las facultades del empleador que como funciona resguardando al individuo frente a los abusos del poder estatal, por ejemplo.

Esta diferencia se basa, de acuerdo a lo que ha señalado en la doctrina chilena, como señala UGARTE CATALDO, en que en las hipótesis de conflictos entre las garantías de los particulares, como en la relación laboral, se produce una colisión de derechos⁶² que, como señala ALEXY, no puede zanjarse mediante la restricción absoluta del derecho de una parte para proteger el de la otra, sino que es una “cuestión de ponderación”⁶³, en la que cada juez deberá tomar la determinación que crea correspondiente de acuerdo al caso concreto⁶⁴.

Respecto a la extensión del derecho a la intimidad del trabajador dentro de la empresa, se ha señalado que éste lo resguarda tanto en la protección de las

⁶² UGARTE, José Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral [En línea] (ver *supra*).

⁶³ Citado por UGARTE, José Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral [En línea] (ver *supra*)-

⁶⁴ En este sentido, UGARTE CATALDO señala que “El balanceo o sopesamiento de los derechos en juego para cada caso en particular no pueden ser efectuados de antemano por el sistema normativo, sino que dicha tarea corresponde al órgano aplicador del derecho, sólo quedando a la dogmática laboral intentar fijar criterios genéricos que permitan encontrar puntos de equilibrio entre los derechos en competencia”, en UGARTE, José Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral. [En línea] (ver *supra*)

cuestiones pertenecientes a la vida no-laboral del trabajador, como también, frente a determinadas injerencias de la vida laboral ya que éstas podrían ser invasoras per se del derecho al respeto de la vida privada del trabajador”⁶⁵.

Probablemente debido a ello es que la determinación de las situaciones en las que se vulnera la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 4 no está exenta de polémica, sobre todo por la aplicación de las nuevas tecnologías en el interior de la empresa. La calificación que se efectúe a este respecto está en directa relación con la exclusión de prueba ilícita en el procedimiento laboral, debido a que para que el juez decida en qué situaciones debe evitar ponderar antecedentes por vulnerar derechos fundamentales es necesario que determine si los actos mediante los cuales éstos se obtuvieron se conforman con lo que señala el texto de la norma constitucional o no.

6.2.2. Invasiones a la intimidad del trabajador dentro de la empresa

Con el objetivo de estudiar las distintas manifestaciones de invasiones al derecho a la privacidad y a la honra de los trabajadores que se producen por parte de los trabajadores en la empresa, en virtud de la ponderación de los intereses en juego a la que se hacía referencia en los párrafos anteriores. El debate consiste en hasta qué punto es posible aceptar la vulneración del derecho fundamental de las personas a la intimidad, en favor de las potestades jurídicas con las que cuenta el empleador. En este apartado se expondrá la clasificación que acerca del tema realiza UGARTE

⁶⁵ CAMÁS, Ferrán. La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral. . En: ALARCÓN, M. y LAGARRETA, E. (Coordinadores) Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Alicante, Bomarzo, 2004. P. 164.

CATALDO⁶⁶, analizando posteriormente sus posibles implicancias en materia de prueba ilícita.

6.2.2.1. Invasiones a la intimidad físico- espacial

Dentro de esta categoría se pueden agrupar una serie de conductas cuya vulneración al núcleo del derecho a la privacidad se encuentra, por lo general, exenta de discusión, por tratarse de aspectos que se encuentran comprendidos desde su consagración como pertenecientes a esta garantía fundamental.

6.2.2.1.1. Control de la persona, efectos y bolsos

El ejercicio de esta clase de vigilancia es de común ocurrencia dentro de las empresas, ya sea en la persona propiamente tal, los objetos que lleve consigo (bolsos, por ejemplo) o en los casilleros que disponen los trabajadores en el lugar donde desempeñan sus funciones.

En Chile la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo se ha pronunciado en múltiples ocasiones respecto a este tema, señalando en una primera

⁶⁶ UGARTE, José Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral [En línea] (ver *supra*).

línea argumentativa, que data de 1969, que cualquier forma de ejercer esta clase de control sobre el trabajador estaba vetada por vulnerar su derecho a la intimidad. Sin embargo, en épocas posteriores este organismo adoptó una posición más conciliadora en el contenido de sus dictámenes, aceptando la posibilidad de que se efectúen esta clase de revisiones sobre la persona o efectos del trabajador, pero estableciendo una serie de límites de tal forma de garantizar el respeto a su privacidad y honra. Las restricciones impuestas por la Dirección del Trabajo se vinculan con aspectos tales como que las medidas en cuestión sean idóneas para los objetivos que el empleador persigue, que se encuentren establecidas en el “Reglamento Interno de Higiene y Seguridad” de la empresa y que deben tener un carácter únicamente preventivo⁶⁷.

6.2.2.1.2. Controles médicos

La utilización de los denominados “test médicos” son de masiva aplicación dentro de las empresas, de tal forma de determinar las competencias de los trabajadores para algunas de sus funciones. Una de las principales manifestaciones de la aplicación de este tipo de exámenes en el entorno laboral la constituyen los test antidrogas. La “Organización Internacional del Trabajo” se ha pronunciado sobre este tema señalando que se deben aplicar respetando los derechos constitucionales de las personas⁶⁸.

⁶⁷ Ver UGARTE, José Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral [En línea] (ver *supra*).

⁶⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo. [En línea] <<http://aragon.ugt.org/slaboral/normativa/europea/alcoholhydrogas.pdf>> [consulta: 21 de junio de 2010]

El ejercicio a los trabajadores de exámenes médicos ha sido regulada en Chile por el Decreto N° 40 del Ministerio del Trabajo, que reglamenta la aplicación de la “Ley N° 16.744 sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales” y que otorga al empleador la posibilidad de aplicar esta clase de test al personal, pero especificando que éstos deben estar establecidos en el reglamento interno de la empresa.

La Dirección del Trabajo, en tanto, ha utilizado en esta materia criterios similares a los ya mencionados en lo referente al control sobre la persona, tutelando de esta forma el derecho a la privacidad y a la honra de los trabajadores.

6.2.2.1.3. Control de la actuación laboral

Dentro de esta categoría se encuentran una serie de prácticas que se desarrollan en la empresa con el fin de que el empleador ejerza su labor de vigilancia, que podrían atentar en contra del derecho a la vida privada y a la honra del trabajador. Esta clase de control se puede efectuar a través de instrumentos de audio, de video o mediante la observación que se la hace al trabajador en forma directa mientras desempeña sus funciones.

La importancia de esta clase de prácticas para la tutela del derecho a la privacidad y a la honra de las personas resulta obvia y ésta se incrementa gracias a la implementación de las nuevas tecnologías dentro de la empresa. Por ejemplo, en lo concerniente a la instalación de cámaras de vigilancia en el lugar de trabajo es posible señalar que se vulneraría esta garantía en sus manifestaciones referentes al derecho a la privacidad y a la propia imagen. Otras violaciones de común ocurrencia en las

empresas tienen que ver con las escuchas telefónicas por medio de las cuales se controla a los funcionarios de los *callcenter* o a la utilización de micrófonos.

Respecto a la utilización de mecanismos electrónicos como forma de ejercer el control que efectúa el empleador dentro de la empresa, la Dirección del Trabajo ha manifestado de manera uniforme que éste cuenta con la atribución legal para efectuar su tarea fiscalizadora de la forma en la que se desempeñan los trabajadores, puesto que esta potestad se encuentra amparada en la "debida facultad del empleador de dirigir y disciplinar la actividad laborativa", aunque debe ser ejercida "con el respeto a los derechos subjetivos públicos que reconoce la Constitución" (dictamen N° 8273/335, de 1995).

Frente a la aplicación de estas nuevas tecnologías como forma de ejercer su labor de vigilancia, se presenta la interrogante referente a qué clase de faltas en las que incurre el trabajador y que son detectadas por el empleador en virtud de las cámaras de vigilancia pueden acreditarse en juicio presentando, por ejemplo, un vídeo como medio de prueba. En España se ha señalado respecto a este punto que los incumplimientos contractuales que puede detectar el empresario, ejerciendo su potestad jurídica de mando no lo autorizan "para recurrir sin más a la medida de videovigilancia para verificar tales ilícitos contractuales, siendo preciso valorar en todo momento si concurre un interés legítimo relevante y si hay posibilidad de alcanzar los mismos resultados sin recurrir a la videovigilancia, o utilizando otros procedimientos menos intrusivos para la intimidad y dignidad del trabajador"⁶⁹. En otras palabras, se deben preferir siempre los medios que vulneren en menor medida las garantías constitucionales del personal, sirviendo las cámaras de vigilancia únicamente para acreditar faltas graves.

⁶⁹ THIBAUT, Javier. Control multimedia de la actividad laboral. Valencia. Tirant lo Blanch. 2006. P. 222.

La validez de las pruebas que mediante estos medios se obtengan y que sean agregadas al procedimiento tendrá que ver, como en los demás casos, con la decisión que tome el juez referente a si estos mecanismos pueden ser considerados como atentatorios a los derechos fundamentales. Con este fin, resulta relevante la información que haya recibido el trabajador respecto a la utilización de estas tecnologías dentro del entorno laboral, puesto que si desconocía de la existencia de estos instrumentos difícilmente los antecedentes podrían merecer la valoración que de ellos podría realizar el tribunal.

Respecto del vídeo como forma de acreditar los incumplimientos contractuales en los que incurren los trabajadores frente al tribunal, es posible señalar que se trata de un medio que para el empleador resulta de mucho interés, debido a que tiene una influencia considerable en la formación de la convicción del juez. En nuestro ordenamiento procesal laboral actual, es perfectamente posible presentar vídeos o grabaciones de audio como medio para acreditar las pretensiones de las partes, en virtud de lo que dispone el inciso primero del artículo 453 del Código del Trabajo, que expresa: “El juez resolverá fundadamente en el acto sobre la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes, pudiendo valerse de todas aquellas reguladas en la ley. Las partes podrán también ofrecer cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuere pertinente” y que consagra un sistema de libertad en los medios de prueba que pueden presentarse en el procedimiento.

En España, se ha producido una problemática en los juicios de despido injustificado en lo referente a la presentación de grabaciones de vídeo como medio de prueba en juicio que después son excluidas por ser consideradas atentatorias en contra de las garantías fundamentales por el tribunal y consiste en la posible

“irradiación” que puede haber de la prueba ilícita al momento en que el tribunal evalúa la calificación del despido⁷⁰.

Como forma de resolverlo se han planteado dos tesis. La primera de ellas, que es también la mayoritaria, postula que la ilicitud de la fuente de prueba no influye en la calificación del despido, sino que lo que realmente importaría sería que éste estuviera motivado por razones discriminatorias o que la causal en sí vulnerara un derecho fundamental. La segunda, en tanto, cree que la violación de garantías en la obtención de las pruebas sí afecta la calificación del despido.⁷¹

6.2.2.2. Invasión a la intimidad moral o afectiva del trabajador

En esta categoría se incluyen otros aspectos que no tienen relación con los que fueron abordados con anterioridad, pero que también resultan de gran relevancia en lo referente al derecho a la privacidad y a la honra que se le debe garantizar al trabajador dentro de la empresa.

6.2.2.2.1. Indagaciones de datos del trabajador y test psicológicos

⁷⁰ THIBAULT, Javier. Control multimedia de la actividad laboral (ver *supra*.) P. 233.

⁷¹ THIBAULT, Javier. Control multimedia de la actividad laboral (ver *supra*) P..235.

Este aspecto del derecho a la intimidad dice relación con los antecedentes que le está permitido al empleador recabar acerca del trabajador, debido a que no todos sus datos personales pueden ser considerados como de relevancia laboral, de tal forma que la empresa requiera conocerlos.

De esta calificación dependerá la consideración referente a si los antecedentes que consisten en datos que el empleador no debiera conocer acerca del trabajador debieran o no excluirse del procedimiento en virtud de la norma contenida en el inciso tercero del N° 4 del Código del Trabajo.

6.2.2.2.2. Control extralaboral

Esta categoría hace referencia a un aspecto muy relevante de la intimidad del trabajador en materia laboral y que dice relación con el conocimiento que tiene el empleador acerca de circunstancias ajenas a materias propias de las funciones para las cuales éste fue contratado y con las consecuencias que ello podría tener en las decisiones que la empresa adopte.

El ejemplo que de mejor forma retrata la controversia que suscita el derecho a la intimidad en esta manifestación es el que se relaciona con los despidos que se fundamentan en conductas que desarrolla el empleador fuera de su jornada laboral y que no le parecen adecuadas al empleador.

En materia de prueba ilícita la afirmación acerca de la existencia de esta manifestación del derecho a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno podría tener consecuencias, debido a que conllevaría la imposibilidad del empleador de presentar en juicio antecedentes referentes a la probidad del trabajador que contrató y que se vinculen con hechos ocurridos fuera de su jornada laboral.

6.3. La inviolabilidad del hogar y las comunicaciones y los documentos privados

La vulneración de esta garantía en la producción de antecedentes dentro del procedimiento laboral es la que en la actualidad en mayor medida puede ocasionar la aplicación de la norma referente a la exclusión de la prueba ilícita. El fundamento de esto radica en la implementación de nuevas tecnologías dentro de la empresa, que otorgan una serie de posibilidades al empleador para ejercer sus funciones de vigilancia, pero a través de las cuales se corre el riesgo serio de incidir en una violación de los derechos constitucionales de sus trabajadores.

Con el objeto de efectuar el análisis del contenido de este derecho fundamental, consagrado en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, y de sus posibles vinculaciones con la prueba ilícita en el procedimiento laboral, se efectuará una distinción entre la inviolabilidad del hogar y la de las comunicaciones y documentos privados.

6.3.1. La inviolabilidad del hogar propiamente tal

En relación con el concepto “hogar”, este tiene en el precepto constitucional un significado similar al de “recinto privado”. En este sentido, “abarcará, por tanto, la vivienda de la familia permanente u ocasional, las oficinas, los hoteles y toda edificación o predio que no tenga el carácter de abierto al acceso del público o de bien nacional de uso público”⁷².

Por lo tanto, será necesario con el objetivo de determinar si la prueba presentada por una parte es o no contraria a los derechos fundamentales por vulnerar esta garantía, establecer si el lugar en el que el trabajador se desempeña puede o no calificarse de recinto privado, de tal forma que pueda considerarse dentro de la definición de “hogar”.

Respecto a esto, Evans señala que el bien tutelado por la disposición no es el derecho de dominio, sino que radica en que se trata de lugares que sirven “de vivienda o lugar de trabajo a las personas”⁷³.

En lo referente a la vulneración de derechos fundamentales en la que podría incidir el empleador contra el trabajador mediante la ejecución de actos destinados a producir prueba para el juicio, cabe señalar que resulta controversial que en la hipótesis clásica de la empresa el entorno laboral de este último se encuentre protegido por esta garantía, en virtud de que la titularidad de la empresa le corresponde al empleador y que a él pertenecen también, en virtud del ordenamiento legal, las potestades jurídicas de mando, disciplina y reglamentación. A pesar de ello y

⁷² EVANS, Enrique. Los Derechos Constitucionales (ver *supra*). P. 220.

⁷³ EVANS, Enrique. Los Derechos Constitucionales (ver *supra*). P. 220.

como ya se expresó con anterioridad, el análisis deberá ser efectuado por el tribunal de acuerdo a las condiciones en las que cada trabajador se encuentre en el caso concreto.

Sin embargo, existe una hipótesis que se produjo a raíz del surgimiento de las nuevas tecnologías en la que el modelo de la empresa tradicional ya no recibe aplicación y en la que la posibilidad de incidir en una vulneración de la garantía de la inviolabilidad del hogar del trabajador por parte del empleador surge con mayor posibilidad y es la que se vincula con el teletrabajo.

Respecto al concepto de “Teletrabajo”, éste ha sido definido por la Organización Internacional del Trabajo como “Cualquier trabajo efectuado en un lugar donde, lejos de las oficinas o de los talleres centrales, el trabajador no mantiene un contacto personal con sus colegas, pero puede comunicarse con ellos a través de las nuevas tecnologías”⁷⁴.

La problemática referente al teletrabajo y la vulneración del derecho fundamental de la inviolabilidad del hogar radica en los medios de vigilancia a través de los cuales el empleador ejerce su potestad jurídica de mando. En la práctica, se producen situaciones en las cuales se instalan cámaras de vigilancia en el hogar del trabajador, de tal forma que el empleador vea cómo ejerce sus funciones. La aplicación de este método conlleva el inconveniente de que el hogar del sujeto que desarrolla sus funciones y su lugar de trabajo se confunden. De esta forma surge la interrogante referente a cuál es el límite de la vigilancia por parte del empleador, para que ésta no se transforme en una hipótesis de las que el texto constitucional intenta proteger a las

⁷⁴ Convenio 177. Sobre el trabajo a domicilio. Organización internacional del trabajo. Ginebra, Suiza, 20 de junio de 1996.

personas mediante la consagración del derecho con el que éstas cuentan a la inviolabilidad del hogar.

