



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD
Y LA PRUEBA ILÍCITA EN EL FALLO DE LA
EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA ROL N°
35.159-2017**

Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARÍA INÉS ACUÑA CORNEJO

FRANCISCA DANIELA ROJAS CHAMORRO

PROFESOR GUÍA: CHRISTIAN MELIS VALENCIA

SANTIAGO, CHILE

2022

¡Ingratitud sería no agradecer! Por eso, en primer lugar, le doy gracias a Dios, a mi madre, Inés, por el apoyo incondicional, la motivación y el empuje; a mi padre, Samuel, por la vocación y el amor al derecho del trabajo; a mi hija, Magdalena, mi mayor empuje, mi mejor decisión, mi fuente de inspiración y coraje; a mi compañero en el camino, Claudio, por el amor y la compañía en este proceso de titulación; en fin, a toda mi familia, que son lo más importante de mi vida.

No puedo pasar por alto a Francisca, mi compañera y amiga, gracias por ser mi espalda en este proceso, el aguante y la perseverancia.

Gracias también a nuestro profesor, por la paciencia y la enseñanza.

A todos ustedes gracias, infinitas gracias.

María Inés Acuña.

A todas y todos quienes me acompañaron en este proceso. Infinitas gracias.

Francisca Rojas.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I	11
DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DEL TRABAJO	11
1.1. Derechos Específicos	19
a) Libertad Sindical	20
b) Negociación Colectiva	24
c) Derecho a huelga	26
1.2. Derechos Inespecíficos	28
1.3 Teoría horizontal de los derechos fundamentales en materia laboral	33
CAPÍTULO II	36
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE A LA POTESTAD DE MANDO Y DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR	36
2.1.1. Tutela laboral	39
2.2. Eficacia de lo derechos fundamentales en la relación laboral	42
2.3. Límites de los Derechos Fundamentales desde la perspectiva del trabajador y del empresario.	45
2.3.1. Límites al poder de dirección del empresario	47
2.3.2. Principio de Proporcionalidad	51
CAPITULO III	62
EL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y SU TRATAMIENTO EN CHILE	62
3.1. Normativa Nacional	64
a) Marco Internacional	64
b) Constitución Política de la República	65
c) Leyes Especiales	66
d) Código Penal	68
3.2. Principios Ordenamiento Jurídico Laboral y Derecho a la Privacidad en el Código del Trabajo.	70
a) Principios del Derecho Laboral.	70
b) Código del Trabajo.	73
3.3. Criterios jurisprudenciales sobre el Derecho a la Privacidad en materia laboral. Límites y Alcances.	74
3.4. Expectativa razonable o legítima de privacidad	80

CAPITULO IV	83
LA PRUEBA ILÍCITA Y SU REGULACIÓN EN CHILE	83
4.1. Derecho a la Prueba y Prueba Ilícita	83
a) La Prueba	83
b) Prueba Ilícita	85
4.2. Normativa Chilena	87
a) Código Procesal Penal.	88
b) Ley N° 19.968.	89
c) Código del Trabajo.	90
4.3. Prueba Ilícita en materia laboral	90
4.4. Análisis del artículo 453 N°4 del Código del Trabajo	92
4.5. Criterio amplio y restringido en la exclusión probatoria.	94
CAPITULO V	98
ANÁLISIS FALLO CORTE SUPREMA SOBRE LICITUD DE GRABACIÓN OCULTA	98
5.1. Análisis Jurisprudencia. ¿Cambio de paradigma?	109
5.2. Exclusión amplia de prueba en materia laboral y cambio de interpretación del artículo 453 N°4 CT.	119
CONCLUSIONES	124
BIBLIOGRAFÍA	128

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto exponer y aportar al debate respecto de una problemática que se ha instalado en nuestra cultura jurídica en relación a la regulación de la prueba ilícita en materia procesal laboral y a la interpretación del artículo 453 N°4 del Código del Trabajo referida a una regla inédita de exclusión de prueba obtenida con vulneración de garantías fundamentales.

De esta manera, en el Capítulo I nos referiremos a los Derechos Fundamentales en el ámbito del derecho del trabajo, la titularidad de aquellos, tanto en su versión de específicos como inespecíficos, para concluir con la Teoría Horizontal de Derechos Fundamentales, la cual postula extender el efecto de aquel tipo de derechos en las relaciones entre particulares dentro del marco de la relación laboral.

En este sentido, definiremos someramente lo que son los derechos fundamentales, refiriéndonos a los derechos específicos de la relación laboral y aquellos que la doctrina ha definido como derechos inespecíficos.

En este orden de ideas, debemos señalar que para el jurista italiano Ferrajoli, los derechos fundamentales son *“aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”*¹, es decir, comprende a todos los derechos de los cuales es titular un sujeto por el solo hecho de ser persona. Ahora bien, en el ámbito laboral hablamos de derechos fundamentales del trabajo y con ello nos referimos a aquellos derechos que posee el trabajador, y de los cuales goza en su calidad de persona. Cabe destacar que, aunque estos derechos no sean de naturaleza laboral, el trabajador los posee en su calidad de ciudadano y como tal los lleva consigo a la empresa, planteamiento que la doctrina laboralista ha acuñado bajo el concepto de *ciudadanía en la empresa*. De lo anterior fluye que el trabajador, no obstante estar sometido a las órdenes e instrucciones de su empleador, en virtud

¹ Ferrajoli, L. (1999), *Derechos y Garantías, la ley del más débil*, Trotta, Madrid, p. 37.

del vínculo de subordinación y dependencia, no deja por eso de ser titular de derechos fundamentales, los que actúan como barrera y límite frente al poder de mando del empleador.

Bajo esta perspectiva, tales derechos han sido clasificados por la doctrina con el fin de esclarecer si estamos frente a derechos fundamentales propios de la relación laboral o por el contrario si se trata de aquellos que emanan de la propia naturaleza y dignidad del ser humano y que como tales el trabajador ejerce dentro del marco de la relación laboral. En este sentido, hablamos de derechos fundamentales específicos entendidos como *“aquellos atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses, que han permitido al Derecho del Trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad”*² y de derechos fundamentales inespecíficos, aquellos que son *“atribuidos al trabajador en su calidad de ciudadano, y que han permitido al Derecho del Trabajo garantizar al interior de las empresas un trato digno y acorde con un miembro de una sociedad democrática”*³. Así, por un lado encontramos el derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y el derecho a huelga y por otro lado, el derecho a la intimidad y respeto a la vida privada, honor, inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, integridad física y psíquica, libertad de expresión, opinión e información y no discriminación, respectivamente.

En esta misma línea, es que debemos definir a los derechos inespecíficos como aquellos que son inherentes a todo ser humano, pero que, a su vez, en el marco de la constitucionalización han complementado a los específicos de la relación laboral, dado que en el desarrollo de doctrinario y jurídico se ha logrado establecer que en ningún caso, estos derechos dejan de pertenecer al trabajador en medio de la relación laboral que desarrolla con su empleador.

Nos abocaremos a desarrollar, como antecedente previo para referirnos a la colisión de derechos fundamentales dentro de la relación laboral y la licitud o no de la

² Ugarte Catado, J.L, (2009), *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*. Legal Publishing, Santiago, p. 3

³ Idem.

prueba que podría surgir de tal conflicto, la *Teoría Horizontal de los Derechos Fundamentales*, la que constituye un medio de corrección a la desigualdad histórica con que se desenvuelve la relación laboral entre trabajador y empleador. De este modo, tal teoría en su eficacia directa, nos impone el deber de ajustar nuestro actuar y conducta a la Constitución Política, y esto por imponerse el principio de vinculación directa, preceptuado en el artículo 6° inciso segundo que dispone: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

Asimismo, es menester referirnos a la forma en que la Teoría Horizontal de los Derechos Fundamentales ha venido a responder a la falta de regulación expresa de reconocimiento de los derechos fundamentales en la relaciones privadas, dado que en un principio se entendía que solo el Estado era quien debía velar, cumplir y garantizar los derechos fundamentales, entendiéndose éstos como derechos públicos subjetivos, lo que únicamente pueden ser oponibles al Estado, mas no a los particulares, cuestión que con el desarrollo jurídico se ha superado, dando lugar a un espacio en el cual los trabajadores, pese a estar enmarcados en una relación privada y entre particulares, también deber ver garantizados sus derechos fundamentales.

Por su parte, y coherente con el planteamiento inicial, en el Capítulo II expondremos respecto a la forma en que los derechos fundamentales actúan como límites a la potestad de mando y administración de los empleadores, como una manifestación de la línea divisoria que debe existir entre el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa versus el derecho de propiedad del empleador para organizarla y dirigirla. Al respecto debemos señalar que el vínculo que une al trabajador con el empleador es asimétrico desde lo jurídico y económico, y es precisamente aquella desigualdad la que genera, muchas veces, que el empleador, abusando de su facultad de mando y organización, transgreda los derechos del trabajador.

Bajo el escenario descrito y como medida de control respecto de la actividad que ejecuta el empleador, y en el supuesto que tal ejercicio importe conductas arbitrarias, se contempla en el ordenamiento público laboral, herramientas

procesales destinadas a restablecer el imperio del derecho, como lo es el Procedimiento de Tutela Laboral. Es importante tener presente que este procedimiento tuvo como punto de partida, la modificación sustantiva que sufrió nuestro Código del Trabajo, mediante la Ley 19.759, en que el legislador laboral reconoció como límite a los poderes empresariales el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, agregando el actual inciso primero del artículo 5° del citado Código, que mandata: “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene 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 éstos.”.

En el Capítulo III, realizaremos un análisis del derecho de privacidad, su extensión, legitimidad, protección y resguardo a la luz de la normativa existente. En este sentido, cabe preguntarse si tanto el trabajador como el empleador, en el marco del contrato de trabajo, tienen derecho a que sus documentos, grabaciones, imágenes, entre otros, de su ámbito privado, no sean conocidos por terceros, sin su previa anuencia; y para resolver esta interrogante es que cobra relevancia la doctrina asentada por la Excm. Corte Suprema, respecto de la expectativa razonable de privacidad dentro de la relación laboral, entendida como un límite que comparten las personas que participan en el espacio privado.

Asimismo, el debate pretende ser enriquecedor considerando las distintas configuraciones de la prueba ilícita en el ordenamiento jurídico chileno, tema que trataremos en el Capítulo IV de este trabajo, entendiendo que a diferencia de lo que ha ocurrido en materia procesal penal, en el ámbito laboral pareciera ser que existe un estándar mayor de exigencia, y con esto, de alguna manera se estaría requiriendo a los particulares un comportamiento más ideal y/o estricto que al propio Estado, lo que conlleva problemas desde la óptica del derecho a la prueba.

En efecto, el derecho a rendir prueba, como una de las características de la garantía del debido proceso consagrada en el N° 3 del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, contiene un límite intrínseco referido a la pertinencia de la misma y un límite extrínseco referido a su forma de obtención. La exclusión de la prueba

obtenida de forma ilícita o que vulnere derechos fundamentales constituye un límite incorporado en la reforma al procedimiento laboral mediante la Ley 20.087 y, en particular, con la disposición que se consagra en el N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo que dispone: “4) 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, fuese pertinente. (...). Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciados por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieran obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.” Es en razón de tal incorporación que la judicatura laboral ha debido resolver, caso a caso, la interpretación que se le ha dado a la noción de prueba ilícita, y esto como una carga impuesta a las partes del proceso sobre la base de ajustar su actuar al principio de *buena fe procesal*, lo que claramente denota una mayor exigencia en la producción de prueba respecto a la misma regulación que existe en materia penal, como se ha dicho.

Todo lo anterior, se encausa en razón del fallo ROL N° 35.159-2017, de fecha 12 de abril de 2018, pronunciado por nuestra Excelentísima Corte Suprema, el cual permite la admisibilidad de una grabación oculta en el contexto de una reunión de trabajo, como un medio de prueba lícito y por ende susceptible de ser valorado, argumentando que no existe en el caso una *expectativa razonable de privacidad* y por ende en el caso en cuestión no se configuraría ninguna vulneración de derechos fundamentales. Este fallo será expuesto y analizado en profundidad en el Capítulo V y particularmente nos detendremos en analizar los efectos que el mismo tiene dentro del proceso de la prueba laboral, atendido los alcances que tiene el Recurso de Unificación de Jurisprudencia que corresponde al marco dentro del cual se contiene la referida jurisprudencia y a la luz de la limitante que impone el artículo 3° del Código Civil, que estatuye el efecto relativo de las sentencias judiciales.

Abordaremos, en razón de lo anterior, el análisis que realiza este fallo en lo que dice relación a la exclusión de prueba en materia laboral sobre la base de la

razonable expectativa de privacidad, lo que generó que nuestro Excmo. Tribunal, propusiera una nueva interpretación de la regla contenida en el N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo.

CAPITULO I

DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Como una primera aproximación a este tema, debemos comenzar por precisar y comprender qué se entiende por *Derechos Fundamentales*. El concepto se ha asimilado a otros términos, tales como derechos humanos, libertades individuales, derechos subjetivos, derecho natural o iusnaturalismo, entre otros, entendiendo estos como sinónimos entre sí. Sin embargo, el término *Derechos Fundamentales* abarca una extensión mucho mayor, por cuanto “*puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades.*”⁴

Desde una perspectiva histórica, los Derechos Fundamentales surgen a partir de la redacción de la *Carta Magna* en 1215, y continúan de forma sostenida a partir del siglo XVII vinculados a los siguientes hitos históricos, a saber;

- (i) *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus* (1679), *Bill of Rights* (1689) (ingleses).
- (ii) *Declaración de Independencia* de los EE.UU (1776) y *Bill of Rights del Buen Pueblo de Virginia* (1776) (estadounidenses).
- (iii) *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) (franceses).

Ahora bien, los derechos reconocidos en los instrumentos señalados partieron de la premisa de que los mismos tenían como fin restringir el poder del gobernante. Se trataba de privilegios para ciertos estamentos de la sociedad, es decir, nobles y

⁴ Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales*. Madrid, Universidad Carlos II y Boletín Oficial del Estado, p 37.

eclesiásticos, y tenían por objeto proteger sus propios intereses dentro de su esfera privada o particular. Sin embargo, con el avance del tiempo y la caída del sistema feudal como estructura básica de desarrollo de la sociedad, tales derechos extendieron sus efectos a todos los ámbitos del individuo, esto es, públicos y privados.

Como consecuencia de lo anterior, los Derechos Fundamentales se erigieron como derechos o libertades del individuo merecedores de respeto por parte del Estado. Así las cosas, a mitad del siglo XIX será el propio Estado quien da reconocimiento a tales derechos y libertades, pero no bajo el supuesto de limitación de aquellos, sino que sobre el entendido de dar cabida a estos, pero siempre reservando importantes cuotas de poder. De este modo, por una parte, los derechos fundamentales se manifiestan como una defensa que tiene el individuo frente a las arbitrariedades, atropellos o excesos que el Estado pueda cometer en contra de las personas en el ejercicio de sus potestades públicas y, por otro lado, el Estado asume un deber de *“no injerencia (...) en la esfera de libertad personal del individuo mas no existe un deber positivo de recabar del Estado una actuación en orden a su protección”*⁵

Para los efectos de la presente tesis, nos quedaremos con el concepto aportado por Luigi Ferrajoli, quien entiende los derechos fundamentales como *“aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica...”*⁶, es decir, comprenden todos los derechos de los cuales es titular un sujeto por el solo hecho de ser persona. De esta definición, podemos colegir que el elemento esencial de la misma, está dado por el carácter subjetivo, en virtud del cual el titular del derecho tiene la facultad de exigir su respeto y observancia tanto del Estado como de los particulares, pudiendo acudir al órgano jurisdiccional competente

⁵ Melis Valencia. C, *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. Legal Publishing. p 9.

⁶ Ferrajoli. L (1999), *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Trotta, Madrid, p. 37.

para exigir que se restablezca el imperio del derecho y que se repare el mal y daño causado cuando exista inobservancia de aquellos.

Como consecuencia de la evolución histórica que experimentan los Derechos Fundamentales, estos han sido recogidos y reconocidos de manera no homogénea por las diversas sociedades democráticas, por cuanto su observancia y respeto están íntimamente vinculados a la idiosincrasia de cada pueblo. A partir de ello, y ante el acatamiento público y privado que debe observarse frente al respeto irrestricto de estos derechos, integrantes del núcleo fundamental de la Constitución Política, por ser parte inalienable de la dignidad de todo ser humano, surge como una consecuencia natural de su eficacia, asociada al progresivo *“desarrollo de las normas laborales durante el siglo XIX y la consolidación del derecho del trabajo a comienzos del siglo XX...7”*, la Constitucionalización del Derecho del Trabajo.

En tal sentido, entendemos por Constitucionalización *“un proceso al término del cual el Derecho es “impregnado”, “saturado” o “embebido” por la Constitución”*⁸, es decir, la presencia de la Constitución como un referente y marco regulador de todas las relaciones que se dan, tanto en el ámbito público como en el privado, generándose a su amparo un poderoso efecto de irradiación. Esto último ha sido explicado como *“el desbordamiento de un derecho constitucional que ahora inunda el conjunto del ordenamiento; ya no se trata sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado de chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional”*⁹.

De este modo, los preceptos de la Constitución son vinculantes en todos los ámbitos en que se desarrollan las actividades de las personas y por tanto producen sus efectos de forma directa, sin necesidad de ninguna clase de medio coercitivo

⁷ Gamonal, S.(2014), *Fundamentos del Derecho Laboral*. Thomson Reuters, p.51

⁸ Comanducci, P.”*Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico*”, citado en Ugarte, José Luis (2018) *“Derechos Fundamentales, Tutela y Trabajo”*, Thomson Reuters, p.17

⁹Ugarte Catado J.L. Ensayos Jurídicos. *Los Derechos Fundamentales del Trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral*. Universidad Alberto Hurtado N° 2-2006, Chile, p.2, citando a su vez a PRIETO SANCHÍS, L. “Constitucionalismo y garantismo”, *AAVV Garantismo, Estudios en homenaje a Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2005, p. 48.

para su cumplimiento, salvo para sus restablecimientos en caso de quebrantamientos a estos, como ya se expresó, cuestión que es conocida como la eficacia directa u horizontal, de lo cual nos haremos cargos en apartados siguientes.

A su turno, y en el caso particular de nuestro ordenamiento jurídico, los derechos fundamentales establecidos en nuestra Constitución Política y en los Pactos sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por el Estado de Chile, nacen como verdaderos límites infranqueables al ejercicio de otros derechos y por tanto estos deben ser respetados y garantizados en todo contexto, no pudiendo ser excluidos bajo ningún supuesto, mucho menos por ser parte en una relación laboral, vinculado a un contrato de trabajo, toda vez que constituyen la materialización del respeto y resguardo de la dignidad humana, cuestión inherente a toda persona por el solo hecho de ser tal.

En el ámbito laboral hablamos de derechos fundamentales en el derecho del trabajo, aludiendo a los derechos de los cuales es titular el trabajador y de los cuales goza por ser persona, es decir, con prescindencia a la naturaleza laboral de estos derechos y que aquel, detenta en su calidad de ciudadano y como tal forman parte de su propia esencia y naturaleza, llevándolos consigo en todo momento y también a todos los espacios. Dicha vinculación, la doctrina laboralista la ha acuñado bajo el concepto de *ciudadanía en la empresa*, queriendo con ello explicitar que el trabajador, no obstante, estar sometido a las órdenes e instrucciones de su empleador, en virtud del vínculo de subordinación y dependencia, manifestada en la potestad de dirección y mando que el segundo posee respecto del primero, el dependiente no pierde por esa sola circunstancia la titularidad de derechos fundamentales.

De esta forma, mediante la constitucionalización del derecho del trabajo sumado al concepto de eficacia directa u horizontal de los derechos fundamentales en el mismo ámbito, se ha logrado plasmar la idea consistente en que el trabajador es poseedor y titular de derechos distintos a los meramente laborales -o propiamente de naturaleza laboral (como lo es la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga)- es decir, derechos que el trabajador como ciudadano lleva a la empresa, los

cuales la doctrina ha catalogado bajo el concepto de derechos inespecíficos, ello producto de la *“la teorización jurídico-política que extiende los valores y los principios democráticos a todos los ámbitos de la sociedad y que defiende más en concreto, la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, también en el seno de la relación de trabajo, evitando así la existencia dividida de la personalidad humana, libre y en plenitud de sus derechos sólo en cuanto no estuviere sometida a trabajo dependiente”*.¹⁰

Tales derechos no se adquieren únicamente por tener la calidad de trabajador ni tampoco son exclusivos de las relaciones laborales, sino que están presentes en diversas otras relaciones jurídicas, siendo de naturaleza esencialmente dinámicos, por cuanto están en constante evolución, conforme a los cambios culturales, políticos, sociales, económicos, entre otros, que experimenta la sociedad y a la cual debe ajustarse el ordenamiento jurídico de una nación.

Esta concepción de la ciudadanía del trabajador en la empresa, no resulta ajena a nuestra doctrina y ordenamiento jurídico, encontrando una incipiente consagración normativa en la dictación de la Ley N°19.759. Posteriormente, la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo vino a reforzar este criterio, lo cual se vio aún más reforzado con las sucesivas modificaciones que experimentó nuestro Código del Trabajo, tanto en materia sustantiva como procedimental, pudiendo constatarse el reconocimiento expreso de los derechos tales como el derecho a la igualdad que se opone a toda forma de discriminación, el derecho a la honra, a la intimidad, la vida privada, la libertad de expresión, de religión, de ideología, el derecho a la dignidad de la persona del trabajador, derecho a la vida e integridad psíquica, etc.

Dicho reconocimiento, partió tras la reforma sufrida por el Código del Trabajo mediante la incorporación de la Ley 19.759, de fecha 05 de octubre de 2001, la cual no dejó de lado las modificaciones introducidas con anterioridad a dicho cuerpo

¹⁰ Aparicio, J. y Baylos, A. (1992) *Autoridad y democracia en la empresa*. Madrid. Editorial Trotta, p 11 (Colección estructuras y procesos. Serie 1° de mayo).

normativo. Esta reforma incorporó el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales, citando de modo ejemplar:

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código del Trabajo:

1. Sustitúyese los incisos segundo y tercero del artículo 2º, por los siguientes incisos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto, pasando el actual inciso cuarto a ser séptimo:

"Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Con todo, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas discriminación.

Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso tercero.

Lo dispuesto en los incisos segundo y tercero de este artículo y las obligaciones que de ellos emanan para los empleadores, se entenderán incorporadas en los contratos de trabajo que se celebren."

2. Incorpórase en el artículo 5º, el siguiente inciso primero, nuevo, pasando los actuales incisos primero y segundo a ser incisos segundo y tercero, respectivamente:

"Artículo 5º.- El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene 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 éstos."

3. Agrégase en el artículo 154, el siguiente inciso final:

"Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador."

4. Intercálase, a continuación del artículo 154, el siguiente artículo 154 bis, nuevo:

"Artículo 154 bis.- El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral."

Dicho cuerpo legal, constituyó el puntapié inicial, para una posterior y sucesiva incorporación de diversos cuerpos normativos a nuestro Código del Trabajo, con el objeto de ampliar el ámbito de vigencia y eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales.

De este modo, para nuestra legislación, los derechos fundamentales ya no son sólo una forma de poner límite al poder público, sino que también existe la posibilidad de hacerlos valer frente al particular o en las relaciones entre particulares, como es el caso de la relación laboral que se da entre el trabajador y su empleador, y esto producto de la acogida que en nuestra legislación ha tenido la teoría del efecto horizontal de los derechos fundamentales-

Por ello, es que el campo de los derechos fundamentales no se agota en su positivización, sino que además se nutre de la labor interpretativa que realizan los órganos administrativos como la Dirección del Trabajo, tanto en su fase de

hermenéutica legal como en su calidad de fiscalizador en el cumplimiento de la legislación laboral. Aquella labor se ha visto enaltecida por su actual rol de titular de la acción de tutela de derechos fundamentales en la relación laboral, que detenta a partir de la modificación introducida por la Ley 20.087, la cual sustituyó el antiguo proceso laboral por el actualmente existente. Tal modificación, también importó un cambio de visión importante por parte de los órganos judiciales en el ejercicio de su función jurisdiccional, ya que se les dotó de las herramientas necesarias para poder, en el ejercicio de su jurisdicción y en negocios de su competencia, velar por el irrestricto respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa e incluso extendiendo tal protección, mediante la interpretación extensiva de las normas procedimentales otorgando el resguardo de dichos derechos a aquellos trabajadores que por no estar regidos en sus relaciones laborales por el Código del Trabajo, carecen de este mecanismo de tutela judicial efectiva.

En consecuencia, la existencia, consagración y protección de los derechos fundamentales del trabajador, está revestida de un elemento esencial que no está presente en otras relaciones entre privados y es la existencia de la subordinación o poder que un particular (empleador) ejerce sobre otro (trabajador) en virtud de un acuerdo, como es el contrato de trabajo. Este instrumento que plasma aquel elemento esencial está reconocido por el ordenamiento de manera tal que la relación que se da entre trabajador y empleador se asimila a la relación existente entre una persona y el poder público, por lo cual se hace especialmente interesante el estudio de esta materia.

Como el trabajador lleva consigo los derechos que posee en su calidad de ciudadano a la empresa, eventualmente se podría ocasionar un conflicto de intereses y de derechos igualmente protegidos, debido a este componente particular que tiene la relación laboral que es el vínculo de subordinación y dependencia, por cuanto dicha potestad de mando del empleador y deber de obediencia por parte del trabajador se encuentran amparadas de igual manera, siendo evidente que diariamente está presente y latente en el desarrollo de la relación laboral el eventual conflicto que puede emanar del derecho de propiedad del empleador, manifestado en

su poder de dirigir y organizar su empresa y sus medios de producción y la irradiación que tal derecho refleja en la potestad de dirección que ejerce sobre sus trabajadores, versus los derechos fundamentales de que es titular el trabajador y, que por ser parte de la dignidad de toda persona, también deben ser objeto de respeto y protección en los mismos términos que el derecho de propiedad del empleador.

En definitiva la Ley 20.087 concedió a los derechos fundamentales, en el derecho del trabajo, una tutela judicial efectiva, esto es, la posibilidad al trabajador de recurrir al órgano jurisdiccional laboral para denunciar la vulneración de sus derechos fundamentales, de acuerdo al catálogo contenido en el artículo 485 del Código del Trabajo, pudiendo solicitar el restablecimiento de sus derechos, por parte de su empleador en la relación o con ocasión del despido, artículo 489 del citado Código, y para exigir el cese del acto vulneratorio y la reparación respectiva, incluyendo daño moral para el trabajador víctima de tal afrenta, reintegro de labores en su caso y medidas reparatorias que se pueden imponer al empleador ofensor.

1.1. Derechos Específicos

Como se expuso en la introducción de la presente investigación, para el Profesor José Luis Ugarte, en su obra ya citada, los *Derechos Fundamentales Específicos* son “*aquellos atribuidos al trabajador como miembro de una organización de representación de intereses, que han permitido al Derecho del Trabajo intentar democratizar la dirección económica y política de las empresas y de algún modo de la propia sociedad*”¹¹, y comprenden la Libertad Sindical, la Negociación Colectiva y el Derecho a Huelga.