En la eventualidad de que se considere que las pruebas aportadas por el empleador en los casos en que la relación laboral se desarrolla mediante la modalidad del teletrabajo atentan en contra de la garantía referente a la inviolabilidad del hogar, éstas deberán ser excluidas del proceso, de tal forma de impedir que sean apreciadas por el tribunal.

6.3.2. La inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privados

Esta garantía, consagrada al igual que la anterior en el primer inciso del N° 5 del artículo 19 de la Constitución, produce una serie de conflictos en relación a la exclusión de la prueba ilícita y, al igual que en los casos analizados con anterioridad, esto se incrementa gracias al desarrollo de las nuevas tecnologías.

En el momento de redactarse la Constitución, el constituyente no fue capaz de prever las innumerables aplicaciones que esta disposición tendría con el transcurso del tiempo gracias al desarrollo tecnológico. Sin embargo, en virtud de la amplitud con la que esta norma se redactó resulta todavía aplicable sin inconvenientes a las múltiples situaciones en las que opera la garantía referente a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en la actualidad.

La importancia que adquirió la regulación de la exclusión de la prueba ilícita en el derecho procesal en general en el último tiempo se debe precisamente a este desarrollo tecnológico, puesto que han surgido una multiplicidad de formas de obtener material probatorio por medios que antes no existían. Anteriormente, la producción de evidencias por estos métodos requería de la utilización de vías a través de las cuales se ejercía un mayor nivel de violencia. Hoy en día, en cambio, se ha abierto la posibilidad de obtener pruebas ilícitas por medios que resultan, por una parte, menos “lesivos” para la integridad física y psíquica de las personas y cuya detección por parte de las víctimas es más dificultosa, por la otra.

Respecto al contenido de esta garantía, EVANS manifiesta que “como regla general, los recintos privados, las comunicaciones y documentos personales, familiares y del trabajo no pueden ser allanados, interceptados, abiertos, registrados o conocidos, salvo que algún texto legal lo autorice”⁷⁵.

Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privados ha sido causa de discusión en los últimos años en el Derecho del Trabajo, entre otros temas, por lo que ocurre en relación con el correo electrónico y la potestad jurídica de mando del empleador.

La polémica respecto al uso del correo electrónico en la empresa se ocasiona debido a que se trata de una herramienta que se ha masificado durante los últimos años como forma de comunicación dentro del entorno laboral, en gran medida por la facilidad de su uso y por la forma como soluciona los inconvenientes derivados de la distancia.

⁷⁵EVANS, Enrique. Los Derechos Constitucionales (ver *supra*). P. 221 y 222.

La revisión del correo electrónico se ha transformado, en tanto, en un eficaz método de control por parte del empleador de las funciones desempeñadas por el trabajador, lo que se acrecienta debido a que puede ser usado para fines distintos al trabajo, que disminuyen la productividad, y a que ponen a los computadores de la empresa en riesgo de ser contaminados.

El problema de que el empleador ejerza su función fiscalizadora en el correo electrónico del trabajador radica en que con ello pueda invadir su derecho a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Por ello, éste estaría facultado para proteger el contenido de sus mensajes de correo electrónico de aquellos que ejercen la función fiscalizadora dentro de la empresa.

En este sentido, GOÑI SEIN expresa que “el acceso al correo electrónico del trabajador por parte del empresario presenta una innegable dimensión constitucional, pues, independientemente de que la conducta pueda venir eventualmente justificada en virtud del ejercicio legítimo de algún interés empresarial, y de cuál sea el ámbito lícito de penetrabilidad en el proceso de comunicación del trabajador con terceros, la incidencia en el aludido derecho constitucional es incontestable”⁷⁶.

No obstante lo anterior, el argumento referente al derecho a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador no puede traducirse en que el empleador no pueda utilizar ninguna forma de vigilancia de su correo electrónico, de tal manera de que pueda utilizarlo indiscriminadamente para fines no referentes a su actividad laboral durante la jornada de trabajo. A raíz de ello, surge la controversia

⁷⁶ GOÑI, José Luis. Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos. En: ALARCÓN, M. y LAGARRETA, E. (Coordinadores) Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Alicante, Bomarzo, 2004, P. 79.

referente a cuándo termina la esfera protectora del derecho constitucional y a cuándo comienzan las facultades fiscalizadoras del empleador.

Con el objeto de resolver esta controversia, el citado autor postula que se debe efectuar una clasificación atendiendo a la utilización que el trabajador le brinda a su cuenta de correo electrónico, distinguiendo así entre el uso profesional, personal e indiscriminado.

La primera hipótesis consiste en que el empleador disponga que el trabajador sólo le otorgue una utilización con fines estrictamente profesionales a su correo electrónico y se traduce en la práctica en que el empleador concede al trabajador una cuenta exclusivamente creada con este fin. Según GOÑI SEIN, si la empresa le informa de esta situación, el trabajador otorgaría su consentimiento tácito. Gracias a esta razón y en virtud de su potestad jurídica de mando, el empresario contaría con la facultad de acceder al correo electrónico sin la autorización del trabajador ni de un juez.

Sin embargo, este autor postula que, aun en esta hipótesis, por tratarse de una vulneración a un derecho fundamental se requiere un fundamento objetivo para que el empleador ingrese a la cuenta de correo electrónico del trabajador. En sus propios términos: “él mismo no queda apoderado, ni siquiera en los casos de uso con fin profesional de correo electrónico, para llevar a cabo inspecciones arbitrarias, indiscriminadas, o exhaustivas en los mensajes de correo electrónico enviados por el trabajador”⁷⁷

⁷⁷ GOÑI, José Luis. Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos (ver *supra*). P. 81.

La segunda categoría surge en los casos en que el empleador otorga al trabajador una cuenta exclusivamente destinada a su uso personal y no es de común ocurrencia en el mundo empresarial, pero está motivada por el consenso que se crea en algunos lugares de trabajo respecto de que es poco probable que el trabajador se sustraiga por completo de su vida personal al momento de desempeñar sus funciones. Al otorgarle dos direcciones de correo electrónico, se soluciona el problema que suscita el surgimiento de esta tecnología respecto al respeto a la intimidad, puesto que se delimita con claridad cuáles son los mensajes que el empleador podrá conocer y se protege el secreto de las comunicaciones.

La tercera posibilidad consiste en el uso indiscriminado que realiza el trabajador de su cuenta de correo electrónico, tanto para fines personales como profesionales. Esta es la alternativa que resulta más problemática en lo referente a la inviolabilidad de las comunicaciones. Su causa radica en que gran cantidad de empresas no han definido una política en torno al correo electrónico, por lo que no se inclinan por alguna de las soluciones anteriores. De acuerdo a GOÑI SEIN, en esta situación la cuenta del trabajador gozaría, en principio, de inviolabilidad en su totalidad, aun respecto de los mensajes que se hayan enviado y recibido con fines profesionales. Sin embargo, no se puede desconocer del todo el hecho de que se han desarrollado funciones propias del trabajo a través de ese medio de comunicación.

En conclusión, si un empleador presentara correos electrónicos del trabajador en un juicio como medio de prueba, el tribunal debería calificar para determinar si deben excluirse si con su obtención se vulneró el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones reconocido por el artículo 19 N° 5 o no. Esta decisión, como se expuso en los párrafos anteriores, no está exenta de polémica y dependerá de las consideraciones que el juez realice acerca del caso en particular.

7. IMPUGNABILIDAD DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL

7.1. Generalidades

La impugnabilidad de la prueba obtenida, en los términos del inciso tercero del N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo, por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de Derechos Fundamentales, es una materia bastante controversial tanto desde la perspectiva de los sujetos que están facultados para ejercer la impugnación como de los recursos que tienen la posibilidad de interponer dentro del procedimiento.

Con el objeto de analizar este tema, nos referiremos en primer lugar a las personas que están facultadas para solicitar la exclusión del procedimiento de estos antecedentes, para posteriormente profundizar en cada posibilidad de impugnación en particular.

7.2. Legitimación para impugnar

Pese a que la disposición contemplada el Libro V del Código del Trabajo que hace alusión a la prueba obtenida por medios ilícitos o a través de actos que impliquen

violación de las garantías fundamentales plantea la exclusión de estos antecedentes de oficio por el tribunal, en la práctica no existe total seguridad de que el juez realice el análisis referente a la conformidad de las probanzas ofrecidas por las partes con las garantías constitucionales. Por ello, se hace necesario hacer referencia a quiénes son las personas que pueden solicitar la exclusión de la prueba ilícita dentro del procedimiento laboral.

Quienes en primer lugar están facultados para impugnar una prueba en virtud de su ilicitud en el procedimiento son las partes, entendidas como todo aquel que pide, o frente al cual se pide en juicio la actuación de la ley en un caso concreto. Estas personas están facultadas para advertir sobre la existencia de alguna de estas probanzas al margen de que no hayan sido los sujetos pasivos de la vulneración de derechos fundamentales.

Una vez planteada esta premisa básica, surge la interrogante respecto a qué sucede cuando las garantías constitucionales infringidas son las de terceros, no intervinientes en el proceso. Esta pregunta se basa en que cuando la disposición legal objeto de análisis hace referencia a la violación derechos fundamentales, no señala si los sujetos pasivos de esta vulneración deben ser las partes en el proceso o no. En otros términos, recibe aquí aplicación la máxima *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*.

En el extranjero, una serie de autores ha planteado que una eficiente protección de las garantías constitucionales en la prueba ilícita requeriría que la legislación otorgara la posibilidad a terceros de defender sus derechos fundamentales mediante la

solicitud de exclusión de la prueba ilícita, a través de la interposición de una tercería adhesiva⁷⁸.

Sin embargo, en la legislación procesal laboral chilena no parece viable la posibilidad de que un tercero participe en el procedimiento con el único fin de solicitar la exclusión de la prueba ilícita obtenida vulnerando sus derechos fundamentales. Ello se debe, en primer lugar, a que no existe en el Libro V la opción para ejercer tercerías por parte de personas ajenas al juicio, como se otorgaba en la legislación anterior, por la remisión al Código del Procedimiento Civil que hoy se efectúa sólo a los dos primeros libros, donde no se contemplan las tercerías. En segundo lugar, de todas formas, aunque las tercerías existieran no serían útiles en el propósito de proteger las garantías del tercero, debido a que el objetivo de estas es protegerlo del perjuicio jurídico del que podría ser víctima en virtud de la dictación de una sentencia, el que difícilmente podría provenir de la incorporación de prueba ilícita dentro del procedimiento.

La única posibilidad que le quedaría entonces al tercero sería la de accionar directamente en contra de la vulneración de derechos fundamentales por la vía de la acción constitucional de protección, que se analizará posteriormente, pero no cuenta con la facultad para impedir la admisión y/o valoración de los antecedentes obtenidos gracias a esta violación en el juicio.

7.3. Vías a través de las cuales se puede ejercer la impugnación de la prueba ilícita

⁷⁸ Así, MORENO CANTENA y ASENSIO MELLADO plantean que los terceros deberían poseer la facultad de participar en el proceso para el solo efecto de ejercer la impugnación probatoria. Citados por PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil (ver *supra*) P. 332.

Con el objeto de analizar las formas a través de las cuales es posible impugnar la prueba a la que hace referencia el inciso tercero del N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo, se debe distinguir entre los medios directos e indirectos. Se considerará vía directa de ejercer la impugnación de la prueba ilícita en el procedimiento laboral al recurso de reposición, puesto que es la única forma en la que se puede recurrir frente a la resolución que declara su procedencia o improcedencia. En tanto, las vías indirectas son el recurso de nulidad y la acción de protección. El primero, lo es debido a que se ejerce en contra de la sentencia definitiva del procedimiento y no frente a la resolución que se pronuncia sobre la prueba ilícita propiamente tal, mientras que la segunda vía tampoco impugna precisamente esa decisión del tribunal, sino el acto mediante el cual se obtuvieron los antecedentes cuya constitucionalidad se cuestiona.

7.3.1. La vía directa: El recurso de reposición

Esta forma de ejercer la impugnación de una resolución está consagrada en el artículo 475 del Código del Trabajo y constituye la vía a través de la cual las partes pueden recurrir respecto de los autos, decretos y sentencias interlocutorias que no pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, que se interpongan dentro del procedimiento.

El recurso de reposición se define como el “acto jurídico procesal de impugnación, que emana exclusivamente de la parte agraviada, y tiene por objeto solicitar al mismo tribunal que la dictó que la modifique o deje sin efecto”.⁷⁹

La reposición, al igual que la aclaración, rectificación y enmienda, se caracteriza por carecer de efecto devolutivo, el que es aquel efecto de los recursos que se caracteriza por otorgarle competencia a un tribunal de jerarquía superior al que dictó la resolución que se impugna para que lo conozca y se pronuncie a su respecto. Por ello, a esta clase de recursos se les denomina “de retractación” o “remedio procesal”, en atención a que sólo un juez tiene competencia en el asunto, pronunciándose tanto acerca de la resolución que se impugna como a propósito del recurso que se ejerce en contra de ella.

Esta característica resulta de gran relevancia en materia de exclusión de prueba ilícita, puesto que la única opción para impugnar la resolución que se pronuncia acerca de la prueba obtenida por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de Derechos Fundamentales dentro del procedimiento laboral es la reposición. De esto se desprende que quien vuelve a considerar la decisión acerca de la admisión o exclusión de la prueba ilícita dentro del procedimiento es el propio tribunal que dictó la resolución, lo que trae importantes consecuencias para la eficacia protectora de los Derechos Fundamentales de la disposición contenida en el inciso tercero del N° 4 del artículo 453.

Las consecuencias del que la única vía para impugnar la resolución que declara la ilicitud de una prueba sea la reposición son importantes tanto si se declara la procedencia o la improcedencia de ella. El fundamento de todos los recursos radica en el error humano que pudo haber influido al momento en que el juez tomó la

⁷⁹ MATURANA, Cristian. Los Recursos (ver *supra*). P. 75.

determinación correspondiente. En la eventualidad de que el juzgador declarara la procedencia de las probanzas en discusión, el tribunal tomará conocimiento acerca de antecedentes de hecho respecto de los cuales podría haber habido vulneración de derechos fundamentales, no ejerciéndose una adecuada tutela de éstos dentro del procedimiento. Por otra parte, si su pronunciamiento fuera en el sentido de excluir pruebas por considerarlas ilícitas, cuando en realidad estas respetaran las garantías constitucionales, esto sería igualmente lesivo, pero para la parte que las presentó, por violarse su derecho al racional y justo procedimiento en su manifestación referente a su posibilidad de presentar prueba.

Por ello, el que la resolución que se pronuncia acerca de la conformidad de las pruebas presentadas por las partes con las normas constitucionales y legales sea recurrible sólo por la vía de la reposición no garantiza una debida tutela de éstas dentro del proceso, más aun en lo que respecta a la adecuada protección de derechos fundamentales. Esto se agudiza aun más si se considera que la resolución que se refiere a la inclusión o a la exclusión de pruebas en el procedimiento se dicta en audiencia, por lo que el recurso se interpone inmediatamente por la parte agraviada y se resuelve en el acto, ya sea de plano o dando lugar a un incidente, dependiendo de si la contraparte formula oposición o no. La interrogante que surge entonces es cuál es la posibilidad de que el juez reconsidere de inmediato su decisión para realizar un examen acerca de la verdadera concordancia de los antecedentes ofrecidos con las disposiciones legales y constitucionales que se encuentren vigentes.

7.3.2. Las vías indirectas

7.3.2.1. El Recurso de Nulidad

El recurso de nulidad se encuentra establecido en el artículo 477 del Código del Trabajo y es el propio de las sentencias definitivas dentro del procedimiento laboral. Sus efectos son diversos, dado que de ser acogido puede invalidarse todo el procedimiento o únicamente la sentencia definitiva, dependiendo de en qué etapa del procedimiento se produjo el vicio.

Las causales de interposición de estos recursos están consagradas en los artículos 477 y 478 del Código del Trabajo. La primera de esas disposiciones hace referencia a la que se ha denominado causal genérica de la nulidad y que se vincula con que se hubiere dictado la sentencia definitiva con infracción sustancial de derechos y garantías constitucionales o con infracción de ley que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. La segunda norma contiene las causales específicas del recurso, que dicen relación con una serie de vicios procesales que dicho artículo enumera.

La causal que puede resultar relevante en lo que respecta a la exclusión de prueba ilícita es la que está contenida en el artículo 477, particularmente en la parte que señala que podrá interponerse este recurso “cuando en la tramitación del procedimiento o en la dictación de la sentencia definitiva se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías constitucionales”.

A raíz de que en el Código Procesal Penal se da el mismo caso, en lo referente a la posibilidad de interponer el recurso de nulidad frente a la aceptación de antecedentes obtenidos mediante actos que impliquen violación de Derechos Fundamentales, LÓPEZ MASLE expresa que “la recepción de prueba ilícita por el

tribunal del juicio oral es, indudablemente, una infracción sustancial de derechos o garantías cometida durante la tramitación del juicio, así como la valoración de prueba ilícita es una infracción contenida en el pronunciamiento de la sentencia⁸⁰. Sus dichos resultan igualmente aplicables a lo que ocurre actualmente en el procedimiento laboral, puesto a que las causales para interponer el recurso de nulidad en ambos ordenamientos procesales son similares en lo que respecta a la protección de derechos fundamentales.

El tribunal superior, que en este caso es la Corte de Apelaciones, para resolver el recurso de nulidad deberá determinar si en esa situación en particular la admisión de prueba ilícita en el procedimiento es o no una infracción sustancial de derechos fundamentales. En este punto es posible señalar que en el procedimiento laboral chileno se aplica lo que la doctrina estadounidense llama en materia de prueba ilícita el “error inofensivo”, teoría que señala que la admisión y/o valoración de prueba obtenida mediante actos que implican violación de derechos fundamentales no conlleva necesariamente la invalidación de la sentencia definitiva, si es que el tribunal adquiere la certeza de que, aunque estos antecedentes no hubieren estado en el proceso, el pronunciamiento del tribunal habría sido el mismo.

Por otra parte, surge también en esta materia la interrogante referente a si la parte en contra de la cual se declara la ilicitud de la prueba está facultada para interponer el recurso de nulidad con el objetivo de invalidar la sentencia, en virtud a que en esa hipótesis se vulneraría su derecho a presentar evidencias inmerso en la garantía referente al racional y justo procedimiento, que se encuentra contenida en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Esta posibilidad es bastante viable si se tiene en consideración la importancia de las garantías de índole probatorio como requisito indispensable del debido proceso, tema al que ya se hizo alusión en el primer capítulo.

⁸⁰ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián (ver *supra*). P. 195

7.3.2.2. La acción de protección

Esta forma de impugnación de la prueba ilícita está consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y no constituye una forma de recurrir ante la resolución que se pronuncia respecto a la procedencia o improcedencia de los antecedentes presentados por las partes en el juicio, puesto que las acciones de protección presentadas en contra de resoluciones judiciales se han rechazado casi unánimemente⁸¹, sino que se interpone como forma de intentar que el tribunal deje sin efecto el acto a través del cual se obtuvieron las pruebas adquiridas en contravención con los Derechos Fundamentales.

El recurso de protección se define como “la acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores, a fin de solicitarle que adopten inmediatamente las providencias que juzguen necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurarle la debida protección, frente a un acto u omisión arbitraria o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”⁸².

⁸¹ Únicamente se han acogido algunas acciones, frente a resoluciones en que resultaba de gran importancia la impugnación a raíz del grave perjuicio que se producía con su dictación, el que no se podía subsanar por otro medio.

⁸² MATURANA, Cristian. Los recursos (ver *supra*). P.323

En lo referente a su naturaleza jurídica, se trata de una acción y no de un recurso debido a que no tiene por objeto impugnar dentro de un proceso una determinada resolución judicial, sino obtener un pronunciamiento por parte de la Corte referente a que se ponga fin a una acción u omisión ilegal y arbitraria que se traduce en una amenaza, perturbación o privación de un derecho constitucional.

El tribunal competente para conocer de esta acción es en primera instancia la Corte de Apelaciones de la jurisdicción en la que se hubiere realizado el acto o producido la omisión que motivó el recurso que se interpone. En tanto, en segunda instancia la competencia para resolver la acción de protección pertenece a la Corte Suprema.

Se hace necesario mencionar que los derechos anteriormente analizados como posiblemente vulnerables en la obtención de pruebas contrarias a las garantías fundamentales se encuentran protegidos por esta acción, en virtud de lo que establece el artículo 20 de la Constitución.

La importancia de la existencia de esta acción constitucional en lo referente a la obtención de pruebas mediante actos que impliquen violación de Derechos Fundamentales en ordenamiento procesal laboral salta a la vista, pese a que no se trate de un recurso consagrado en el procedimiento establecido en el Libro V del Código del Trabajo, porque impide que la acción a través de la cual se adquieren los medios de prueba que las partes presentan luego en el proceso se lleve a cabo.

La relevancia de esta acción puede percibirse de mejor forma aun en la eventualidad de que los Derechos Fundamentales vulnerados a través del acto

mediante el cual se obtuvo la prueba sean de terceros ajenos al proceso, puesto que la acción de protección será para ellos el único medio para ejercer la tutela jurídica de sus garantías establecidas en la Constitución, como se señaló anteriormente al hacer referencia a la legitimidad para impugnar.

Sin embargo, para examinar lo referente a la importancia de la interposición de una acción de protección en contra del acto a través del cual se pretende obtener prueba ilícita hay que distinguir en qué momento esta se ejerce. Esto debido a que si logra detener la acción antes de obtener el material probatorio no cobrará relevancia dentro del procedimiento laboral, aunque sí habrá sido de gran relevancia en lo referente a la tutela de los derechos fundamentales de las personas involucradas en dicho acto.

En cambio, si la acción de protección se ejerce cuando la prueba que contraviene las garantías fundamentales ya ha sido obtenida, la importancia de su interposición será distinta, puesto que no obstará a que los antecedentes entren al proceso. Esto resultaría controversial en el caso de que el juez del trabajo considere que las pruebas presentadas son procedentes desde la perspectiva de su constitucionalidad, puesto que sería contradictorio el que la misma conducta sea a la vez sancionada por un agente del ordenamiento jurídico y por otro no. Esto resulta aun más curioso si se considera que el tribunal que resolvió la acción de protección es muy probablemente el superior jerárquico del juez laboral. De esta forma, surge la interrogante referente a cuál debiera ser la influencia de que se acoja el recurso, ordenando que se ponga fin a la conducta a través de la cual se obtuvo la prueba en cuestión, dentro del procedimiento laboral.

8. EXCEPCIONES A LA REGLA DE LA EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCEDIMIENTO LABORAL

8.1. Generalidades

A lo largo de este trabajo se ha abordado la temática referente a la regla de exclusión de la prueba ilícita, aludiendo tanto a lo que se ha manifestado en doctrina como al tratamiento que realiza el Libro V del Código del Trabajo acerca del tema, exponiendo la necesidad de excluir los antecedentes obtenidos en contravención a las garantías fundamentales. Sin embargo, entre los autores que han escrito sobre esta materia y en la jurisprudencia comparada se han desarrollado una serie de excepciones a la aplicación de la regla de exclusión de la prueba ilícita, que obedecen a la existencia de intereses superiores que es necesario respetar. El objetivo de este capítulo es analizar las que son aplicables en materia laboral y evaluar su aplicación dentro del procedimiento chileno.

8.2. La doctrina del “Descubrimiento Inevitable”

Esta excepción surge como una forma de limitar la aplicación de la “Teoría de la eficacia refleja de la prueba ilícita”, permitiendo que una probanza derivada de otra excluida del procedimiento por haber sido obtenida por actos que vulneran los derechos fundamentales se pueda incorporar al proceso.

Según esta doctrina, no se deben excluir del procedimiento aquellas pruebas que, si bien derivan de otras que se excluyeron a raíz de su ilicitud, se hubieran descubierto de manera inevitable siguiendo otros cauces investigativos, puesto que no habrían podido seguir estando escondidas para la parte que las presenta.

La tesis del “Descubrimiento Inevitable” podría recibir aplicación dentro del procedimiento laboral en las eventualidades en que los hechos que intenta acreditar la parte mediante la presentación de la prueba excluida hubieran llegado igualmente al conocimiento de esta al buscar más antecedentes a través de los cuales sustentar su pretensión dentro del juicio.

8.3. La prueba *in bonam parte*

En el derecho procesal laboral esta excepción se traduciría en que aquellos hechos acerca de los cuales se tiene conocimiento en virtud de pruebas obtenidas por medios ilícitos o actos que impliquen violación de derechos fundamentales, pero que beneficiarían al trabajador dentro del procedimiento, no debieran de privarse de valor probatorio por el tribunal en la fase de juzgamiento.

La posibilidad de valorar prueba ilícita *in bonam parte* se estableció primeramente en el derecho procesal penal, en donde se salvaban de la exclusión los antecedentes que se hubieran recogido en contravención a las garantías fundamentales de los imputados.

Esta excepción resulta igualmente aplicable dentro del derecho procesal laboral, dado que constituiría una manifestación del principio “pro operario”, el que deriva del rol tutelar de los derechos de los trabajadores que tiene el Derecho del Trabajo como disciplina.

8.4. La prueba ilícita presentada en juicio en contra del empleador

A raíz de la consagración de la regla de la exclusión de las pruebas obtenidas mediante actos que vulneran las garantías fundamentales en otros ordenamientos, se ha suscitado una polémica referente a si esta norma debe recibir también aplicación en las eventualidades en que las pruebas ilícitas son presentadas por el trabajador en el procedimiento, con el fin de acreditar sus convicciones frente a un tribunal.

En la práctica, la probabilidad de que sea el trabajador quien recoja la fuente de prueba que vulnera los derechos fundamentales es mucho menor a que se dé el caso contrario, sobre todo si se toma en consideración que son los múltiples métodos de vigilancia dentro de la empresa que han surgido con las nuevas tecnologías las que le han dado relevancia a la regla de la exclusión de la prueba ilícita como forma de tutelar las garantías fundamentales dentro del procedimiento. Sin embargo, el hecho de que sea el trabajador quien presente obtenidos en contravención a los derechos consagrados en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales que se encuentren vigentes, o a las normas de rango simplemente legal, no es imposible.

El principal argumento de quienes plantean que la regla de la exclusión de la prueba ilícita beneficia sólo al trabajador radica en que el juez del trabajo debe ser imparcial, pero no neutral, en el sentido en que el Derecho del Trabajo como disciplina en general está creado con el fin de proteger a los trabajadores frente a los eventuales abusos de los que pudieran ser víctimas por parte de los empleadores, más aun si se atiende a la desigualdad existente entre los sujetos que son partícipes de la relación laboral.

Sin embargo, en mi opinión esta tesis está errada, debido a que existen dos importantes aspectos que no considera al atribuir la eficacia de la norma sólo a los supuestos en que los antecedentes presentados en juicio se incorporen como forma de sustentar las pretensiones del empleador.

El primero de ellos radica en que atribuirle a la regla de la exclusión de la prueba ilícita el sentido de que beneficia únicamente a los trabajadores sería caer en un error de interpretación, puesto que conllevaría realizar una distinción en donde el legislador no distingue, puesto que no se hace referencia en su consagración legal a qué parte es la que presenta las evidencias en cuestión.

El segundo argumento para sostener que el tribunal debe declarar inadmisibles todas las pruebas obtenidas por medios ilícitos o en contravención a los derechos fundamentales se vincula con que la Constitución Política de la República señala en el encabezado de su artículo 19 que “asegura a todas las personas” lo que expresa en los numerales que expone a continuación. Por lo tanto, del que la regla de la exclusión de la prueba ilícita dentro de un procedimiento tenga un fin tutelar de garantías se desprende que éste debe ejercerse frente a todas las partes que participan en el proceso y no sólo a una de ellas.

Por otra parte, resulta conveniente destacar que del principio pro operario no puede desprenderse una discriminación que opere en tal forma que vulnere el derecho a la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República. El que se resguarden dentro de un procedimiento las garantías fundamentales de una de las partes y de la otra no parece injustificado aun desde la óptica de la desigualdad existente entre los sujetos de la relación laboral, por consideraciones de justicia.

En conclusión, la regla de la exclusión de la prueba ilícita dentro de un procedimiento debiera aplicarse frente a las evidencias presentadas por cualquiera de las dos partes que participan en él, aunque la hipótesis de que sea el trabajador quien presente antecedentes obtenidos en contra de las garantías fundamentales del empleador parece de más difícil ocurrencia, puesto que esta temática ha cobrado relevancia debido a la inclusión de nuevas formas de ejercer la vigilancia por parte del trabajador dentro de la empresa que se han generado por el desarrollo de la tecnología.

En lo referente a la forma en la que el inciso tercero del N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo chileno regula la prueba ilícita, es posible señalar que esta disposición no efectúa diferencias en modo alguno respecto a qué parte es la que presentó los antecedentes objeto de discusión en el procedimiento, por lo que a partir del tenor literal de la norma no cabría aplicar la excepción a favor de los antecedentes presentados por el trabajador obtenidos vulnerando las garantías fundamentales del empleador.

9. LA PRUEBA ILÍCITA LABORAL EN EL DERECHO COMPARADO

La exclusión del procedimiento de la prueba ilícita, entendida ésta en su acepción referente a las evidencias obtenidas mediante actos que impliquen violación de derechos fundamentales, se ha consagrado en distintas legislaciones a nivel mundial como una forma de tutelar las garantías constitucionales.

En algunos ordenamientos la proscripción de la incorporación al procedimiento, o de la posterior valoración por el tribunal, de prueba ilícita es consagrada en la Constitución, mientras que en otros casos, como en el procedimiento laboral chileno, se introduce dentro de las normas referentes a la prueba en las leyes procesales que regulan determinadas materias.

En este capítulo se analizarán las formas en que en distintos países se han consagrado normas referentes a la exclusión de pruebas obtenidas mediante violación de garantías fundamentales.

9.1. España

La prueba ilícita en este ordenamiento se regula, en términos generales, en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁸³, la cual señala disposiciones que se aplican a la generalidad de los procesos. Esta norma señala que “En todo tipo de

⁸³ Ley Orgánica 6/85. ESPAÑA. Del Poder Judicial (ver *supra*).

procedimiento se respetarán la reglas de la buena fe. No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”.

Lo que llama la atención de esta disposición es que la exclusión del procedimiento de la prueba ilícita se desprende directamente del principio de la buena fe. Esto es una particularidad puesto que, pese a que en todos los ordenamientos es así, en general las normas que prohíben la valoración de esta clase de evidencias se encuentran entre las que regulan las pruebas, y no entre los principios orientadores.

En tanto, en lo concerniente exclusivamente al Derecho del Trabajo, el artículo 90.1 de la Ley de Procedimiento Laboral⁸⁴ de 1995 dispone que “Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley (...) salvo que se hubieren obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”.

Esta regulación se asemeja a la realizada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, salvo porque se encuentra inmersa entre las disposiciones que regulan la prueba, entre las normas de derecho procesal funcional, y no al exponer los principios orientadores.

⁸⁴ Real decreto legislativo 2/95. ESPAÑA. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. 7 de abril de 1995.

9.2. Brasil

La reglamentación alusiva a la prueba ilícita en dicho país se encuentra contemplada en la Constitución⁸⁵, a continuación de las normas que consagran el debido proceso, garantizando posteriormente el derecho al contradictorio, a la defensa y a los recursos en todo procedimiento judicial o administrativo. En este sentido el inciso LXI del artículo 5º dispone que “Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”.

Al analizar este inciso es posible contemplar que tiene una debilidad y una fortaleza. La primera está constituida porque configura la exclusión definitivamente en un nivel de admisibilidad, lo que no se realiza en otras legislaciones, incluida la chilena, generando la discusión referente a si deben o no ingresar las pruebas al procedimiento, puesto que si la prohibición es en la etapa de valoración las evidencias se agregan al expediente, lo que no ocurre en el caso contrario.

La debilidad de la forma en que la Constitución Brasileña regula la exclusión de la prueba ilícita radica en que, a diferencia de la mayor parte de las legislaciones estudiadas, no incorpora en el precepto alguna frase que haga alusión a lo que ocurre con las evidencias que se derivan de la excluida inicialmente. En otros términos, no se consagra normativamente la “Teoría de la eficacia refleja de la prueba ilícita”.

⁸⁵ Constitución de la República Federativa del Brasil. BRASIL. *Diário Oficial da União*. 5 de octubre de 1988.

9.3. Colombia

En este país también se regula la prueba ilícita en la Constitución⁸⁶, en el marco de su artículo 29, que describe los presupuestos básicos del debido proceso. La prohibición de valoración de la prueba ilícita se establece en los siguientes términos: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Esta disposición reviste una serie de particularidades que son dignas de análisis. La primera de ellas radica en que redacta la regla de la exclusión en una hipótesis de nulidad, la cual parece privar de valor a las evidencias a las que alude en mayor medida que prohibir su admisibilidad en el procedimiento. En segundo lugar, contempla la frase “de pleno derecho”, que podría tener el sentido de lograr que para su declaración no se requiera resolución judicial (lo que en la práctica es bastante discutible). En tercer lugar, tampoco establece una consagración normativa de la “Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado”, la cual resulta necesaria para una verdadera eficacia tutelar de la norma.

Mención aparte requiere, respecto a la disposición objeto de análisis, que ésta considere como parámetro para determinar la conformidad de las evidencias presentadas por las partes el debido proceso y no los derechos o garantías fundamentales, como se realiza en los ordenamientos de los demás países al referirse a la exclusión de la prueba ilícita. De esta redacción surge la interrogante acerca de si lo que debe prohibirse valorar son los antecedentes obtenidos en contravención con las normas de carácter procesal que se establecen para su obtención o las que se adquieren sin respetar las garantías constitucionales. Esto genera que el que el

⁸⁶ Constitución Política de Colombia. COLOMBIA. Gaceta Constitucional Número 116. 20 de julio de 1991.

objetivo de esta norma sea la exclusión de la prueba ilícita sea discutible. Sin embargo, la eficacia tutelar de derechos fundamentales de este artículo puede argumentarse en atención a un criterio funcional, puesto que al estar inmerso dentro de las normas que consagran el debido proceso a nivel constitucional, sería redundante entenderlo de la manera contraria.