A propósito y a modo de poder contextualizar este tema, es preciso señalar que la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) la cual tiene por objeto *promover derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el*

¹¹ Ugarte Catado, J.L., (2009), *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Legal Publishing, Santiago, p. 3.

trabajo, en el año 1998 dicta la Declaración relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo, la cual *compromete a los Estados Miembros a respetar y promover los principios y derechos comprendidos en cuatro categorías, hayan o no ratificado los convenios pertinentes*, estos son:

1. Libertad de asociación, libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva y el derecho a huelga.
2. Eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio.
3. Abolición efectiva del trabajo infantil
4. Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (igualdad de remuneración y no discriminación).

Es menester hacer presente que estos derechos consagrados en convenios internacionales, constituyen fuente obligatoria a nivel nacional, atendido lo dispuesto en el artículo 5° inciso segundo de la Constitución Política, el cual dispone que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

A continuación y a modo referencial, nos referiremos brevemente a los tres derechos fundamentales específicos del trabajador que señalamos anteriormente, estos son Libertad Sindical, Negociación Colectiva y el Derecho a Huelga.

a) Libertad Sindical

El derecho de libertad sindical hunde sus raíces en el derecho a la sindicación. El derecho de sindicación cuenta con consagración tanto a nivel constitucional, legal y en tratados internacionales ratificados por Chile, a saber algunos ejemplos de dicha regulación:

1. Artículo 19 n°19 de la Constitución Política:

“El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.

Las organizaciones sindicales gozarán de personalidad jurídica por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley. La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones...”

2. Artículo 23, n°4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948:

“Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

3. Artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966:

“1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses...”

4. Artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1966:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas...”

Habiendo hecho mención a la normativa que regula esta materia es preciso señalar que el derecho a sindicarse surge como consecuencia de la grave y evidente disparidad de posiciones existente entre el empresario y los trabajadores, ya que estos últimos, a título individual, carecían de relevancia en las relaciones laborales. En este sentido, los sindicatos nacen como una expresión concreta y específica del derecho de asociación, con el objeto de equilibrar las relaciones en la vida laboral, constituyendo una figura de protección de los trabajadores y defensa de sus intereses contra la injusticia social, la explotación del trabajador y las condiciones indignas de trabajo.

El derecho de sindicación cuenta con dos aspectos, uno orgánico y otro funcional. El aspecto orgánico dice relación con la facultad de los trabajadores de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales y socio-económicos, lo que constituye una expresión del derecho general de asociación y del derecho a conformar cuerpos intermedios de la sociedad que cuenten con la *adecuada autonomía*, tal como asegura el artículo 1° de la Carta Fundamental. Este aspecto se encuentra expresamente asegurado también en el artículo 2° del Convenio 87 de la OIT sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, el cual precisa: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.” Por otra parte, lo funcional que consiste en la facultad que tienen los trabajadores de decidir libremente si afiliarse o no a las organizaciones sindicales.

Cabe señalar que el contenido esencial de este derecho también otorga protección a los trabajadores afiliados a organizaciones sindicales en cuanto a no ser objeto de discriminación o conductas antisindicales que perjudiquen sus derechos laborales. En tal sentido, el artículo 1°, inciso 2°, letra b), del Convenio 98 de la OIT

sobre sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, determina la protección del trabajador contra todo acto que tenga por objeto “despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

Una vez entendido y contextualizado el derecho de sindicación, es menester retomar el tema principal este es la *libertad o autonomía sindical*, indicando que esta constituye una expresión concreta y fáctica de dicho derecho. En tal sentido, cabe recordar que el artículo 1°, inciso 3° de nuestra Carta Fundamental establece que “El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”. A su vez, el artículo 19 N° 19 del mismo cuerpo legal en su inciso final determina “La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones.”

Esas disposiciones, deben complementarse con el artículo 8 n°1 letra c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, el cual determina “El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”; y el artículo 3° del Convenio 87 de la OIT precisa que las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción, debiendo las autoridades públicas abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal; como asimismo, el artículo 4 de la misma Convención, el cual explicita que “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa”.

La libertad sindical comprende la autonomía *constituyente* consistente en dictar sus propios estatutos, la autonomía *interna* que dice relación con la posibilidad de elegir democráticamente a sus propios dirigentes y a los miembros de la

organización, la autonomía *de acción sindical*, la cual posibilita el desarrollo y ejercicio de los medios característicos de cada sindicato para obtener los fines perseguidos en su actividad como también, finalmente, la autonomía *federativa*, vale decir, la facultad de vincularse con otros sindicatos, en federaciones, confederaciones o centrales sindicales.

En virtud de lo expuesto es posible afirmar que la empresa actúa como sujeto pasivo frente a la autonomía sindical, pues ningún tercero, ya sea el empleador, sus representantes, el Estado y sus agentes, los sindicatos ya existentes ni los demás trabajadores de la empresa pueden perturbar o impedir el ejercicio del derecho de sindicación, y por consecuencia la autonomía sindical. Los terceros están obligados a respetar el ejercicio voluntario de tal derecho por parte de los trabajadores asociados y de no hacer nada que vaya en contra de tal derecho, pues de lo contrario, constituiría un ilícito laboral.

La pasividad de la empresa ante las organizaciones sindicales, como contrapartida a la plena autonomía de estas han sido consagradas en nuestra legislación, y a título meramente ejemplar cabe citar los siguientes artículos del Código del Trabajo. En primer lugar, los artículos 231 y siguientes, que confieren a los estatutos de la organización sindical el carácter de regulador y ente normativo de la afiliación, desafiliación, derechos, obligaciones de los socios, procedimientos electorales, mecanismos de control, y de cuenta anual, además de la afiliación o desafiliación a otras organizaciones sindicales, y en segundo lugar, el artículo 257 que establece la plena capacidad de las organizaciones sindicales de adquirir y conservar bienes y administrar su patrimonio.

b) Negociación Colectiva

El Convenio 154 de la OIT, sobre la negociación colectiva, en su artículo 2º dispone que, “A los efectos del presente Convenio, la expresión *negociación colectiva* comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de

trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o; b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o; c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.”

Si bien este convenio no está ratificado por Chile, resulta relevante mencionarlo toda vez que contempla una definición amplia de negociación colectiva, la cual deja entrever que los actores sociales gozan de gran libertad para tratar distintas temáticas mediante la negociación colectiva. Cuestión diferente a lo que ocurre en la legislación chilena, la cual, en el artículo 306 del Código del Trabajo, señala que las materias de negociación colectiva “son aquellas de interés común de las partes, que afectan las relaciones mutuas entre trabajadores y empleadores, especialmente, las que se refieran a remuneraciones u otros beneficios en especie o dinero y, en general, a las condiciones comunes de trabajo”.

En este sentido, la negociación colectiva constituye un medio en virtud del cual es posible alcanzar soluciones favorables y productivas respecto de asuntos conflictivos o problemáticos que surjan de la relación entre trabajadores y empleadores. A su vez, constituye un instrumento que permite generar un espacio de compromiso y confianza entre ambas partes de la relación laboral en virtud del cual es posible atender a las preocupaciones económicas y sociales, y los diversos intereses colectivos de las partes negociadoras. Dicha función es lograda mediante la promoción de una participación pacífica, integradora y democrática de las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores. Además, puede desempeñar un papel importante para mejorar los resultados de las empresas, gestionar el cambio y desarrollar relaciones laborales armoniosas.

La Constitución Política de la República en el artículo 19, N° 16, inciso 5º, dispone que “La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que

corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.”

Respecto de este derecho debemos dejar establecido que su regulación legal se encuentra reglamentado en el Libro IV del Código de Trabajo “De la Negociación Colectiva” el cual fue objeto de una reforma general introducido mediante la ley 20.940, de fecha 08 de septiembre de 2016, incorporó los nuevos títulos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y X, que se componen de los nuevos artículos 303 al 411 de este Código.

c) Derecho a huelga

Para Oscar Ermida la *huelga* es un instrumento de la libertad sindical y "*consiste en un instituto típico del derecho colectivo que procura efectivizar, precisamente, la autotutela laboral y la libertad sindical*" ¹²

El derecho a huelga nace como un derecho fundamental de los trabajadores y constituye un medio legítimo de defensa de sus intereses el cual ha sido reconocido explícita e implícitamente en tratados de derechos humanos vigentes en Chile, como los Convenios N° 87 y 98 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por su parte, mediante el dictamen Ord. N°4037/70 de 03.08.2016, la Dirección del Trabajo estableció que "la libertad sindical es un derecho fundamental de los trabajadores y, por ende, se erige como límite de las facultades empresariales, razón por la cual el intérprete ha de otorgar igual relevancia al derecho de huelga desde que éste forma parte ineludible de dicha libertad." Además, por medio de su dictamen Ord. N°5346/92 de 28.10.2016, se refiere a este derecho indicando que "es necesario tener presente que el derecho a huelga constituye un derecho fundamental y, como tal, debe ser reconocido y protegido en su esencia, sin perjuicio de que en

¹² Gamonal Contreras, S. (2013). El Derecho de Huelga en la Constitución Chilena. Revista de Derecho. Coquimbo. Citando a Ermida Uriarte, O. (1986) *Apuntes sobre la Huelga*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 9.

su ejercicio deba ser armonizado con la protección del ejercicio de los demás derechos fundamentales amparados por la Constitución", agregando que, "por tratarse de un derecho fundamental, las limitaciones o restricciones que afecten el ejercicio del derecho de huelga sólo proceden ante las situaciones calificadas por el legislador y, por ello, deben interpretarse restrictivamente".

A nivel legal, es preciso hacer referencia al artículo 345 del Código del Trabajo, el cual, establece que "La huelga es un derecho que debe ser ejercido colectivamente por los trabajadores. Se prohíbe el reemplazo de los trabajadores en huelga. La huelga no afectará la libertad de trabajo de los trabajadores no involucrados en ella, ni la ejecución de las funciones convenidas en sus contratos de trabajo".

Conforme a lo anterior la Dirección del Trabajo, en su dictamen Ord. N° 441/7 de fecha 25 de enero de 2017 con relación al precepto citado refiere que, "De la norma precedente se obtiene que el legislador reconoce la eventual tensión de derechos fundamentales -derecho a huelga y libertad de trabajo- que puede darse, particularmente, cuando la huelga no comprende a la totalidad de los trabajadores de la empresa, generándose el escenario donde un grupo de éstos se encuentra en huelga y, al mismo tiempo, otro grupo está prestando servicios en la empresa", para esto cabe hacer presente que el Ord. N°5346/92 de 28.10.2016 de la Dirección ha señalado que "el derecho a huelga, como cualquier derecho o libertad fundamental, no puede concebirse de manera absoluta, debiendo su aplicación ser armonizada con el ejercicio de los demás derechos constitucionales", lo que hace evidente la necesidad de conciliar ambos derechos cuando existe colisión entre ellos, "no pudiendo el ejercicio del derecho a huelga impedir la libertad de trabajo de los dependientes de la empresa que no participan del respectivo proceso, así como igualmente resulta vedado que, en virtud de la libertad de trabajo de estos trabajadores, se perturbe el derecho a huelga de quienes están negociando".

1.2. Derechos Inespecíficos

Los derechos inespecíficos laborales han sido materia de estudio a raíz de los derechos específicos laborales, lo que tal como se ha conceptualizado en el punto anterior corresponden a aquellos que son propios del trabajador en el marco específico de su relación laboral.

Se les categoriza como inespecíficos laborales porque no se encuentran especificados en los ordenamientos jurídicos laborales, pues son normas tan subjetivas e inherentes a la persona en sí misma, que la rigen y acompañan en todos los actos de su vida, sin necesidad de que para su efectividad se encuentren categorizadas en los ordenamientos jurídicos de cada rama en especial. En otras palabras, corresponden a *“los derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales que pueden ser ejercidos, sin embargo, por sujetos de las relaciones de trabajo - los trabajadores en particular . en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenidos”*.¹³

En este contexto, Manuel Carlos Palomeque los define indicando que *“son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos”*¹⁴. Así las cosas, en medio de esta docta definición de Palomeque es que podemos encuadrar los derechos inespecíficos como aquellos que le pertenecen a todo ciudadano, por su categoría de tal y que se mantienen y son exigibles en medio de la relación laboral.

Para llegar a esta definición es importante considerar que el trabajador antes de su condición de tal es un ser humano, titular de derechos humanos y civiles. Cabe hacer presente que en Europa comenzaron a manejarse las primeras ideas para

¹³ Palomeque, M.C. citado en Ugarte Cataldo, J.L, op. cit. nota 12, p. 24

¹⁴ Palomeque, M.C y Álvarez de la Rosa, M. (2001). *Derecho del Trabajo*. Madrid, España: Centro de Estudios Ramón Aceres, 9a edición, p.148.

enunciar los derechos del trabajador como persona humana, lo que posteriormente se extendió a América Latina.

Ahora bien, pese a que esta definición actualmente parece muy asentada en nuestra cultura jurídica es menester señalar que nace, teniendo como base aquel concepto que hemos mencionado anteriormente, este es, la Ciudadanía de la Empresa, el cual se enmarca en el proceso de constitucionalización de todas las áreas del derecho en las distintas culturas jurídicas y en el intento de democratizar el espacio de poder que representa la empresa. Esto, consecuentemente, ha traído consigo el respeto y protección de los derechos fundamentales en todo tipo de relaciones jurídicas, incluso en las que se relacionan dos particulares.

Con este concepto y visión de la ciudadanía de empresa notamos cómo se amplía la esfera de los derechos laborales, ya que el trabajador no solamente goza y ejerce aquellos derechos atributivos del trabajo, sino que también los que le son inherentes como persona y ciudadano. Esto ha dado surgimiento a nuevos derechos, a la reelaboración de otros y a la nueva delimitación de las facultades del empleador, específicamente en temas como la privacidad, el acoso moral, psicológico, sexual, la libertad personal, la discriminación, entre otros.

Es imposible entender que en medio de la relación laboral pudiese el trabajador abandonar sus derechos fundamentales que le son inherentes, pero que no son propios de la relación laboral, solo por el hecho de estar en el marco de la misma y dar cabida al ejercicio único y exclusivo del derecho de propiedad que se extiende en el poder de dirección del empleador. Aquello, en su momento abrió el espacio para que existieran reiteradas conductas tendientes a la vulneración de derechos fundamentales, situación que el ordenamiento no lograba proteger, pues se entendía que el trabajador solo se encontraba amparado por los derechos constitucionales específicos dentro de la relación laboral.

Así las cosas, en el marco de la Constitucionalización de las distintas áreas del derecho, entendiendo que la norma fundamental de los sistemas jurídicos no podía verse vulnerada en los espacios de relaciones jurídicas de carácter privado, es

que se desarrolla la doctrina de los derechos constitucionales laborales inespecíficos, de los cuales el trabajador siempre es titular, por el solo hecho de ser persona y que también le acompañan en en todos los espacios.

En este contexto es que se enmarca la Teoría Horizontal de los Derechos Fundamentales, a la que nos referiremos latamente en el punto siguiente, pero que *a priori* podemos decir, que viene a reconocer que los particulares también deben velar y asegurar el respeto a los derechos fundamentales en su totalidad, en este sentido, el empleador debe garantizar el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y, en ningún caso, puede obviar los derechos fundamentales que le son propios al trabajador en todo el desarrollo de su vida, pues como ya hemos señalado, se es primero persona y ciudadano, para luego, teniendo esto ya asentado, adquirir la calidad de trabajador, y como tal con garantía de que serán protegidos todos los derechos que la Constitución, como norma fundante de nuestro ordenamiento jurídico, otorgue.

Esta idea que hemos querido plasmar tras nuestra investigación es muy bien resumida por Oscar Ermida quien da por superada esta discusión acerca de la dicotomía entre derechos laborales específicos e inespecíficos y señala lo siguiente: *“Está claro que la titularidad y goce de tales derechos (universales, irrenunciables e indisponibles), mal podrían verse afectados por la celebración de un contrato de trabajo o por la incorporación a una unidad productiva jerarquizada, como la empresa. Como alguna vez bien dijo Romagnoli, al ingresar a la fábrica, el trabajador no deja colgados en la reja, junto a su gorra, los derechos humanos de que es titular, ni los guarda en el ropero del vestuario, junto a su abrigo, para retomarlos al final de la jornada. Por el contrario, él sigue siendo titular de los derechos esenciales a todas las personas, como el derecho a la dignidad, al honor, a la intimidad, a las libertades de pensamiento y de cultos, a la libre expresión del pensamiento, etc.), los que*

*vienen, por tanto, a engrosar significativamente el número de derechos humanos de que es titular el trabajador.”*¹⁵

La definición y desarrollo de la idea y noción de derechos inespecíficos laborales de Ermida, de una u otra forma, es lo que nuestro ordenamiento jurídico recoge a la hora de reconocer la *acción de tutela laboral* del artículo 485 del Código del Trabajo, la cual viene a hacer un reconocimiento expreso de la protección a todos los derechos fundamentales que le son inherentes a los trabajadores, en su calidad de persona y que no lo abandonan y por ende, le siguen acompañando en medio de la relación laboral.

Ahora bien, difícilmente podríamos hacer un listado taxativo de los que son los derechos inespecíficos, pero podríamos señalar entre ellos los que pasaremos a señalar, sin ser ésta una lista excluyente, más aún teniendo en consideración el avance que existe día a día en esta materia, pero la Dirección del Trabajo en el dictamen N° 2210/35 del 10 de Junio del 2009 sobre Derechos Fundamentales ha enumerado los que a continuación se indican:

- Derecho a la igualdad y no discriminación (19 N°s. 2 y 16 de la Constitución y además, incluido en el Código del Trabajo)
- Derecho a la inviolabilidad de la comunicaciones (artículo 19 N°5 de la Constitución)
- Derecho al honor y a la intimidad personal (artículo 19 N°4)
- Derecho a la propiedad privada
- Libertad de conciencia y de religión (artículo 19 N°6),
- Libertad de opinión -expresión- e información (artículo 19 N°12),
- Derecho de reunión (artículo 19 N°13),

¹⁵ Ermida Uriarte, O. “*Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo*” en Barrero Ghione, H. (2006) Investigación sobre la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo en Uruguay. Organización Internacional del Trabajo, Lima. p 14

- Libertad para el ejercicio de actividades económicas (artículo 19 N°21)
- Todos los derechos que se incluyan en el marco de la ratificación de tratados internacionales que el Estado de Chile ratifique.

El artículo 485 del Código del Trabajo establece que “El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1º, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4º, 5º, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6º, inciso primero, 12º, inciso primero, y 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador”, lo que constituye un reconocimiento expreso a la posibilidad de vulnerar y por ende, la obligación del aparato jurídico, de proteger todos los derechos fundamentales en el marco o con ocasión de la relación laboral.

Este reconocimiento que hace nuestro ordenamiento jurídico a los trabajadores en relación a poner un límite a la arbitrariedad laboral, nace sin lugar con la doctrina de la *ciudadanía de la empresa* y la *teoría horizontal de los derechos fundamentales*, la cual se refiere al reconocimiento que existe a la relación laboral, como una relación jerarquizada, que pese a ser entre privados, reconoce en una de las partes una posición de poder y por ende, el Estado ha debido intervenir regulando un procedimiento específico para tutelar los derechos fundamentales que en razón de la relación laboral puedan verse vulnerados.

Por último, queremos indicar que los derechos constitucionales laborales específicos existen absolutamente de la mano de los derechos inespecíficos, los cuales, según algunos, han sido conceptualizados y desarrollados con el fin de complementar a los primeros y poder superar la falsa dicotomía que podía existir a principios de siglo al creer, erróneamente a nuestro parecer, que solo el Estado

debía y podía vulnerar ese tipo de derechos, cuestión que a la luz de los hechos en materia laboral no puede descartarse, dado que como señala Mario Pasco se trata de una relación homologable dado que *“la eficacia horizontal de las normas fundamentales y de los derechos fundamentales asume especial importancia en el campo laboral, habida cuenta de que el empleador ejerce poderes que mutatis mutandis se asemejan a los que ejerce el Estado frente a los ciudadanos”*¹⁶

1.3 Teoría horizontal de los derechos fundamentales en materia laboral

El ordenamiento jurídico se ha hecho cargo de la asimetría existente en la relación laboral entre trabajador y empleador, y de la importancia de velar íntegramente por los derechos de los trabajadores, es por eso que, *“podemos afirmar que el derecho del trabajo tiene vocación horizontal en materia de derechos fundamentales. Aunque no haya sido de forma explícita, la defensa de los derechos laborales desde inicios del siglo XX conllevaba implícitamente cierta eficacia horizontal de estos derechos. Por ello, no sólo es pertinente hablar de constitucionalización del derecho laboral, sino que también es posible hablar de <<laboralización de los derechos constitucionales>>”*¹⁷.

Hace ya algunos años que se acepta ampliamente la aplicación horizontal de los derechos fundamentales en el ámbito laboral, y precisamente “a fines de los cincuenta la jurisprudencia alemana postuló la idea de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, bajo la denominación de teoría de la *“Drittwirkung der Grundrechte”* u *“Horizontalwirkung”*. En otros ordenamientos se habla del sentido polivalente de los derechos esenciales, de la Ciudadanía en la Empresa o de los derechos laborales inespecíficos”¹⁸, pero todos los conceptos apuntan a la misma idea. Es preciso indicar que “como se ve, estos derechos fundamentales darán soporte a la utilización de la expresión de ciudadanía en la empresa”, lo que da lugar

¹⁶ Pasco, M. (2012) *“Los derechos laborales inespecíficos”*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Vol 3. N° 5, p. 25.

¹⁷ Gamonal Contreras, S. *Fundamentos de Derecho Laboral*. Cuarta edición actualizada, LexisNexis, p. 73.

¹⁸ Gamonal Contreras, S. (2009) *Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales*. Revista Laboral Chilena. Santiago, p. 1.

a “la no mercantilización del trabajo, y de la ciudadanía fundada en la idea de reconocimiento del trabajador como un sujeto valioso, que está por fuera de la mercancía de la que es portador¹⁹”.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales otorga la “*posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de la relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos como, por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor*”²⁰, asunto que resulta ser una novedad del último tiempo considerando que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales contaban sólo con eficacia vertical, pues aplicaban únicamente a situaciones entre ciudadanos y el Estado, entendida como “*límites del Estado frente a las libertades del ciudadano*”²¹, no alcanzando los conflictos entre particulares.

El concepto de ciudadanía laboral o ciudadanía en la empresa implica una proyección de los derechos ciudadanos del trabajador en el interior de una empresa, actuando específicamente como límites al poder del empleador. Por ello, los derechos civiles del trabajador en cuanto persona y ciudadano no debieran quedar postergados por el hecho de ser parte de un contrato de trabajo, sin perjuicio de que sean adaptados, restringidos o modulados para dar cumplimiento al contrato²². Así las cosas, lo que debe entenderse es que el trabajador entra a su lugar de trabajo con todos los derechos constitucionales de los que es merecedor, por el solo hecho de ser persona, y es el Estado el que debe hacer posible su ejercicio y además, velar por el cumplimiento cabal de ello.

Es así, como en virtud de la Ley 19.759 y 20.087 el trabajador, en su calidad de ciudadano dentro de la empresa, tiene la posibilidad de hacer efectivos sus

¹⁹ Ugarte Cataldo, J. L. *Derechos fundamentales, tutela y trabajo*, p.17

²⁰ Peña, C. (1996) *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, U. Diego Portales, Santiago, p. 668.

²¹ Gamonal Contreras, S. (2009) *Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales*. Revista Laboral Chilena. Santiago, p. 1.

²² Gamonal Contreras, S. (2009) *Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales*. Revista Laboral Chilena. Santiago, p. 1.

derechos constitucionales y recurrir solicitando se restablezca el imperio de dichos derechos en el caso que estos se vean afectados o vulnerados por una transgresión del empleador.

Ahora bien, la justificación de la horizontalidad de los derechos fundamentales tiene dos aspectos, por un lado, el carácter de las normas constitucionales, y es que al ser la máxima jerarquía del ordenamiento jurídico, se imponen ante cualquier situación o tipo de relación, debiendo ser respetadas incluso en relaciones entre particulares. El segundo aspecto está dado por la idea de que el poder ya no solo es ejercido por el Estado sino que existen un sin fin de relaciones que vinculan a las personas y en este sentido es esperable y razonable que exista un efectivo resguardo de los derechos de las personas relacionándose en un espacio de poder privado, como es la relación laboral entre empleador y trabajador, y más aún considerando la asimetría existente entre ambas partes.

Es por lo anterior, y el desequilibrio existente en la relación entre empleador y trabajador que la Profesora Pamela Prado en su tesis *“Reparación del daño moral ocasionado por el empleador al trabajador, durante la vigencia del contrato de trabajo”* se refiere a la *eficacia diagonal*. *“Para el derecho del trabajo la aplicación directa de los derechos fundamentales resulta de toda lógica dado los intensos poderes que tiene el empleador sobre el trabajador. Se trata no sólo de poderes económicos sino también jurídicos, que nos permiten sostener que más que una eficacia horizontal entre iguales, es más bien una eficacia diagonal de los derechos fundamentales entre empleador y trabajador”*²³.

Es en esta línea que también debemos comprender dicha teoría, como una teoría que pretende democratizar un espacio que sin lugar a dudas, es un espacio de poder, al igual que la relación que el Estado tiene para con sus ciudadanos, por lo que se hizo necesario para las distintas culturas jurídicas, darle un lugar primordial a las normas constitucionales en todas las áreas del derecho, en especial, en esta donde la asimetría en cuanto a poder material y económico se hace patente.

²³ Gamonal Contreras, S.(2009), *Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los Derechos Fundamentales*. Revista Laboral Chilena. Santiago, p. 4.

CAPÍTULO II

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LÍMITE A LA POTESTAD DE MANDO Y DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR

En este capítulo se pretende analizar cómo los derechos fundamentales actúan como límite al ejercicio de la potestad de mando y dirección que detenta el empleador o, más bien, el empresario, como titular de derechos fundamentales, tales como el derecho a la libertad de empresa y en su extensión más primitiva, el derecho a la propiedad.

Los derechos fundamentales que ostenta el empresario/empleador y, que, se manifiestan en la potestad de mando y de dirección que le son atribuibles, han sido limitados en el derecho laboral internacional, toda vez que se ha avanzado en el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales de los trabajadores, pese a estar en una relación entre privados.

En el presente trabajo ya hemos expuesto someramente la teoría horizontal de los derechos fundamentales, la cual será el puntapié inicial de los límites al empleador, en el haz de facultades que se le reconocía, dado los derechos de los que era titular. Así las cosas, es mediante dicho reconocimiento que nuestro sistema jurídico introdujo las protecciones y garantías de los derechos fundamentales a los trabajadores, incluso dentro de las empresas. Es por ello que resulta necesario el estudio de la normativa constitucional, procesal y laboral, en cuanto a procesos y garantías reconocidas como derechos irrenunciables de todo ciudadano, o como expusimos al inicio de este trabajo, derechos inespecíficos del trabajador.

A lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia le han llamado ciudadanía de la empresa y, ésta es la manifestación más importante de la constitucionalización del derecho, en específico del derecho laboral, por el cambio de paradigma que se consagra, el efecto de irradiación de la Constitución en todas las esferas jurídicas, lo que según Prieto Sanchís es el “*desbordamiento de un derecho constitucional que*

*ahora inunda el conjunto del ordenamiento; ya no se trata sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado del chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional”*²⁴.

Bajo esta idea será que analizaremos el reconocimiento y desarrollo de esta teoría, la cual en su configuración limita al empleador en sus derechos en pos de los derechos de los trabajadores.

2.1. Reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores como manifestación de la teoría horizontal de los Derechos Fundamentales.