9.4. México

La regulación que se efectúa en la Constitución mexicana acerca de la exclusión de la prueba ilícita tiene la particularidad de que no protege con su establecimiento todos los derechos fundamentales, sino que se centra en lo referente a la inviolabilidad de las comunicaciones.

La prohibición de la inclusión de pruebas que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁸⁷ se establece en los incisos 12 y 13 de la Constitución, en los siguientes términos: “Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas en forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando, contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley”.

⁸⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. MÉXICO. Diario Oficial de la Federación. 5 de febrero de 1917.

Posteriormente, el inciso 13 del mismo artículo dispone que “Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Por ello, la autoridad correspondiente podrá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad legal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor”.

Esta disposición resulta de importancia para el derecho procesal laboral en atención a lo que expresa en su última parte, puesto que mediante la prohibición que se le establece a la autoridad legal para autorizar la intervención de las comunicaciones privadas se consagra la vigencia absoluta de esta garantía en los juicios relativos a asuntos laborales.

En tanto, la Ley Federal del Trabajo en la primera parte de su artículo 776 también hace alusión a esta clase de pruebas estableciendo que “son admisibles en el proceso todos los medios de prueba que no sean contrarios a la moral y al derecho”.

La exclusión del procedimiento laboral de los medios de prueba que contravengan la moral o el derecho constituye una hipótesis de eficacia curiosamente extensa de exclusión de prueba ilícita, la que podría considerarse un ejemplo de las “Concepciones Amplias” sobre esta materia, de acuerdo a la clasificación terminológica que se efectuó en el Capítulo 1 de este trabajo.

De esta redacción se puede desprender una mejor tutela de los derechos del sujeto pasivo en la obtención de las evidencias cuya efectividad se cuestiona., pero

que también puede dar lugar a la arbitrariedad si se plantea desde la perspectiva de que da un amplio margen de discrecionalidad al juez que podría traducirse en abusos, los que serían de gran relevancia para la parte que presenta la evidencia excluida, porque podría vulnerar su derecho a la prueba.

Lo anterior lleva a concluir que la forma en la que se establece lo referente a la prueba ilícita en las legislaciones es un asunto de gran importancia, puesto que al ser una hipótesis en la que se sopesan derechos constitucionales al efectuar una regulación demasiado amplia, con el objeto de tutelar una mejor tutela de éstos se corre el riesgo de vulnerar una garantía para la contraparte, la referente a la del debido proceso. Esto se debe a que, como ya se señaló en capítulos anteriores, el derecho a la prueba constituye un presupuesto básico de la garantía de las personas referente a ser juzgadas mediante un procedimiento racional y justo.

10. COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

Al haber sido objeto de legislación reciente, la exclusión de prueba del proceso en virtud de haber sido ésta obtenida por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de garantías fundamentales no ha sido tratada en gran cantidad de fallos por los juzgados del trabajo chilenos.

En este apartado se comentará una sentencia en la cual se abordó lo dispuesto por el inciso tercero del N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo⁸⁸. Se trata de un fallo de primera instancia de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales. En él, una trabajadora demanda que se declare que el despido del que ha sido objeto por parte de su ex empleador sea considerado como vulneratorio de sus garantías de índole constitucional, en particular de la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada consagrada en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República, en concordancia con lo que expresa el artículo 485 del Código del Trabajo.

La causal en la que se basó el despido de la demandante fue en la que dispone el N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, es decir, el incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato. En los hechos ésta se configuraba, según la demandada, por la entrega de información confidencial a través de vías electrónicas que habría realizado la demandante a una empresa fiscalizada por la Sociedad en la que ella desempeñaba sus funciones.

⁸⁸ Se trata de la sentencia de fecha 15 de septiembre de 2008, de la causa RUC 08-4-0001305-6 caratulada "Madrid con Sociedad de Profesionales Kronos Ltda.", del Juzgado de letras del trabajo de Copiapó. El fallo se anexa al finalizar el trabajo.

El despido efectuado por la empleadora se basó en una serie de conversaciones de chat que sostuvo la trabajadora con otra persona que desempeñaba funciones para la empresa que la primera supervisaba. Los diálogos sostenidos vía Internet se habían realizado desde un computador de uso no exclusivo para los funcionarios.

Lo que dispone el fallo respecto a la alegación que solicita la exclusión de ciertos antecedentes por considerarlos prueba ilícita es, en el considerando sexto letra a) de la sentencia, que “no fue posible, a través de la prueba rendida, formarse convicción, por carencia de medios probatorios que así lo demostrasen, que el conocimiento de las conversaciones privadas (...) se OBTUVO a través de medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”

Sin embargo, la decisión del tribunal respecto a la incorporación al proceso de evidencias cuestionables desde la perspectiva de su conformidad con los derechos fundamentales. La demandada fundamentó claramente el despido en antecedentes obtenidos en contravención a las garantías fundamentales, los que posteriormente presenta como evidencias en juicio. De esta forma, en el considerando quinto, titulado “ofrecimiento de medios probatorios” se señala que “la demandada ofreció (...) un correo electrónico enviado por la demandante a un tercero”, además de una testimonial en la cual el jefe directo de la demandante expresa la forma a través de la cual accedió a las conversaciones que la trabajadora había efectuado vía *Messenger*. Ambas son indudablemente manifestaciones de pruebas obtenidas mediante actos que implican violación de garantías fundamentales, en particular la referente a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de la sujeto activo del proceso.

La vulneración de derechos que implica la presentación como medio de prueba en juicio de un correo electrónico que versaba sobre asuntos propios de la empresa, que fue enviado por la trabajadora a un tercero vía *Messenger*, se produce, como ya se

señaló, en virtud de que este hecho pasa a llevar la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, consagrada en el artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República. Esto se acentúa si se considera que en el reglamento interno de la empresa no se había definido si se podían utilizar o no por los trabajadores durante el desempeño de sus funciones los medios de comunicación electrónicos y, en la eventualidad de que pudieren hacerlo, bajo qué condiciones. La sentencia en su parte dispositiva ordena posteriormente a la demandada efectuar esta regulación.

Durante el procedimiento se discutió si la intromisión por parte del jefe de la trabajadora en las conversaciones que ella sostenía por medios electrónicos constituía o no una violación de su derecho a la privacidad. En esa controversia se consideró como factor decisivo el si esta documental se obtuvo utilizando la clave de la demandante o porque los archivos quedaban respaldados en una carpeta dentro del equipo. Sin embargo, luego de lo que se ha analizado en este trabajo respecto a la exclusión de prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, surge la interrogante referente a si que el conocimiento de las conversaciones sostenidas por la trabajadora con un tercero se haya obtenido utilizando su contraseña es lo realmente relevante con el objeto de determinar si hubo violación de su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. En este sentido, al evaluarlo con detención, parece más sensata la opción de que, al tratarse de diálogos privados de la demandante, estos se encuentran protegidos por la garantía constitucional antedicha al margen de si para la obtención de estos se haya utilizado su clave de acceso al programa o no, dado que lo que resulta realmente relevante son los aspectos comprendidos por el derecho y no el modo por el que opera esta herramienta de comunicación informática. De ello es posible concluir que la intromisión efectivamente violó la garantía de la trabajadora.

En otros términos, el acto que implica violación de derechos fundamentales por el cual se tuvo acceso a la prueba es también la lectura de las conversaciones de la demandante de la carpeta de respaldo en la que éstas se hallaban y no únicamente la eventual sustracción de su contraseña.

No obstante, para los efectos de lo que dispone el inciso tercero del N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo lo que reviste de importancia es que la conversación que sostuvo la demandante haya sido presentada como medio de prueba en juicio, puesto que al margen de que se haya producido la vulneración en el entorno laboral lo relevante para el tema sobre el que versa este trabajo es que de ellos hayan surgido antecedentes útiles a las partes para acreditar sus pretensiones dentro del procedimiento. Esto efectivamente ocurre en el caso que aquí se analiza, debido la demandada presenta un correo electrónico enviado por la demandante a un tercero, en una conversación que ella sostenía por chat, como forma de argumentar su opinión de que la trabajadora infringió su deber de confidencialidad durante el término probatorio.

La ilicitud de la fuente de prueba en el caso descrito puede constatarse ya a partir de la testimonial en la que el jefe de la trabajadora señala que descubrió las conversaciones mantenidas por ella con un tercero por medios electrónicos, si es que los hechos efectivamente sucedieron así, como se dieron por probados en autos, ya que no se logró acreditar lo que la demandante sostenía en relación a que este testigo tuvo acceso a ellas mediante el uso de su clave secreta. Aun sin el acompañamiento de parte de los diálogos en la documental, las evidencias ya podrían considerarse como atentatorias del inciso tercero del N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo, si lo que se pretende es lograr una acertada tutela de derechos fundamentales dentro del procedimiento, la cual es la razón que inspira a esta norma.

Por lo demás, resulta curioso que la forma de acreditar que no existió una violación del derecho a la privacidad por parte de la demandada sea precisamente citando una conversación mantenida por la demandante con un tercero, lo que resulta poco conveniente aun en el objetivo de probar una vulneración del deber de privacidad en el que habría incurrido la actora, en virtud de la posibilidad latente de que estas evidencias fueran excluidas del proceso debido a la regla de la exclusión presente en

el artículo 453 del Código del Trabajo. La situación descrita queda en evidencia en el considerando sexto de la sentencia analizada, puesto que el correo electrónico que la trabajadora envió dentro de una comunicación por chat fue presentada por la demandada y no por ella misma, por lo que no se podría considerar que ella libremente dispuso de su garantía fundamental. A raíz de ello, resulta imposible afirmar haya existido una adecuada tutela de derechos constitucionales en este procedimiento por parte del juez que conocía de la causa, a la que sí se habría llegado, en cambio, aplicando de manera correcta la disposición en la que la legislación procedimental del trabajo hace referencia a lo relativo a la prueba ilícita.

Todo lo que se ha expuesto con anterioridad lleva a concluir que un uso correcto de la norma contenida en el inciso tercero del N° 4 del artículo 453 habría obligado a excluir la documental presentada por la demandada en la que constaba el correo electrónico enviado por la trabajadora vía *Messenger* a un tercero. Sin embargo, de haber sido ésta la solución adoptada por el tribunal, el despido llevado a cabo por la empleadora se habría tornado improcedente, dado que no se habría logrado acreditar que el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales verdaderamente ocurrió en la práctica. En esta situación el procedimiento seguido por la actora, de tutela de derechos fundamentales, no habría sido el correcto con el objetivo de ejercer su pretensión.

Las consecuencias de que el tribunal hubiera aplicado la regla de la exclusión de la prueba ilícita dentro del proceso dejan en evidencia que puede generarse una incompatibilidad entre esta disposición y el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, sobre todo en las situaciones en las que se opta por éste en virtud de una vulneración de garantías tales como la de la intimidad o de la inviolabilidad de las comunicaciones. Esto porque si se aplica la norma referente a la prueba ilícita contenida en el artículo 453 no es posible acreditar luego la violación de derechos fundamentales que, una vez sufrida por el actor, motivó la existencia del proceso.

La controversia a la que se hace alusión se basa en lo que dispone el artículo 491 del Código del Trabajo, el que señala que “Admitida la denuncia a tramitación, sus substanciación se regirá por el procedimiento de aplicación general contenido en el Párrafo 3º”, apartado dentro del cual se encuentra la disposición atinente a la prueba ilícita. Por lo tanto, si lo que se pretende con el procedimiento de tutela es garantizar el respeto de derechos fundamentales, sería bastante dificultoso que ello se pudiera acreditar sin poder presentar dentro de las probanzas que fueran en contra de lo que dispone el artículo 19 la Constitución Política de la República.

En conclusión, pese que en la sentencia que aquí se analiza, al contrario de lo que ella misma señala, sí existen pruebas obtenidas por actos que impliquen violación de derechos fundamentales, la exclusión de ellas hubiera significado el tener que negar lugar a la demanda presentada por la trabajadora cuyo derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas fue vulnerado. Por ello, el motivo principal por el que este fallo reviste de importancia en materia de prueba ilícita es debido a que deja en evidencia la contradicción existente entre el deber del tribunal de excluir la prueba ilícita, contenido en el artículo 453, con lo que se dispone en el 491 respecto a la tramitación del procedimiento de tutela.

CONCLUSIONES

1. Para llegar a comprender el real significado del concepto de prueba ilícita es necesario determinar de manera previa lo que se entiende por “prueba”. Al inicio del trabajo se exponen una serie de definiciones acerca de este término y otros que se encuentran relacionados. La distinción que reviste mayor relevancia para la materia que abarca este trabajo es aquella que hace referencia a las diferencias terminológicas existentes entre una “fuente de prueba”, que se entiende como el antecedente presente en la realidad que existe con anterioridad e independencia del proceso, y el de “medio de prueba” que es la denominación que recibe este antecedente cuando ingresa a él con el objetivo de acreditar las pretensiones de las partes.
2. La doctrina nacional está conteste en que el derecho a la prueba se encuentra incorporado a la garantía de la investigación y el procedimiento racional y justos que consagra la Constitución en su artículo 19 N°3 . Esta noción se vincula con la posibilidad que deben tener las partes de utilizar los medios probatorios necesarios para lograr la convicción del juzgador dentro del juicio. La existencia del derecho a la prueba es de vital relevancia en materia de prueba ilícita, dado que ella opera como limitante de dicha garantía en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales dentro del procedimiento frente a posibles perturbaciones que las personas podrían sufrir a raíz de que otras buscan acreditar sus pretensiones.
3. En lo que respecta a cómo se define la prueba ilícita, se han desarrollado en doctrina con el objetivo de dotar de significado a este término, concepciones amplias y restringidas. Las primeras lo relacionan con aquellas evidencias que

se obtienen por medios contrarios a la dignidad humana, la moral, las buenas costumbres o los principios generales del derecho. En tanto, las segundas aluden expresamente a la protección de los derechos fundamentales en el procedimiento a través del cual se obtiene la prueba. La acepción que se adoptó en el artículo 453 del Código del Trabajo chileno es de carácter restringida, pese a que se le vincula además con la vulneración de normas de carácter simplemente legales.

4. La prueba ilícita se puede clasificar de diversas formas, lo que lleva a concluir que se trata de un concepto que abarca una serie de situaciones distintas en la práctica. La diferenciación ayuda también a lograr una mejor comprensión del concepto. Asimismo, existen una serie de términos similares a la prueba ilícita, pero que no pueden usarse como sinónimos porque, pese a su parecido, no atienden todos a la misma situación.

5. Lo referente a la exclusión de la prueba ilícita ha sido una materia controvertida, puesto que para algunos se debe privilegiar la búsqueda de la verdad dentro del proceso por sobre la protección de las garantías fundamentales, utilizando para lo último únicamente las herramientas que concede el derecho sustantivo; mientras que para otros se debe aplicar la exclusión como forma de tutelar los derechos constitucionales. Los partidarios de ambas posiciones han formulado una serie de argumentos para defenderlas, los que se han desarrollado durante este trabajo. Finalmente, han surgido también posturas intermedias que intentan ponderar los intereses en juego.

Pese a ello, la doctrina que se muestra a favor de la exclusión del procedimiento de los antecedentes obtenidos por medios que supongan violación de derechos fundamentales ha sido la que ha suscitado mayor respaldo en las legislaciones actuales, consagrándose así la prohibición a

niveles de admisibilidad o valoración de estas evidencias en distintos ordenamientos alrededor del mundo.

6. La regulación que proscribe la exclusión de la prueba obtenida en vulneración a los derechos fundamentales de las personas resulta novedosa, puesto que en el procedimiento laboral anterior a la entrada en vigencia de la ley no se contemplaba expresamente la posibilidad de sustraer de la valoración realizada por el juez antecedentes probatorios, en atención a la ya mencionada causal. No obstante, existían algunas herramientas que el magistrado o las partes podían utilizar frente a la incorporación de prueba ilícita dentro del procedimiento, las que fueron analizadas en el Capítulo 3 de este trabajo.

7. Si bien la expresa alusión que efectúa el procedimiento actual del Libro V del Código del Trabajo hace a la prueba obtenida mediante actos que impliquen violación de derechos fundamentales es un avance en la tutela de las garantías constitucionales dentro del proceso, la disposición que la menciona no establece claramente si la prohibición respecto a las evidencias adquiridas mediante esta clase de mecanismos opera en un nivel de admisibilidad o de valoración. De esta distinción surgen consecuencias importantes debido al eventual efecto que podría tener en el juzgador que la prueba ilícita ingrese al expediente, al margen de que intente no considerarla en la fase de sentencia.

Por ello, cuando el artículo 453 señala que “Carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas...” debería entenderse implícita una prohibición de admisibilidad de las evidencias obtenidas por medios ilícitos o actos que impliquen violación de derechos fundamentales, con la consiguiente exclusión material de ellas en el expediente, de tal manera de impedir que produzcan consecuencias en la decisión del juzgador. A pesar de que la parte final del texto transcrito parece

tener esta intención, no es lo suficientemente radical si se considera que su objetivo es la tutela de garantías constitucionales.

8. Con todo, la norma que alude a la prueba ilícita en el procedimiento laboral chileno posee la desventaja de que, al igual como ocurre en otros ordenamientos, genera el “Problema del efecto psicológico de la prueba ilícita en el juzgador”, debido a que cuando las partes presentan evidencias de este tipo en el proceso y el juez debe evaluar si son contrarias a los derechos fundamentales o no, éste ya está tomando conocimiento acerca de lo que versan y esos datos difícilmente no influirán en su decisión al momento de juzgar.
9. La disposición contenida en el inciso tercero del N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo abarca, además de la hipótesis de la vulneración de derechos fundamentales propia de la exclusión de la prueba ilícita, otra que se refiere a aquellas evidencias obtenidas en contravención a normas de rango simplemente legal. A esto se refiere el precepto cuando alude a los “medios ilícitos”.
10. En lo atinente a la regulación que hace el procedimiento laboral de la prueba obtenida mediante actos que impliquen violación de derechos fundamentales propiamente tal, es posible señalar que esta reviste dos particularidades respecto de la forma en la que consagran la exclusión otras leyes en Chile o en otros ordenamientos. La primera de ellas radica en la especificación que el artículo 453 del Código del Trabajo efectúa respecto a que las evidencias deben haberse obtenido mediante “actos” que se traduzcan en vulneración de

derechos fundamentales, y no lisa y llanamente en contravención a ellos. Esta forma de redactar acarrea la interrogante referente a qué ocurre con las omisiones. La segunda peculiaridad de la forma en que el Código del Trabajo consagra la exclusión de la prueba ilícita se vincula con que atiende a que hace alusión a los derechos y no a las garantías fundamentales. Esto no reviste de importantes consecuencias en la práctica, dado que, como es sabido, la garantía es la forma en la que el ordenamiento jurídico tutela el derecho.

11. La “Doctrina de la eficacia refleja de la prueba ilícita” o “Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado” postula que las evidencias cuya adquisición se debe a otra prueba excluida por su ilicitud deben ser igualmente marginadas del proceso si lo que se pretende es lograr una tutela efectiva de los derechos fundamentales dentro del proceso. Esta doctrina ha generado partidarios y detractores, además de haber sido limitada en épocas más recientes como forma de privilegiar la búsqueda de la verdad en el procedimiento.

A diferencia de lo que ocurre en España, donde han surgido voces que manifiestan que cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial regula la prueba ilícita y utiliza los términos “directa o indirectamente” no intenta consagrar positivamente la “Doctrina de la eficacia refleja”, en Chile no existe razón para creer que la terminología usada por el legislador no reviste este objetivo. En todo caso, si el fin de esta parte de la disposición no fuera excluir del proceso también las evidencias indirectamente obtenidas en contravención a los derechos fundamentales esto no implicaría que la doctrina no fuera acogida, puesto que en el afán protector de garantías fundamentales de la norma se debería entender la exclusión de prueba como aplicable también a las evidencias derivadas de ella.

12. Los derechos fundamentales que en mayor medida protege la norma que priva de eficacia a la prueba ilícita en el procedimiento laboral son el de la vida y la integridad física y psíquica de la persona, principalmente en lo que se refiere a este último aspecto; el de la privacidad y el de la inviolabilidad de las comunicaciones. La posibilidad de que se vulneren dichas garantías se incrementa debido a las condiciones en las que se desenvuelve la relación laboral, en lo referente a la subordinación en la que se encuentra el trabajador respecto del empleador. Otra causal de la relevancia de la prueba ilícita para el procedimiento consagrado en el Libro V del Código del Trabajo radica en la implementación de las nuevas tecnologías dentro de la empresa como medio a través del cual el empleador ejerce su potestad de mando, las que contribuyen de manera importante a la producción de probables interferencias en la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador.

13. La impugnabilidad de la prueba ilícita resulta importante desde dos perspectivas. La primera de ellas consiste en quién tiene la legitimación para ejercer la impugnación de una resolución en la que el tribunal se pronuncia sobre la exclusión, ya sea para acoger o rechazar las evidencias obtenidas violando los derechos fundamentales. En este sentido, la titularidad de las partes resulta innegable. Los terceros, en cambio, se encuentran desprovistos de una acción a través de la cual puedan evitar que se incorporen probanzas adquiridas en contravención de sus garantías constitucionales, puesto que la protección los protege únicamente de las posibles acciones u omisiones que pudieren afectar el derecho propiamente tal, pero sin producir efectos en el procedimiento en el que se pretende presentar los medios de prueba.

El segundo aspecto por el cual la impugnabilidad de la prueba ilícita resulta relevante dice relación por los medios a través de los cuales es posible recurrir frente a la resolución que se pronuncia respecto a la solicitud de exclusión. Ellos se pueden clasificar en una herramienta directa, la reposición,

puesto que ella se ejerce contra la interlocutoria que decide acerca de la procedencia de la prueba; y dos que son consideradas indirectas, la nulidad y la acción de protección, en atención a que se interponen contra la sentencia definitiva de la causa o contra el acto que ocasiona la lesión del derecho,

En resumen, respecto a la impugnabilidad de la resolución que se pronuncia sobre la prueba obtenida mediante actos que impliquen violación de derechos fundamentales es posible señalar que esta no se encuentra regulada de una forma adecuada para la consecución del fin tutelar de garantías que persigue la disposición contenida en el artículo 453 del Código del Trabajo. Ello se genera, en primer lugar, porque los terceros no se encuentran facultados para evitar que determinadas evidencias que adolecen de ilicitud en virtud de haber vulnerado sus derechos constitucionales ingresen al procedimiento y, en segundo lugar, debido a que no existe un recurso con efecto devolutivo que permita que un tribunal superior se pronuncie en particular sobre la resolución que se pronuncia respecto a la prueba ilícita.

14. Las excepciones que se han creado en la doctrina y jurisprudencia comparada y que podrían operar como límite a la aplicación de la regla de la exclusión en el procedimiento laboral son la “Doctrina del descubrimiento inevitable”, que opera como restricción a la “Teoría de los Frutos del Árbol Envenenado”; y la aceptación de la prueba *in bonam parte*, que es aquella que beneficia al trabajador, en lo que sería una aplicación procesal de lo que en el derecho sustantivo laboral se denomina principio *pro operario*. En tanto, la restricción referente a que la exclusión de prueba ilícita sólo procedería a favor del trabajador no debiera aplicarse, puesto que conllevaría una discriminación que resultaría arbitraria si se tiene en consideración el afán protector de derechos que la norma lleva implícita.

ANEXO

Jurisprudencia: Sentencia definitiva de de la causa caratulada “Madrid con Sociedad de Profesionales Kronos Ltda.”, con fecha 15 de septiembre de 2008, del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.

PROCEDIMIENTO: Especial de Tutela Laboral

MATERIA: Tutela de derechos Fundamentales

DEMANDANTE: María Natalia Madrid Obregón

DEMANDADO: Sociedad de Profesionales Kronos Ltda.

RUC: 08-4-0001305-6

RIT: T-1-2008

_____ /

Copiapó, quince de septiembre de dos mil ocho.-

VISTOS:

Que con fecha cuatro de septiembre recién pasado, ante este Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, se llevó a efecto audiencia de juicio oral en los autos R.I.T. T-1-2008, por despido vulneratorio de derechos fundamentales, solicitado en procedimiento especial de tutela laboral.

La demanda fue entablada por doña María Natalia Madrid Obregón, cédula de identidad 13.327.394-8, Ito administrativo, con domicilio en Avenida Copayapu N°2750, departamento 11, Copiapó, siendo asistida legalmente por su apoderado don Manuel Catalán Lagos.

La demandada Sociedad de Profesionales Kronos, RUT. 77.207.520-0, fue asistida legalmente y representada por el abogado Nelson Pérez López, con domicilio en Copayapu N°1296, Copiapó.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Argumentos y pretensiones del actor: Que la demandante solicitó que se declarase su despido como vulneratorio de derechos fundamentales y conforme a ello se estableciera la obligación de su ex empleadora de pagar las indemnizaciones que procedieran de conformidad al artículo 489 del Código del Trabajo.

Fundó tal solicitud en la siguiente relación de hechos que efectuó: "con fecha cuatro de junio de dos mil siete, fue contratada por la empresa Sociedad de Profesionales Kronos Limitada, para cumplir funciones de Ito Administrativo,

desempeñándose hasta la fecha de su despido en la faena de construcción, denominada Gran Casino de Copiapó, ubicada en calle Los Carrera N°2240, Copiapó, con un sueldo base de \$721.000, más gratificación por la suma de \$57.000, más una asignación de colación de \$52.500 y una asignación de movilización de \$33.600, lo que arrojaba un total de \$864.100“.

”Con fecha dos de junio de dos mil ocho, su empleador le comunicó el término del contrato de trabajo por correo certificado, aplicando la causal señalada en el artículo 160 N°7 del Código del Trabajo, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, fundado en que supuestamente habría entregado información confidencial vía electrónica, sin autorización de sus jefes, a personal profesional de la empresa Salfa Construcciones, la cual era su fiscalizada“.

Agrega que los fundamentos entregados por el representante de la empresa, para invocar la causal de despido, demuestran que se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad de todo tipo de comunicación privada, entre los que debemos considerar el sistema denominado MESSENGER, el que respalda en carpetas el contenido de las conversaciones sostenidas con otros contactos de una lista que cada usuario tiene, al cual solo se accede con una clave personal, la que nunca ha proporcionado a persona alguna, y menos a la empresa Sociedad de Profesionales Kronos Limitada, derecho que se encuentra protegido por lo dispuesto en el artículo 19 N°5, de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 485 del Código del Trabajo.

Finalmente señala que no existe regulación alguna en el contrato de trabajo, ni en el reglamento interno que autorice a la empresa conocer el contenido de los correos enviados y recibidos por los trabajadores.

SEGUNDO: Contestación de la demanda: Que la demandada contestó la demanda en la forma y dentro del plazo contemplado en el artículo 452 del Código del

Trabajo, aplicable supletoriamente por disposición del artículo 491 del mismo cuerpo legal, solicitando que ésta fuese rechazada en todas sus partes, con costas y que se establezca, por el contrario, que no habría en el despido efectuado, ninguna vulneración a la garantía contemplada en el N° del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República, específicamente, a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Fundamenta su solicitud en que carecen de sustento los dichos de la actora, en cuanto a que sufrió una trasgresión al derecho garantizado por la Constitución Política de la República, a saber el de la inviolabilidad de toda comunicación privada. Así relata que la empresa Kronos Limitada trabaja en la ciudad de Copiapó, contratada por la empresa española EGASA del Grupo Nervion, en labores de fiscalización técnica a la empresa Salfa Construcciones, que construye en esta ciudad el Gran Casino de Copiapó.

En ese entendido la señorita Madrid Obregón habría sido contratada por la empresa como ITO ADMINISTRATIVO; siendo responsable en dichas funciones de llevar a cabo una serie de acciones estratégicas y altamente sensibles.

En este contexto la actora habría conocido cabalmente el andamiaje administrativo de Kronos Limitada en Copiapó, y manejado información confidencial, cuya divulgación podría significar la pérdida de millones de pesos para su mandante ya referido.

No obstante lo anterior, la señorita Madrid Obregón, desde un computador de uso no exclusivo, en el cual cada usuario tenía las herramientas tecnológicas para restringir la información personal que manejare, envió información confidencial de la empresa a una funcionaria de la empresa contratista, y es más, habría entregado textualmente correos o mail electrónicos enviados por el jefe de proyectos de la empresa, don Jorge León. Reitera que esta información era confidencial y altamente sensible. Este hecho al ser descubierto y, teniendo en consideración que el reglamento

interno de la empresa, recepcionado en su oportunidad por la actora, señala como deber de todo funcionario "el respetar la empresa y a su representante, en su persona y dignidad, actuando en todo momento con la debida lealtad; considerándose contrario a este deber, el transmitir o traspasar a otras empresas del rubro, informaciones de carácter privado de la empresa en que trabaja", detonó el despido de la actora.

Explica finalmente, que la trabajadora no tomó en consideración que al dialogar electrónicamente por internet a través de un chat, que habría sido el modo en que se envió la información, el sistema crea una carpeta de respaldo que queda almacenada en la carpeta MIS DOCUMENTOS, debiendo restringirse dicha función cuando no se quiere que cualquier persona que use el equipo, tenga acceso a la información enviada, sin necesidad de poseer clave de entrada o de acceso. Lo anterior significó que de manera accidental haya sido sorprendida en su actuar. Por lo demás concluye, que a la actora ya se le había representado por la empresa múltiples veces que fuese más cuidadosa con su información privada.

TERCERO: Llamado a conciliación: Se llamó a las partes a conciliación, la que no fructificó en razón de la negativa de la demandada a aceptar cualquier reconocimiento de una vulneración de los derechos que se invocaron como conculcados. Luego ante el mandato consagrado en el artículo 495 del Código del Trabajo, por el cual el juez debe abstenerse de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales; este juzgador en particular, prefirió no invitar a la realización de ofrecimientos económicos.

CUARTO: La recepción de la causa a prueba: fijación de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Se determinó en base a las

presentaciones de las partes, que no discutían la extensión de la relación laboral ni el monto de la remuneración que fue señalada por la actora; por lo anterior se estimó que los hechos a probar debían ser los siguientes:

- Efectividad que el despido se determinó, por el acceso a información, de carácter privado, de la actora, cuya conocimiento y utilización no era factible para la demandada, sino, con una trasgresión a la inviolabilidad de la comunicación privada.
- Para efectos del despido, labores que efectuaba la empresa demandada, entre ellas funciones específicas que cumplía la actora.
- Efectividad de haber enviado la actora, información confidencial de la demandada a un tercero, perteneciente a una empresa fiscalizada por esta, específicamente a Salfa Construcciones; eventuales consecuencias que ello podría generar para la demandada.
- Forma en que la demandada tomó conocimiento de la información que dio origen al despido. Efectividad de tratarse de información confidencial e importante.
- Efectividad de que el computador, desde el cual se extrajo la información en cuestión, era de uso no exclusivo de la actora y que en el reglamento interno de la empresa, se encuentra regulado, el envío y recepción de correo electrónico, que de alguna forma haga excepción al mandato constitucional de inviolabilidad de las mismas.

QUINTO: Ofrecimiento de medios probatorios: Que en orden a acreditar sus alegaciones la demandante ofreció e incorporó la siguiente documental: contrato de trabajo celebrado entre las partes; acta de comparendo de conciliación ante la inspección del trabajo e instructivo de uso de elementos informáticos. Además rindió la confesional compuesta por la absolución de posiciones de don Jorge Godoy Frías. Por su parte y con el mismo objeto la demandada ofreció como documental a incorporar el reglamento interno de la empresa y un correo electrónico enviado por la demandante a

un tercero; además rindió la testimonial compuesta por los dichos de don Francisco Omar Lagos Peralta y de don Jorge Godoy Frías, más la confesional de doña María Natalia Madrid Obregón. El tribunal en uso de sus facultades oficiosas ordenó a la demandada la incorporación de la carta de despido.

SÉXTO: Hecho Acreditado y valoración de la prueba: Que ponderada en forma libre la prueba y con respeto a los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicamente afianzados, este Tribunal, llega al convencimiento en cuanto a que doña María Natalia Madrid Obregón fue contratada con fecha cuatro de junio de dos mil siete por la Sociedad de Profesionales Kronos Limitada, para cumplir funciones de Ito Administrativo. En ejercicio de dicho cargo le correspondía manejar la parte administrativa de la sociedad, ordenando, almacenando y archivando toda la documentación tanto en carpetas de papel como electrónicas. Su jefe directo era don Jorge Godoy Frías, quien se desempeñaba como Inspector Jefe y quien tenía además bajo su mando a un Ito en Terreno. La sociedad en su conjunto trabaja en la ciudad de Copiapó, mandatada por la empresa española Egasa del Grupo Nervión, en la fiscalización técnica de la empresa Salfa Construcciones que construye el Gran Casino de Copiapó.

Físicamente la actora y don Jorge Godoy Frías, compartían la misma oficina, utilizando la primera, un computador, al cual también tenían acceso otros de los funcionarios, incluido el mencionado Godoy Frías. En específico, la actora sabía que ese computador era utilizado por otras personas, ya que dicha unidad constituía el servidor.