De conformidad a lo expuesto en capítulos anteriores, una premisa esencial en el análisis de esta materia es atender al principio de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, concepto que, como señalamos, según Peña es *“la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como, por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor”*²⁵, concepto esencial y que nos remite al debido respeto y reconocimiento de los derechos y garantías constitucionales de las personas entre sí y recíprocamente (y no solo respecto del Estado).

En efecto, previo al desarrollo de este reconocimiento, se entendía a la empresa como un espacio impuesto, reglado y delimitado únicamente por el empleador, cuestión que se configuraba en torno al derecho de propiedad y de libertad, dado que se entendía que eran sus medios económicos y materiales los que mediaban esta relación laboral, bajo dependencia y subordinación, y que hacían que las empresas o fábricas del siglo XX se rigieran bajo un contrato privado, el contrato de trabajo, el cual regulaba la relación con sus dependientes, los que quedaban

²⁴ Prieto Sanchís L. (2005) *Constitucionalismo y garantismo*. AAVV Garantismo. Estudios en homenaje a Ferrajoli, Trotta, España, p. 48.

²⁵ Peña González C. (1996) *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, U. Diego Portales, Santiago, p. 668.

sometidos a las normas internas de cada una de estas esferas de poder. Es así que esta nueva conceptualización se constituye en un necesario avance en la forma de entender los derechos fundamentales, los que serán oponibles también a los privados, teniendo especial consideración con los derechos fundamentales de los trabajadores.

Ahora bien, para ahondar en relación a la idea de la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados y, específicamente, en las relaciones laborales, entendidas éstas como, aquellas en que el empleador ve extendido su derecho de propiedad, ha tenido una relevancia preponderante la *Teoría de Drittwirkung*, dado que ha establecido límites a los poderes empresariales.

La *Teoría de Drittwirkung* rompe el paradigma sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, dado que hasta su surgimiento en Alemania, y así, en casi todo el sistema jurídico occidental, se creía que los derechos fundamentales eran un coto relevante y limitante, única y exclusivamente al Estado, como ente público y poderoso capaz de transgredir los derechos que las Constituciones Modernas otorgaban a sus ciudadanos.

Así las cosas, esta teoría plantea un cambio de paradigma en que se garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales, en todas las esferas, públicas y/o sociales de los ciudadanos. Esto ha sido reconocido por Cristóbal Molina quien ha señalado que “*el derecho privado, en cuanto forma parte de este todo unitario que es el ordenamiento jurídico, ya no puede entenderse inmune, en ninguna de sus ramas ni de sus instituciones (...) a la acción conformadora de los principios y derechos constitucionales, especialmente de los derechos fundamentales*”²⁶, lo que deja en evidencia cómo el efecto de irradiación de la Constitución ya no solo se hará valer frente al Estado, como ente que posee el monopolio de la fuerza, sino que ante todo organismo, inclusive privado, en que claramente también es posible encontrar espacios de vulneración a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

²⁶ Molina Navarrete C. (1991) *Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales. (El paradigma de la “Drittwirkung” laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)*, RTSS, p 66.

La idea anterior, es completamente pertinente y necesaria dada la relación de dependencia y subordinación que rige la relación laboral, donde difícilmente podríamos establecer una relación igualitaria en la que prime la voluntad de las partes, como alguna parte de la doctrina quiso hacer pensar hace varias décadas atrás, sino que más bien podemos recoger las ideas de los laboristas europeos, como Supiot quien ha manifestado que *“en los contratos civiles la voluntad se compromete: en el contrato de trabajo se somete. El compromiso manifiesta la libertad, la sumisión la niega”*²⁷, idea que sin duda manifiesta nuestra opinión y además, establece lo que será la lógica adoptada por la tradición occidental respecto al Derecho del Trabajo, en el cual se reconoce que no se protege la autonomía de la voluntad, propia del derecho civil, sino más bien, se busca proteger y evitar vulneraciones de derechos fundamentales en una relación de mando-obediencia de similares características a la relación del Estado- Ciudadano.

Evidentemente, este reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, plasmado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel constitucional, como legal, ha generado la necesidad de crear y adoptar mecanismos y procedimientos que permitan resolver las controversias jurídicas que pudieran generarse, lo cual implica determinar los límites que supondrá el ejercicio del poder empresarial.

2.1.1. Tutela laboral

Resulta indispensable referirnos a la acción de tutela laboral, como mecanismo de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de los trabajadores atendido que este viene a saldar la deuda que nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el procedimiento laboral, tenía con los trabajadores. Según el profesor Ugarte el *“único conflicto o litigio jurídico laboral digno de amparo judicial es el que involucra el ejercicio de derechos evaluables en términos económicos”*²⁸, lo

²⁷ Supiot A. (1996) *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTAS, Madrid. p. 145.

²⁸ Ugarte, J.L.(2006) *Los Derechos fundamentales del trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral*. p 9.

cual estaba completamente al debe con el concepto moderno de las relaciones jurídicas entre el empleador y el trabajador.

El procedimiento de tutela con el que cuenta actualmente el trabajador resulta ser una novedad del último tiempo, considerando que antes del 2006 la única vía para hacer valer el respeto a dichos derechos era el recurso de protección, es decir una acción constitucional, el cual a pesar de ser un mecanismo válido hasta el día de hoy no es lo suficientemente eficaz. Tal como señala Ugarte *“la denominada acción de protección, se había mostrado absolutamente inútil para la tutela de dichos derechos en la relación laboral”*²⁹, por lo que resultó completamente indispensable el desarrollo de una acción única e independiente que se tramitará en base a los principios que rigen el derecho laboral.

El procedimiento de tutela permitió una tramitación más expedita, pudiendo hacer valer el principio de bilateralidad de la audiencia, principio de primacía de la realidad, principio pro operario, tan propios y característicos del derecho laboral y, además, existiendo la posibilidad de ofrecer y rendir prueba en base a indicios, conocida como prueba indiciaria y, finalmente, dando la opción de discutir respecto a la vulneración propiamente tal, generando así la posibilidad del trabajador de hacer valer sus pretensiones a través de una judicatura especializada, cuestión que no se lograba al ejercer el recurso de protección.

Esta figura de protección especial, el procedimiento de tutela, se encuentra establecido en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo. Este procedimiento en palabras del profesor Sergio Gamonal *“está referido íntegramente a la defensa de los derechos fundamentales del trabajador, a saber, 1. Los expresamente enumerados en el art. 485 inciso primero del Código del Trabajo; 2. El derecho a la no discriminación, en el inciso segundo de dicha norma; 3. El derecho a la igualdad ante la justicia, en el inciso tercero del mismo precepto; y 4. La libertad sindical, arts. 292 y 389 del Código.”*

²⁹ Ugarte, J.L (2001) *Derechos fundamentales del trabajador: el largo camino hacia los tribunales*. Anuario de la Sociedad Chilena del Trabajo.

Como indica el profesor Gamonal, los derechos fundamentales objeto del procedimiento de tutela son, en primer lugar, el artículo 19 de la CPR, número 1º inciso primero: el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, número 4º: el derecho a la privacidad y honra, número 5º: en lo relativo al derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, número 6º, inciso primero: derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de creencias y el libre ejercicio de todos los cultos, número 12º, inciso primero: derecho a la libertad de expresión, opinión e información sin censura previa; y número 16º, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a libertad de contratación laboral.

Por otro lado, también el artículo 2º del Código del Trabajo relativo a actos discriminatorios durante la relación laboral y con motivo de la terminación del contrato de trabajo.

Finalmente, el inciso tercero, artículo 485 del Código del Trabajo: represalias ejercidas en contra de trabajadores, en razón o como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo o por el ejercicio de acciones judiciales, conocido como garantía de indemnidad, lo anterior en pos del cumplimiento y garantía del derecho fundamental constitucional de “tutela judicial efectiva”.

Los límites mencionados invitan al empleador a reconocer y respetar su campo de actuación, pues de no ser así el ordenamiento otorga la posibilidad al trabajador de accionar frente a la transgresión de dichos límites.

Por otro lado, no menos importante, antes de finalizar este punto debemos hacer mención honrosa a la labor de la Dirección del Trabajo, la que incluso antes de la reforma del 2001 comenzó a sembrar los cimientos de lo que sería el reconocimiento expreso a los límites empresariales mediante lo que el profesor Christian Melis ha llamado “criterios interpretativos contruídos sobre una base casuística”³⁰, lo que en la práctica se tradujo en respuestas al caso a caso y día a día

³⁰ Melis Valencia, C.(2009) *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. p 66.

de situaciones laborales cotidianas, tales como la implementación de reglamentos internos y demases, donde evidentemente estarán en juego los derechos fundamentales tanto del empleador, como de sus trabajadores, por lo que para la Dirección del Trabajo resultó indispensable el desarrollo de una doctrina que diera respuesta a estas situaciones.

Así las cosas, se fue desarrollando someramente el principio de proporcionalidad, por ejemplo en lo relativo a las medidas de control y/o supervisión propias del empleador, ya que esto siempre debe ir de la mano con objetivos claros y dichas medidas deben incorporarse a los reglamentos internos.

Un ejemplo claro de lo anterior se ve reflejado en el Ordinario N°252/15 del 22 de Mayo del 2000 donde una empresa de seguridad es limitada en sus facultades de control estableciendo que éstas no deben ser prepoliciales, ni vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores determinando que por ejemplo, la *“medida de revisión corporal y de sus efectos personales, por cuanto dicha exigencia reviste un carácter investigador y pre-policial que vulnera la garantía constitucional del respeto a la honra y dignidad del trabajador”*³¹

Ahora bien, hoy por hoy, tras el reconocimiento legal de los derechos fundamentales de los trabajadores, la discusión doctrinaria en la interpretación de dichas situaciones ha avanzado y es base para la protección y garantía de los derechos de los trabajadores.

2.2. Eficacia de lo derechos fundamentales en la relación laboral

La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares abrió paso al reconocimiento expreso de éstos en la relación laboral, es decir, reconoce al *“trabajador como titular de derechos que emanan de su propia esencia como ser humano y que, en tal carácter, se proyectan naturalmente en el ejercicio de*

³¹ Ordinario N°252/15 de la Dirección del Trabajo de fecha 22.05.2000.

*su actividad laboral y, en concreto, en la empresa, como ámbito específico en el que éste presta sus servicios*³²

Lo anterior, va íntimamente ligado con el desarrollo y aceptación de la Teoría de Drittwirkung en Chile, que tal como se ha expuesto a lo largo de esta presentación es la aceptación de los efectos antes terceros y/o particulares de los derechos fundamentales, dejando de lado el viejo paradigma de la vulneración de derechos fundamentales sólo por parte del poder estatal.

Este criterio ha generado efectos entre particulares, pues cambió totalmente el paradigma en el cual se entendía que los trabajadores y empleadores estaban regidos por las normas del derecho privado, que, sin lugar a dudas, desconocía la asimetría en que se desarrollan estas relaciones, en las cuales ha primado el poder fáctico y económico del empleador. Es por lo anterior, que el avance legal y jurisprudencial comenzó a aceptar dicho efecto entre particulares, específicamente en el derecho laboral y se comenzó a *“tomar en serio este tipo de derechos de los trabajadores, comenzando poco a poco a desmontarse lo que podríamos denominar como modelo cerrado de la empresa”*³³ lo que se entendía como un espacio privado en el cual no debía interceder el Estado en pos de los trabajadores, para así dar paso a lo también se ha conocido como constitucionalización de las relaciones laborales, entendiendo esta esfera como un espacio jurídico público, el cual estaría expuesto a la fiscalización de los poderes del Estado en por de hacer cumplir la Carta Magna.

Es así que lo que se genera en la práctica en la relación laboral es una irradiación de los derechos que se le reconocen a todo ser humano por tener categoría de tal, es decir, se reconocen los derecho de persona y ciudadano al trabajador en su ambiente laboral.

³² Caamaño, E. (2006) Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol 27, N° 1., p.20. Disponible en línea en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/611/576>

³³ Ugarte, J.L (2006) *“Los Derechos fundamentales del trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral”*, p 9.

Sin embargo, ha de tenerse presente la forma en que actúan estos derechos en el marco de una relación de subordinación y dependencia, como lo es la relación entre empleador y trabajador, pues si bien en nuestro ordenamiento jurídico, éstos ya han sido reconocidos cabalmente, inclusive aquellos que no son propios de la relación laboral, como el derecho a la sindicalización y el derecho a huelga, parte de la doctrina ha establecido que se deben implementar según mandatos de optimización y/o principios a lo cual nos referiremos más adelante.

Así las cosas, más allá de cómo operarán en la práctica estos derechos y principios que son propios de toda relación jurídica, por ser de aquellos conocidos como fundamentales, es decir, inherentes a toda persona por su calidad de tal, lo que cobró vida y relevancia en el derecho laboral, una vez que se implementan las reformas procesales ya señaladas a lo largo de este trabajo y, en particular, cuando se consagra la acción de tutela laboral, es la manifestación potente de la eficacia de los derechos fundamentales entre privados, en particular entre empleador y trabajador.

La acción de tutela laboral y el reconocimiento de los derechos fundamentales en dicho ámbito jurídico han dado por superada la dicotomía del siglo XX, en el cual el trabajador era un sujeto regido por las normas civiles privadas, regido por el contrato de trabajo, como si éste fuese una compraventa de servicios y por fin se da *“paso a un espacio jurídico público, expuesto al efecto expansivo de los derechos fundamentales”*³⁴.

La eficacia de los derechos fundamentales en la relaciones privadas cobra especial relevancia en las relaciones laborales pues, es en *“la empresa como el espacio en el que se desenvuelven las relaciones jurídicas entre los trabajadores y el empleador, con un elemento propio y esencial que no se da en otro tipo de relaciones jurídicas entre particulares y que coloca a la persona del trabajador bajo*

³⁴ Ugarte, J.L (2006) *Los Derechos fundamentales del trabajador: El Nuevo Procedimiento de Tutela Laboral*. p 9.

*los poderes empresariales.*³⁵ lo que sin lugar a dudas, genera un margen de arbitrariedades y/o espacios de posible vulneración de derechos fundamentales inespecíficos, de los que en ningún momento se desprende el trabajador por tener la categoría de tal, tal como lo hemos planteado a lo largo de esta presentación.

Finalmente, ha de tenerse en consideración que gracias a la implementación y desarrollo de los conceptos de ciudadanía de la empresa, la Teoría de Drittwirkung, el trabajo no menor de la jurisprudencia administrativa llevada adelante por la Dirección del Trabajo han materializado la eficacia de los derechos fundamentales de los trabajadores en el marco de su relación laboral, dado que como señala el profesor Caamaño Rojo *“el sometimiento remunerado a la autoridad de un empleador para ganarse la vida no impide, limita ni atenúa los derechos fundamentales del trabajador”*³⁶ por lo que se hace patente y cobra vida la eficacia de los derechos fundamentales en la relaciones laborales en nuestro ordenamiento jurídico.

En conclusión, gracias al desarrollo e implementación de la eficacia de los derechos fundamentales en la relación laboral es que *“el trabajador es mirado no tanto en cuanto productor sino más como un ciudadano, como persona.”*³⁷

2.3. Límites de los Derechos Fundamentales desde la perspectiva del trabajador y del empresario.

Es menester referirnos a los límites y cotos que ha de tener el ejercicio de los derechos fundamentales, tanto del trabajador, como del empleador, entendiéndose ambos como sujetos de derechos.

Lo anterior se explica pues, el empleador detenta el poder de dirección que va íntimamente ligado con el derecho de propiedad, el derecho de libertad de trabajo y

³⁵ Caamaño, E. (2006) Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol 27, N° 1 p.26. Disponible en línea en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/611/576>

³⁶Caamaño, E. (2006) Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol 27, N° 1 p.21. Disponible en línea en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/611/576>

³⁷ Melis Valencia, C.(2009) *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales.*, p 40.

el derecho de iniciar una actividad económica, consagrados en el artículo 19 n° 24, 16 y 21, respectivamente. El derecho de propiedad debido a la propiedad que tiene el empleador sobre los recursos económicos, materia prima, faenas, etc, que son propios del empresario y por otro lado, el de libertad de trabajo que, se manifiesta en la libertad de contratación. Además, no siendo menos importante está el derecho a iniciar una actividad económica el cual se encuentra ligado o más bien, es una extensión del derecho de propiedad ya consagrado en el numeral 24 del artículo 19 de nuestra Constitución Política.

Ahora bien, ambas cuestiones sólo han de entenderse en el marco particular del contrato de trabajo el cual ha sido definido por el artículo 7 del Código del Trabajo como una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada.

Será entonces, la naturaleza jurídica del contrato de trabajo lo que finalmente determina y otorga el poder de dirección al empleador, entendiéndose éste como el *“derecho a dirigir el trabajo, esto es a dar órdenes acerca del trabajo contratado sobre el modo, tiempo y lugar de la prestación”*³⁸.

Así las cosas, lo que reconoce el trabajador es que prestará servicios en función del contrato de trabajo y que este mismo instrumento que reconoce el derecho del empleador de dar órdenes bajo el alero de lo que conocemos en derecho laboral como dependencia y subordinación. Las características distintivas de la relación de trabajo ya mencionadas, hacen que el derecho deba responder ante posible colisiones, poniendo límites y cotos al ejercicio de los derechos fundamentales de ambas partes, tarea que, casuísticamente es bastante compleja intelectualmente hablando, dado que cada caso merecerá un análisis particular y deberá ser el intérprete quien valore dichos derechos y/o principios.

³⁸ Mangarelli, C. (2013) *Derechos del Empleador a la Organización y Dirección de la Empresa, y Límites*. Revista Chilena del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Volumen 4, N°8, p 14.

Por otro lado, es preciso señalar someramente que, el trabajador en ningún caso pierden sus derechos fundamentales, tal como lo hemos señalado a lo largo de este trabajo, dado que luego del reconocimiento y desarrollo de la Teoría de la Horizontalidad de los Derechos Fundamentales, éstos serán exigibles ante terceros, mas no solo al Estado como se establecía en la doctrina de la primera mitad del Siglo XX.

En conclusión y, teniendo presente que ambas partes de la relación de trabajo son titulares de derechos fundamentales es que analizaremos los límites al poder de dirección del empleador en pos de resguardar los derechos fundamentales de los trabajadores que, muchas veces por estar en dicha posición de jerarquía se han visto en situaciones de vulneración de derechos.

Ante dichas situaciones en las cuales existan conflictos y/o colisiones de derechos es que el derecho ha dado respuesta mediante lo que se ha conocido como el principio de proporcionalidad, desarrollado principalmente en nuestro ordenamiento jurídico por la Dirección del Trabajo y, por los tribunales de justicia.

Así las cosas, se analizarán los límites al empleador y el principio de proporcionalidad en los siguientes apartados.

2.3.1. Límites al poder de dirección del empresario

Conforme a lo expuesto precedentemente, el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico – y muy particularmente del derecho del trabajo - unido a la proyección de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el ámbito del trabajo, han permitido el desarrollo, valor e importancia que actualmente tienen éstos.

En efecto, la concurrencia de los derechos de rango constitucional en el ámbito del trabajo genera que los derechos fundamentales se eleven como un límite al ejercicio de los poderes del empresario, lo que eventualmente, será la fuente de conflictos o controversias vinculadas con tal *colisión de derechos*.

La colisión o conflicto de derechos fundamentales se presenta como una problemática recurrente en el ámbito del derecho laboral, asociada a la irrupción de los derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito de la relación jurídica laboral, tomando especial relevancia el principio de proporcionalidad, el cual abordaremos más adelante.

Antes del referido proceso de constitucionalización del sistema jurídico nacional, la empresa se autoregulaba, dado que era más bien una extensión del referido derecho de propiedad, por lo que dentro de ella daba órdenes y directrices el dueño de la empresa, lo que es propio de la relación de jerarquía existente entre empleador y trabajador.

La empresa antes del reconocimiento de la Teoría Horizontal de los Derechos Fundamentales se autoregulaba de modo que, parte de la doctrina lo definió como un “*paradigma de poder privado*”³⁹.

Debemos entender este paradigma de poder privado como un espacio en el que se manifiesta la voluntad del empleador, siendo éste el dueño y señor de los medios de producción, de la materia prima, del negocio y que, finalmente, asume los costos y riesgos de la actividad económica, algo tan distintivo de la relación laboral, dado que se presume que el riesgo de la actividad económica lo percibe el empleador y es el trabajador que trabaja con los medios del empleador sin asumir dichos costos y/o riesgos.

Ahora bien, lo que hemos catalogado como parte del derecho de propiedad y la extensión del mismo, como característica de los derechos del empleador en la relación laboral es el *poder de dirección* lo que la Dirección del Trabajo ha definido como “*el conjunto de poderes, facultades y potestades que el ordenamiento jurídico laboral reconoce al empleador con el objeto de: a) organizar, dirigir y fiscalizar la actividad laboral de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad de mando recibe el nombre de Poder de Dirección; b) Mantener la disciplina y el orden dentro de la empresa, establecimiento o faena, en cuyo caso la potestad es poder*

³⁹Jean-Paul de Guademar (1991), *El orden y la producción*, Trotta, Madrid, pp 65 y ss.

*disciplinario y; c) Adecuar la naturaleza de los servicios a los requerimientos de la empresa, establecimiento o faena, ya sea en cuanto a la naturaleza de los servicios, al lugar, o a la duración y distribución de la jornada de trabajo, en este caso la potestad de mando se manifiesta como ius variandi*⁴⁰.

Es de dicho poder que han nacido diversos conflictos y/o colisión de derechos, dado que tal como señala el profesor Melis *“en este contexto, la empresa- como poder privado-constituye un escenario poco amistoso para el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador”*⁴¹, cuestión que en los tiempos que corren se ha acentuado debido a los avances tecnológicos, dado que éstos propician escenarios en los cuales pueden verse gravemente mermados los derechos fundamentales de los trabajadores, los que muchas veces, debido a la desconfianza con el sistema judicial y/o institucional acentúa la situación de desventaja que se encuentra en la relación laboral.

Es por todo lo anteriormente mencionado que, nuestro ordenamiento jurídico se ha visto en la necesidad de regular la actividad laboral e inmiscuirse en ésta poniendo límites al poder de dirección del empleador y a toda la extensión de éste, tarea que no ha sido fácil y que ha encontrado respuesta es los *“mandatos de optimización”* propios de los derechos fundamentales y en la aplicación del principio de proporcionalidad.

Ahora bien, es preciso señalar que en nuestro ordenamiento jurídico también podemos encontrar “límites” al poder de dirección del empleador en lo que hemos señalado como derechos específicos, es decir, la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, que también podemos reconocerlos en los derechos fundamentales.

Por otro lado, encontraremos límites al poder de dirección, control y supervisión del empleador en las cláusulas propias del contrato de trabajo, dado que en éste se estipula la naturaleza de las funciones del trabajador y las facultades que,

⁴⁰ Dictamen N° 6077/405 de la Dirección del Trabajo de fecha 10.12.1998.

⁴¹ Melis Valencia, C. (2009) *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. p 39.

de antemano, poseerá el empleador en dicha relación contractual. Así las cosas, lo que ocurre en el marco del iter contractual laboral es que *“el contrato de trabajo atribuye al empleador el derecho de dirección, pero con límites”*⁴².

En conclusión, los límites a los que nos hemos referido con anterioridad se encuentran en los Pactos Internacionales, en la Constitución, en el propio contrato de trabajo y además, en los convenios colectivos.

Ahora bien, es menester que nos refiramos a los límites, en concreto, a los que está sometido el empleador en el marco de las relaciones laborales que constituye con sus trabajadores y, la profesora Magnarelli los resume genéricamente, señalando que son la *“buena fe; justificación de la medida; razonabilidad; proporcionalidad; no discriminación.”*⁴³

Así las cosas, en relación a la buena fe podemos referirnos a este actuar en el cual se cumpla lo que las partes decidieron convenir, cumpliendo con las expectativas que ambas partes se han generado, este comportamiento de buena fe, es propio y característico de todas las áreas del derecho.

Por otro lado, cuando la profesora Magnarelli se refiere a la justificación de la medida, es preciso tener presente que no se refiere a que el empleador deba justificar cada una de las medidas de control o supervisión que adopte en sus faenas o dependencias, dado que esto le es propio y característico del ejercicio de su derecho de propiedad y/o ejercicio de la actividad económica que ejerce, pero sí encontrará un límite en que éste *“no puede ejercer el derecho de dirección con una finalidad desviada o con motivo ilícito”*⁴⁴.

Finalmente, se refiere a la proporcionalidad de la medida y a la no discriminación, esta última idea recogida en nuestro ordenamiento jurídico pues se encuentra en en nuestra Constitución al reconocernos a todos como iguales en el

⁴² Mangarelli, C. (2013) *Derechos del Empleador a la Organización y Dirección de la Empresa, y Límites*. Revista Chilena del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Volumen 4, N°8, p 18.

⁴³ Mangarelli, C. (2013) *Derechos del Empleador a la Organización y Dirección de la Empresa, y Límites*. Revista Chilena del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Volumen 4, N°8, p 19.

⁴⁴ Idem.

artículo 19 N° 2 y por otro lado, también existe un reconocimiento expreso en el artículo N°2 del Código del Trabajo que prohíbe todos los actos discriminatorios, solo se podrán hacer distinciones de acuerdo a la idoneidad o aptitud laboral. Ahora bien, respecto a la proporcionalidad de la medida adoptada y la eventual colisión de derechos que puede generarse nos referiremos extensamente en el siguiente punto.

Por otro lado, el poder de dirección, control y supervisión que detenta el empleador solo podrá referirse al ámbito laboral, mas no a la vida privada del trabajador, dado que éste es un *“poder privado para dirigir el trabajo; un poder jurídico sobre la persona del trabajador sólo referido a la correcta realización del trabajo y no extensible a otros aspectos de la vida del trabajador, pues incluso respecto de la ejecución del trabajo no es ilimitado”*⁴⁵, lo que nos vuelve a dejar en claro que ni siquiera en este ámbito es un poder absoluto.

Por consiguiente, podemos concluir que el poder del empleador no es ilimitado, pues ningún derecho fundamental lo es, sino que más bien siempre encontrará límites en el ejercicio de otros derechos, lo que ocurrirá en un sin fin de situaciones casuísticas dentro de la relación laboral.

2.3.2. Principio de Proporcionalidad

En la línea de todo este capítulo de establecer límites al empleador, es que hemos llegado al punto en que debemos referirnos a uno de los mecanismos para poder establecer límites al empleador en el marco de las relaciones laborales. En el marco de esta labor es que la doctrina ha utilizado el principio de proporcionalidad como mecanismo de solución de conflictos ante colisión de derechos fundamentales.

El principio de proporcionalidad es un modo de ponderar las tensiones o conflictos entre derechos fundamentales o entre éstos y otros bienes constitucionales. En estricto rigor, supone la realización de un examen de

⁴⁵ Caamaño, E. (2006) Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol 27, N° 1 p.20. Disponible en línea en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/611/576>

admisibilidad o ponderación de la restricción o afectación de un derecho fundamental, tomando como base la consideración del medio empleado y el fin deseado.

Tal principio, desarrollado doctrinalmente por el jurista alemán Robert Alexy, parte de la premisa de considerar los derechos constitucionales como principios o “mandatos de optimización” Y, en cuanto tal, “...*la optimización entre principios (derechos y/o bienes constitucionales) es inevitable y se efectúa sopesando los intereses contrapuestos según la ley de ponderación*”⁴⁶

Así las cosas, lo que se pretende con el desarrollo del principio de proporcionalidad es hacer un análisis de medio y fin⁴⁷, sopesar éstos con la eventual limitación y/o constricción del derecho fundamental, por lo que se hace indispensable que estemos frente a un problema de ejercicio de derechos fundamentales.