En la sociedad demanda, si bien en un instructivo se señaló, respecto de los equipos que fueron puestos a disposición de los trabajadores, que estaba prohibido

cargar software y hardware y que el uso de internet y envío de e-mail era restringido a las actividades a desarrollar en la empresa, en la práctica se permitía el uso de estas herramientas y sistemas de comunicación libremente, sin que existiese ningún tipo de regulación en cuanto a las condiciones, frecuencia y oportunidad para el uso de los mismos; en este entendido los trabajadores de la demandada, incluida doña María Natalia Madrid Obregón, regularmente y según sus posibilidades e intereses, utilizaban los equipos computacionales de la sociedad para comunicarse vía Messenger, e-mail y otros.

Que en el entendido anterior, doña María Natalia Madrid Obregón, mantuvo conversaciones vía Messenger en forma frecuente, mientras trabajó en la empresa demandada, con doña Ema Pía Rivera Vergara, quien era su amiga y con quien incluso en el tiempo en que se produjo su despido compartía vivienda. La mencionada Rivera Vergara, prestaba servicios, como control técnico –mando medio, sin poder decisorio, ni facultades de administración-, para la empresa fiscalizada por Sociedad de Profesionales Kronos, esto es Empresa Salfa Construcciones, la que desarrollaba en ese entonces el proyecto de construcción denominado Gran Casino de Copiapó.

Se tiene de igual forma por asentado que en fecha no determinada del mes de mayo de dos mil ocho, doña María Natalia Madrid Obregón dentro de las conversaciones que mantuvo desde los equipos comunicacionales de la empresa, vía Messenger, desde su cuenta personal de correo electrónico, con doña Ema Pía Rivera Vergara le comentó asuntos propios del giro de ambas empresas fiscalizadora-fiscalizada, específicamente del siguiente tenor: **pagina 35 y 36, MAYO, PIA_DE_LOS_ANGELES@HOTMAIL.COM "recién J. León le mandó un mail a Matías repesao" –envíamelo para verlo- "Estimado Matías: respecto a tu reclamo por la demora en la revisión de estados de pago y presupuestos de obras extras, que tiene con déficit de caja, y que según entendí, atribuyes a una mala disposición de la ITO, quiero reiterarte lo que ya te señalé al respecto, y que te resumo: 1.- Esta inspección no tiene ni actúa con ninguna intencionalidad para perjudicar o**

complicar a la Constructora. 2.- Cualquier eventual demora en alguno de estos procesos, sólo obedece a alguna dificultad puntual causada por necesidades o situaciones propias de obra, tales como: priorización puntual de otros requerimientos en beneficio del avance de la obra; generación de mayor cantidad de EP, por condición especial de contrato, generación y simultaneidad de gran cantidad de OOOE; algunas deficiencias en presentación de antecedentes de respaldo, disminución de nuestra disponibilidad efectiva, motivada por entregas demorasas y re entregas que podrían evitarse, etc. 3.- No obstante que las bases establecen que deberíamos revisar EP una vez entregados todos los antecedentes, incluidos los provisionales, justamente hemos diferido este proceso para facilitar, ayudar y agilizar el proceso; sin embargo y como podrás ver en el cuadro adjunto, siempre e independientemente de cuanto demoremos en revisar los EP, Uds. presentan una demora adicional a la presentación del resto de los antecedentes,, bastante importante en muchos casos (desde 7 a 37 días) que dilata y pospone el proceso de dar curso al periodo de pago de cada EP, según lo fijado por las bases, siendo este lapso de tiempo el más relevante en la generación del déficit que señalas. 4.- Respecto de las OOOE, afectadas por los mismos conceptos, te puedo asegurar que hacemos los mayores esfuerzos por ir resolviendo su situación con la mayor premura, en la medida que el proceso de EP, recepciones y cooperación de Uds. respecto a la información requerida, lo posibiliten así. En todo caso esperamos quedar al día con nuestra revisión a más tardar el 10 de junio. Esperando que los números te aclaren que las demoras mayores, no corren por nuestra cuenta ni intención, sino más bien dependen de Uds., te saluda Jorge León Navas, Jefe de Proyectos, Kronos Ltda.“. ”Prefiero enviarlo así por más cuidado, no le digas a Passi por que el mail era sólo para Matías y David R.“ –ya o.k.-.

En la misma línea anterior, se encuentra establecido que el correo antes referido fue enviado en forma personalizada, y por tanto exclusiva, por la actora a la mencionada señorita Rivera Vergara, no existiendo ninguna manifestación de voluntad, de ambas, tendiente a que esta conversación fuese conocida por terceros.

Que en fecha no determinada, pero anterior al día dos de junio de dos mil ocho, don Jorge Godoy Frías, buscando unos documentos que necesitaba, ingresó al computador de uso no exclusivo, que utilizaba doña María Natalia Madrid Obregón, en ausencia de ésta, utilizando para ello su propio usuario, password o clave, y al dirigirse a la carpeta MIS DOCUMENTOS, ingresó a una carpeta llamada MIS LOGS, donde se dio cuenta que se encontraban almacenadas una serie de conversaciones que había mantenido la señorita Madrid Obregón con terceros y que se habían respaldado sin el conocimiento y consentimiento de ésta. Luego de lo cual en vez de cerrar dicha carpeta y ponerlo en conocimiento de la afectada, decidió revisar todas las conversaciones que ésta había mantenido con terceras personas, correspondientes, por lo menos, a los últimos meses trabajados y consistentes, al menos, en más de treinta y cinco hojas, llamándole, especialmente la atención, la conversación reproducida previamente con la señorita Ema Pía Rivera Vergara de páginas 35 a 37, por conocer que se trataba de una funcionaria de la empresa fiscalizada por ellos. Acto seguido, en virtud de ese hallazgo y por estimar que ese actuar ponía en entredicho la confianza que se tenía a la referida trabajadora, se decidió despedirla, invocando para ello como causal un incumplimiento grave de las obligaciones laborales, que lo hicieron consistir, como reza la carta de despido, en la entrega comprobada de información confidencial por vía electrónica, sin autorización de sus jefes y por conducto totalmente irregular, a personal profesional de la Empresa Constructora Salfa Construcciones, de la cual son la inspección técnica.

Finalmente, se encuentra asentado con la prueba rendida, que ni en el contrato de trabajo ni en el reglamento de orden, higiene y seguridad de la empresa, existe una regulación expresa del uso de los medios tecnológicos –computadores y recursos que proporciona internet e intranet-, ni tampoco existe una regulación o procedimiento para la revisión de la información almacenada en los computadores que sean de carácter privado de los usuarios; en ese entendido, no existe prohibición alguna relativa a guardar información privada en una carpeta del computador, ni menos una norma que

autorice a revisar esa información privada o a invocarla para establecer una sanción. Por el contrario, si queda asentado, que en dicho reglamento dentro de las obligaciones del trabajador está el respetar a la empresa y a sus representantes, en su persona y dignidad, actuando en todo momento con la debida lealtad. Considerándose infracciones a este deber el transmitir o traspasar a otras empresas del rubro, informaciones de carácter privado de la empresa. Asimismo, que dentro de las prohibiciones del trabajador no se contempla ninguna relativa al asunto debatido y que en un ítem denominado confidencialidad se señala que toda la información, ya sea de propiedad de la empresa o de sus clientes, que entregue Kronos a su personal para el desarrollo de sus funciones, así como también aquella información que se genere durante el desarrollo de los servicios es confidencial, por lo que no podrá ser entregada a terceros, ya sea en papel o en medios magnéticos, sin la autorización de la administración de Kronos o del representante del cliente. Por último en el ítem de Sanciones y Amonestaciones se contempla que las sanciones asociadas a las infracciones de las normas referidas son la amonestación; siendo la terminación del contrato una decisión que depende de la gravedad, poniéndose como ejemplo la falta de lealtad a la empresa en cualquier circunstancia.

a).- En cuanto a la alegación de que la información utilizada para fundar el despido se habría OBTENIDO con vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora, específicamente transgrediendo la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. Al respecto no fue posible, a través de la prueba rendida, formarse convicción, por carencia de medios probatorios que así lo demostrasen, que el conocimiento de las conversaciones privadas de doña María Natalia Madrid Obregón con terceros, se OBTUVO a través de medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales. En específico, no se logró acreditar, como lo alegó la demandante, que en algún momento alguien, aprovechando quizá un descuido de ella, ingresó a su correo privado, momentáneamente abierto y conectó la función de Messenger, destinada a respaldar en una determinada carpeta –MIS DOCUMENTOS-, sus conversaciones, para así poder revisarlas con posterioridad; menos se pudo establecer que, puntualmente, el día cuatro de junio de dos mil ocho, como lo señaló

en la Inspección del Trabajo, ella no se haya conectado a Messenger, y que contrariamente amigos suyos hayan constatado lo contrario. En efecto, sólo la actora a través de su confesional señaló tal hipótesis, la que no pudo corroborarse, pero con lo cual, al menos, quedó totalmente claro, que ella no fue quien le pidió a dicho sistema de conversación que efectuara tales respaldos. Dicha hipótesis fue negada por quien habría realizado el hallazgo supuestamente accidental don **Jorge Godoy Frías**, sosteniendo que jamás incurrió en tal conducta y que si se produjo tal respaldo fue por desconocimiento de la trabajadora de cómo opera este tipo de sistema de comunicación unido a su propio descuido. Al respecto se refirió también uno de los testigos de la demandada, don **Francisco Lagos Peralta**, quien señaló que existen distintos tipos de versiones de dicho sistema de conversación, en unos de ellos sería necesario expresamente darle la función para que se produzca el respaldo; en cambio en otros no. Relativo a este punto ninguno de los deponentes ni absolventes pudo aclarar al tribunal que versión en específico sería la que está cargada en el computador en cuestión. Con lo anterior, al no haber quedado acreditado el supuesto de hecho – obtención con una vulneración tan evidente- que fundaría una exclusión valorativa de la prueba ingresada por la demandada –respaldo de conversaciones entre la actora y terceros-, necesariamente deberá desestimarse la solicitud esgrimida de que no se diera valor probatorio a dicho documento.

b).- En cuanto al establecimiento de los hechos que sí se dieron por probados.

De un análisis íntegro de la prueba documental incorporada, este juzgador, llegó al convencimiento de que ambas partes casi coincidían en los hechos que fueron presentados al tribunal, no cuestionando con ello la información contenida en cada uno de los documentos, toda vez que lo que ellos contenían, reflejaban en gran parte lo expuesto por cada uno de los litigantes en su respectiva demanda y contestación de la demanda. En efecto, el contrato de trabajo incorporado, dio cuenta con claridad de los elementos básicos de la relación, esto es, inicio del contrato, naturaleza del mismo, funciones del trabajador, jornada, prestaciones y otros; a su vez el reglamento interno permitió formarse convicción de las obligaciones y prohibiciones que tenía el trabajador, como asimismo de las posibles sanciones que podían ir asociadas a sus

incumplimientos. También ese mismo reglamento permitió constatar las omisiones, falencias o vacíos que éste presentaba en cuanto a la regulación de materias relativas al control, a través de medios idóneos y generales, con respeto a los derechos fundamentales del trabajador, de la utilización de la información privada que a través de los medios tecnológicos aportados por la empresa, pudiese enviarse a terceros o simplemente almacenarse en esos equipos. A la misma constatación se pudo llegar a través del documento individualizado como Instructivo de la Empresa Kronos, el cual si bien hacía referencia específica, en un ítem, al uso de elementos de informática, fue desvirtuado por el resto de la prueba rendida, ya que tanto las absoluciones de don Jorge Godoy Frías, jefe de la trabajadora afectada -prueba de la demandante-, como la absolución de esta última -prueba del demandado-, coincidieron en que se utilizaba con perfecto conocimiento de toda la jefatura internet e intranet, para fines personales, sin mayor control ni objeción. Consecuentemente, no se discutió la efectividad de haberse mantenido, a través de Messenger, conversaciones entre la actora y doña Ema Pía Rivera Vergara, ni tampoco que, puntualmente, se haya mantenido la conversación que fue respaldada en el mismo equipo en la carpeta MIS LOOGS de la carpeta MIS DOCUMENTOS y que fue conocida a través del respectivo respaldo de conversación que se incorporó y que fuera referida al momento de dar por asentados los hechos fijados por el tribunal. Por último, los documentos carta de despido y acta en comparendo ante la Inspección del Trabajo, permitieron conocer cuál fue la decisión, inspirada en las distintas interpretaciones que hicieron de los hechos ya referidos, por parte de doña María Natalia Madrid Obregón, que estimó que se vulneraba su intimidad al acceder a sus conversaciones privadas y de la Sociedad de Profesionales Kronos que vio en dicha información una entrega de información confidencial grave e intolerable.

SÉPTIMO: Razonamiento respecto a la carga procesal probatoria de la demandante: la exigencia de indicios. Según ya se ha esbozado, uno de los principios más fuertemente recogidos con la reforma procesal laboral, es el de la tutela judicial efectiva de los derechos de los trabajadores, siendo en esa vertiente de pensamiento que se justifican otros de los principios de la misma, como oralidad,

inmediación, gratuidad, celeridad, oficialidad con función cautelar y probatoria del juez, etcétera. Con todo, el alcance de este principio de tutela judicial efectiva es mucho mayor del que aparece a simple vista y que en forma tan evidente se expresa en los principios recién apuntados; en efecto, existen otras consecuencias jurídicas, recogidas por nuestro legislador laboral, que son fruto directo de esta lógica de protección integral hacia la parte más débil. Por cierto que este posicionamiento normativo no es de creación propia de nuestro legislador, sino que viene aprehendido de un establecimiento serio y consolidado del derecho comparado, relativo al difícil escenario probatorio en que se encuentra el trabajador al momento de efectuar una denuncia por violación o lesión de derechos fundamentales, dificultad que evidentemente emana, como lo destaca nuestra doctrina, de la situación estratégica en que se encuentra el empresario sobre la prueba, derivado de la proximidad y dominio que tiene la mayoría de las veces sobre ella. El no reconocimiento de la situación antes descrita, hubiese significado una evidente merma al principio de tutela judicial efectiva referido, toda vez que habría contenido en sí misma una traba procesal que colocaría muchas veces al trabajador en la imposibilidad de lograr un resultado judicial favorable. Es por ello, que haciéndose cargo de lo anterior, nuestro legislador laboral en el artículo 493, introdujo una reducción probatoria, consistente en la obligación del trabajador de presentar sólo indicios suficientes de la vulneración que alega. Esta técnica, como lo ha señalado José Luis Ugarte Cataldo, no se trata de una inversión del onus probandi, ya que no basta la alegación de una lesión a un derecho fundamental, para que se traslade al empleador la carga probatoria, sino que sólo se alivia la posición del trabajador exigiéndole un principio de prueba por el cual acredite indicios de la conducta lesiva, esto es, acredite hechos que generen la sospecha fundada, razonable, de que ha existido esta lesión.

Reconocido lo anterior, es necesario, en consecuencia, despejar como primer tema relevante si la demandante cumplió con este estándar probatorio exigido. Acá debe destacarse, que la carta de despido incorporada y que da cuenta de la causal y de los hechos esgrimidos para poner término a la relación laboral, alude directamente a la entrega –comprobada- de información por vía electrónica por un conducto irregular.

Luego en el acta levantada ante la Inspección del trabajo la trabajadora reclama que esta información comprobada, a que alude la empresa, correspondería a una conversación instantánea que por Messenger tuvo con una amiga, la cual estima, se habría obtenido violando su contraseña de su cuenta particular, ya que en ningún momento ella a autorizado a la empresa para leer su información privada y nunca ha respaldado sus conversaciones. En la misma acta introducida por la actora, se consigna la respuesta de la sociedad demandada, la que señala que efectivamente tiene pruebas escritas de una conversación electrónica entre la trabajadora y la funcionaria de Salfa Construcciones, documento en el que fundarían su decisión de despido. Agrega al respecto que en ningún momento se habría violado una clave o contraseña privada de la trabajadora, sino que se accedió a esta información a través de un respaldo generado en la carpeta MIS DOCUMENTOS, a la cual se habría llegado fortuitamente luego de la búsqueda de otros antecedentes. En el mismo sentido, la absolucón de posiciones de **Jorge Godoy Frías** ilustró al tribunal en cuanto a que él con la demandante operaban un mismo computador, ya que estos no son de uso exclusivo y que cada funcionario de la empresa tenía una clave personal para ingresar a estos equipos. Los computadores estaban habilitados para navegar por internet y además se trabajaba con intranet para los asuntos de la empresa. Preguntado respecto a un correo personal de la trabajadora Madrid Obregón = Nmadrid8@hotmail.com, señaló que conoció ese correo por que en una carpeta MIS LOGS de la carpeta MIS DOCUMENTOS en el escritorio del computador, existían archivos de este correo a los que accedió, sin requerir de una clave. Señala que encontró esa información de casualidad, buscando información propia; agrega que al ver esa información, le llamó la atención, por lo que revisó unos dos o tres días de conversaciones; ahí encontró la conversación que invocó como fundante del despido, la cual al verla inmediatamente se dio cuenta que correspondía a una conversación entre la señorita Obregón con Ema Pía.

Del análisis de la prueba anteriormente referida, este juzgador tiene por establecido, que existen antecedentes suficientes, para al menos estimar a priori, que eventualmente, el despido de María Natalia Madrid Obregón pudiese estar fundado en

la utilización de información de carácter privado, toda vez que queda en evidencia que esta información correspondía a una conversación entre la trabajadora afectada y un tercero, la cual circunstancialmente quedó respaldada en una carpeta del escritorio del computador, pero que en ningún caso, ello significa, que por esa situación, la información pasa a transformarse en pública, ya que para que ello pudiese estimarse, necesariamente, se requeriría una manifestación de voluntad de la parte emisora y receptora, o al menos de una de ellas; por lo que a falta de dicha manifestación debe entenderse que **la información sigue siendo privada**, ya que en ella por las características que envuelve –comunicación electrónica escrita y directa de una persona determinada a otra, también determinada, por un medio cerrado- **demuestra una voluntad tal de excluir del conocimiento de lo comunicado a terceros, que de haberse estimado que alguien podría haber interferido en dicha comunicación, conociéndola de cualquier modo, lo más probable es que no la hubiesen realizado**. A mayor abundamiento, el ciudadano común y corriente, en muchas de las actividades que desarrolla a diario, en ámbitos de privacidad, lo hace bajo la confianza, con la razonable expectativa, de que este sector de su vida no será interferido por terceros, ya que la sola posibilidad de que ello suceda, le haría moldear su comportamiento a tal extremo que su libertad para determinarse y comportarse no sería tal, ya que sería temeroso de que saliera a la luz, lo que él ha querido que sea secreto. Así respecto a la inviolabilidad de los medios de comunicación se ha señalado que ella descansa sobre los principios de autonomía, dignidad e intimidad de la persona, que se traduce en una esfera de derecho formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona, que normalmente están sustraídos del conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta en ese conocimiento.

Luego en este análisis cabe preguntarse, si es que varía lo antes razonado, la circunstancia de que lo comunicado no sea información personal, sino que sea una conversación referida a temas que competen por ejemplo a la empresa; y si varía la

circunstancia el hecho de que la información se haya encontrado en un respaldo el cual no sería el vehículo de comunicación mismo.

Respecto de la primera interrogante, y partiendo del supuesto de que la obtención de esta información sea a través de un hecho fortuito y no premeditado o infractor de mecanismos de seguridad, debiese estimarse que en primer término, nuestra legislación, más allá del contenido mismo de la comunicación privada, lo que garantiza en este caso, es que no se produzcan invasiones a la intimidad que sean irracionales y desproporcionadas, con lo cual ya envía un mensaje relativo a que existe una prohibición de acceder, utilizar e invocar cualquier información contenida en estos canales privados, cuando ello pudiese significar el desconocimiento del derecho en su esencia. Luego si la transgresión es tan insoportable, por afectar el núcleo mismo del derecho protegido, será irrelevante el contenido de la comunicación, por lo que incluso, refiriendo temas que pudieran interesar a la empresa, no podrían ser utilizados ni invocados. Por el contrario si esta vulneración es más sutil, más tenue y por lo mismo sólo implica una afectación de determinadas manifestaciones del mismo, podrá ser aceptada en la medida que sea racional y proporcionada, donde normalmente la racionalidad estará dada por la necesidad de compatibilizarlo con otros bienes y derechos; en ese sentido podría ser eventualmente aceptada la utilización de la información que se refiere a la empresa. Finalmente, para la segunda interrogante, se debe asumir, como ya se señaló, que no porque circunstancialmente esta comunicación privada se haya respaldado en un archivo que ya no sería el vehículo de comunicación mismo quiere decir que está información es pública, ya que ella todavía expresa las aspiraciones de alguien que siempre pensó mantenerlas en el ámbito de lo privado, siendo totalmente irrelevante que no contenga ella una clave, cerradura, cierre u otro mecanismo de seguridad, toda vez que la simple actividad de observación permite formarse la conciencia y claridad de que esa información no está dirigida hacia su persona, como ocurrió en el caso propuesto, donde era evidente que se trataba de un correo que no le pertenecía al lector ocasional, a menos que hubiese pretendido llamarse María Natalia o Ema Pía, con lo cual su eventual utilización también debe

responder al análisis de cuanto ello produce una lesión en el derecho tutelado constitucionalmente.

OCTAVO: Razonamiento respecto de la obligación de la demandada de explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. En cierto modo las reflexiones efectuadas en el acápite previo, nos permiten hacer una nueva constatación, que en todo caso ya ha sido efectuada por autores como Eduardo Caamaño Rojo, en el sentido de que los derechos fundamentales, sean específicos, inespecíficos, laboralizados o no, no son absolutos y por lo mismo reconocen como límite el ejercicio de otros bienes o garantías constitucionales; en razón de ello, en su ejercicio y siempre teniendo presente que nunca se puede afectar el núcleo irreductible de un derecho fundamental –lo conocido en doctrina como el límite a los límites-, en el ejercicio de uno de estos derechos puede producirse un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

Con lo anterior se responde la interrogante de si los derechos fundamentales reconocen algún tipo de límite o morigeración en el particular ámbito de la empresa, por lo que corresponde cuestionarse ahora cuando el ejercicio del poder empresarial puede concretamente llegar a producir la afectación referida.

Tal como lo ha señalado la Dirección del Trabajo en Dictamen 8237-1995, el sistema jurídico ha dotado al empleador de lo que la doctrina llama el poder de dirección y de disciplina, esto es la facultad de dirigir y mantener el orden dentro de la empresa. Estos poderes reconocen su fundamento en el derecho constitucional de propiedad y en la libertad para desarrollar cualquier actividad económica; sus objetivos son dotar al empresario del poder de iniciativa económica con libertad para contratar

trabajadores, adaptarse a las necesidades del mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido y sancionar en última instancia.

Es en virtud de los poderes empresariales antes referidos, que se pierde el equilibrio en la relación entre particulares, pasando a desarrollarse esta relación en un ámbito de subordinación y dependencia, propia del derecho público y de las relaciones entre el Estado y un particular, -quizá por ello, en este ámbito, sea tan nítida la discusión de los derechos fundamentales, nacidos precisamente en un Estado de derecho como límite al poder estatal-, por lo que esta tensión es la que pasa a constituir el punto de partida para la colisión de los poderes empresariales y de los derechos fundamentales del trabajador.

Luego de lo razonado, es ineludible que el objeto de este juicio es determinar si fue justificado el accionar del empleador en el ejercicio de sus facultades legales –leer el respaldo de una conversación privada y luego utilizarla públicamente- o si esta vulneración al trabajador –inviolabilidad de toda comunicación privada- no es aceptable amparado en sus derechos fundamentales, esto es en aquellos derechos que por su trascendencia y jerarquía dentro del conjunto de los que son atribuidos a la persona, constituyen un núcleo central, esencial, que debe ser protegido de manera especial y fuerte frente al ataque de terceros.

Ante esta colisión de derechos, debe primero consultarse en la legislación nacional, si es que existe alguna norma que resuelva el conflicto, ya que de ser así el método de solución del mismo será por vía de la subsunción. La verdad es que no existe tal norma, sólo podemos encontrar como referencia las normas dispersas que van conformando los poderes de dirección y disciplina referidos –artículo 12, 24, 153 y otras- y el inciso segundo del artículo quinto del Código del Trabajo que señala que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tienen como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando

podrían afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos. A lo anterior debe sumarse el inciso final del artículo 154 del cuerpo legal citado a propósito de las menciones que obligatoriamente debe contener el reglamento interno de la empresa, que dispone que toda medida de control, sólo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la imparcialidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador. En conclusión, si bien encontramos normas que aluden a esta tensión, no existe ninguna que en definitiva la resuelva para el caso concreto, con lo cual queda excluida la posibilidad de resolver subsumiendo el caso concreto en esa determinada norma general. A partir de ello, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, se ha impuesto el método de la ponderación guiado por el principio de proporcionalidad en sentido amplio, creado por la jurisprudencia alemana, principalmente a partir de los escritos de Robert Alexy, el cual consiste básicamente en pesar los derechos y bienes en juego, persiguiendo que cada derecho se sacrifique por el otro en la menor medida posible y sólo en la medida que ese sacrificio sea racional y no afecte el ya mencionado núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Esta ponderación a través del principio de proporcionalidad en sentido amplio, opera a través de tres sub juicios: el de la adecuación, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto. Si hecho el examen aludido, la conducta del empleador supera esos tres estándares establecidos, se podrá decir que prima el derecho del empleador y que no ha existido afectación sancionable de los derechos fundamentales del trabajador; por el contrario si no resiste alguno de esos análisis, la conclusión inevitable es que el actuar del empleador es prohibido por nuestro ordenamiento jurídico por ser vulneratorio inaceptablemente de los derechos fundamentales que asisten al trabajador.

a) El Juicio de Adecuación.- A través de esta valoración se busca establecer que la medida sea idónea, apta para el fin perseguido por el empleador; con lo cual la restricción al derecho fundamental del trabajador permite alcanzar un fin empresarial

legítimo. En nuestro caso en estudio, la pregunta pertinente es si es legítimo que el empleador pretenda controlar los medios tecnológicos –equipos de computación- que siendo de su dominio, pone a disposición de los trabajadores para el desarrollo del trabajo mismo; luego más específico que ello, que además desee controlar las herramientas que proporciona el sistema computacional, pero que no son gratis, sino que tiene un costo para él, como los son por ejemplo internet y otros; y finalmente la pregunta que nos interesa, si es legítimo que el empleador quiera evitar que información propia de su giro y en casos confidencial sea conocida por terceros. Claramente la respuesta a estas tres interrogantes es afirmativa, con lo cual podemos constatar que detrás de este reconocimiento está presente la protección al derecho de propiedad del empleador; luego es requisito preguntarse si es apto o idóneo para lograr tal protección, la fiscalización y control que realice el empleador al uso de los equipos y a la información que se envíe desde ellos a terceros; en otras palabras, si con revisar los respaldos de las conversaciones que los trabajadores tienen a través del sistema Messenger con terceros, se puede evitar que no se traspase información privada y sensible para la empresa y, además, que no se dé un uso inadecuado a estas herramientas, por ejemplo, que no se cumplan las labores por pasar todo el día en un chat. La respuesta evidente es que a través de esa fiscalización y control, se llega, sin duda, a evitar que a través de estos medios electrónicos no se cumplan estas legítimas expectativas del empleador; en el caso concreto, la lectura efectuada por don Jorge Godoy Frías del respaldo de la conversación por Messenger entre doña María Natalia Madrid Obregón y un tercero, sin su consentimiento y, su posterior utilización contra ella, evidentemente le permiten proteger a la empresa de que ésta no haya estado traspasando información confidencial de Sociedad de Profesionales Kronos Limitada a cualquier tercero, incluida la Constructora Salfa; incluso esta revisión, le permite saber cuánto estuvo conectada a Messenger y con ello, con quienes se relacionó y cuanto tiempo no dedicó a su labor efectiva dentro de la empresa.

b) El Juicio de Necesidad.- Por esta valoración se persigue establecer que la medida o restricción del derecho fundamental, sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa menos costosa; así deben siempre preferirse las

medidas no invasoras de derechos fundamentales. Acá debemos preguntarnos si es posible que la Sociedad de Profesionales Kronos Ltda., llegara a conocer por otros medios que su trabajadora se comunicaba con una trabajadora de la empresa Salfa Construcciones vía Messenger si no hubiese leído los respaldos de dichas conversaciones. La respuesta rotunda es no, toda vez que las posibilidades en estos casos son muy limitadas, ya que se trata de conversaciones instantáneas, a través de un mecanismo electrónico –como muy bien lo reconoció el testigo **Francisco Lagos Peralta** “es como un teléfono con escritura“, donde las únicas opciones distintas serían más graves y vulneratorias como por ejemplo intervenir directamente el Messenger –si es que se pudiese- o derechamente tener un vigilante toda la jornada de trabajo, que estuviese constatando que no se hable con terceros. De lo anterior, que evidentemente la menos invasiva resulta ser la lectura y utilización de los respaldos de la conversación privada.

c) El Juicio de Proporcionalidad en sentido estricto.- Finalmente a través de esta valoración se busca establecer que la limitación al derecho fundamental del trabajador sea racional, no desproporcionada, que se pueda justificar tanto el objetivo de la medida como sus efectos. Así de partida, queda inmediatamente excluida la posibilidad de limitar el derecho fundamental en su núcleo esencial, sometiéndolo a exigencias o restricciones que lo hagan irrealizable. Así en este caso, sería inaceptable bajo todo punto de vista que se hubiese producido el conocimiento de la información utilizada por el empleador, a través de la obtención dolosa de la contraseña o password, o introduciendo otro mecanismo en las mismas condiciones que violaran la privacidad.

En este examen, necesariamente debe recordarse el dictamen N°260-2002 de la Dirección del Trabajo, el cual señaló, ejemplificando, que lo habitual es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes, por mucho que la línea y el aparato mismo le pertenezcan; lo mismo es extensivo a otras dependencias físicas específicas y por cierto a otros medios de comunicación, donde debe comprenderse sin duda el uso del correo electrónico y del sistema Messenger. Luego la conclusión inevitable es que para que pueda pretender

enterarse del contenido de las conversaciones de sus trabajadores debe tratarse de situaciones muy justificadas y por tanto excepcionales. Una de ellas podría ser como ya se ha visto la protección de información confidencial y de las estrategias y secretos de la empresa.

Este mismo dictamen señala tajantemente que en ningún caso el empleador puede tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores –límite a los límites-, para a continuación señalar que excepcionalmente el empleador podría conocer los correos enviados desde el servidor de la empresa, pero siempre que se cumpla como requisito previo que ello sea regulado en el reglamento interno en forma expresa. Así en el reglamento interno debe regularse las condiciones, frecuencia y oportunidad del uso de estos medios electrónicos; en el mismo reglamento puede estatuirse que todos los correos –enviados del servidor- vayan con copia a la gerencia; finalmente que se regule el uso extraproductivo de los mismas herramientas proporcionadas por estos sistemas.

A su vez debemos recordar, en esta parte del análisis, el inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo, que dispone que toda medida de control, sólo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la imparcialidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.

Vayamos a nuestro caso concreto. La prueba documental rendida, como ya se analizó, en ninguna parte ilustró a este juzgador en el sentido de que se haya establecido en el reglamento interno, que las conversaciones electrónicas de los trabajadores, efectuadas desde equipos computacionales de la empresa, serían respaldadas en archivos que convertirían esta información en pública. Si se hubiese establecido tal advertencia, quizá ello pudiese haber llegado a justificar la utilización contra el emisor de su información, ya que éste sabría desde antes que existe esa

posibilidad y por lo mismo habría moldeado su actuar a tales exigencias. Es dable preguntarse entonces, si alguien podría pensar que la señorita Madrid Obregón, de haber sabido que existía tal advertencia en el reglamento interno ¿habría reproducido a su amiga ese mail de don Jorge León Navas, poniendo en riesgo su trabajo?, evidentemente que no. Y si emitió esa comunicación y tantas otras más, lo hizo, qué duda cabe, en la confianza de que dicha conversación se mantendría en el ámbito de lo estrictamente privado. Ilustrador al respecto son los dichos de la misma afectada cuando afirma que en ese periodo ella vivía con Ema Pía –la receptora de la información- y que de haber querido hacer algo malo –traspasar información confidencial- sin que fuese conocido por sus jefes, podría perfectamente haber esperado que llegase el término de la jornada para luego en el hogar entregarle esa información; por el contrario si lo hizo a través de Messenger fue en la confianza de que nadie sabría de esta conversación porque entendía que era privada –de hecho se lee en el respectivo respaldo de la conversación que pide que esto no lo comente a nadie pues fue enviada exclusivamente a Matías y David R-. Conclusión de lo anterior, es que la actividad de don Jorge Godoy Frías, presenta un primer problema para auto justificarse, cual es el hecho de que si es que se quería ejercer ese control debía estar previsto en el reglamento interno y no lo estaba. Así no basta en este punto, el compromiso y lealtad mostrado hacia la empresa por don **Francisco Omar Lagos Peralta**, cuando señaló que en todos los trabajos estaría prohibido almacenar información personal dentro de los equipos de la empresa y que a su juicio, la información personal pasa a ser pública cuando se deja en el disco duro de un computador, ya que a ella puede acceder cualquiera. Evidentemente el razonamiento vertido por él, pierde sustento frente a la interpretación ya efectuada por la Dirección del Trabajo y por lo demás, porque él no reconoce que un respaldo de una conversación por Messenger sigue dentro del ámbito de lo privado, toda vez que como se refirió no se ha manifestado consentimiento de hacerlo público y porque de una simple ojeada él y don Jorge Godoy Frías, como ambos lo reconocieron, pudieron ver en el encabezado, antes de revisar el contenido, que era una comunicación dirigida por doña María Natalia a doña Ema Pía. Lo prudente habría sido cerrar dicha comunicación y haber dado cuenta a su compañera de trabajo de que se había producido accidentalmente ese respaldo; o siendo desconfiados ¿qué fines se

perseguían leyendo sus conversaciones?, pareciera que más allá del morbo que ello pudiese representar, finalmente se produjo una inaceptable desviación de la inocente lectura, pasando a constituirse en el fundamento de la desconfianza y la consecuente pérdida de la fuente laboral.