En consecuencia, el principio de proporcionalidad “*se constituye en un canon interpretativo necesario, en la medida que conforma una estructura argumentativa que ha de tener en cuenta el juez a la hora de analizar colisiones de derechos fundamentales*”⁴⁸. Es por esta idea y desarrollo que podemos concluir que se abre la puerta a la limitación de derechos fundamentales, pero ésta tendrá que ser justificada de forma racional, tarea que se logrará mediante la ponderación que se desarrollará en pos del principio de proporcionalidad.

Por esta razón, podemos concluir “*que toda limitación de un derecho fundamental ha de verificarse de forma constitucionalmente justificada*”⁴⁹, dado que tal como se ha expuesto a lo largo de esta presentación nuestro sistema jurídico consagra el principio de primacía Constitucional, por lo que todos los derechos que

⁴⁶Covarrubias Cuevas, I. (2018). *El Principio de Proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy*. *Ius et Praxis*, 24(3), 477-524. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000300477>

⁴⁷Melis Valencia, C. (2009) *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. p 106.

⁴⁸ Melis Valencia, C. (2009) *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. p 106.

⁴⁹ Idem, p 107.

en nuestra Constitución se consagran han de ser objeto de protección en el ejercicio de éstos.

Lo anterior, va de la mano con la idea de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la Teoría de la Drittwirkung, que se ha expuesto de lata forma a lo largo de este trabajo, dado que se reconoce el ejercicio de todos los derechos de los que es titular un ciudadano de a pie en las relaciones laborales, pues éstos derechos no los abandonan en sus trabajo remunerado por el empleador.

Así, el profesor Melis en su libro, ya citado con anterioridad, recoge los requisitos para que opere el principio de proporcionalidad y, que mediante él se establezca una medida limitadora o restrictiva de un derecho fundamental de Gloria López Mesa, quien señala que, una medida será justificada cuando: “1. *Persiga un fin constitucionalmente legítimo*;2. *Constituya un medio idóneo para alcanzarlo*: 3. *Sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad*: 4. *Exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen de la medida.*”⁵⁰

Cumpléndose los anteriores requisitos se podrá establecer la licitud y/o justificación de la constricción de un derecho fundamental, lo cual será establecido por aplicación del principio de proporcionalidad el que “*constituye un mecanismo de verificación de las posibilidades jurídicas y fácticas de realización del derecho fundamental, es decir, se configura el mandato de optimización de los derechos fundamentales en tanto principios*”⁵¹, en pos de entender que los derechos fundamentales son principios que no serán considerados como absolutos, sino más bien como principios que pueden ejercerse de medida gradual en convivencia con los derechos fundamentales del resto de los individuos de la sociedad, en tanto seguimos analizando esta teoría en una sociedad móvil y diversa.

⁵⁰ Lopera Mesa G. (2004) Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. Doxa citado en Melis Valencia, C. *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales.*, p 107

⁵¹Melis Valencia, C. (2009) *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales.* p 108.

En consecuencia, es menester analizar en detalle el principio de proporcionalidad, el que según la jurisprudencia *“en su versión más sofisticada, implica la realización de tres juicios o sub-principios en el que se ha denominado “test alemán”: el de la idoneidad, el de la necesidad y el de la proporcionalidad en sentido estricto. Esto es, para decidir sobre la justificación de una restricción de un derecho fundamental (el del trabajador), que viene impuesta por el ejercicio de otro derecho fundamental (el del empleador), es necesario preguntarse, en orden transitivo, si dicha restricción es idónea, necesaria y proporcional”*.⁵²

De esta manera tal ponderación se efectuará siguiendo o aplicando al caso particular tres reglas o sub principios, a saber:

(i) Adecuación o idoneidad.

Bajo el subprincipio de idoneidad o adecuación se analizará *“la aptitud de la medida de restricción para el logro de la finalidad perseguida”*⁵³, lo que hará estudiar y analizar qué tan legítima es la medida adoptada, en este caso por el empleador, para restringir el derecho fundamental del trabajador. En términos sencillos, lo que se analizará es si la medida es capaz de producir el efecto deseado, es decir, cumplir criterios de eficacia.

(ii) Necesidad

Por otro lado, el subprincipio de necesidad medirá que *“la medida restrictiva de un derecho fundamental sea la única que puede alcanzar la finalidad perseguida o que, existiendo medios alternativos igualmente eficaces, sea la menos gravosa para el derecho que se pretende limitar”*⁵⁴, es decir, lo que se deberá analizar es la eficiencia de la medida, lo que se traduce en qué tan necesaria es la medida y cómo esta cumple con el objetivo generando la menor vulneración del derecho fundamental en cuestión de la forma que menos vulnere el derecho en cuestión.

⁵² Sentencia N° O-2039-2019 de 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 13-03-2020. Considerando sexto.

⁵³ Melis Valencia, C. (2009) *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, p 109.

⁵⁴ Idem, p 112.

Es así que, bajo el subprincipio de necesidad se analizará la existencia de varios medios que puedan obtener el fin perseguido, es decir, que hayan medidas que comparar y además, la intensidad de cada una de éstas, para así poder aplicar el subprincipio de necesidad.

Es por lo anterior que, para la aplicación efectiva de este subprincipio habrá que analizar de antemano que existan otros medios alternativos para que, de esta forma se puedan comparar y llegar finalmente a una conclusión en la cual se pueda determinar que es una medida necesaria, siendo la menos gravosa de todas las analizadas, siendo todas éstas justificadas, es decir, idóneas.

Bajo el análisis precedente, es que ya hemos aplicado los dos primeros subprincipios del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

(iii) Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación jurídica propiamente.

Bajo el análisis de este subprincipio deberá *“evaluarse si la medida es ponderada y equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes y valores en conflicto.”*⁵⁵, por lo que se buscará analizar la medida en el caso concreto, es decir, buscar la mejor solución bajo las aristas fácticas del caso en que exista una colisión de derechos fundamentales, en el plano de las posibilidades jurídicas.

Para la correcta aplicación de este subprincipio deberá analizarse la ley de ponderación de Alexy, lo cual deberá realizarse dentro de las posibilidades jurídicas, mas no de las posibilidades fácticas, como se realizará en los dos subprincipios anteriores.

Bajo la Ley de Ponderación de Alexy, se analizarán *“las consecuencias y alcances jurídicos de los medios empleados y de los efectos causados o más*

⁵⁵Caamaño, E. (2006) Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol 27, N° 1 p.41. Disponible en línea en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/611/576>

*propriadamente de los efectos jurídicos sobre los derechos en colisión*⁵⁶, para que así, se analicen y se pesen los derechos fundamentales en conflictos, analizando caso a caso el grado de optimización de cada uno y la preponderancia que tendrán en la situación particular.

Así las cosas, bajo dicha ley de ponderación se buscará “*encontrar, frente a un conflicto concreto, cual de los principios en juego ha de tener preponderancia por sobre el otro (...) sin que ello signifique un sacrificio injustificado del principio de mayor peso*”⁵⁷, por lo que se apunta a una reflexión no menor, en la cual no estamos bajo una premisa matemática, sino que se buscará racional y constitucionalmente argumentar{ la intromisión, restricción y/o constricción de un derecho fundamental en pos de otro, respetando así el principio de proporcionalidad en sentido amplio.

Ahora bien, para tan ardua tarea es menester que, bajo la aplicación de la ponderación, se realice un examen de admisibilidad de restricciones de los derechos fundamentales y, para ello será imprescindible entender y comprender a cabalidad la estructura interna de los mismos, cuestión a la que se ha dedicado arduamente la Dirección del Trabajo.

Ha sido la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo la que ha puesto en palestra el tema de la aplicación de los derechos fundamentales desde la década de los 90', por ello, es esta institución la que se refiere en primer instancia al examen de admisibilidad/ponderación en los casos de conflicto entre derechos fundamentales, sobre todo hoy, dado que los tiempos que vivimos y las tecnologías a las que tenemos acceso crean un escenario particularmente susceptible de posibles violaciones y/o restricción de derechos fundamentales. Un claro ejemplo de lo anterior son los controles audiovisuales y la revisión de los correos electrónicos, casos en los cuales la Dirección del Trabajo ha tenido que marcar directrices en pos del resguardo de los derechos fundamentales.

⁵⁶Melis Valencia, C. (2009) *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. p 116.

⁵⁷ Idem, p 117.

Es por todo lo anterior que, es menester detenerse en la estructura interna de los derechos fundamentales, entendiendo éstos como principios, mas no como reglas, dado que de la primicia de que los consideraremos principios, es que la respuesta la encontraremos en la ponderación, dado que tal como señalamos en párrafos precedentes, esto no obedece a una operación matemática, sino más bien a un ejercicio argumentativo y racional en el que se deben analizar los presupuestos para que algún principio y/o derecho fundamental prime por sobre otro.

Así las cosas, es necesario referirnos a la delimitación, límites y contenido esencial de los derechos fundamentales, para así poder analizar a cabalidad el caso en concreto y aplicar de forma correcta el principio de proporcionalidad.

(i) Delimitación de derechos fundamentales.

Delimitar en este caso será “*establecer su contenido (...) en otras palabras determinar el ámbito de realidad protegido por el derecho*⁵⁸, lo que en términos sencillos es fijar los contenidos y fronteras del derecho, lo que será considerado el ámbito legítimo del ejercicio del mismo

Fijar sus contornos y objetivos generales hará posible delimitar lo que tendrá protección constitucional, es decir, lo que va más allá de lo ha delimitado el juez no será objeto de protección, por ende, difícilmente podría generar colisión con otro derecho constitucional.

El ejercicio intelectual de delimitar un derecho fundamental trae aparejado el identificar componentes subjetivos, objetivos y formales del mismo⁵⁹, lo que se buscará dentro de la norma constitucional.

El elemento subjetivo hace alusión a quién será el titular del derecho, el elemento objetivo se referirá al contenido del derecho fundamental y el elemento

⁵⁸Nogueira Alcalá, H. (2005). *Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales*. *Ius et Praxis*, 11(2), 15-64. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122005000200002>

⁵⁹Melis Valencia, C. (2009) *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. p 96-97.

formal finalmente se refiere a las garantías procesales que el sistema jurídico le otorga al titular del derecho para hacerlo valer.

Todo lo anterior determinará el objeto del derecho *“determinando el conjunto de facultades que se le otorga al titular”*⁶⁰, lo que hará establecer lo que se conocerá como *“el espacio de protección inicial o provisional, en tanto no se ponga un límite constitucionalmente justificado”*.⁶¹

(ii) Límites de los derechos fundamentales.

Establecer límite a los derechos fundamentales y hacer el ejercicio racional de realizarlo es concordante con la idea de que éstos no son absolutos, sino que más bien admiten un análisis caso a caso, además de poder ejercerse de forma más o menos armónica en conjunto con todos los derechos fundamentales que nuestra Constitución consagra.

Ahora bien, bajo el proceso de delimitación *“se establecen los contornos del derecho fundamental y su ámbito máximo de extensión”*⁶², es decir, hasta donde se puede llegar de forma genérica y provisional, debido al análisis casuístico en cuestión.

Es posible concluir que el mismo derecho, en situaciones distintas puede tener distintos grados de ejercicio, en la medida que existan otros derechos en cuestión. El profesor Melis explica esta situación señalando que, *“un derecho fundamental podrá tener en un caso una aplicación amplia y en otro restringida, o dicho de otra manera, el derecho fundamental restringido no pierde validez sino sólo cede parte de su potencial ámbito de extensión máxima a favor del ejercicio del ámbito de extensión máxima de otro derecho fundamental.”*⁶³

⁶⁰ De Otto y Pardo citado en Melis Valencia, C. *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. p 97.

⁶¹ Melis Valencia, C. (2009) *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. p 97.

⁶² Melis Valencia, C. (2009) *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*. p 101.

⁶³ Idem.

En conclusión, en el caso de un conflicto entre derechos fundamentales habrá que tener presente la delimitación de los mismos, teniendo especial atención al caso concreto, entendiéndose que *“habrá conflicto entre derechos constitucionales, cuando una conducta amparada por el espacio delimitado de un derecho colisionado con el conjunto de facultades o garantías protegidas-delimitadas- de otro derecho”*.⁶⁴

De esta manera, los límites y la delimitación son elementos fácticos que determinan hasta dónde puede llegar el ejercicio de los derechos fundamentales, sin que éste pierda sus características inherentes. Por un lado, la delimitación determina las fronteras del derecho fundamental, mientras que los límites son flexibles y atenderán a la situación en particular, en el entendido de una situación particular, pues como bien señala la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo *“los derechos fundamentales no son absolutos, los límites que se impongan a su ejercicio, derivados del reconocimiento de otros bienes jurídicos constitucionales, tampoco pueden serlo.”*⁶⁵

(iii) Contenido esencial de los derechos fundamentales

Finalmente, corresponde terminar de analizar la estructura de los derechos fundamentales y, para ello nos debemos referir a lo que la doctrina ha denominado *“aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima”*⁶⁶, que es a lo que nos referimos en los dos puntos anteriores.

Ahora bien, el profesor Melis lo ha definido como *“aquel ámbito irreductible en donde todo límite resulta inadmisibile”*, por lo que se entiende que es aquello que determina al derecho como tal, de no ser así pierde su naturaleza y se infringen y vulneran las aptitudes que el sistema jurídico pretende atribuirle y por ende, resguardar.

⁶⁴ Dictamen N° 2856/162 de la Dirección del Trabajo de fecha 30.08.2002.

⁶⁵ Dictamen N° 2856/162 de la Dirección del Trabajo de fecha 30.08.2002.

⁶⁶ Prieto Sanchís,(2000) L. *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*. En: Derechos y libertades. Universidad Carlos III, N° 8,. p. 438

Al limitar o restringir el contenido esencial se desnaturaliza el derecho fundamental, no cumplirá con el objetivo que tiene el garantizarlo con dicha categoría en nuestro sistema jurídico, es por ello que el Tribunal Constitucional Español ha definido el contenido esencial de los derechos fundamentales como *“aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo... (y) todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”*⁶⁷, por lo que también deberá atenderse a las circunstancias del momento, pues no podemos dejar de entender el derecho como un fenómeno cultural que responderá a las necesidades de una sociedad en determinado momento y lugar.

En conclusión, el contenido esencial es lo justo y necesario para que el derecho sea real y efectivamente protegido, sea efectivamente aquel que se dice ser, si se limita, transgrede o restringe lo que hemos determinado como contenido esencial, si hemos de vulnerar el *“límite de límites”*⁶⁸, el derecho resulta impracticable y finalmente deja de ser reconocido.

La reflexión precedente, resultará completamente útil y relevante a la hora de analizar el derecho a privacidad y a su vez, cómo se puede entender vulnerada la esencia de éste en el caso de análisis en la sentencia materia de esta presentación.

Ahora bien, una vez hecho el examen correspondiente, bajo los tres subprincipios expuestos, analizada la estructura interna de los derechos fundamentales que, eventualmente estarán en conflicto y, finalmente constatada una conducta del empleador que supera los 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

⁶⁷ STC 11/1981 de 8 de abril de 1981, FJ 8, párrafo 1º.

⁶⁸ Otto y Pardo, p.125 citado en Melis Valencia, C. *Los Derechos Fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*, p 102.

por nuestro ordenamiento jurídico por ser vulneratorio inaceptablemente de los derechos fundamentales que asisten al trabajador.

Sobre esta base procedimental se ha estructurado mayoritariamente el análisis y resolución de casos asociados a conflictos o colisión de derechos fundamentales por nuestra magistratura nacional, es decir, se ha aplicado y desarrolla de manera transversal el principio de proporcionalidad en sentido amplio para el resguardo del ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico.

CAPITULO III

EL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y SU TRATAMIENTO EN CHILE

La existencia humana tiene naturalmente dos dimensiones, por un lado la vida privada, también conocida como espacio íntimo, y por el otro la vida pública o ámbito social. Tal como se ha propuesto en el presente trabajo, en este capítulo abordaremos la primera de estas dimensiones, para aquello, revisaremos distintos conceptos sobre el derecho a la privacidad; luego, analizaremos la normativa chilena con respecto a este, específicamente examinando su protección en materia laboral; continuaremos el capítulo estudiando los criterios jurisprudenciales sobre el asunto mencionado; y finalizaremos exponiendo sobre una noción clave para la materia: la expectativa razonable o legítima de privacidad.

Es posible sostener que la vida privada forma parte del espacio más valioso de nuestro ser, en el cual no permitimos la intromisión de ninguna persona y es precisamente aquí donde surge la importancia de su reconocimiento y protección respecto de terceros que puedan transgredir dicho espacio. En esta línea, Humberto Nogueira Alcalá ha entendido que *“la intimidad de la persona es una zona intrínsecamente lícita, que merece respeto y protección a nivel constitucional”*.⁶⁹

Hernán Corral Talciani, por su parte, agrega que la privacidad resulta ser un bien jurídico a proteger, inherente a la dignidad humana, que conceptualiza como *“la posición de una persona (o entidad colectiva personal) en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la*

⁶⁹ Nogueira Alcalá, H. (1998) *El Derecho a la Privacidad y la Intimidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno*, p. 68.

*base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones*⁷⁰.

El concepto desarrollado por Corral engloba sintéticamente varias aristas que deben considerarse en el ámbito de la privacidad, como lo es la intimidad corporal y psicológica, aspectos ajenos a los agentes externos, los cuales deben valorarse en la *media razonable*, lo que implica analizar el contexto en cabalidad dado que en una cultura hiperinformada e interconectada como en la que vivimos, mantener los límites de lo que parece no ser objeto de interés de otros resulta ser bastante complejo. Es importante señalar que Corral hace alusión a lo *razonable*, cuestión relevante para el análisis de la prueba ilícita como materia de discusión del fallo de la Excelentísima Corte Suprema que abordaremos más adelante.

Ahora, acerca del derecho a la privacidad, José Luis Ugarte Cataldo señala que es posible distinguir dos aspectos claves por una parte, el derecho a un espacio vital cuyo acceso queda vedado a terceros y, por la otra una dimensión de autonomía, reflejada en el derecho a adoptar decisiones respecto de la propia vida sin injerencia de otros⁷¹, este *espacio vital* queda exento del conocimiento de observadores externos y por lo tanto la intromisión a este podría afectar o poner potencialmente en peligro la intimidad de un individuo, incluso pudiendo configurarse un ilícito.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que *“El respeto a la vida privada, a la dignidad y a la honra de la persona humana y de la familia constituyen valores de tal jerarquía y trascendencia que la sociedad política se organizan precisamente para preservarlos y defenderlos, de modo que no puede admitirse concepción alguna del bien común que permita al sacrificio de ellos, ni convertir tal sacrificio en medio para que prevalezca otra garantía constitucional”*.⁷²

⁷⁰ Corral, H. *El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980*. p 3. Consulta en línea [<https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/vida-privada-y-constitucion.pdf>]

⁷¹ Ugarte Cataldo, J.L (2011) *Privacidad, Trabajo y Derechos Fundamentales*, p. 13-36.

⁷² Cea, J. L. *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, p. 184.

A causa de lo anterior es que resulta de suma trascendencia velar por el respeto y resguardo de este derecho puesto que, como dijimos, el derecho a la privacidad constituye la protección de lo más privado e íntimo de cada persona, pudiendo señalar incluso que existe una especie de presunción de exclusión, pues todo es privado en la medida que no hay una decisión de compartir o difundir un determinado asunto con terceros y de ahí, el gran valor e importancia de no transgredir este preciado derecho.

Para finalizar podemos mencionar que, en cuanto a la prueba ilícita, la posible ilicitud de un medio de prueba está determinada por la intromisión o divulgación de información privada, donde no tiene relevancia la intención de deshonrar sino el hecho mismo de poner en conocimiento de otros aquello que pertenece a la esfera personal de un individuo sin contar con su autorización, generando así, una lesión a su privacidad.

3.1. Normativa Nacional

A fines del siglo XIX, a medida que se fueron especificando y reconociendo diversos derechos a nivel mundial, tales como la extensión del sufragio o la abolición de la esclavitud, también se comienza a proteger como bien jurídico la vida íntima o privada de las personas, la cual, al día de hoy, forma parte de los derechos personalísimos del patrimonio moral de cada individuo, emanando estos de la dignidad personal y mereciendo absoluta protección así como reconocimiento en el ordenamiento jurídico.

a) Marco Internacional

Este derecho, a nivel internacional, se consagra principalmente en dos fuentes, por un lado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el cual señala que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”* y por el otro, el artículo 11.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el cual dispone que: *“Nadie puede ser objeto de injerencias*

arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia”.

b) Constitución Política de la República

Chile no se ha quedado atrás en cuanto a esta consagración y es así como la Constitución Política de la República de 1980 reconoce y garantiza el derecho a la vida privada en distintos numerales de su artículo 19, dentro de los cuales encontramos los siguientes:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

4° El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.

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

16° La libertad de trabajo y su protección.

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.”

Respecto al numeral cuarto, el departamento jurídico de la Dirección del Trabajo, en su Ordinario N°2210/35 de fecha 5 de junio del año 2009, sostuvo que: *“la vida privada, objeto de protección por este derecho, ha sido definida como el conjunto de los asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que, el titular del bien jurídico protegido, no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previos”.*

El numeral 4° hace expresa mención al derecho a la privacidad, ordenando la protección del espacio personal y el numeral 5° señala que será posible vulnerar determinados espacios privados bajo estrictas formas establecidas por la ley. A su vez, el numeral 16° en sus dos primeros incisos abarca el tema de la no discriminación, esto se relaciona con el derecho a la privacidad puesto que después de un rápido análisis se desprende que ningún trabajador puede ser discriminado por su vida íntima, es decir, lo que realice o diga en su ámbito privado no es motivo para no ser contratado, por ejemplo.

Una vez visto el derecho a la privacidad en nuestra Constitución podemos concluir que este se encuentra consagrado mayormente de manera genérica e indeterminada, lo que nos permite afirmar que este derecho es variable en tiempo y espacio. No existe una concepción unívoca, sino que más bien es un concepto amplio, discutido y de difícil determinación, pero lo que sí se tiene claro es que se asocia a la idea del *“control que tenemos sobre el acceso, difusión y uso de información acerca de nosotros mismos”*⁷³, pues esto supone apartar del escrutinio público o de observadores externos, información del aspecto propio y personal de la vida.

c) Leyes Especiales

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico no solo menciona el derecho a la privacidad en la Constitución, sino que también se encuentra consagrado en leyes especiales, dentro de las cuales haremos alusión a cuatro. En primer lugar, la Ley General de Telecomunicaciones; segundo, la Ley que Tipifica Figuras Penales Relativas a la Informática; tercero, la Ley sobre Protección de la Vida Privada; y cuarto, el Decreto con Fuerza de Ley sobre Estatuto Administrativo.

La Ley N° 18.168 “Ley General de Telecomunicaciones”, fue publicada en el Diario Oficial el día 2 de octubre de 1982 y dentro de esta encontramos el artículo 36 B que hace alusión a la privacidad, donde sanciona como delito la difusión pública o

⁷³ Barros Bourie, E. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. 2010, p. 535 y ss.

privada de cualquier comunicación obtenida a través de la interceptación, captación maliciosa o grabación sin la debida autorización.

Otra manifestación se encuentra en la Ley N° 19.223 que Tipifica Figuras Penales Relativas a la Informática, también conocida como “Ley de Delitos Informáticos”, publicada en el Diario Oficial con fecha 7 de Junio de 1993, contiene cuatro artículos que hacen referencia al derecho a la privacidad. Estas normas tipifican las penas asociadas a delitos informáticos, particularmente la destrucción, obstaculización, apoderamiento, uso indebido, interceptación, alteración, difusión o modificación del funcionamiento de sistemas de tratamiento de información, en otras palabras, se sanciona cualquier tipo de afectación a datos personales.

En tercer orden, la Ley N° 19.628 sobre “Protección de la Vida Privada”, publicada en el Diario Oficial el día 28 Agosto de 1999, reglamenta el resguardo de datos personales y gracias a sus modificaciones incluidas en las Leyes N° 19.812, 20.463, 20.521, 20.575 y 21.214, otorga protección en ámbitos económicos, financieros, bancarios, comerciales y en aquellos relacionados con la confidencialidad en la salud de las personas.

A mayor profundidad, podemos indicar que esta Ley y sus modificaciones además de incorporar conceptos claves en la materia, tales como almacenamiento de datos o datos sensibles, también abordan la recolección y utilización de dichos datos, los derechos de los titulares de estos, el tratamiento de ellos por los organismos públicos y la responsabilidad de aquellos que infrinjan lo anterior.

En concreto, dentro de estas modificaciones encontramos la protección de datos financieros de cesantes, la confidencialidad relacionada al examen para detectar el VIH, las medidas para evitar la discriminación contra los portadores de este virus, la restricción de la comunicación de datos de carácter económico por entes financieros y la prohibición del empleador para condicionar la contratación de un trabajador por las obligaciones de carácter económico que este pueda tener.

En último lugar, el Decreto con Fuerza de Ley N° 29 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834 sobre “Estatuto Administrativo”, publicado en el Diario Oficial el día 16 de marzo de 2005, hace referencia al derecho a la privacidad específicamente en el artículo 61 en sus letras h) y j). La relación que tienen estas letras con dicho derecho es que ellas disponen que serán obligaciones de cada funcionario administrativo guardar secreto de asuntos reservados y entre otras cosas, proporcionar sus datos relativos a situaciones personales o de su familia cuando estos sean de interés para la Administración, debiendo estas tener el necesario resguardo.

d) Código Penal

Finalmente, dentro las últimas manifestaciones del derecho a la privacidad en nuestro ordenamiento jurídico se encuentran el Código Penal y el Código del Trabajo, este último lo trataremos en el próximo subcapítulo de manera más detallada.

El primer precepto relacionado con este derecho en nuestro Código Penal es el artículo 146 que prescribe que: *“El que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio si divulgare o se aprovechara de los secretos que ellos contienen, y en el caso contrario la de reclusión menor en su grado mínimo.*

Esta disposición no es aplicable entre cónyuges, convivientes civiles, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.

Tampoco es aplicable a aquellas personas a quienes por leyes o reglamentos especiales, les es lícito instruirse de correspondencia ajena.”

Como es evidente, de este artículo extraemos que no es posible, salvo determinadas excepciones, vulnerar la correspondencia de otro, sin embargo, no queda claro si esta correspondencia se refiere sólo al intercambio de cartas o si también incluye la comunicación a través de correos electrónicos.

Frente a esto, Jaime Couso Salas en su trabajo denominado “Relevancia penal de la intromisión del empleador en los correos electrónicos de sus trabajadores” propone respecto de este artículo que *“pese a que desde el punto de vista semántico nada obstaría a considerarla derechamente como una hipótesis de “apertura de correspondencia” o “registro de papeles” (en tanto que “documentos”), al haber el legislador creado tipos especiales de interceptación de señales de telecomunicaciones y de acceso al contenido de sistemas de tratamiento de información, restringió el significado de las voces “correspondencia” y “papeles”, dejando fuera del alcance del artículo 146 del CP las hipótesis de intromisión en los correos electrónicos”*.⁷⁴

Agrega además que dicha interpretación sólo aplica para aquellos que consideren que el artículo 36 B de la Ley de Telecomunicaciones incluye a los correos electrónicos y por otro lado, aquellos que no lo contemplen de esta manera no tendrían motivos para excluir a este medio de comunicación del tipo penal del artículo ya mencionado.⁷⁵

El segundo artículo y uno de los más importantes en la materia es el 161 A del Código Penal, que establece que *“Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 unidades tributarias mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.*

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

⁷⁴ Couso Salas, J. (2008). *Relevancia penal de la intromisión del empleador en los correos electrónicos de sus trabajadores*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, p.72

⁷⁵ Idem, p.73

A todas luces, en virtud del tenor literal del artículo mencionado se entiende que una conversación registrada sin el consentimiento del emisor es vulneratoria del derecho a la privacidad y por ende un acto ilícito, el cual puede ser sancionado.

Por último, el artículo 247 del Código Penal que señala que los profesionales tanto públicos como privados no pueden revelar información privada o datos personales de aquellos que se los hayan confiado.

3.2. Principios Ordenamiento Jurídico Laboral y Derecho a la Privacidad en el Código del Trabajo.

El derecho del trabajo, desde su nacimiento hasta la actualidad, ha procurado dar protección a la parte más débil de la relación laboral, cual es el trabajador, y es en este contexto que abordaremos los principios del derecho laboral y la regulación del derecho a la privacidad. Para esto, tendremos en cuenta la posible colisión con la potestad de dirección y mando del empleador, la cual constituye una manifestación del derecho fundamental de propiedad de aquel sobre la empresa y sus medios de producción, situación que ha tomado gran fuerza en el último tiempo atendido al mundo interconectado y digitalizado en el que vivimos, en donde existe un mayor acceso a captar y dejar registro de conversaciones, momentos, hechos, etc.

a) Principios del Derecho Laboral.

La protección del derecho a la privacidad no existía originalmente en el Código del Trabajo o bien, no de manera explícita. Antes de que entrara en vigencia la Ley N° 19.759 que modifica el Código del Trabajo, las partes, es decir, trabajador y empleador, sólo contaban con la opción de acordar cláusulas contractuales destinadas a tratar la información privada y/o sensible del trabajador.

Estas cláusulas o acuerdos tenían como base los principios del derecho del trabajo, los cuales han sido explicitados y enumerados por la doctrina, siendo estos: el principio protector, principio de la irrenunciabilidad de los derechos, principio de la continuidad de la relación de trabajo, principio de la primacía de la realidad y el principio de la buena fe, los cuales explicaremos brevemente.

a) Principio protector.

Según Américo Plá Rodríguez, el principio protector es aquel principio del derecho que tiene como función compensar la desigualdad entre las partes de un contrato de trabajo, dándole con esto protección y favorecimiento a la parte más débil.⁷⁶

Este principio se traduce particularmente en tres reglas:

i) Regla *in dubio pro operario*, la cual entra en juego cuando un artículo cuenta con distintas interpretaciones, y en virtud de esta regla, el juez laboral deberá adoptar la más favorable para el trabajador⁷⁷.

ii) Regla de la norma más favorable, la que de acuerdo con lo señalado por el profesor Claudio Palavecino Cáceres, hace referencia a que “*ante la concurrencia de normas actualmente vigentes sobre una misma materia, el juez debe aplicar la que resulte más favorable al trabajador, sin atender a los principios de jerarquía ni de especialidad*”⁷⁸.

iii) Regla de la condición más beneficiosa. Según Plá, es una regla que indica que se debe respetar la norma más favorable sin importar que entre en vigencia una nueva que contravenga la original y sea más perjudicial para el trabajador⁷⁹.

b) Principio de la irrenunciabilidad de los derechos.

Siguiendo con las definiciones de Plá, este autor entiende este principio como aquel que evita la posibilidad del trabajador de “*privarse voluntariamente de una o más de las ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio.*”⁸⁰

⁷⁶ Plá, A. (1998) *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 63.

⁷⁷ Alonso, M. (1987), *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid,

⁷⁸ Palavecino Cáceres, C. *Los principios del Derecho del Trabajo*, p 7.

https://www.u-cursos.cl/derecho/2012/2/D128A0523/2/material_docente/bajar?id=657849

⁷⁹ Plá, A. (1998) *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 108

⁸⁰ Idem p. 118

c) Principio de la continuidad de la relación de trabajo.

Este principio ha sido definido por la Dirección del Trabajo en su Ordenanza N° 1367 de fecha 28 de marzo de 2017, señalando lo siguiente: *“el legislador ha vinculado los derechos que individual o colectivamente corresponden a los trabajadores, como asimismo, la subsistencia de sus contratos individuales y colectivos, a la empresa en sí y no a la persona natural o jurídica propietaria, poseedora o tenedora de la misma, de forma tal que las modificaciones relativas a su dominio, posesión o mera tenencia, sean totales o parciales, no alteran la continuidad de la relación laboral ni los derechos que de ella se derivan, los cuales se mantienen subsistentes con el nuevo empleador.*

Del señalado precepto se desprende, asimismo, que la subsistencia de los derechos y obligaciones de los trabajadores en caso de modificación total o parcial del dominio, posesión o mera tenencia de la empresa, se produce por el solo ministerio de la ley, no siendo necesario, en consecuencia, para tal efecto, que las partes suscriban un nuevo contrato de trabajo o que modifiquen los ya existentes. Así, lo ha precisado la doctrina institucional a través de diversos pronunciamientos jurídicos.⁸¹”

d) Principio de la primacía de la realidad.

Según Américo Plá, este principio *“significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.⁸²”*

e) Principio de la buena fe.

La buena fe en la relación laboral, de acuerdo a la Dirección del Trabajo, en su Ordenanza N° 3712/191 de fecha 14 de junio de 1995, *“es una exigencia común en*

⁸¹ ORD. N°1367. <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-111634.html>

⁸² Plá, A. (1998) *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 313

el derecho, incluido el derecho laboral, que sanciona en el ámbito colectivo las prácticas desleales tanto en materia sindical como en la negociación colectiva.

Además un elemento del contenido del contrato individual, fundado en la buena fe, es el deber ético-jurídico de respeto recíproco entre el trabajador y el empleador, que se expresa claramente al señalar como causales de término de la relación laboral "la falta de probidad, la injuria, la conducta inmoral grave."⁸³.

b) Código del Trabajo.

Como se mencionó anteriormente, la Ley N° 19.759, consagró explícitamente el derecho a la privacidad en el Código del Trabajo puesto que dentro de sus modificaciones se encuentran dos artículos donde se adicionaron términos tales como "datos privados" o "vida privada".

El primero de estos fue el artículo 5° en el que se consagró en el primer inciso: *"El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene 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 éstos."* En otras palabras, lo que provoca esta incorporación es que, no solo se reconozca en este cuerpo legal algunas garantías fundamentales del trabajador sino que también se limita al empleador en cuanto al legítimo ejercicio de sus funciones que pudieran afectar dichas garantías, siendo esto la base para entender la protección del derecho a la privacidad.

Respecto a este inciso, la Dirección del Trabajo en el Ordinario N°260/19, de fecha 24 de enero de 2002, tras una consulta referida al acceso de correspondencia electrónica por parte del empleador, señaló que: *"De acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores."* En relación al enunciado anterior, es

⁸³ ORD. N°3712/191. <https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/w3-article-88746.html>

posible evidenciar la compatibilización de dos garantías en conflicto, por un lado la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, y por otro, la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, que emana de la garantía constitucional del derecho de propiedad

Por último, la Ley N° 19.759 trajo consigo la inclusión del artículo 154 bis. Esta norma prescribe que: *"El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral."*

Con este artículo finalmente se consagra en materia laboral el respeto del legislador por el derecho a la privacidad, otorgándole ahora completa protección a aquella información sensible del trabajador. Sin embargo, tal como se analizará más adelante, al no precisar qué se entiende por datos privados o cuáles son las consecuencias de no respetar esta disposición, surgen distintas dudas respecto al real alcance que tiene esta norma y el derecho a la privacidad en particular, por lo que pareciera que dependerá de la doctrina, la Dirección del Trabajo o la jurisprudencia decidir sobre este asunto.

3.3. Criterios jurisprudenciales sobre el Derecho a la Privacidad en materia laboral. Límites y Alcances.

Los límites y alcances al derecho a la privacidad en materia laboral han sido determinados por Tribunales de Justicia y las Cortes de Apelaciones de nuestro país, las cuales han desarrollado diversas ideas en torno al tema.

a) Sentencia Ilustrísima C.A de San Miguel, ROL 21-2010, 01.04.2010.

El Juzgado de Letras del Trabajo de San Bernardo con fecha 12 de enero de 2010, acogió demanda en causa RIT T-3-2009 por despido indirecto interpuesta por la demandante, declarando que se produjo acoso laboral por parte de sus empleadores. Sin embargo, frente a esta sentencia se presentó recurso de nulidad el cual fue acogido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel la que señaló en su considerando *QUINTO*: *"Que, a juicio de estos sentenciadores, se viola la*

*referida garantía constitucional si, como en el caso examinado, un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, hace uso de un informe oficial de la Repartición Pública a la que pertenece, de una conversación telefónica mantenida entre terceros, y que escucha por altavoz de un aparato telefónico celular, sin conocimiento ni autorización de uno de los interlocutores, por más que el otro interviniente de la comunicación telefónica-la persona que formuló la denuncia de acoso sexual que ese funcionario investiga-le haya permitido oírla colocando el altavoz del celular”.*⁸⁴

En virtud de lo anterior, en el contexto que un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, escuche una conversación ajena sin el consentimiento de uno de los emisores vulnera la garantía constitucional establecida en el N°5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

b) Sentencia Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL O-2831-2019, 13.03.2020.

El Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en sentencia confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, respecto a demanda por despido injustificado, resolvió que se debe aplicar el concepto de privacidad en sentido amplio y para esto cita lo siguiente:

“Así, “cuando hablamos de privacidad pensamos, a un tiempo, en dos cosas, o que se nos excluya –según la fórmula de Sartre– de la mirada de los otros (privacidad como intimidad), o que, en cambio, nuestra voluntad cuente respecto de nosotros mismos y respecto de los demás y que nos constituya como sujetos (privacidad como autonomía)”. Por ello, mientras una exige opacidad, la otra supone todo lo contrario: visibilidad. Y en esa perspectiva, ambas dimensiones de la privacidad tienen sentido para el trabajador y sirven para moldear la relación entre ese derecho y el poder empresarial. Mientras la privacidad como secreto le permite al trabajador mantener en la opacidad aspectos de su vida, denegando el acceso al panóptico empresarial, la privacidad como autonomía le permite al trabajador algo muy distinto: constituirse como sujeto propio y único, visibilizando su peculiar e

⁸⁴ Ilustrísima C.A de San Miguel, ROL 21-2010, de fecha 01.04.2010

*individual percepción del mundo ante un espacio social tensionante a dicha visibilización, como es la empresa”.*⁸⁵

Este extracto nos evidencia que en materia laboral el concepto que mayor protección le da al trabajador en materia de privacidad es el desarrollado por don José Luis Ugarte, de tal manera que este debe analizarse en su sentido más amplio, vale decir, como el derecho a adoptar decisiones respecto de la propia vida del trabajador sin la intromisión de otros.

c) Sentencia Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL O-2039-2019, 13.03.2020.

En esta sentencia, confirmada también por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago respecto a juicio por despido injustificado y cobro de prestaciones, se indicó que: *“resulta evidente que estas últimas (las grabaciones donde se ve al trabajador conduciendo mirando su celular) no dicen relación con la esfera privada de quién aparece en ella ni constituyen, en caso alguno, el develamiento de algo reservado a su ámbito más íntimo y, en consecuencia, aún de estimar como razonable la expectativa de privacidad alegada, no podría considerarse que la grabación ha implicado una afectación sustancial a las garantías individuales ya mencionadas (...).*

Y del caso en particular, se observa que la vida e integridad física de los pasajeros y los propios trabajadores del bus, es protegida de manera tal que hace entendible la restricción de la privacidad del actor, señalando además que ya se discutió y analizó que al menos su esfera íntima de personalidad y demás derechos no fueron vulnerados, sino únicamente se trató de una grabación que daba cuenta de una infracción en el ejercicio de sus labores, considerando además su posición de garante frente a los pasajeros y tripulantes.

Siendo así, y habiéndose discutido la no afectación a la honra, vida privada e intimidad del trabajador, y a mayor abundamiento la inexistencia de legítima

⁸⁵Ugarte Cataldo, J.L. (2011). *Privacidad, Trabajo y Derechos Fundamentales. Estudios constitucionales*, 9(1), 13-36. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002011000100002>

expectativa del mismo, en razón del contenido de infracción, se colige una afectación leve al derecho de privacidad, versus la afectación grave a vida e integridad psíquica de los pasajeros, tripulantes e incluso el propio conductor. Dicho lo anterior, es que rechaza el incidente, incorporándose la misma en el poder judicial.”⁸⁶

De esta resolución se desprenden dos ideas principalmente; en primer lugar, se hace mención a la esfera íntima del trabajador y se concluye que las grabaciones donde aparece su persona no revelan algo reservado de su ámbito más íntimo, por lo que sólo se vulnera esta esfera de manera razonable, no afectando su honra, ni su vida privada o intimidad; en segundo lugar, se aprecia que sin perjuicio de lo anterior, es posible vulnerar la privacidad del trabajador, siempre y cuando esta vulneración sea justificada, situación que ocurre en este caso puesto que el trabajador se encontraba infringiendo sus labores al conducir el bus de manera que no protegía la vida de los pasajeros y tripulantes de este, por ende, al colisionar el derecho a la privacidad del trabajador y el derecho a la vida de los pasajeros y tripulantes, el último derecho tiene preferencia por sobre el primero.

d) Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, ROL T-241-2019, 28.02.2020.

En cuarto lugar, la sentencia dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, en juicio sobre vulneración de derechos fundamentales, decidió lo siguiente en relación al uso del GPS para fiscalizar la ubicación de trabajadores:

“Estos hechos (el uso de GPS y la regulación interna de la empresa), que dan cuenta que se ejerce un control continuo, cercano y directo de la actividad laboral de los choferes, es indiciaria de vulneración del derecho a la privacidad, el cual forma parte de las garantías fundamentales que ampara la acción de tutela laboral (...).

No se configura, sin embargo, indicios de vulneración en relación con el GPS el cual solo registra la ubicación del vehículo en un lugar y hora determinada, en vista que los microbuses de locomoción colectiva debe cumplir un recorrido previamente

⁸⁶ Sentencia N° O-2039-2019 de 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 13-03-2020

definido. Por tanto, no existe en este ámbito algún tipo de transgresión o intromisión de la privacidad del chofer cuya labor es dar cumplimiento a una ruta establecida. O, dicho de otro modo, ningún aspecto privado del trabajador se pone de manifiesto por saber la ruta que siguió el taxibus, que es la que ya está previamente establecida y que tiene que cumplir en tiempo y forma.”⁸⁷

Al igual que en la sentencia analizada en el punto c), en esta ocasión también entra en juego la esfera íntima del trabajador, concluyendo que el uso del GPS solo registra la ubicación del vehículo y que dicha acción no vulnera esta esfera, ya que, este seguimiento, solo busca determinar si es que el taxibus ha seguido y cumplido la ruta que tenía establecida para el cumplimiento de sus funciones.

e) Sentencia Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, ROL O-5767-2019, 26.03.2020.

La última resolución a analizar en este capítulo es una sentencia dictada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago posteriormente ratificada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones correspondiente, en donde un trabajador fue despedido por referirse en malos términos a una colega, frente a esto el Tribunal de Primera Instancia señaló que:

“c. En el caso particular, el actor, al momento preciso de emitir los dichos por los cuales fue despedido, no se encontraba realizando específicamente su función, sino que se encontraba en un momento de descanso (o “tiempo muerto”) dentro de su jornada (tras cubrir una pauta), ámbito que conlleva una razonable expectativa de privacidad para realizar comentarios, en una esfera de resguardo (intimidad), y solo por un hecho que no le es imputable, fue conocido por más personas que los destinatarios directos y precisos del mensaje. No existe intencionalidad en que sus dichos hayan llegado a conocimiento de otras personas y la imputación de la carta de despido no repara en este hecho que – a juicio de esta juez- resulta crucial al momento de ponderar la situación que se acusa como reprochable.

⁸⁷ Sentencia N° T-241-2019 de Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 28-02-2020

d. De lo anterior se sigue que – en principio- la conducta está fuera del control del empleador, por cuanto está dentro de un ámbito resguardado por la expectativa de privacidad, intimidad y libertad de expresión, derechos que no quedan anulados por el solo hecho de encontrarse dentro de su jornada de trabajo. Aunque ello sólo “en principio”, por cuanto tratándose de ponderación de derechos fundamentales- podrían existir casos en que la vigencia de estos derechos pueda ser limitada en resguardo de otros bienes jurídicos, pero- aun en dichos casos- la medida que adopte el empleador debería pasar por un examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, examen que -en el caso- ha estado ausente, por cuanto solo se han tomado en cuenta los lamentables resultados de una acción que - en rigor- no le resultan imputables al actor.

e. Por lo anterior, en principio, lo que ocurra en la esfera de privacidad anotada debe ser ciego al control del empleador e incluso al del tribunal, y – en consecuencia - no ha podido servir de base para fundar un despido ni como un incumplimiento grave de sus funciones (por cuanto no las estaba realizando específicamente y no había intención de dar un trato inadecuado a nadie), ni tampoco en una conducta inmoral grave, la que sólo puede referirse a temas estrictamente vinculados a su trabajo y no al mero reproche moral general de un comentario privado.”⁸⁸

El asunto principal de esta resolución es determinar si los dichos del trabajador son o no motivo suficiente para causar un despido; frente a esto, la sentenciadora establece que es de crucial importancia la intencionalidad del empleado al referirse a su colega en tales términos. Es así como, al considerar que el trabajador hizo uso de su libertad de expresión y que sus dichos se encontraban protegidos por la expectativa razonable de privacidad, la juez concluye que estos no son motivo suficiente para causar un despido, ni siquiera por el hecho de encontrarse dentro de su jornada de trabajo, puesto que la conversación referida fue de carácter privado y nunca tuvo como intención denostar públicamente a su colega, lo que a

⁸⁸ Sentencia N° O-5767-2019 de 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 26-03-2020

diferencia de lo ocurrido, sí sería una falta grave a las obligaciones que imponía su contrato de trabajo.

3.4. Expectativa razonable o legítima de privacidad

Para finalizar este capítulo examinaremos una noción ya mencionada por la jurisprudencia recién analizada, la llamada “*expectativa razonable de privacidad*”. Esta idea surge en nuestra cultura jurídica con el ánimo de conceptualizar y definir el derecho a la privacidad, entendiendo este como un bien jurídico que merece protección en virtud del cual es necesario liberar a las personas de intromisiones de agentes externos en el contexto de una valoración razonable.

Tras un fallo pronunciado por la Excelentísima Corte Suprema, en materia penal, Sebastián Zárate extiende el derecho a la privacidad a la expectativa de la misma, afirmando que ésta consistiría en “*la expectativa de que las comunicaciones se desarrollen dentro de un ámbito de protección y confianza que no alcancen más allá de los participantes del diálogo*”⁸⁹, es decir, uno de los elementos relevantes a la hora de catalogar esta expectativa es la confianza de que lo que se emite y se produce en determinado tiempo y lugar, no será revelado a terceros y quedará resguardado en un espacio de protección entre quienes estuvieron presentes en dicho momento.

De esta manera, la expectativa de privacidad se configura a partir de lo que la sociedad en su conjunto considera como razonable y legítimo dentro del marco de un contexto en el que suceden ciertas cosas. También se entiende como el espacio donde existe un acuerdo social de no injerencia de terceros, situación que se opone a la expectativa personal de privacidad que, como ya dijimos, está limitada y concebida de manera distinta . Al respecto, cabe señalar que los jueces no pueden o más bien no deberían atender a dicha expectativa íntima y personal de cada persona

⁸⁹ Zárate, S. *Expectativa de privacidad y grabaciones ocultas: A propósito de un fallo de la Excma. Corte Suprema*. Disponible en línea en [<http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-103-134-Expectativas-de-privacidad-y-grabaciones-ocultas-a-proposito-de-un-fallo-de-la-Excma-Corte-Suprema-SZarate.pdf>]

para la solución de conflictos jurídicos, pues es presumible entender que esta es sumamente variable al considerar los estándares personales de cada individuo.

Ahora bien, el acuerdo que mencionamos anteriormente se encuentra en constante cuestionamiento debido al hecho que somos parte de una sociedad tremendamente conectada e informada, en donde, producto del gran nivel de exposición existente, sumado al hecho de que las redes sociales ya están completamente instaladas en nuestra cultura, cada día se hace más complejo determinar la *expectativa de privacidad* y delimitar lo público de lo privado.

En el intento de desentrañar aquello, Eduardo Novoa Monreal plantea en un fallo del Tribunal Constitucional, citado por Paloma Herrera en un artículo que trata esta materia, que *“no todo lo que se dice en un espacio público es de contenido público; así las conversaciones personalizadas son privadas por ser consideradas una manifestación de un pensamiento que generalmente está dirigido a un destinatario determinado”*⁹⁰.

A causa de esto, cabe precisar la importancia de analizar caso a caso lo que puede considerarse como privado o público teniendo siempre en cuenta el momento determinado, su contexto, el rol que cumple o representa quien emite el mensaje, el nivel de confianza con sus receptores, si la conducta o acción es posible de reprochar, entre otros factores.

Es importante además, tener en consideración que en nuestro país la doctrina ha estado desarrollándose en el último tiempo de manera somera; sin embargo, el common law o derecho anglosajón, tiene un desarrollo mucho mayor en la materia, de hecho la expresión expectativa razonable y legítima de privacidad fue acuñada en el año 1967 por la judicatura estadounidense en la sentencia Katz v.s U.S en la cual se concluye que *“estaremos ante una expectativa legítima de privacidad cuando el sujeto pueda, razonablemente y sobre la base de antecedentes concretos y objetivos, considerar que su conducta o situación tienen el carácter de privado. En*

⁹⁰ Herrera, P. *El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile*. Revista de Derecho y Tecnología. Disponible en línea [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842016000100003#bookmark7]

otras palabras, se requerirá determinar si la expectativa de la persona afectada, de mantener algo como privado, se puede calificar como razonable y justificada en consideración a las circunstancias específicas del caso en cuestión”⁹¹

En razón de todo lo planteado anteriormente es que resulta fundamental tener en cuenta que existen distintas aristas que resultan relevantes a la hora de determinar qué es privado y qué no. A modo de ejemplo e interrogante, pese a estar en un espacio público con varias personas, ¿corresponderá que una de esas personas divulgue lo que el emisor le manifiesta si es que esto se trata de un secreto muy íntimo que cuenta en un contexto de extrema confianza?, ¿acaso el ejemplo anterior, no atenta contra la privacidad de la persona que emite el mensaje? Al parecer, lo anterior nos parece socialmente razonable y creemos poder afirmar que existe un acuerdo social frente a esto, así, podemos hablar de un criterio objetivo. Ahora bien, si por el contrario, estamos en un espacio privado con varias personas, hablando de trabajo y materias laborales que le son relevantes a muchas otras, ¿existirá una expectativa de que aquellos que reciben el mensaje no revelen lo que en ese contexto se manifiesta?.

Lo anterior sin duda alguna abre el debate y corresponderá comentarlo una vez que analicemos a cabalidad el fallo en cuestión.

⁹¹ Gutiérrez, A. (2014), p. 243; Sánchez, P. y Pizarro, E. (2014), p. 20. Citado en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art13.pdf>.

CAPITULO IV

LA PRUEBA ILÍCITA Y SU REGULACIÓN EN CHILE

La relevancia que tiene la prueba en un procedimiento judicial es de lato conocimiento entre quienes se relacionan o se han visto involucrados en el mundo del derecho. La búsqueda de la verdad, al menos, la verdad formal, es una de los medios para resolver conflictos, por ello que sin esta institución sería imposible para los Tribunales de Justicia tomar una decisión fundada respecto a un determinado caso, y es justamente por esto que la prueba se encuentra altamente regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

La regulación que ha desarrollado nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la prueba es distinta en cada rama del derecho, respondiendo de esta forma a los principios de cada una de las distintas áreas del derecho. Es así que, en derecho penal, como rama del derecho público tendrá una regulación diferente a la del derecho laboral y/o de familia, en las cuales por regla general prima la igualdad de las partes y las relaciones entre particulares.

4.1. Derecho a la Prueba y Prueba Ilícita

a) La Prueba

De acuerdo al profesor Eduardo Jequier Lehuedé, quien sigue los pasos de Alex Carocca Pérez, la prueba o más bien, el derecho a la prueba, es una manifestación del derecho de defensa que se encuentra consagrado en el artículo 19 N°3, inciso segundo, de la Constitución Política de la República de 1980⁹². Esta norma constitucional establece que *“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida”*.

⁹² Jequier Lehuede E.(2007) *La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno*. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 3, p. 478- 479.

En relación a este artículo, el profesor Carocca realiza una definición del derecho a defensa que incluye el derecho a la prueba como parte fundamental de este, definiéndose como *“la garantía constitucional (o derecho fundamental) que asegura a todos los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo del proceso sus alegaciones, sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. En definitiva, se trata de la garantía de la participación de los interesados en la formación del juicio jurisdiccional.”*⁹³.

Teniendo lo anterior en consideración, Jequier en su trabajo estima que el derecho a la prueba conlleva tres acciones continuas, en primer lugar, el tribunal debe admitir la prueba ofrecida; en segundo lugar, esta prueba debe ser efectivamente practicada en el proceso con intervención o audiencia de las demás partes del juicio; y por último, dicha prueba debe ser debidamente ponderada por el tribunal, precisando el motivo por el cual se rechaza en aquellos casos donde corresponda su exclusión.⁹⁴

Por otro lado, la doctrina española define la prueba como aquella *“actividad de las partes procesales, dirigidas a ocasionar la evidencia necesaria para obtener la convicción del juez o tribunal decisor sobre los hechos por ellas afirmados, (...) a través de los medios lícitos de prueba.”*⁹⁵ De esta definición extraemos dos conceptos que son relevantes para el presente trabajo, por un lado, “actividad de las partes” y por el otro, “medios lícitos de prueba”.

En primer lugar, el concepto “actividad de las partes” significa que son los actores quienes deben probar los hechos y situaciones que estos afirman, siendo éstos, trabajador y empleador en materia laboral. En segundo lugar, con la expresión “medios lícitos de prueba”, se hace mención a que estos actores sólo podrán utilizar

⁹³ Garantía constitucional de la defensa procesal, Ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 98 y ss. Citado en Carocca Pérez, A. (1998). *Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile*. Ius et Praxis, vol. 4, N°. 2, Universidad de Talca, Talca, Chile, p 302.

⁹⁴ Jequier Lehuédé E. (2007) *La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno*. Revista Chilena de Derecho, vol. 34 N° 3, p. 479.

⁹⁵ Pérez-Cruz Martín, Agustín-Jesús y otros, Derecho procesal penal, Pamplona, 3ª edición, Civitas, 2014, p. 540

aquellos medios de prueba que no se encuentren prohibidos por la ley, siendo éstos conocidos como medios ilícitos de prueba o como lo indica el título del capítulo, prueba ilícita.

Ahora bien, es menester señalar que el derecho a prueba y su regulación van de la mano con el ejercicio de derechos constitucionales, tales como, el debido proceso e igualdad ante la ley, por lo que la regulación a la prueba que existe en materia laboral puede llegar a considerar que vulnera dichos derechos por la regulación altamente exigente en dicha materia.

Las exigencias a las que nos referimos y, que en particular se acentúan al compararlas con otras ramas del derecho dicen relación con la institución de la prueba ilícita.

b) Prueba Ilícita

El término de prueba ilícita tanto en la doctrina nacional como internacional no es unánime y diversos autores han desarrollado una definición sobre el tema, sin embargo, todos apuntan a lo mismo: la exclusión de la prueba.