Luego la actividad del empleador, a través del señor Godoy Frías, no solo es cuestionable en la forma que se ha planteado, también en lo que sigue: luego de revisar el contenido de todas las conversaciones respaldadas de la señorita Madrid Obregón, sin su consentimiento, como se estableció **no menos de 37 HOJAS**, se determina utilizar éstas en su contra, según ellos por la gravedad de los hechos que contenían y que significaron una pérdida de confianza intolerable, en palabras de don **Jorge Godoy Frías**, ya que ellos tenían estrategias importantes que no podía ser desviadas a canales no autorizados, ya que ello les podría significar perder el contrato con su mandante, etcétera; no obstante y fundando supuestamente la causal invocada "entrega comprobada de **información confidencial** a personal profesional de Salfa por un conducto irregular", sólo se incorporó, como se estableciera en el considerando sexto, el correo extensamente descrito en el referido considerando, el cual a todas luces por su texto se trataba de una información ya enviada a Salfa Construcciones, así por lo demás quedó refrendado de la confesional de la señorita Madrid Obregón y del señor Godoy Frías. Luego la tal entrega de información confidencial a la fiscalizada no era tal, toda vez que Salfa ya contaba con dicha información, con lo cual es del todo irrelevante que se le envíe nuevamente. Con todo, para salvar esta situación, se esbozó por los testigos **Godoy Frías y Lagos Peralta** que lo cuestionable era que esta información iba dirigida a la gerencia de la empresa Salfa y no a un mando medio; con lo cual surge la pregunta de si la demandada en verdad velaba por sus intereses o los de Salfa, ya que a lo más a ésta última pudiese serle desagradable tal filtración. A mayor abundamiento, el texto de la comunicación utilizada para fundar el despido, no refiere ninguna estrategia, ni ninguna información secreta y ni siquiera algo importante, sólo se trata de un correo en el cual se reiteran excusas fundadas en la divergencia existente en los puntos de vista de ambas empresas, las cuales son propias de una relación de trabajo, pero en nada demuestran una determinada línea de acción o de

posibles consecuencias. Por lo anterior, ***resulta desproporcionado que se haya decidido, pasar por alto que dicha información estaba contenida en un respaldo accidental de una conversación electrónica privada, para luego leerla completamente e invocarla como causa del despido, toda vez que la gravedad invocada en el supuesto actuar de la trabajadora y la necesidad de protección de la empresa frente a ello, no se condice de ningún modo con la protección esperable hacia la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas.***

No es un obstáculo al razonamiento anterior, la proyección que efectúa el empleador, relativa a que quizá cuánta más información habrá comentado la trabajadora, toda vez que ha quedado demostrado que pudiendo acceder al respaldo de al menos 37 hojas de conversaciones privadas, la demandada no ha encontrado nada más que le mereciera la opinión de presentarla al juicio, con lo cual, como se señaló, la entrega de información confidencial, no ha sido más que aquello que refirió la trabajadora afectada "una conversación privada donde a modo de "cahuín" de chisme, se remitió dicho e-mail, no alcanzando en caso alguno los ribetes que ha querido mostrar la empresa. Por lo demás está pérdida de confianza alegada, por cierto que jamás podría fundar por sí misma el despido, toda vez nadie refirió que doña María Natalia haya estado contratada a través de la modalidad de cargo de exclusiva confianza de aquellos que refiere el inciso segundo del artículo 161 del Código del Trabajo. Tampoco constituye un obstáculo la obligación de abstención de transmitir o traspasar información, contemplada en el reglamento interno, ni la alusión extensiva a la confidencialidad de la información hecha por la sociedad demandada en el mismo reglamento, toda vez que como ha quedado de manifiesto, es cuestionable que se pueda hablar de traspaso de información cuando ya estaba entregada y que se pueda hablar de confidencial, cuando por el desarrollo temporal de los hechos ya no lo era, pero por sobre todo, porque la importancia invocada no era tal que justificase desconocer la protección de un derecho fundamental como lo es el de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y luego de ella el derecho a la intimidad.

Con lo razonado, este juez, como lo expresará en lo resolutivo, estima que el demandado no ha dado suficientes *fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad*, por lo que necesariamente deberá instarse por la protección del derecho fundamental del trabajador, materializando con ello la tutela judicial efectiva del mandato contenido en el inciso primero del artículo quinto del Código del Trabajo, que ha dispuesto que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tienen como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos. La norma citada viene a ser sin duda, el correlato laboral, del principio de vinculación directa, contenido en el inciso segundo del artículo sexto de nuestra Constitución Política de la República, el cual dispone que sus preceptos –entre ellos los derechos y garantías reconocidos- obligan tanto a titulares como integrantes de los órganos del Estado, como a toda persona, institución o grupo. .

NOVENO: Determinación del monto de la indemnización sancionatoria.-

Nuestro nuevo procedimiento de tutela ha venido a crear un cauce procesal para la protección de derechos no patrimoniales, vinculados, más que al intercambio de servicios por dinero, a la dimensión moral del sujeto entendido como ciudadano. Con todo, frente al reconocimiento de lo complejo y agotadoras que pueden ser las relaciones entre particulares en el ámbito de la empresa, luego de destruida la comunidad de intereses, es que se ha privilegiado por sobre el reintegro laboral, lo cual sería lo único que dejaría verdaderamente indemne un despido vulneratorio, el establecimiento de una indemnización sancionatoria, que va de seis a once meses de la última remuneración mensual. Establecida la extensión del tramo por el legislador, corresponde al juez fijar en concreto el quantum de la sanción, donde éste en particular, tendrá en consideración, que la trabajadora perdió su empleo, a raíz de esta vulneración, a días de cumplir un año de servicio, lo que le habría significado una indemnización por tal concepto, correspondiente a una remuneración; luego lo determinante debe ser la gravedad de la vulneración efectuada por el empleador, la

que se determina a partir del derecho fundamental afectado, de la intensidad de afectación del mismo y de la conducta que haya tenido la sancionada en relación al debido respeto que se debe tener de este tipo de derechos; todo ello lleva a estimar que la sanción debe ser moderada, pero no el mínimo legal, como se expresará en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 1, 6 inciso 2° y 3° y 19 N°4 y 5° de la Constitución Política de la República; artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículos 1, 2, 3, 4, 5 a 11, 21, 22, 34, 35, 41, 42, 44, 54 a 58, 153, 154, 156, 160 N°7, 161, 162, 163, 168, 172, 173, 176, 178, 184, 415, 420, 423, 425 a 432, 434 a 438, 440 a 462 y 485 a 495 del Código del Trabajo; se resuelve:

-Que **se acoge** la demanda interpuesta por doña María Natalia Madrid Obregón en contra de su ex empleadora Sociedad de Profesionales Kronos Ltda., representada legalmente por don Jorge Godoy Frías y en consecuencia se declara:

I.- Que el despido efectuado por Sociedad de Profesionales Kronos Ltda., ha sido consecuencia directa de la vulneración de la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada que asistía a doña María Natalia Madrid Obregón.

II.- Dicho despido, en consecuencia, es vulneratorio de derechos fundamentales, por lo que la sociedad demandada deberá pagar a doña María Natalia Madrid Obregón las siguientes indemnizaciones:

a) \$864.100 por concepto de indemnización por omisión de aviso previo;

b) \$6.048.700 por concepto de indemnización sancionatoria, correspondiente a siete meses de la última remuneración mensual;

c) No se da lugar a las indemnizaciones del artículo 163 del Código del Trabajo y su respectiva recarga contemplada en el artículo 168 del mismo cuerpo legal, por no haber enterado la trabajadora un año de servicio.

III.- Las sumas antes señaladas deberán ser pagadas debidamente reajustadas y con intereses.

IV.- La sociedad vencida deberá, en un plazo prudencial que no exceda los próximos dos meses, incluir en su reglamento interno una regulación expresa relativa a las condiciones, frecuencia y oportunidad del uso de los medios de comunicación electrónicos que proporciona la empresa; definiendo, en específico, un procedimiento para la revisión de los equipos y de la información que quede almacenada en carpetas y sitios no privados.

V.- En razón de haber tenido motivos plausibles para litigar no se condena en costas a la demandada.

Devuélvase a los intervinientes, las pruebas aportadas.

Ejecutoriada que sea la presente sentencia, remítase copia de ella a la Dirección del Trabajo, a través de la Inspección Regional de Copiapó respectiva. Además, cúmplase lo resuelto en ella dentro de quinto día, en caso contrario pasen los antecedentes a la unidad de cumplimiento ejecutivo del Tribunal.

Regístrese y comuníquese.

R.U.C. 08-4-0001305-6

R.I.T. T-1-2008

Dictada por don César Alexanders Torres Mesías, Juez Titular del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACADEMIA JUDICIAL, Manual del juicio del trabajo. Santiago. Academia judicial. 2008. 327 p.

2. ARIAS, Ángel y RUBIO, Francisco. El derecho de los trabajadores a la intimidad. Navarra. Cizur Menor. 2006. 517 p.

3. ATRIA, Fernando. Proceso Civil. Comentario a la jurisprudencia del año 2004. (2) : 284. 2005.

4. BAVIERA, Inmaculada. Sobre la calificación del despido basado en pruebas ilícitas. [en línea] Aranzadi Social. 2008. (12). <<http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/doctrina/social/calificacion-despido-basado-pruebas-ilicitas-baviera>> [consulta: 25 de mayo de 2010]

5. BORGARELLO, Susana. El derecho a la imagen. Córdoba. Marcos Lerner Editora. 1996. 62 p.

6. CAMÁS, Ferrán. La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral. . En: ALARCÓN, M. y LAGARRETA, E. (Coordinadores) Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Alicante, Bomarzo, 2004. p. 161- 186.

7. CARNELUTTI, Francesco. La Prueba Civil. Segunda Edición. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1982. 275 p.

9. CEA, José Luis. Derecho Constitucional Chileno. Segunda edición. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile. 2008. 2 v.

10. COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. Actas oficiales de la comisión constituyente,. [En línea] <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/> [consulta: 20 de junio de 2010]

11. Constitución de la República Federativa del Brasil. BRASIL. *Diário Oficial da União*. 5 de octubre de 1988.

12. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. MÉXICO. Diario Oficial de la Federación. 5 de febrero de 1917.

13. Constitución Política de Colombia. COLOMBIA. Gaceta Constitucional Número 116. 20 de julio de 1991.

14. Convenio 177. Sobre el trabajo a domicilio. Organización internacional del trabajo. Ginebra, Suiza, 20 de junio de 1996.

15. COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Doceava edición. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1981. 493 p.

16. Decreto 100. CHILE. Constitución Política de la República. Diario Oficial. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 22 de septiembre de 2005.

17. DFL N°1. CHILE. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo. Diario Oficial. Ministerio del Trabajo y Previsión Social; Subsecretaría del Trabajo. Santiago, Chile. 16 de enero de 2003.

18. EVANS, Enrique. Los derechos constitucionales. Segunda edición. Santiago. Editorial Jurídica. 2009. 3 v.

19. FERNÁNDEZ, Juan José. Pruebas genéticas y derecho del trabajo. Madrid. Civitas. 1999. 249 p.

20. FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid. Trotá. 2001. 391 p.

21. GALÁN, Mercedes. Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Aceres. 2005. 278 p.

22. GAMONAL, Sergio. Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos. Montevideo. Fundación de la cultura universitaria. 2004. 77 p.

23. GAMONAL, Sergio y GUIDI, Catalina. Manual del contrato de trabajo. Santiago. Legal Publishing. 2010. 342 p.

24. GARCÍA DE DIEGO, Vicente. Diccionario ilustrado latino- español español-latino. 21ª Edición. Barcelona. Larousse. 2007. 715 p.

25. GOÑI, José Luis. Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos. En: ALARCÓN, M. y LAGARRETA, E. (Coordinadores) Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Alicante, Bomarzo, 2004, p. 49-87.

26. GOÑI, José Luis. La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales. Madrid. Thomson Civitas Aranzadi. 2007. 254 p.

27. GUERRERO Peña, Gustavo y MARIÁNGEL Toledo, Nelson. Nulidades Procesales. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Facultad de Derecho. 1980. 350 p.

28. GUTIERREZ Montenegro, Mariela Beatriz y TAPIA, Abigail. El principio de la no discriminación en las relaciones laborales: análisis comparativo legislativo y jurisprudencial en Chile y Estados Unidos. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Facultad de Derecho. 2009. 2 v.

29. HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Derecho procesal penal Chileno. Santiago. Editorial Jurídica. 2004. 2 v.

30. HUMERES, Héctor. Derecho del trabajo y de la seguridad social. 17va edición. Santiago. Editorial Jurídica. 2004. 3 v.

31. JEQUIER, Eduardo. La obtención ilícita de la fuente de prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno. Revista chilena de derecho. 34 (3). P: 457-493. 2007.

32. JURI, Víctor. El teletrabajo: Nueva forma de trabajo. Santiago. Lexis Nexis. 2006. 180 p.

33. Ley 1.552. CHILE. Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. 30 de agosto de 1902.

34. Ley 19.696. CHILE. Establece Código Procesal Penal. Diario Oficial. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. 12 de octubre de 2000.

35. Ley 19.968. CHILE. Crea los Tribunales de Familia. Diario Oficial. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. 30 de agosto de 2004.

36. Ley 20.087. CHILE. Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo. Diario Oficial. Ministerio del Trabajo y Previsión Social, Subsecretaría del Trabajo. Santiago, Chile. 3 de enero de 2006.

37. Ley Orgánica 6/85. ESPAÑA. Del Poder Judicial. 1 de julio de 1985.

38. Ley Orgánica 11/85. ESPAÑA. Del procedimiento laboral. 2 de agosto de 1985.

39. LIZAMA, Luis y UGARTE José Luis. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Santiago. Editorial Jurídica Conosur. 1998. 284 p.

40. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida. Madrid. Akal. 1989. 268 p.

41. LÓPEZ. Diego. Los derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertad y dignidad para las personas que trabajan. Temas laborales. (22). p. 1-3. 2004.

42. MATURANA, Cristian. Aspectos generales de la prueba. Apuntes de clase. Santiago. 2002. 214 p.

43. MATURANA, Cristian. Los incidentes, el juicio sumario, el juicio de arrendamiento de bienes raíces urbanos, el juicio ordinario de menor y mínima cuantía, el juicio ejecutivo, el juicio de hacienda, el procedimiento arbitral y los asuntos judiciales no contenciosos. Apuntes de clase. Santiago. 2004. 301 p.

44. MATURANA, Cristian. Los Recursos. Apuntes de clase. Santiago. 2008. 447 p.

45. MIDÓN, Marcelo. Pruebas ilícitas: Análisis doctrinario y jurisprudencial. Mendoza. Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002. 335 p.

46. MIRANDA, Manuel. El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona. José María Bosch Editor. 1999. 169 p.

47. NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid. Tecnos. 2005. 591 p.

48. NOGUEIRA, Humberto, PFEFFER, Emilio y VERDUGO, Mario. Derecho Constitucional. 2da edición. Santiago. 1997. 2 v.

49. NORAMBUENA Cárdenas, Paloma. Principios formativos en el nuevo procedimiento laboral. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Facultad de Derecho. 2009. 82 p.

50. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo. [En línea] <<http://aragon.ugt.org/slaboral/normativa/europea/alcoholhydrogas.pdf>> [consulta: 21 de junio de 2010]

51. OVIEDO, María Natalia. Control empresarial de los e-mails de los dependientes. Buenos Aires. Hammurabi. 2005. 292 p.

52. PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona. Ediciones José María Bosch. 1996. 446 p.

53. RAMÍREZ, Diana. A propósito de la justicia material: Reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. la justicia material. [En línea] Opinión Jurídica, julio- diciembre 2007. Vol. 6. Número 012 <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/945/94501209.pdf>> [consulta: 20 de junio de 2010]

54. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. 22ª Edición. Madrid. Real Academia Española. 2001. 2v.

55. Real decreto legislativo 2/95. ESPAÑA. Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. 7 de abril de 1995.

56. RUIZ de la Fuente, María Consuelo. La prueba ilícita civil. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Facultad de Derecho. 2005. 125 p.

57. THIBAUT, Javier. Control multimedia de la actividad laboral. Valencia. Tirant lo Blanch. 2006. 151 p.

58. UGARTE, José Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral. [en línea] <http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65179_recurso_1.pdf> [consulta: 20 de mayo de 2010]

59. VIAL, Víctor. Teoría general del acto jurídico. 5ta edición. Santiago. Editorial Jurídica. 2003. 407 p.

60. ZAPATA, María Francisca. La prueba ilícita. Santiago. Lexis Nexis. 2004. 147 p.

61. ZÚÑIGA Carrasco, Rodrigo. La prueba ilícita penal. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Facultad de Derecho. 2001. 220 p.