En el derecho continental europeo la prueba ilícita se conoce como *“prohibiciones de prueba y en el derecho anglosajón como exclusionary rule o regla de exclusión.”*⁹⁶

La regla de exclusión proclama la inadmisibilidad de la prueba obtenida en virtud de un acto transgresor de derechos constitucionales, es decir, se aplica como sanción la exclusión anticipada de dicho medio de prueba el cual no será sometido al conocimiento del juez por lo que no tendrá ningún valor en el juicio correspondiente.⁹⁷ Por otro lado, en el contexto sudamericano, la jurista Ada Pellegrini Grinover, de acuerdo a la traducción de Elpidio Ramón Monzón, define la

⁹⁶ Zapata García, M. F. (2004) *Preguntas-Respuestas introductorias para el estudio de la teoría de la prueba ilícita*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección Estudios Año 11 N° 1, p 161

⁹⁷ Zapata García, M. F. (2004) *Preguntas-Respuestas introductorias para el estudio de la teoría de la prueba ilícita*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Sección Estudios Año 11 N° 1, p 162.

prueba ilícita como aquella *“recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y los derechos de la personalidad y su manifestación como derecho a la intimidad.”*⁹⁸

Ahora, en cuanto a la doctrina de nuestro país, Cristián Maturana Miquel y Raúl Montero López reconocen como prueba ilícita aquella prueba *“obtenida por medios ilícitos, la prueba recogida en infracción a normas de naturaleza material y principalmente contraria a los principios constitucionales.”*⁹⁹

En el mismo orden, Carocca concluye que la prueba ilícita es *“aquella obtenida con infracción de cualquier derecho fundamental, reconocido a nivel constitucional en nuestro país, ya sea directamente o por remisión a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.”*¹⁰⁰

Como pudimos observar, todas las definiciones mencionadas previamente hacen referencia a la infracción de principios o derechos fundamentales, por lo que resulta de vital importancia identificar la forma de obtención de la prueba. A mayor abundamiento, podemos indicar que la prueba ilícita debe ser entendida desde la óptica de las fuentes, no de los medios, pues respecto a ellos sólo basta referirse a su legalidad, una cuestión netamente taxativa en la normativa vigente. Por otra parte, cuando nos referimos a la forma de obtención de un medio de prueba en particular es posible que ésta sea en parte vulneratoria de derechos fundamentales y aún así se considere prueba lícita, tal como vimos en el capítulo III en relación al derecho a la privacidad del trabajador, y es precisamente en esa situación cuando entramos en conflicto entre la valoración de los derechos afectados y la búsqueda de la verdad.

⁹⁸ Pellegrini, A. (1995). *Pruebas ilícitas*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 7, N° 10.

⁹⁹ Maturana, C. y Montero, R. (2010): Derecho Procesal Penal, Tomo II, Santiago, LegalPublishing. p. 869.

¹⁰⁰ Carocca Pérez, A. (1998). *Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile*. Ius et Praxis, vol. 4, N°. 2, Universidad de Talca, Talca, Chile, p. 308.

Respecto a lo anterior, la profesora Gabriela Lanata Fuenzalida ha señalado que *“se trata, entonces, de que si bien se ha ampliado la posibilidad de allegar otros medios de prueba diferentes a los tradicionales o legales, ello no puede significar el intento de establecer la verdad a cualquier precio, por sobre todo si éste puede implicar la aceptación judicial de alguna ilicitud o, peor aún, la vulneración a derechos fundamentales.”*¹⁰¹

Ahora bien, todas las definiciones previas dan pie a una clasificación que, para efectos de esta presentación resulta particularmente relevante, la regla de exclusión amplia o restringida, a lo que nos referiremos más extensamente en los siguientes puntos, pero que hacen alusión a qué es lo que se debe excluir, si solo lo que se obtiene con inobservancia a derechos fundamentales, tal como prima en las definiciones analizadas o bien, si el criterio será más amplio y se referirá a cualquier prueba obtenida con inobservancia de derecho.

4.2. Normativa Chilena

A diferencia de otros países latinoamericanos tales como Colombia y Paraguay¹⁰², nuestra Constitución Política nada establece en su articulado respecto a la prueba ilícita, sin embargo, como se indicó anteriormente, algunos autores chilenos consideran que no es necesaria su mención puesto este concepto se encuentra contenido de manera implícita dentro del derecho a la defensa dispuesto en el inciso segundo del artículo 19 N°3.

Por su parte, en materia civil, específicamente en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil, no existe ninguna norma expresa que regule la prueba ilícita, por lo que debemos atender genéricamente a lo consagrado en nuestra carta fundamental o como estudiaremos a continuación, a la normativa específica según la materia de que se trate.

¹⁰¹ Lanata Fuenzalida, G. (2010) *Manual de Proceso Laboral*, editorial Abeledo Perrot, Santiago, p 99.

¹⁰² Constitución Política de Colombia, artículo 29 inciso final: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” y Constitución Nacional de Paraguay, artículo 17 N°9: “En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 9) que no se le opongán pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas”.

a) Código Procesal Penal.

Como vimos, la prueba ilícita no se encuentra regulada a nivel constitucional ni tampoco en el área civil, sin embargo, este concepto se instauró en nuestro ordenamiento jurídico en el año 2000 mediante la reforma al sistema procesal penal. Esta reforma no solo actualizó el antiguo sistema procesal penal sino que, adicionalmente, provocó cambios en materias de familia y laboral puesto que unos años después se promulgó la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia y por su parte se modificó el Código del Trabajo con las Leyes N° 20.087 y N° 20.260.

Uno de los artículos que hace referencia al tema en cuestión es el artículo 295 del Código Procesal Penal, el cual expresa que en el nuevo sistema procesal penal se aplicará la libertad probatoria, a través de lo siguiente: *"Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley."*

Sin perjuicio de lo expresado en el artículo anterior, el sistema procesal penal no permite cualquier tipo de prueba, consagrándose la institución de la prueba ilícita en el inciso tercero del artículo 276 del mismo cuerpo normativo que establece lo siguiente: *"Del mismo modo, 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"*. Este artículo hace referencia al juez de garantía de un procedimiento penal, es él quien será el encargado de excluir las pruebas ilícitas en la audiencia de preparación para que estas no contaminen la prueba lícita que se analizará en la audiencia de juicio oral correspondiente.

Esta regulación responde a la exclusión de prueba ilícita restringida, criterio adoptado en nuestro sistema jurídico una vez que se incluyó dicha institución en nuestra cultura jurídica, la que hace alusión genérica a la "inobservancia de garantías fundamentales". Lo anterior dice relación con quien obtiene la prueba en materia

penal, el que corresponde al Estado en una persecución penal, por ello, se entendería que éste fuese el estándar más alto respecto al tema.

Es por lo anterior que, podríamos concluir que el estándar está dado por la exigencia al Estado de resguardar los derechos fundamentales de las personas perseguidas penalmente, pues la *“exclusionary rule no entra en juego en caso de que sean particulares quien obtienen material probatorio ilícitamente”*¹⁰³, por lo que la regla de exclusión amplia que rige en materia laboral resulta a lo menos cuestionable.

b) Ley N° 19.968.

La Ley N° 19.968, publicada con fecha 30 de agosto de 2004, fue dictada con la intención de modernizar y reestructurar el procedimiento de familia mediante la creación de los Tribunales de Familia en reemplazo de los antiguos Juzgados de Menores.

Dentro de la materia que nos compete, es menester mencionar que al igual que en el Código Procesal Penal, esta Ley establece libertad y amplitud probatoria en cuanto a los medios de prueba que se pretenden hacer valer en el procedimiento. Esto se extrae de diversos artículos de dicho cuerpo legal, tales como:

i) Artículo 28: *“Todos los hechos que resulten pertinentes para la adecuada resolución del conflicto familiar sometido al conocimiento del juez podrán ser probados por cualquier medio producido en conformidad a la ley.”*

ii) Artículo 29, inciso primero: *“Las partes podrán, en consecuencia, ofrecer todos los medios de prueba de que dispongan, pudiendo solicitar al juez de familia que ordene, además, la generación de otros de que tengan conocimiento y que no dependan de ellas, sino de un órgano o servicio público o de terceras personas, tales como pericias, documentos, certificaciones u otros medios aptos para producir fe sobre un hecho determinado.”*

¹⁰³ Jara Bustos, F. (2011). *La prueba ilícita en Materia Laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol 2, N° 3. p 117.

iii) Artículo 54: *“Podrán admitirse como pruebas: películas cinematográficas, fotografías, fonografías, video grabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe.”*

Sin embargo, el artículo 31 de la misma Ley, en relación a la exclusión de la prueba, indica que: *“El juez (...) ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio aquellas que (...) hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales”*. Es preciso recalcar que resulta de gran relevancia tener en consideración esta regulación para efectos del análisis del fallo que se estudiará en el presente trabajo, toda vez que se ha establecido que nuestro sistema procesal laboral es homologable al sistema procesal del derecho de familia.

Pese a lo señalado anteriormente, al igual que en materia penal, se entiende que la regla de exclusión en esta área del derecho es restringida, dado que la regla se refiere en forma genérica a la *“infracción de garantías fundamentales”*, es decir, a normas de carácter constitucional. Ahora bien, en esta rama del derecho si nos enfrentamos a relaciones entre particulares, pero se ha extendido de igual forma pues existe un reconocimiento expreso de dicha institución, *“prueba ilícita”* en todo nuestro ordenamiento jurídico, como extensión del debido proceso.

c) Código del Trabajo.

En tercer y último lugar, gracias a las reformas incorporadas en la Ley N° 20.087, de fecha 3 de enero de 2006, modificada posteriormente con la Ley N° 20.260, de fecha 29 de marzo de 2008, el Código del Trabajo integró y se refirió a la institución de la prueba ilícita en el procedimiento laboral, la cual analizaremos detalladamente a continuación.

4.3. Prueba Ilícita en materia laboral

La prueba ilícita en materia procesal laboral se encuentra regulada en la actualidad en el artículo 453 N°4 del Código del Trabajo, sin embargo, esta

consagración ha recorrido un largo camino para transformarse en el artículo que hoy conocemos.

Como se mencionó anteriormente, la Ley N° 20.087 modificó el Código del Trabajo mediante el número 15 de su artículo único donde se reemplazó el Capítulo II del Título I del Libro V del cuerpo legal con uno nuevo que añadió siete párrafos: **Párrafo 1º**, De los principios formativos del proceso; **Párrafo 2º**, Reglas Comunes; **Párrafo 3º**, Del procedimiento de aplicación general; **Párrafo 4º**, Del cumplimiento de la sentencia y de la ejecución de los títulos ejecutivos laborales; **Párrafo 5º**, De los recursos; **Párrafo 6º**, Del Procedimiento de Tutela Laboral; y **Párrafo 7º**, Del procedimiento monitorio.

En relación a la prueba ilícita, el Párrafo 3º incluyó la norma que trata esta institución, agregando al ordenamiento jurídico laboral el artículo 453 que versaba sobre las reglas de la audiencia preparatoria y específicamente el numeral quinto que atendía a la exclusión de la prueba.

Posteriormente, la Ley N° 20.260 a través de otro artículo único, introdujo modificaciones en dicha norma alterando todos sus numerales, donde el número 5 pasó a ser el número 4 quedando la prueba ilícita en materia laboral regulada definitivamente de la siguiente manera:

“Artículo 453.- En la audiencia preparatoria se aplicarán las siguientes reglas:

4) 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, fuese pertinente.

Sólo se admitirán las pruebas que tengan relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y siempre que sean necesarias para su resolución.

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 derechos fundamentales.”

4.4. Análisis del artículo 453 N°4 del Código del Trabajo

Respecto a la prueba ilícita, el artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo nos indica que en la audiencia preparatoria el juez laboral debe excluir aquellos medios probatorios que se hayan obtenido de manera ilegal y aquellos adquiridos mediante la vulneración de derechos fundamentales, es decir, los establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política de la República y en los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país.

A pesar de lo breve de la disposición ya transcrita, específicamente del último inciso, surgen dos asuntos importantes que vale la pena analizar, en primer lugar, el momento en que se puede producir la prueba ilícita y en segundo, el criterio que utiliza el legislador para comprender esta institución.

En relación al momento en que se puede producir la prueba ilícita, por un lado, la disposición emplea la expresión “*que las partes aporten*”, utilizando el verbo rector “*aportar*” y por el otro, emplea la frase “*se hubieren obtenido directa o indirectamente*”, aplicando el verbo rector “*obtener*”. Así las cosas, se puede entender que la prueba ilícita puede recaer tanto en la prueba aportada por la parte y adquirida con anterioridad al juicio o incluso aquella obtenida en el mismo procedimiento laboral. A su vez, también se ha extendido a la teoría del árbol envenenado, es decir, lo que se refiere a los medios de obtención.

Respecto a lo último, el Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta sentenció en causa Rol O-166-2014 que hay prueba ilícita “*cuando nos encontramos frente a un medio probatorio prohibido por la ley o cuando no se han cumplido con las formalidades legalmente establecidas para la obtención y práctica de la prueba.*”

Sin embargo, tal como explica Álvaro Verdugo Jaña, llama la atención incluir dentro de esta regla aquella infracción producida durante el juicio puesto que aunque claramente la prueba que se produzca de esta manera debe ser excluida, lo cierto es que esta práctica recién podrá ser realizada en la audiencia de juicio, por lo que no tendría sentido determinar su exclusión incluso antes de que esta audiencia ocurra.¹⁰⁴

La segunda materia a analizar es respecto a las diferentes definiciones que tiene la prueba ilícita, tal como estudiamos anteriormente. Frente a esto, del artículo en cuestión se desprende que el legislador laboral contempló la prueba ilícita en su sentido amplio, esto es, el criterio que considera como prueba ilícita aquella obtenida mediante la infracción de normas de distinta naturaleza, pudiendo tener estas el carácter reglamentario, legal, constitucional o de principios del derecho. Lo anterior proviene de la expresión “*por medios ilícitos*” plasmada en el último inciso del numeral, donde se da a entender que la ilicitud puede provenir ampliamente de cualquier infracción al derecho y no solo de vulneraciones a derechos fundamentales como sostiene el criterio restringido de la prueba ilícita.

Dicha extensión, resulta a lo menos cuestionable dado que como señala Francisco Jara “*se trata de una institución inédita cuyos alcances jurisprudenciales y amplitud o restricción interpretativa restan por conocerse*”¹⁰⁵, por ser una de las reglas más amplias del derecho chileno, o quizá la más amplia y exigente de nuestro sistema jurídico.

A modo de conclusión, cabe mencionar que el artículo 453 N°4 del Código del Trabajo, tiene un alcance mucho mayor en comparación a las otras materias estudiadas, ya que, en materia laboral, el legislador utilizó el sentido amplio de la definición de prueba ilícita a diferencia del Código Procesal Penal y de la Ley N°19.968, donde se empleó más bien el criterio restringido de esta.

¹⁰⁴ Verdugo Jaña A, (2018) *La prueba ilícita en el actual procedimiento laboral chileno*, Revista de Estudios Ius Novum, vol 11 n°1, pág 135-136.

¹⁰⁵ Jara Bustos, F (2011). *La prueba ilícita en Materia Laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol 2, N° 3. p 121.

4.5. Criterio amplio y restringido en la exclusión probatoria.

En primer lugar, es menester referirnos a la la exclusión probatoria y sus orígenes, lo cual se remonta a la “*exclusionary rule*” de la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde la intención de la exclusión de medios probatorios en los procesos judiciales tenía como principal objetivo es la “*disuasión del actuar ilegal de los órganos de persecución criminal*”¹⁰⁶, lo que va de la mano con los objetivos del derecho penal, el cual en Chile también ha encontrado asidero tras la reforma procesal penal, la cual consagra el sistema garantista, en el cual priman los derechos fundamentales del imputado como sujeto de derechos, más allá del principio inquisitivo que primaba en nuestro derecho antes de la reforma procesal penal.

Dicho objeto es totalmente comprensible y se ajusta el propósito de la regla en materia penal, dado que lo que busca restringir es el actuar arbitrario de los agentes del Estado, en el entendido de éste como un órgano que posee el monopolio de la fuerza, pero poco se explica la extensión de dicho propósito en materia laboral.

La exclusión probatorio amplia que recoge nuestro Código del Trabajo en el artículo 453 N°4 es una de las normas de regla de exclusión más amplias de nuestro sistema jurídico, dado que como bien señala Francisco Jara, “*es posible concluir que aunque en la legislación no existe un concepto único de exclusión probatoria, en la práctica se impone el elemento común basado en la ‘inobservancia de garantías fundamentales’, salvo en materia laboral*”¹⁰⁷.

De lo anterior, podemos desprender que, en materia laboral se restringe la prueba de forma extensa y amplia considerando prueba ilícita todo aquello que sea contrario a derecho, es decir, contraria a normas legales en sentido general, sin hacer distinción alguna en su categoría o naturaleza, por lo que se puede colegir que no solo busca la protección de los derechos fundamentales, sino del sistema jurídico en su totalidad, sin hacer distinción en quien comete la infracción, incluyendo en un

¹⁰⁶Jara Bustos, F (2011). *La prueba ilícita en Materia Laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol 2, N° 3. p 117.

¹⁰⁷ Jara Bustos, F (2011). *La prueba ilícita en Materia Laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol 2, N° 3, p 119.

estándar aún más alto que en materia penal a los privados, lo que a lo menos es cuestionable.

Así las cosas, nuestra legislación laboral recoge un estándar que, en definitiva hace inutilizable la prueba aportada por las partes en situaciones que no vulneran derechos fundamentales, dado que las “*vulneraciones a la legalidad o a normas de menor rango pueden suscitar la inutilizabilidad de las evidencias*”¹⁰⁸, lo que consecuentemente genera una vulneración al debido proceso y en específico al derecho a prueba, entendiéndose éste como “*derecho por sí mismo*”¹⁰⁹, derecho que se ve vulnerado en su esencia, pues la parte no podrá aportar la prueba necesaria para generar convicción en el juez, pese a que no exista una vulneración de los derechos fundamentales que nuestra Constitución consagra.

En definitiva, el derecho a prueba englobado en el derecho a defensa y debido proceso puede verse gravemente vulnerado pues, al excluir determinados medios de prueba se impide “*derecho de influir sobre el convencimiento del juez*”¹¹⁰.

Por lo anterior, podemos deducir que la exclusión probatoria consagrada en el artículo 453 n° 4 del Código del Trabajo es una norma que recoge la exclusión amplia, la más amplia quizá de nuestro sistema jurídico, dado que tal como hemos mencionado le prohíbe a los privados, en una rama del derecho esencialmente patrimonial, aportar prueba que hubieran obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales, yendo incluso más allá de los límites puestos a la prueba en materia penal y de familia, siendo ésta última la rama del derecho homologable al derecho laboral chileno.

Ahora bien, dada la redacción del artículo 276 del Código Procesal Penal que sólo limita y excluye las pruebas obtenidas con inobservancia de garantías

¹⁰⁸ Idem, p 120.

¹⁰⁹ Verdugo Jaña A, (2018) *La prueba ilícita en el actual procedimiento laboral chileno*, Revista de Estudios lus Novum, vol 11 n°1, p 111.

¹¹⁰ Marinoni, L; Pérez Ragone A; Nuñez O R. (2010). *Fundamentos del Proceso Civil. Hacia una teoría de la adjudicación*. Santiago. Abeledo-Perrot, LegalPublishing, p 280.

fundamentales y el artículo 31 de la nueva Ley de Tribunales de Familia que se también hace alusión a la infracción de garantías fundamentales, recogen una exclusión más bien restringida que es la tesis que nosotros adoptados, en por del acceso igualitario a la justicia de toda la sociedad y, siempre poniendo como coto intransable los derechos fundamentales.

En conclusión, creemos que *“debe existir un sano equilibrio entre los intereses que normas contraepistemológicas buscan proteger y el derecho a la prueba”*¹¹¹, entendiendo que en esta sociedad moderna y en constante cambio existen derechos absolutos, como el derecho a la vida y la integridad física, por lo que nunca sería admisible una prueba obtenida mediante tortura, pero que a su vez, existen otros derechos en los cuales *“el legislador puede optar en ciertos casos, por permitir afectaciones de poca entidad, en las que existan intereses procesales de mayor relevancia”*¹¹², teniendo presente que, el derecho a la justicia y el debido proceso son intereses jurídicamente relevantes en una sociedad democrática.

Además, es preciso señalar que la norma de exclusión en materia laboral también considera la exclusión de la prueba derivada, que se deduce de las *“expresiones obtenidas directa o indirectamente”*¹¹³, lo que hace aún más amplio el rango de exclusión probatoria, sin que se le haya tomado peso a la aplicación práctica de la norma, lo que vulnera como ya hemos dicho el derecho al debido proceso, el derecho a la prueba y al acceso igualitario a la justicia.

Así las cosas, la regla laboral parece ser tan amplia que, podríamos excluir pruebas que vulneran hasta un reglamento interno, pues éste también sería considerado una norma, por lo que también podría llegar a excluirse al no ser del todo clara la redacción de la norma.

¹¹¹Jara Bustos, F (2011). *La prueba ilícita en Materia Laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol 2, N° 3, p 116.

¹¹² Verdugo Jaña A, (2018) *La prueba ilícita en el actual procedimiento laboral chileno*, Revista de Estudios lus Novum, vol 11 n°1, p. 118.

¹¹³ Idem. p.141.

En conclusión, podemos aseverar que nuestro ordenamiento jurídico recoge dos tipos de exclusión, amplia y restringida, la más amplia es la recogida y desarrolla en materia laboral, sin encontrar mayores fundamentos para ello y por otro lado, la exclusión restringida que recogida en materia penal y de familia, teniendo las prevenciones propias del derecho punitivo, en el cual se busca limitar al ente estatal de eventuales vulneraciones de derechos fundamentales.

Cabe señalar que finalmente, serán los tribunales de justicia los que deberán adoptar un criterio uniforme en esta materia, debido a la complejidad de la redacción de la norma y, a su vez, tener presente la legítima inquietud que debe tenerse ante tan amplia norma ya que, tal como señala Francisco Jara “*mientras el Ministerio Público incrementa sus facultades, los particulares tienen mayores restricciones, lo que debería preocupar a cualquiera en una sociedad libre*”.¹¹⁴

En definitiva, el principal problema de una regla de exclusión tan amplia, haciendo el análisis correspondiente de las otras áreas del derecho, es que el Estado no es titular de derechos fundamentales, mientras que los trabajadores y/o empleadores sí, por lo que es menester resguardar y asegurar el libre y efectivo ejercicio del derecho al debido proceso, la igualdad ante la ley y la búsqueda de la verdad mediante el aporte de prueba de las partes.

¹¹⁴ Jara Bustos, F (2011). *La prueba ilícita en Materia Laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol 2, N° 3, p 126.

CAPITULO V

ANÁLISIS FALLO CORTE SUPREMA SOBRE LICITUD DE GRABACIÓN OCULTA

Para mayor entendimiento del razonamiento utilizado por la Corte Suprema, comenzaremos exponiendo las etapas procesales que dieron lugar al fallo en cuestión y los principales argumentos de las partes, teniendo en consideración el asunto que estamos analizando, este es, la admisibilidad de un medio de prueba, el cual para una parte tiene el carácter de ilícito por haber sido obtenido sin el consentimiento del emisor.

La Dirección Regional del Trabajo Metropolitana Poniente interpone denuncia en procedimiento de tutela laboral por indicios de prácticas antisindicales y prácticas desleales en la negociación colectiva en contra de la empresa Banco De Crédito e Inversiones (en adelante BCI) por haber incurrido en graves vulneraciones a la libertad sindical del Sindicato de Empresa N°1 de Trabajadores del Banco consistentes en reuniones sostenidas por parte de la empresa con trabajadores descolgados del proceso de huelga, señalándoles que podían censurar a la mesa directiva, que han sido mal asesorados, que se debían oponer a los descuentos sindicales, entre otras expresiones.

La parte denunciante acompañó un audio de reunión que da cuenta de las charlas del señor Luis Valdés, Asistente Ejecutivo de Relaciones Laborales de BCI, sostenidas con trabajadores descolgados de la huelga, dentro de la empresa y dentro de la jornada de trabajo, de julio de 2016. Duración 45 minutos aproximadamente. Sostienen que estas reuniones generaron un perjuicio al sindicato y configuran un atentado grave a su autonomía e independencia lo que se traduce en un acto grave de injerencia e intromisión en el funcionamiento normal del sindicato.

El Banco BCI por su parte contesta dicha denuncia negando los hechos señalados en ésta y alegando que la forma en que la Dirección Regional obtuvo el

principal antecedente en que funda la denuncia, es decir, las conversaciones entre el Sr. Valdés y los trabajadores descolgados de la huelga, es vulneratoria de derechos fundamentales y ha sido obtenida por medios ilícitos y en forma clandestina de acuerdo al artículo 453 N°4 del Código del Trabajo, por no contar con el consentimiento del Sr. Valdés. Indican que la grabación presentada por la contraria es un medio probatorio que fue obtenido con clara vulneración a los derechos fundamentales del debido proceso, la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones contenidos en el artículo 19 N° 3, 4 y 5 de la Constitución Política de la República, en los términos definidos en el inciso 3° N°4 del artículo 453 del Código del Trabajo.

Con fecha, uno de febrero de 2017, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en la causa RIT S-90-2016 falla, rechazando el incidente de prueba ilícita promovido, por considerar que en la grabación aportada por la denunciante no se advierte una violación a garantías fundamentales, describiendo en el considerando sexto que *“la mencionada grabación que se impugna por la demandada fue obtenida en el contexto de una reunión realizada en dependencias de la empresa denunciada, a propósito de un requerimiento de trabajadores descolgados del proceso de huelga en que se encontraban con el fin de obtener respuestas de sus situaciones, las que fueron respondidas por el Sr. Valdés Hernández mandatado por la denunciada para dar respuestas a las inquietudes de los referidos trabajadores. En dicho contexto, uno de los presentes a la reunión procede a grabar la reunión sin conocimiento del mencionado Sr. Valdés, y que da origen a la prueba que se pretende impugnar por esta vía.”*

Luego, en el considerando séptimo se refuerza la idea indicando *“que a juicio de este sentenciador, existen elementos suficientes para estimar que la prueba que se pretende señalar como ilícita no presenta los caracteres de tal, toda vez que el contexto en que se obtiene la mencionada prueba no aparece de manifiesto que exista una expectativa de privacidad que permita concluir inequívocamente que se han vulnerado las garantías que se indican, por las siguientes consideraciones:*

1. El **lugar** desde donde se obtiene la grabación, esto es, en dependencias de la empresa denunciada, en el marco de una reunión de trabajo donde no existe ni expresa ni implícitamente ninguna prohibición de ingresar con aparatos que permitan obtener grabaciones como lo son los teléfonos móviles...de lo que se deduce que el eventual afectado razonablemente no puede pretender que en ese contexto no exista la hipótesis segura de no ser capturadas sus impresiones.
2. **No se hizo advertencia alguna** por ninguna de los partícipes a la reunión que ésta tenga un carácter de reservada, que permita generar la esfera de resguardo que se pretende alegar como vulnerada en esta instancia.
3. Las **temáticas** tratadas tampoco permiten presumir que se haya vulnerado la garantía de privacidad del afectado, dado que solamente se abordaron temas laborales relativos a la situación que enfrentaban los trabajadores descolgados del proceso de huelga, pero en ningún momento se abordaron temas que guarden relación con la esfera de privacidad o intimidad de alguno de los partícipes a la reunión.”

Respecto al fondo del asunto, el Tribunal considera que el indicio aportado por la parte denunciante queda por establecido con el audio incorporado por ésta, expresando en el considerando undécimo que “los dichos que se vierten por el Sr. Valdés y que se reproducen en la grabación en una de la reuniones sostenidas con trabajadores descolgados del proceso huelga, resulta evidente que dichas conversaciones excede con creces el fin que le atribuye la denunciada, dado que de modo alguno se limitan a tratar únicamente del régimen contractual y previsional en que quedan los trabajadores descolgados y aun sindicalizados, sino que derechamente formula expresiones en descrédito del sindicato...lo que a juicio de este Juez, constituye una intromisión por parte del empleador en la actividad sindical, afectando su autonomía y atentando con ello contra la libertad sindical en un periodo especialmente delicado como lo es durante la vigencia de una huelga en proceso de negociación colectiva, lo que obliga al empleador a ser aún más cuidadoso en sus expresiones...”, por lo que determina acoger la denuncia interpuesta por la Dirección

Regional del Trabajo Metropolitano Poniente y el tercero coadyuvante Federación de Sindicatos de Trabajadores de Call Center y Servicios Anexos, en contra de la empresa BCI.

Es en razón de lo fallado que el Banco BCI, dentro del plazo establecido en la ley, interpone recurso de nulidad con el fin de invalidar dicha sentencia, solicitando se acoja el incidente de prueba ilícita y que rechace la demanda. La causal de invalidación invocada es la establecida en el artículo 477 del CT, en relación al art. 19 N°3 de la Constitución Política, al art. 453 N°4 del CT y al art. 19 N°4 y 5 de la Carta Fundamental, derecho fundamental de garantizar un procedimiento y una investigación racionales y justos, conocido como “debido proceso”, por haberse incurrido en la dictación de la sentencia definitiva una infracción de dicha garantía que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Sostienen que es evidente que el debido proceso, entendiendo que asegura la exigencia de parámetros básicos de legalidad, se ha visto gravemente vulnerado al valorar una prueba (audio) que infringe derechos fundamentales personalísimos, en este caso, derecho a la privacidad y la inviolabilidad de las comunicaciones, consagrados en el art. 19 N° 4 y 5 respectivamente de la Constitución, y es precisamente dicha infracción que al ser incluida en la apreciación que realiza el juez, afecta importantes derechos fundamentales, más aún considerando que la prueba apreciada posee la característica de resolver el asunto controvertido. Además indican en el recurso que la prueba en cuestión fue obtenida por medios ilícitos toda vez que no contaron con la autorización del Sr Valdés, infringiendo el principio de buena fe procesal.

Refuerzan la idea que una grabación como la expuesta, es contraria a los derechos fundamentales del Sr. Luis Valdés porque fue obtenida con inobservancia a todos y cada uno de los presupuestos que busca garantizar la Constitución Política, por un lado la vida privada, en lo que se refiere a los dichos, y la inviolabilidad de las comunicaciones, en lo que dice relación al lugar y forma de obtención de los dichos.

Argumentan que el caso de grabaciones de conversaciones privadas, no se trata de una irrupción en un ámbito privado ajeno, porque quien graba ha participado de la conversación desde un lugar no cubierto por la privacidad. Pero, atendida la naturaleza de la comunicación, la grabación puede afectar las legítimas expectativas del emisor de que la conversación o comunicación sea mantenida como privada. La consecuencia parece ser que el acto es ilícito, a falta de autorización legal o de una justificación suficientemente fuerte.

Comentan sobre los presupuestos establecidos por el Juez para conceptualizar la “expectativa de privacidad”. Respecto al **lugar** indican que no resulta trascendental para determinar la existencia o no de una expectativa de privacidad, toda vez que si bien el común de los sentidos nos dice que sólo podría atenderse a lugares privados en términos restrictivos, la doctrina y jurisprudencia, ha ampliado el concepto progresivamente, tanto a espacios laborales, como públicos, donde, resultaría ilegítimo grabar por medios tecnológicamente refinados. También señalan que la reunión de donde se extrajo la grabación, fue realizada en la oficina del empleador, lugar que el *hombre razonable* no calificaría como “público” o “libre acceso”, sino más bien un lugar de acceso restringido y sólo para colaboradores habilitados. En relación a que **no se realizó advertencia** alguna sobre la privacidad de las conversaciones, rechazan dicha valoración, indicando que entre las relaciones personales de los individuos, es evidente la existencia de *convenciones implícitas*, dadas por tanto por el lugar donde se emite la comunicación, como por los dichos expresados en ellas. Sostienen que atendida la disparidad numérica y el ambiente hostil, que ambas partes -trabajadores asistentes a la reunión y el Sr. Luis Valdés- tenían la recíproca convicción de que sus dichos se mantendrían en privado. Finalmente, acerca de las **temáticas tratadas** indican que lo fundamental son las frases-dotadas de contenido y contexto-vertidas en un ambiente protegido, independiente del tema a tratar.

Con fecha 9 de junio de 2017, la Corte de Apelaciones de Santiago resuelve acoger el recurso de nulidad deducido por la parte recurrente (Banco BCI), invalidando la sentencia recurrida y ordenando que la causa se retrotraiga a la etapa

de realizar una nueva audiencia de juicio sin considerar la prueba ilícita tratada. En este sentido, el considerando quinto del fallo señala: *“...Empero, en lo que puede asumirse como una expansión de los límites para la prueba susceptible de ejecutar ante un tribunal, el Código del Trabajo proscribe además aquellos medios de prueba que se han obtenido, directa o indirectamente “por medios ilícitos”. Sobre esto dos reflexiones. Por lo pronto, en su uso frecuente lo “ilícito” designa aquello que no está permitido legal o moralmente y, luego, que con esa última referencia se está aludiendo a la posibilidad de que el acto mismo de la obtención no implique la lesión de un derecho fundamental. Empero para la ley pervive el reproche porque, a pesar de ello, el medio empleado resulta legal, moral o socialmente reprobado, en términos que sigue siendo inaceptable su producción en el contexto de un debido proceso.”*

El considerando sexto indica: *“Que, en esta perspectiva, esto es, en la que confiere la regulación procesal laboral, no puede pretenderse que sea constitutivo de “un medio lícito” grabar clandestina y subrepticamente una conversación, esto es, sin el conocimiento del emisor de las expresiones registradas en audio. Un comportamiento de esa índole no es social ni moralmente tolerable. Si así fuera, se tornaría insostenible la vida en sociedad, se anularía la libertad, la espontaneidad y la sinceridad en las relaciones sociales. En ese orden de ideas, yerra el sentenciador cuando asume el asunto únicamente desde la óptica de la privacidad, porque el compromiso del derecho fundamental en el acto de obtención de la prueba, es solo una fase o dimensión de aquello que el legislador laboral ha tenido en vista a la hora de calificar como ilícita la prueba. Retomando, la ilicitud puede derivar igualmente de la naturaleza ilegítima del medio empleado para hacerse de la prueba, de manera que es posible que ese acto de obtención no vulnere la privacidad, por ejemplo, pero que sí termine afectando el derecho al debido proceso, cuando esa prueba es admitida, incorporada, reproducida y valorada en un juicio. Entonces, a la luz de los lineamientos enunciados, resulta que la prueba que se viene refiriendo fue obtenida “por medios ilícitos”, marcada por su carácter subreptico y clandestino”.*

El fallo señala que con la valoración e inclusión de la prueba como medio lícito si bien no se infringe el derecho a la privacidad del Sr. Luis Valdés, si se vulnera el

debido proceso, noción que como indica el fallo en el considerando séptimo *“conciérne a la exigencia de parámetros básicos o elementales, dirigidos a asegurar que tanto la discusión como la definición de los derechos involucrados, se lleve a cabo conforme a lineamientos de razonabilidad y justicia. Por ende, la legitimidad de la decisión jurisdiccional esté supeditada a la existencia de un órgano dotado por la ley de la prerrogativa para conocer y juzgar de una causa y, de modo muy especial, a la circunstancia de que su resolución sea el resultado de un proceso previo que, en el sentir del constituyente, esté revestido de reglas formales constitutivas de un procedimiento racional y justo. Una de las garantías así concebidas por el legislador para asegurar la legitimidad de ese resultado es precisamente la imposibilidad de valerse de pruebas ilícitas. Así, tratándose de actuaciones susceptibles de reproche, no se aprecian razones en la ley chilena para no aplicar la exclusión de prueba que pueda tacharse de ilicitud, toda vez que los órganos del Estado están especialmente obligados a velar por el respeto de las garantías de un justo y racional procedimiento”*.

Posterior a ello, la Dirección Nacional del Trabajo recurre de unificación de jurisprudencia en contra de la sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones, que como señalamos anteriormente, acoge el recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en causa RIT S-90-2016, basándose en consideraciones jurídicas que contrarían la jurisprudencia sostenida en otros fallos pronunciados por los Tribunales Superiores de Justicia, existiendo dos interpretaciones sobre un mismo punto de derecho.

Sostienen que el razonamiento del fallo recurrido es contrario a la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia que afirma que una grabación obtenida en la empresa sin conocimiento de quien emite las declaraciones constituye prueba lícita justamente por el contexto en el que éstas se vertieron.

Con fecha 28 de abril de 2016, la ltima. Corte de Apelaciones de Valdivia en rol N° 30-2016, rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la empresa, la cual denunciaba que la sentencia del grado fue dictada con infracción de garantías

fundamentales, particularmente el debido proceso, toda vez que la prueba denunciante consistía en una grabación entre el gerente de la empresa y sus dependientes, obtenida en un recinto privado y sin la anuencia de sus interlocutores.

sentencia señala en el considerando octavo: *“Que, sobre la base de los hechos señalados, no resulta posible estimar vulnerada la esfera de la intimidad personal de la demandada, ya que dicha grabación no implicó una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal del administrador, pues las aseveraciones y demás expresiones corresponden a lo manifestado por este, precisamente en su condición de representante del empleador, en el ejercicio de sus facultades disciplinarias y no a un ámbito propio o reservado que no puedan conocer los demás.*

Refuerza la reflexión precedente, el contexto en el que fueron proferidas todas las expresiones por parte del administrador, esto es, en el marco de un conflicto laboral, a viva voz, frente a una audiencia numerosa, todo lo cual permite inferir que, en tales circunstancias, no existía ninguna expectativa de legítima privacidad de lo que en ese momento se decía tuviera el carácter de reservado o secreto.

No se vislumbra tampoco que la grabación importe una intromisión en una conversación privada, pues quien grabó era una de las tantas trabajadoras a quienes precisamente iba dirigida la comunicación, mediante la cual se daba a conocer la posición de la empresa frente a un conflicto laboral vigente, de lo que dimana que no existió en la obtención de la probanza en cuestión una afectación a la vida privada, ni se produjo una vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, pues el contenido de la conversación en el contexto en el que se produjo, no tuvo dicho carácter, razón por la que el recurso en este capítulo será rechazada”

El fallo reconoce la grabación como un medio lícito, pues la expresiones vertidas no están en un contexto personal, íntimo o privado, en este sentido, no existía una expectativa de privacidad, y es precisamente ese el argumento utilizado para interponer el recurso de unificación, pues las expresiones vertidas por el Asistente Ejecutivo de Relaciones Laborales de BCI se produjeron en su calidad de

empleador, para tratar temas netamente laborales, sin que existiera una legítima expectativa de privacidad, ni que se haya vulnerado su intimidad o derecho a la privacidad e inviolabilidad de sus comunicaciones, de hecho es precisamente el empleador, en el ejercicio de sus poderes empresariales, quien está transgrediendo otros derechos fundamentales. Es más, plantean en la redacción del recurso que excluir esta prueba por ser vulneratoria del derecho al debido proceso o a la intimidad del empleador, significa dar luz verde a cualquier acto unilateral del empleador que vulnere los derechos fundamentales del trabajador que sea susceptible de ser grabado en audio o video sin su conocimiento, por cuanto dicha prueba siempre deberá ser excluida. En este sentido se desprende que el empleador por estar dotado de las facultades de control, mando y dirección podría expresar dichos vulneratorios de otros derechos, en este caso, la libertad sindical y de todas maneras resultar impune en atención a ser expresiones grabadas sin el conocimiento del emisor.

El 12 de abril de 2018 la Corte Suprema acoge el recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la demandante respecto de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, la cual como señalamos anteriormente, acoge el recurso de nulidad interpuesto por la demandada. Comienzan indicando que efectivamente existen interpretaciones diversas sobre una cuestión jurídica adoptadas en sentencias firmes dictadas por tribunales superiores de justicia, esto es la sentencia impugnada y la de contraste presentada. Por un lado, la primera opta y aplica un concepto amplio de prueba ilícita, incluyendo la obtenida no solo con vulneración de derechos fundamentales sino la generado por medios atentatorios de las buenas costumbres, considerando que dicha forma de obtención configura un medio de prueba ilícito, afectando el debido proceso al ser incorporada al juicio; y por otro lado, la sentencia de contraste, decidió en base al concepto de legítima expectativa de privacidad, descartando la vulneración de cualquier derecho fundamental en atención a que las circunstancias y el momento no tenían carácter de reservado o secreto. Entonces, ¿cuál es la postura correcta?.

La Corte en virtud y analizando el numeral 4º del artículo 453 del Código del Trabajo, en el considerando tercero indica: *“no existen argumentos para entender que la regla de exclusión en el orden laboral incorpora dentro de la noción de prueba ilícita aquella obtenida en abierta contravención a una norma de derecho o a un imperativo moral socialmente aceptado, con independencia de la inobservancia de garantías constitucionales”*. Agrega que si bien la redacción del precepto puede resultar algo confusa, *“lo cierto es que no existe constancia en la historia legislativa de que se haya pretendido innovar en el tratamiento de la exclusión de pruebas, más allá de lo que se ha entendido por parte de la doctrina como una consagración legal de la teoría de los frutos del árbol envenenado”*. Es más, indican que la posición planteada en el fallo *“implicaría, necesariamente, sostener que la regla de exclusión consagrada en el Código del Trabajo tiene un alcance mayor que aquellas contempladas en el Código Procesal Penal y en la Ley de Tribunales de Familia”* lo que daría lugar a una exigencia mayor, debiendo los particulares someterse a un estándar más estricto y riguroso, generando problemas desde la óptica de la prueba.

Terminan el mencionado considerando señalando que *“la exclusión probatoria, en materia laboral, no puede justificarse únicamente en una noción amplia de ilicitud, sino que debe necesariamente relacionarse con la inobservancia de una garantía constitucional, operando en aquellos casos en que exista una efectiva violación de derechos fundamentales”*, es decir la no valoración de un medio de prueba está restringida, tal como señala el precepto legal, a aquellos elementos obtenidos directa o indirectamente con vulneración de garantías fundamentales.

En el considerando cuarto indican que para entender y aplicar lo anterior deben analizarse los posibles derechos vulnerados, estos son el debido proceso, la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. El debido proceso en cuanto a ser incorporada en juicio un medio de prueba reconocido como ilícito; y en cuanto a la intimidad o derecho a la privacidad, la Corte indica que *“está relacionado con la preservación de determinados actos en una esfera íntima, con el derecho a replegarse en esta esfera al amparo de toda intromisión, con una autonomía de decisión en cuanto a excluir a otras personas de este ámbito reservado y con la*

facultad de controlar la información a ser revelada”, y que en razón de esto es dable aplicar el concepto de expectativa legítima de privacidad, tema abordado anteriormente.

Luego de fijar el marco teórico, el fallo se refiere a las circunstancias en que se obtuvo la prueba, las cuales ya fueron descritas al inicio de este capítulo, sin perjuicio de ello, cabe destacar que el considerando séptimo señala que: *“el emisor de las comunicaciones, si bien subjetivamente tenía la expectativa de que sus dichos no serían grabados y luego diseminados, aquella no puede ser calificada, objetivamente, como una razonable”* atendido el contexto de la reunión. La conversación se generó en un ambiente de conflicto, en medio de un proceso de huelga. Además, no se les advirtió a los asistentes a la reunión que tenía el carácter de reservada o privada, por lo demás se trataba de una reunión informativa que podía interesarle a los demás trabajadores pertenecientes al sindicato. En definitiva el fallo determina que no hay una afectación sustancial a las garantías individuales: derecho a la intimidad y respeto a la vida privada, pues lo referido por el emisor no decía relación con su esfera de intimidad por tanto la exclusión probatoria por ilicitud no pudo prosperar, concluyendo en el considerando octavo que: *“La grabación no implicó una intromisión ilegítima en la esfera de intimidad del representante de la empresa, pues lo manifestado por éste, en el marco de un conflicto laboral, fue precisamente en su condición de agente de la misma, transmitido a un grupo de varias personas, atinente a materias propias de la relación laboral y fijado en un soporte de audio por uno de los participantes de la conversación, circunstancias que llevan a esta Corte a determinar que la expectativa de privacidad esgrimida no es una que pueda ser reconocida como razonable”*., por lo que acoge el recurso de unificación de jurisprudencia, invalidando la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones, procediendo a dictar una sentencia de reemplazo.

Cabe tener presente el voto disidente del abogado integrante señor Correa, quien fue de opinión de rechazar el recurso atendido que al hacer el análisis correspondiente del artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo y contrastarlo con el artículo 161 A del Código Penal el cual sanciona la grabación de conversaciones de

carácter privado hecha sin autorización del afectado en lugares que no sean de libre acceso al público, premisa que aplicaría a la situación fáctica descrita. Señala que *“El carácter privado de la conversación registrada no depende del contenido de lo conversado, sino únicamente de si las condiciones pragmáticas en que la conversación tuvo lugar son tales que el afectado podía tener una razonable expectativa de privacidad”*, y según su criterio los supuestos de hecho de la sentencia recurrida y la de contraste presentada son diferentes, teniendo distintas circunstancias que no darían lugar a acoger el recurso.

5.1. Análisis Jurisprudencia. ¿Cambio de paradigma?

Un interesante efecto se produjo como consecuencia de la dictación del fallo referido precedentemente, iniciando un debate respecto a los alcances de dicho pronunciamiento.

Si bien han sido pocos los casos en que nuestro Excma. Tribunal se ha pronunciado sobre la materia, sostenidamente parecía encontrarse arraigado en nuestro sistema procesal la idea de que, en cualquier caso, existía una primacía del derecho a la privacidad aplicado a las comunicaciones y actuaciones desarrolladas por los particulares en un ámbito privado y/o de confianza. Tal idea implicó condenar mayoritariamente la práctica de realizar grabaciones ocultas o subrepticias, sin conocimiento del interlocutor, atendido la exposición ilegítima que ello podía implicar de la protegida esfera de privacidad de un particular. Consecuencia de ello era la natural exclusión de medios probatorios obtenidos por esa vía. En otras palabras, en los hechos se tendió a privilegiar la “expectativa de privacidad”.

Sin embargo, al amparo del artículo 161 A del Código Penal, nuestra Excma. Corte Suprema ya se había pronunciado en el año 2013 sobre la materia, acogiendo el recurso de casación, exponiendo en el considerando octavo que *“...no existió intromisión no autorizada en la vida privada de alguna persona, porque el registro, captación o grabación de la comunicación no fue realizada por un tercero ajeno capaz de actuar como titular de la acción intrusiva, por lo que su difusión también permanece al margen del reproche penal. No hay, en consecuencia, observadores*

ilegítimos de la información revelada, sino interlocutores titulares de la conversación y dueños de su contenido, por ello, cualquiera de los participantes excluidos de la obligación de secreto, podía reproducirla, como efectivamente aconteció.” En este sentido en el considerando noveno indica: “Que en tal entendimiento no puede haber una afectación a la privacidad e intimidad protegidas por la norma del artículo 161 A del Código Penal, y un eventual atentado a la honra -que el tipo no sanciona- nace, en este caso, de los propios actos de los presuntos afectados, consistentes en ofrecer licencias médicas sin justificación alguna.”

En el caso analizado en el presente trabajo, la Corte Suprema opta por incluir y valorar un medio de prueba que la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de nulidad, había excluido por revestir el carácter de ilícito, mientras que la normativa vigente en materia de prueba ilícita se refiere estrictamente a excluir medios de prueba que revistan el carácter de ilícitos. En este sentido se aleja del criterio sostenido, en cuanto a calificar de ilícita una grabación subrepticia atendido el reproche de clandestinidad que se le podía efectuar sobre esa base, e introduce consideraciones que parecieran relativizar la esfera privada de protección.

Tales consideraciones, antes que resultar pacíficas y atendibles dentro del círculo de juristas se evidencian como fuente interesante de conflicto y debate, como se constata al atender a una serie de opiniones que, abiertamente, disientan de dicha postura y adoptaron una actitud crítica respecto de tal pronunciamiento. Así, por ejemplo, podemos mencionar los siguientes:

Don Hernán Corral, profesor de derecho civil de la Universidad de los Andes, criticó los planteamiento de la Corte, señalando: *“la Corte para admitir la grabación subrepticia como prueba hace una interpretación doblemente restrictiva: primero, y contra el tenor literal del artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo, señala que solo procede la exclusión en caso de vulneración de derechos fundamentales (y no de las pruebas obtenidas por medios ilícitos sin afectación de dichos derechos); y, en segundo término, restringe el criterio de la razonabilidad de la expectativa de privacidad, básicamente, porque se trataba de un grupo de trabajadores y las expresiones grabadas se referían a aspectos laborales y no eran propias de la vida*

doméstica o privada del declarante (empleador)". En tal sentido, la crítica que esboza el profesor Corral cobra aún más fuerza atendido que como se indicó precedentemente nuestros tribunales penales han sostenido que grabar de forma oculta una conversación, sin autorización del emisor, reviste el carácter de delito por lo que prima facie debió ser considerada como prueba ilícita no permitiendo su incorporación en juicio, independiente que las cuestiones referidas no hayan revestido precisamente el carácter de privadas o íntimas, respecto de aquel que las emitió pues validar actuaciones de esta índole podría incluso significar una pérdida de confianza al diálogo como herramienta tremendamente importante en la solución de conflictos.¹¹⁵

En el mismo sentido el profesor de derecho del trabajo de la Universidad de Chile, Héctor Humeres sostuvo que: "*Hay una interpretación muy laxa de lo que debe entenderse por la prueba ilícita, porque la prueba ilícita que está recogida en el procedimiento de familia, penal y también laboral es bastante estricta cuando señala cuáles son los medios ilícitos que no pueden aportarse en un juicio, y aquí la Corte Suprema toma esta institución y la pone bajo una premisa errada, porque cuando habla, por ejemplo, de la privacidad la pone de un modo en que la desnaturaliza, porque dice que esta es variable (...), que debe ser apreciada de acuerdo a las circunstancias del caso*".¹¹⁶

Asimismo, en una actitud abiertamente crítica a lo resuelto ha sostenido que "*El concepto de privacidad no es, como sostiene el fallo, uno variable en el tiempo. Su percepción natural es que constituye el derecho de un individuo a desear que lo tratado en un ámbito privado no sea develado al conocimiento de terceros sin su consentimiento. Ello corresponde a una zona propia e íntima del actuar de las personas, que merece respeto y protección*.

La sentencia en comentario mediatiza el concepto de privacidad al señalar que este es variable en el tiempo, y el de intimidad, porque señala que para merecer

¹¹⁵ El Mercurio. 18 de abril de 2018. <https://app-vlex-com.uchile.idm.oclc.org/#search/jurisdictions:CL/prueba+ilicita+laboral+prueba+ilicita+laboral/p2/WW/vi d/710482081>

¹¹⁶ Idem.

esta protección constitucional debe ser objetivamente justificada acorde a las circunstancias del caso.

Más allá de la circunstancia de admitir una grabación que violenta la privacidad, ello puede afectar la confianza y buena fe en que se desarrollan las relaciones laborales que se dan al interior de una empresa.”¹¹⁷

Tras esto cabe entonces preguntarnos por el efecto ocasionado por el fallo analizado, esto es, si este se agota en un efecto relativo limitado sólo respecto del caso en particular o sino más bien presenta un efecto expansivo y por ende importa una nueva tendencia o cambio de paradigma en la jurisprudencia nacional.

Para ilustrar lo anterior, nos parece pertinente graficar cuál ha sido hasta la fecha la tendencia predominante, lo que veremos a continuación con algunos ejemplos de sentencias sobre la materia.

Tal como se indicó precedentemente, mayoritariamente nuestros tribunales se han inclinado por excluir medios de pruebas por ser considerados ilícitos al ser vulneratorios de derechos fundamentales, condenando, por ejemplo, la obtención de grabaciones efectuadas en forma subrepticia o con desconocimiento de su interlocutor, atendida la ilicitud que ello manifiesta.

Así podemos citar, como ejemplos, las siguientes sentencias que excluyen un medio de prueba aportado por ser vulneratorio de garantías constitucionales:

1. La Corte de Apelaciones de Punta Arenas en fallo causa N°98/2012 dictado con fecha 12 de diciembre de **2012**, específicamente en el considerando cuarto de dicha resolución sostuvo que *“de los antecedentes allegados al recurso, es un hecho no discutido que tanto la grabación de voz como la de imagen acompañados al recurso, fueron obtenidos **sin la autorización del***

¹¹⁷ Humeres Noguera, H. *El fin no justifica los medios*. Columna de opinión Colegio de Abogados de Chile. <https://colegioabogados.cl/fin-no-justifica-los-medios/>

*recurrente, pruebas que en todo proceso judicial o administrativo, **podrían ser calificadas como ilícitas***”.

2. El Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago con fecha 17 de mayo de 2013 en causa RIT T-84-**2013** acoge objeción de la denunciante, teniendo por no incorporada y omitiendo la valoración de la prueba documental ofrecida por la demandada consistente en tres correos electrónicos. En este sentido, en el considerando octavo se establece que *“no cabe sino concluir que dichas **comunicaciones tienen el carácter de privado**. En efecto, de su sola lectura se desprende que se trata de una comunicación para y por el actor y G.S., que no está dirigida a la empresa ni al sr. Cruz o sra. S. como destinatarios y, por ende, merece estar resguardado del conocimiento de éstos. De este modo, efectivamente el empleador accedió a una forma de comunicación que era esperable tanto para su receptor como para su remitente que se mantuviera dentro de la esfera de lo privado o, al menos fuera del conocimiento de quienes pudiesen tomar a mal lo que allí se indica.*

*Cabe señalar que el carácter de privado del documento en cuestión no se ve afectado por el hecho que la empresa sea dueña de la casilla institucional a la cual se envió o que el aparato BlackBerry fuere de su propiedad, puesto que lo que le da el carácter de privado es que tanto el remitente como los demás destinatarios tenían la **legítima expectativa de que su comunicación no fuera interceptada ni conocida por personas diversas a las que el correo fuera dirigido.**”*

3. El Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt en causa RIT O-305-2013 con fecha 12 de diciembre de **2013** atendido lo enunciado en el artículo 161-A del Código Penal establece y el artículo 453 del Código del Trabajo, excluye medio de prueba consistente en “grabación obtenida a través de un celular del alumno de L.I.N., sin conocimiento ni autorización del profesor Nieto”, indicando en el considerando décimo primero *“Que de estas normas se desprende claramente que la obtención de dicha prueba lo fue a través de*

*medios ilícitos por lo que se le resta todo valor probatorio y en consecuencia **no será apreciada por el tribunal***”.

4. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, conociendo del Recurso de Nulidad ROL 145-2015, confirmó sentencia dictada por el Juzgado de Letras del Trabajo de la misma ciudad, que decidió excluir una grabación entre dos personas por considerarla ilícita: *“Se escucha grabación contenida en un pendrive aportado por el demandante que contiene una conversación entre él y otra persona que según el demandante es “un jefe”. Esta **prueba no se pondera por carecer de valor probatorio** atendido lo dispuesto en el artículo 453 N° 4 inciso 3° del Código del Trabajo al haber sido **obtenida por medios ilícitos**, por tratarse de la conversación privada entre dos personas que fue grabada **sin conocimiento ni consentimiento de una de ellas**, conducta tipificada como delito en el Código Penal”*.
5. Con fecha 2 de noviembre de **2016** el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en causa RIT S-47-2016 determina en el considerando octavo *“Lo anterior permite determinar que el mencionado dirigente sindical incurrió en el hecho típico señalado en el artículo 161-A del Código Penal, ya que esta captó y reprodujo conversaciones de carácter privado en un recinto privado sin contar con la autorización del emisor o de los emisores del correo electrónico, razón suficiente para acoger la objeción en análisis, **no considerándose los documentos objetados como prueba del proceso.**”*
6. La Corte de Apelaciones de Valparaíso en fallo Causa n° 1975/2016, con fecha 1 de diciembre de **2016** rechaza recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Adjunto de Viña del Mar en contra de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Viña del Mar, que absolvió de la imputación a autor de delitos de tráfico ilícito de estupefacientes, receptación y tenencia ilegal de arma de fuego y municiones. Indica en el considerando 7 °) *Que de toda la normativa precedentemente descrita se desprende que existen derechos y garantías que son reconocidos como esenciales, consustanciales a la persona; que por ello estos derechos o*

*garantías deben ser respetados; que ellos requieren de un particular modo de obrar cuando el Estado ejerce el ius puniendi, a los fines de desarrollar la persecución penal; y, que, cuando dicha normativa se infringe, tal infracción trae aparejada la nulidad del respectivo acto o diligencia, los cuales no pueden servir de fundamento para una sentencia definitiva penal. Por consiguiente, cuando los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de V. del M. decidieron que debido a que el procedimiento policial "...estuvo **plagado de transgresiones a las garantías constitucionales...**" **la prueba rendida por el Ministerio Público no puede servir para fundamentar una decisión de condena**, se encuentran en lo correcto y sólo están dando aplicación a la normativa aplicable en la materia; y, por consiguiente, ellos no infringen el deber de valoración de la prueba establecido en el artículo 297 del Código Procesal Penal. La prueba a la que alude el citado artículo 297 es aquella **válida, legítimamente obtenida, única que puede servir de sustento a un reproche penal en un juicio oral legalmente tramitado.***

7. La Corte de Apelaciones de Concepción en fallo ROL 375-2020 dictado con fecha 17 de noviembre de **2020** rechaza recurso de nulidad interpuesto por las partes, por compartir el razonamiento expuesto por el tribunal a quo respecto a la exclusión probatoria, atendido que en el caso en cuestión se trató de una grabación realizada sin el consentimiento de la representante de las demandadas, de manera tal que la obtención de dicha prueba se verificó vulnerando el derecho a la protección de la vida privada de las personas y la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada: "5°. *Que, en este orden de ideas, la protección de los derechos fundamentales también puede justificar una limitación del derecho a la prueba. En efecto, (...) trátase de una conversación grabada en la consulta del demandado **sin su consentimiento, en forma oculta, diálogo que tiene el carácter de privado, de modo que su obtención y reproducción constituye una violación de los derechos consagrados en los numerales 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política***

de la República, razón más que suficiente para **desestimar de plano su valor**".

También, en este sentido, cabe mencionar sentencias en las que se admite medio de prueba, desestimando su ilicitud.

8. El Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel con fecha 16 de septiembre de **2016** en causa RIT O-425-2016 establece en el considerando sexto "*Que en relación a la alegación de prueba ilícita intentada por la parte demandada respecto a la conversación de Chat vía whatsapp, incorporada por el actor, la que sostiene se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales, será rechazada por cuanto las personas que participan en dicha conversación no pueden más que conocer la exposición a la que se ven enfrentadas al sostener un diálogo por esa vía, quebrantando ellos mismos la esfera de resguardo de seguridad de su vida privada*".
9. El Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción en Sentencia RIT T-9-2017, con fecha 25 de abril de **2017**, rechaza impugnación de ilicitud interpuesta por la demanda respecto de un medio de prueba aportado por la demandante consistente en tres grabaciones realizadas por el actor a las conversaciones que sostuvo con personal de la demandada, concluyendo que "*efectivamente el ambiente dentro de la empresa estaba agitado, por lo que no es raro que las grabaciones fueran parte de las prácticas al interior del recinto, debiendo entenderse entonces conocidas por todos*".
10. El Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en sentencia RIT O-2039-2019 de fecha 3 de marzo de **2020** rechaza incidente de ilicitud. En el considerando sexto del fallo, analizando las condiciones de grabación de un video ofrecido como medio prueba y teniendo a la vista el fallo de la Excelentísima Corte Suprema Rol N° 35.159-2017, indica: "es necesario analizar este punto desde dos aristas: la legítima expectativa de privacidad, y el de la ponderación de derechos colisionados.

a) Respecto a la legítima expectativa de privacidad. Del caso particular, quien va manejando en el bus, si bien realiza su labor sin percatarse o al menos vislumbrar eventuales grabaciones respecto a cómo este ejerce su trabajo, las circunstancias particulares: (...) conducta que en sí misma no resulta suficiente para estimar que tenía una razonable expectativa de privacidad respecto de que su actuar no fuera advertido y denunciado por cualquier persona (...)

A mayor abundamiento, y tal como lo señala la sentencia de unificación citada, se da en este caso particular que contrastadas la privacidad y derecho a intimidad de la persona, con las imágenes subrepticamente grabadas, resulta evidente que estas últimas no dicen relación con la esfera privada de quién aparece en ella ni constituyen, en caso alguno, el develamiento de algo reservado a su ámbito más íntimo y, (...) no podría considerarse que la grabación ha implicado una afectación sustancial a las garantías individuales ya mencionadas (...).

b) Ponderación de derechos colisionados (...). El juicio de idoneidad (...) Que en el caso particular, se da a juicio de esta sentenciadora por corresponder la misma a la vida e integridad psíquica de las personas, bienes jurídicos protegidos por la norma de tránsito. Al juicio de necesidad (...), En el caso en particular también se da, toda vez que se descubre al trabajador en el desempeño de sus labores cometiendo una infracción de tránsito, de seguridad e interna empresarial, cuya forma más patente de dar cuenta es dejar dicho registro, que por lo demás lo capta únicamente en la acción. Al juicio de proporcionalidad en sentido estricto. (...) del caso en particular, se observa que la vida e integridad física de los pasajeros y los propios trabajadores del bus, es protegida de manera tal que hace entendible la restricción de la privacidad del actor, señalando además que(...) al menos su esfera íntima de personalidad y demás derechos no fueron vulnerados, sino únicamente se trató de una grabación que daba cuenta de una infracción en el ejercicio de sus labores, considerando además su posición de garante frente a los pasajeros y tripulantes.”

11. El Juzgado de Letras y Garantía de Combarbalá en Sentencia RIT T-1-2020 de fecha 11 de diciembre de **2020**, se refiere a la ilicitud de la prueba propuesta por la demandada, refiriendo que se trata de una conversación entre primos y por lo tanto privada y amparada por el derecho en cuanto a su resguardo. En relación a esto, en el considerando sexto indica: *“... quepa señalar que la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada protege la circulación de la información en forma libre y determina la prohibición de interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones. Se estima que la garantía en cuestión puede verse afectada cuando es un tercero ajeno al emisor y receptor el que accede a esa comunicación privada, haciendo luego uso o no de esa información. Por otra parte, quien recibe la comunicación privada puede darla a conocer a terceros salvo que el contenido de la comunicación afecte la privacidad del transmisor.*

Resolviendo esta cuestión, en relación a la alegación sobre que la prueba de los mensajes de WhatsApp sería prueba ilícita, esto es, la obtenida con infracción de garantías fundamentales, debe ponderarse que la actora habría sido parte directa de la conversación en que se produjeron los mensajes como emisora y receptora, por ende, al exhibirlos en juicio en abono de sus pretensiones procesales no ha vulnerado algún derecho y por lo demás del examen de los mensajes aludidos no se desprende que haya existido una especial expectativa de privacidad de parte de los participantes, pues discurren sobre temas relacionados con el trabajo, por lo que no se desprende que “héctor primo” haya hecho presente alguna reserva al contenido de la conversación, la que se entiende pasó a ser de dominio de la actora. Por otra parte, quien tendría legitimidad para solicitar la exclusión de la prueba ilícita sería la persona afectada en sus derechos, en este caso, héctor primo, careciendo por ende la demandada de la idoneidad para alegarlo.

Por estas consideraciones, se rechazará la alegación estableciéndose que la incorporación al juicio de las conversaciones que sostuvo la actora con hector

primo, no constituyen prueba ilícita y por lo tanto puede ser valorada en su mérito”.

Tras los fallos mencionados es posible evidenciar que previo al fallo de la Corte Suprema, analizado en el presente trabajo, la tendencia era clara en excluir un medio de prueba por revestir el carácter de ilícito atendido lo consagrado en el artículo 453 del Código del Trabajo. Cabe señalar que el fallo permitió abrir un espacio al debate, marcando un precedente y dando giro importantísimo en la jurisprudencia nacional, sirviendo de base para fundamentar fallos posteriores, teniendo algunos de ellos expresas referencias al razonamiento utilizado por la Corte, sin perjuicio de ello, es posible concluir que no provocó un cambio en el paradigma de la jurisprudencia nacional, dado que no sentó un precedente como una unificación de sentencia, sino que más bien fue un cambio de interpretación que abrió una puerta para futuros caso similares.

5.2. Exclusión amplia de prueba en materia laboral y cambio de interpretación del artículo 453 N°4 CT.

Si bien el razonamiento de la exclusión probatoria en materia laboral parecía estar claro y definido a la luz de la normativa vigente, en el sentido de atribuírsele el carácter de ilícita, por su forma de producción u obtención, apartando del juicio un determinado medio de prueba, lo que ocurría claramente, por ejemplo, en el contexto de una grabación de audio o video, obtenida en forma subrepticia, en un ambiente o espacio privado y con desconocimiento de los participantes, este nuevo lineamiento, criterio o paradigma claramente genera un vuelco, conforme al cual pareciera arraigarse la necesidad de aplicar un ejercicio de ponderación.

En efecto, la sentencia de la Corte Suprema pareciera sentar como base la necesidad de admitir una prueba ilícita u obtenida con vulneración a derechos fundamentales, en oposición a la regla de exclusión amplia ya analizada en el capítulo relativo a prueba, basándose en un ejercicio de ponderación de las circunstancias particulares de cada caso. Lo anterior permite evitar o limitar el

ejercicio generalista de declarar inadmisibile un medio de prueba por atribuírsele el carácter de ilícita ante todo evento de vulneración, dando espacio a elementos propios del caso, pues de lo contrario podría implicar la vulneración y desprotección de otros derechos. Dicho de otro modo, lo que ocurrió en este caso particular no es otra cosa que, un cambio de interpretación de la regla de exclusión del artículo 453 n°4 de nuestro Código del Trabajo.

Pero entonces, ¿puede ceder dicha regla de exclusión frente a ciertas circunstancias concurrentes?, ¿debe ejecutarse a este respecto un examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad?, ¿podría ello llevarnos a reconsiderar los criterios conforme a los cuales una prueba deberá ser considerada como ilícita o no?. La respuesta, por lo menos a la luz del fallo analizado en este trabajo, es claramente positiva.

La norma del artículo 453 nos indica *“4) 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, fuese pertinente.*

Sólo se admitirán las pruebas que tengan relación directa con el asunto sometido al conocimiento del tribunal y siempre que sean necesarias para su resolución.

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 derechos fundamentales.”

Es menester señalar que recién en el año 2006 con las modificaciones introducidas al Código del Trabajo se consagra el actual y recién transcrito artículo 453 N°4 el cual por primera vez aborda y reglamenta asuntos como: la prueba ilícita, y todo esto en el contexto de la Reforma Procesal Penal (CPP) el que comienza a configurar un nuevo paradigma, pasando de un modelo inquisitivo a uno acusatorio

en el que el imputado tiene por sobre todo derecho a defensa y por ende la posibilidad de rendir prueba.

A la fecha no existe un acabado estudio y discusión de los alcances de dicha norma por lo que su aplicación no ha estado exenta de debates y controversias, como señalamos en capítulos anteriores. Ahora bien, lo que sí ha queda claramente evidenciado en este trabajo es que la regla de exclusión probatoria en materia laboral es de las más amplias en nuestro sistema jurídico, cuestión que, a lo menos es cuestionable, dado los derechos jurídicos que por regla general están en juego en los procesos laboral, los que son principalmente de carácter pecuniarios.

Si bien, conforme al criterio históricamente sostenido por nuestros tribunales la calificación de ilícita de una prueba ha estado en la línea de acotarse a lo expuesto expresamente en la norma y en otros preceptos del ordenamiento jurídico, y aun cuando dicha línea no se vea cuestionada del todo por un nuevo paradigma, como el planteado en la sentencia analizada, nos parece valioso el razonamiento expuesto por la Corte en cuanto da espacio al análisis de las particularidades del caso, atendiendo a las determinadas circunstancias, ampliando de alguna manera lo expuesto en el artículo o más bien, desde otro punto de vista del análisis, teniendo a la luz el ejercicio esencial de los derechos fundamentales, es decir, el ejercicio esencial del derecho de privacidad y no, su extensión toda, dado que su ejercicio de forma absoluta colisiona con los derechos fundamentales de los trabajadores del sindicato.

Así las cosas, podemos afirmar que, si bien la regla de exclusión del artículo 453 n°4 del Código del Trabajo es explícitamente amplia y quizá, la más amplia de nuestro sistema jurídico, en este caso en particular la interpretación del tribunal la restringido en pos de una interpretación judicial que, si bien, no es la mayoritaria, no es menos válida, dado que dicha exclusión pareciera no tener mayor sustento argumentativo, dado que no hemos encontrado argumentos de peso para ello, ni en la historia de la ley, ni en la doctrina nacional, ni en el espíritu de la norma, sino que pareciera ser más bien, un sinsentido del que los legisladores de la época no se percataron, sin dimensionar los alcances inexplicables de la norma, lo cual no se

condice con las normas probatorias del CPP y de la Ley de Tribunales de Familia que son homologables a la normativa laboral.

El criterio de exclusión en materia laboral, tal como se señaló en el capítulo anterior, al menos podemos decir que atenta contra otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, tales como el debido proceso y en el derecho a prueba, lo que según Francisco Jara *“debe llamar doblemente la atención, no solo por la importancia que debiera tener el derecho a la prueba como garantía, pues de acuerdo al tenor de la disposición legal, basta que la prueba hubiese sido recabada “por medios ilícitos”, sin importar la entidad de la vulneración. Podría por ejemplo vulnerarse un reglamento interno de la empresa, lo que constituiría una contravención que probablemente no afecta ningún interés tutelado constitucionalmente, o que tenga reconocimiento en tratados; sin embargo esa protección podría prevalecer sobre la búsqueda de la verdad y el debido proceso”*¹¹⁸, cuestión totalmente relevante en un caso como el de análisis, dado que en pos del derecho de privacidad o, más bien la expectativa de privacidad, casi se obvia y excluye el fundamento para proteger derechos fundamentales como el debido proceso y más importante aún, los derechos sindicales garantizados en la carta fundamental.

Lo anterior, podría darse en el marco de las relaciones laborales sin mayores fundamentos, dado que los bienes jurídicos en materia laboral no son los de primera necesidad y no pareciera existir justificación racional para tan amplia regla de exclusión única en nuestro ordenamiento jurídico, exigiéndole más a los privados que al propio Estado en materia penal, por ejemplo.

Ahora bien, en relación al fallo y al cambio de interpretación, podemos afirmar que difícilmente podemos afirmar que esto corresponde a un cambio de interpretación del artículo 453 del Código del Trabajo, dado que ha sido más bien un fallo y razonamiento aislado, pero que sin duda, marca un antes y un después, lo que a su vez, abre la puerta a nuevas interpretaciones en torno a la regla de exclusión en

¹¹⁸ Jara Bustos, F (2011). *La prueba ilícita en Materia Laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno*. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol 2, N° 3. p 119.

materia probatoria en sede laboral, cuestión ya bastante polémica en nuestra jurisprudencia.

CONCLUSIONES

Tras el desarrollo e investigación del presente trabajo hemos podido analizar diversas materias de interés en materia laboral, a saber, la regulación de la prueba ilícita, el tratamiento y desarrollo jurisprudencial ante las posibles colisiones de derechos fundamentales en sede laboral, el concepto de expectativa de privacidad y el “cambio” jurisprudencial en relación a la sentencia Rol N°35159-2017 de la Excelentísima Corte Suprema.

En primer término, es menester señalar que nuestra Constitución Política de la República posee un efecto irradiador en todo el sistema jurídico, por lo que sus preceptos son exigibles a todos, es decir, sin distinción de privados o el Estado, dado el desarrollo y aceptación de la teoría horizontal de los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico. Así las cosas, el trabajador no pierde su calidad de ciudadano y, por tanto, sus derechos fundamentales por ingresar y permanecer en dependencias del empleador prestando servicios como dependiente, ya que, mantiene la calidad antes indicada dado que éstos le son exigibles a todos, incluyendo al empleador como privado que debe garantizar y respetar los derechos constitucionales del trabajador. En definitiva, el trabajador en tanto persona es titular de derechos fundamentales que son exigibles en el ámbito de las relaciones de trabajo.

En esa línea existen derechos más bien absolutos, como el derecho a la vida y a la integridad física, sin embargo, hay otros que merecen un tratamiento diferenciado, tal como ocurre con el derecho a la vida privada, cuestión latamente analizada en este trabajo, debido a que este derecho no es del todo absoluto y merece un análisis casuístico en el cual podemos evidenciar que no existe una concepción unívoca del mismo derecho, lo que ha traído a la palestra diversos análisis respecto a nuevos conceptos, tales como, *la expectativa de privacidad*.

En el fallo de nuestro máximo tribunal antes señalado, se analiza a cabalidad dicho concepto el cual abre la puerta a la inclusión y valoración de la grabación de la conversación de los trabajadores descolgados de la huelga y uno de los

representantes del banco, dado que se cuestiona si existe de parte del representante del banco una expectativa legítima de privacidad, teniendo especial consideración el contexto en que se expresan dichas afirmaciones, la dignidad de las personas, el papel que representa la persona que emite un determinado mensaje y cómo éste podría afectar o entrar en colisión con otros derechos fundamentales propios de la relación laboral, además, de tener en cuenta el relevante papel que juega la confianza entre los receptores del mensaje y quien los emite.

Así las cosas, reiterando que el análisis debe realizarse caso a caso, a la luz del razonamiento de nuestra Excelentísima Corte Suprema, podemos sostener que en este caso en particular no existe una legítima expectativa de privacidad, surgiendo las siguientes interrogantes ¿podría el emisor del mensaje grabado esperar en la confianza que tenga con los trabajadores, que éstos no divulgarían lo que ahí se trató?, ¿podría considerar que lo que él expresaba se trataba de un secreto íntimo que merecía el resguardo de los receptores? a las que podemos responder de forma negativa, en atención a los acuerdos sociales que existen frente al tema, ya que, los intervinientes no trataban temas de la esfera personal con personas de su círculo cercano, sino que, se trataba de una reunión de trabajo con personas que no tenían ningún vínculo personal, más allá del meramente laboral.

Además, es preciso considerar que el espacio privado en el cual el representante del banco emite las expresiones grabadas sin su consentimiento, participan varias personas, hablando de temas laborales, los cuales debido al contexto, le son relevantes a muchas personas, por lo que, al menos cabría cuestionarse si acaso, ¿existirá una expectativa de privacidad legítima en que quienes reciben el mensaje no revelen lo que en dicho contexto se manifiesta?, pareciera ser que no.

El fallo se restringe a la aplicación de la norma, es decir, admite como tal un medio de prueba que no vulnera el derecho a la privacidad, cumpliendo con la normativa y resguardando el derecho a la libertad sindical, toda vez que las

grabaciones utilizadas en primera instancia “*no dicen relación con la esfera privada de quién las emitió*”¹¹⁹,

Por otro lado, es menester referirnos a la regulación de la prueba en materia laboral debido a que tras el análisis expuesto, no resulta mayormente plausible exigir el mismo estándar, tanto al Estado como a los particulares, en materia probatoria, atendido que no hay motivo que justifique ampliar la noción de prueba ilícita, restringiendo la protección de los derechos fundamentales, teniendo a la vista la *teoría del árbol envenenado*, como, asimismo, considerando las leyes homologables en materia laboral, a saber, el tratamiento del derecho de familia y, además, los bienes jurídicos en disputa, los cuales por regla general en materia laboral suelen ser de carácter pecuniario.

Otra cuestión relevante a tener en cuenta es la protección de los derechos de los trabajadores, que en dicho caso en particular se vio resguardada al tener como valorada dicha prueba, pero que, a la vez, puede provocar el efecto inverso en cuanto a que podría generar un precedente para dar lugar a admitir grabaciones ocultas en que empleadores expongan a sus trabajadores lo que implicaría un retroceso en materia de garantía de derechos fundamentales de los trabajadores, en cuanto considerarlos la parte más débil de la relación laboral. Al respecto, concluimos que, no debe ser un estándar absoluto y que, más bien se debe analizar caso a caso, como ya se ha indicado, dando un lugar preferente a la aplicación y desarrollo del estudiado y expuesto principio de proporcionalidad, para resolver este tipo de situaciones, que permitan considerar y evaluar debidamente las múltiples situaciones que se generan en el ámbito de las relaciones de trabajo, tanto en el aspecto individual como colectivo.

Sin perjuicio de lo anterior, el cambio de paradigma planteado por la Excelentísima Corte Suprema, no supone una autorización a la obtención de pruebas vulneratorias de derechos fundamentales, sino que, permite que el sentido amplio de prueba ilícita se restrinja únicamente a proteger las garantías constitucionales.

¹¹⁹ Corte Suprema. Rol N°35159-2017.

Además, el fallo en cuestión, también presenta una especial mención a la expectativa de privacidad, por lo que sin duda, lo que se busca es el análisis de la posible vulneración del derecho de privacidad en su esencia, lo que no ocurre en el caso en cuestión y por ello, es admitido dicho medio de prueba.

Finalmente, y a la luz del análisis jurisprudencial que se llevó a cabo debemos referirnos al posible cambio de interpretación de la norma y/o inclusión de grabaciones como medios probatorios, a lo que es menester señalar que si bien, el fallo resulta controversial y polémico, esto no bastó para generar un cambio sustancial en la jurisprudencia nacional, pero que sin duda, abre la puerta al debate y al análisis de dichos medios probatorios, mas cuando en el caso puntual está en juego el derecho a la prueba y a la sindicalización en su ejercicio más patente, pero que en otros casos a largo o mediano plazo el resultado puede ser inverso y que sean los empleadores quienes utilicen grabaciones ilícitas en las fases probatorias del procedimiento laboral, cuestión que de ser admitida podría generar un grave retroceso en materia de protección de garantías fundamentales de los trabajadores.

En este contexto, podemos concluir que si bien no es el criterio mayormente utilizado en la jurisprudencia laboral, abre una puerta que en algunos casos puede llegar a ser peligrosa para los propios trabajadores, pero que en el caso en cuestión, a nuestro parecer fue acertada y bajo la aplicación del principio de proporcionalidad fue ajustada a derecho y que siempre, se debe tener especial consideración con el caso a caso, dado que nuestro sistema legal, por más que lo intente no puede, ni debe preveer todas las situaciones que se den en la cotidianidad, por lo que son los agentes del derecho los llamamos a actuar bajo el criterio jurídico siempre velando por la protección y garantía de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá, H. N. (1998). *El Derecho a la Privacidad y la Intimidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno*. Talca.
- Aparicio, J., & Baylos, A. (1992). *Autoridad y democracia en la empresa*. Madrid: Trotta.
- Bustos, F. J. (2011). La prueba ilícita en Materia Laboral. La regla de exclusión más amplia del derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2(3).
- Cataldo, J.L. (2009). *Título de Derechos Fundamentales del Trabajador*. Legal Publishing.
- Cataldo, J.L. *Los Derechos fundamentales del trabajador: El nuevo procedimiento de tutela laboral*.
- Ugarte, J. L. *Derechos fundamentales, tutela y trabajo*.
- Ugarte, J.L. (s.f.). *Derecho Constitucional Chileno* (Vol. II). Santiago.
- Contreras, S.G. (2013). El derecho de huelga en la Constitución Chilena. *Revista de Derecho*.
- Contreras, S.G. (2014). *Fundamentos del Derecho Laboral*. Thomson Reuters.
- Contreras, S.G. (s.f.). Procedimiento de tutela y eficacia diagonal de los derechos fundamentales. *Revista Laboral Chilena*.
- Corral, H. (s.f.). *El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980*. Obtenido de <https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/04/vida-privada-y-constitucion.pdf>
- Ermida Uriarte, O. (2006). *Derechos humanos laborales en el derecho positivo uruguayo*.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y Garantías, la ley del más débil*. Trotta.
- Fuenzalida, G. L. (2010). *Manual de Proceso Laboral*. Santiago: Abeledo Perrot.
- García, M.F. (2004). Preguntas-Respuestas introductorias para el estudio de la teoría de la prueba ilícita. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*.
- González, C. P. (1996). *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Santiago .
- Gutiérrez, A., Sánchez, P., & Pizarro, E. (2014). *Scielo*. Obtenido de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v15n1/art13.pdf>
- Herrera, P. (s.f.). El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile. *Revista de Derecho y Tecnología*.
- Jaña, Á. V. (2018). La prueba ilícita en el actual procedimiento laboral chileno. *Revista de Estudios Ius Novum*, 11(1), 107-152.

- Lehuedé, E. J. (2007). La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno. *Revista Chilena de Derecho*.
- Mangarell, C. (2013). Derechos del empleador a la organización y dirección de la empresa, y límites. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4(8).
- Navarrete, C. M. (1991). *Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales*.
- Palomeque, M., & Alvarez de la Rosa, M. (2001). *Derecho del Trabajo*. Madrid.
- Pasco, M. (2012). Los derechos laborales inespecíficos. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.
- Peces-Barba, G. (1999). *Curso de derechos fundamentales*. Madrid.
- Pellegrini, A. (7). Pruebas ilícitas. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*(10ada).
- Peña, C. (1996). *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Santiago.
- Pérez, A. C. (1996). Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile. 4(2).
- Rojó, E. C. (2006). La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones Laborales y su Reconocimiento por la Dirección del Trabajo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 27.
- Rodríguez, A. P. (1998). *Los principios del Derecho del Trabajo*.
- Salas, J. C. (2018). Relevancia penal de la intromisión del empleador en los correos electrónicos de sus trabajadores. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*.
- Sanchís, L. P. (2000). *La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades*.
- Sanchís, L. P. (2005). *Constitucionalismo y garantismo. Estudios en homenaje a Ferrajoli*. España: Trotta.
- SUPIOT, A. (1996). *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid.
- Valencia, C.M. (2009). *Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales*.
- Zarate, S. (s.f.). *Expectativa de privacidad y grabaciones ocultas: A propósito de un fallo de la Excma. Corte Suprema*. Obtenido de <http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-103-134-Expectativas-de-privacidad-y-grabaciones-ocultas-a-proposito-de-un-fallo-de-la-Excma-Corte-Suprema-SZarate.pdf>