



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

MODERNAS CUESTIONES SOBRE EL DERECHO DE INTIMIDAD: LOS DESAFIOS QUE SUPONE LA TECNOLOGÍA EN LA RELACIÓN LABORAL

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

Gonzalo Javier Ramos Paredes
Profesor Guía: Claudio Magliona Markovitch

Santiago, Chile

2022

ÍNDICE

RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: EL DERECHO DE INTIMIDAD.....	9
1.1 Breve Repaso Histórico	9
1.2 Aproximaciones al Derecho de Intimidad.....	11
1.3 Reconocimiento Normativo	13
CAPÍTULO II: TELETRABAJO	15
2.1 El teletrabajo en Chile	15
2.1.1 Situación del Teletrabajo antes de la Ley N° 21.220.....	15
2.1.2 Modificaciones en el teletrabajo con la dictación de la Ley N° 21.220.....	16
2.2 Modalidades del Teletrabajo	17
2.3 Mecanismos de Control en el Teletrabajo	19
2.3.1 Obligación de mantener la cámara encendida durante la jornada laboral	22
2.3.2 Vigilancia a través de aplicativos.....	26
CAPÍTULO III: REDES SOCIALES.....	29
3.1 La revisión de redes sociales de trabajadores activas en dispositivos de la empresa.....	29
3.2 La revisión extralaboral de las redes sociales de los trabajadores.....	35
CAPÍTULO IV: DATOS PERSONALES, INTIMIDAD Y DISCRIMINACIÓN LABORAL	43
4.1 La recopilación y utilización de datos por parte del empleador.....	43
4.1.1 La recopilación de datos.....	43
4.1.2 ¿Qué tipo de usos puede otorgar el empleador a esta información?.....	49
4.2. Big Data en materia laboral.....	50
4.3. Breve análisis de la situación comparada y de los desafíos para el derecho chileno.....	57
4.3.1. El Reglamento General de Datos Personales.....	57
4.3.2 La situación actual de Chile	59
CAPITULO V: LA ACCIÓN DE TUTELA LABORAL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN ANTE VULNERACIONES DEL DERECHO DE INTIMIDAD	63

5.1 Acción de tutela de derechos fundamentales	63
5.2 Ineficacia de la acción de protección	69
CONCLUSIONES.....	74
BIBLIOGRAFÍA.....	76

RESUMEN

La presente investigación tiene por principal objetivo, la determinación de los problemas más fundamentales que presenta el derecho a la intimidad en materia laboral, como consecuencia del avance actual de la tecnología. Accesorio a lo anterior, será determinar los medios de tutela con los cuales cuentan los trabajadores ante actos que importen una vulneración a este derecho.

Para la realización de dichos fines, iniciaremos desde la base de definir al derecho de intimidad para luego avanzar a los temas centrales de nuestra investigación. En lo que respecta a la definición conceptual, se hará uso de las principales definiciones otorgadas en la materia, y se hará referencia a los distintos textos de carácter legal y constitucional que consagran el reconocimiento normativo de este derecho.

Posteriormente, se revisarán tres medios tecnológicos específicos cuya utilización es cada más frecuente en el contexto de la relación laboral, esto con la finalidad de establecer si estas nuevas tecnologías importan un riesgo y/o eventuales infracciones al derecho de intimidad. Al revisar cada sección de forma individual, se buscará identificar los principales problemas asociados a su implementación, así como también, las tendencias doctrinales y jurisprudenciales presentadas en la materia

Finalmente, nos abocaremos en la revisión de las alternativas o medios de protección con los que cuentan los trabajadores ante vulneraciones en su derecho de intimidad. Para ello, revisaremos la conveniencia de emplear la acción de tutela de derechos fundamentales y la acción de protección en los casos en comento.

INTRODUCCIÓN

Los exponenciales y acelerados avances en la tecnología han traído consigo el acaecimiento de un nuevo mundo. Este nuevo y moderno mundo tiene por principal característica el estar dominado por la irrupción de nuevas tecnologías, lo que nos ha abierto la puerta a un sinfín de beneficios y posibilidades que eran impensables hace no mucho tiempo atrás. Es así como en la actualidad gracias a la globalización y a la masificación del internet, poseemos acceso a una cantidad ilimitada de información, servicios, bienes y una serie de otras alternativas al alcance de nuestras manos.

Ahora bien, y sin perjuicio de todos los beneficios mencionados, el desarrollo tecnológico no solo supone bonanzas en este nuevo orden de cosas, sino que también, conlleva riesgos y amenazas en bienes jurídicos como la privacidad o intimidad de las personas¹. A pesar de que esta esfera privada siempre ha estado sujeta a eventuales riesgos y amenazas, lo cierto es que son los medios tecnológicos como la captura de imágenes y sonidos y los medios de comunicación los que vuelven más sombrío el panorama, pues hacen aumentar los peligros de invasión en la intimidad de las personas².

Es por lo anterior que, no deja de ser desafiante y vital para los sistemas jurídicos modernos, el garantizar una debida protección a esta sagrada esfera de las personas como lo constituye su vida privada. El foco de este trabajo es precisamente este punto, esto es, la concurrencia de un desarrollo tecnológico versus la esfera privada de las personas, pero aplicado específicamente a las relaciones laborales.

Al ser la relación laboral una relación de desequilibrio y de sumisión de una parte a la otra, reviste de especial importancia para el derecho del trabajo propender a regular y a reducir la situación de desigualdad existente entre trabajadores y empleadores. Con miras a dicho objetivo, esta rama del derecho debe procurar la obtención de un ambiente

¹ A modo de precisión previa, para efectos de este trabajo entenderemos las palabras “privacidad” e “intimidad” como sinónimas.

² TAPIA, Mauricio. (2008), p. 119.

de equidad, y de protección, como es lógico, de la parte más débil de la relación jurídica, vale decir, los trabajadores.

Como ya se hizo notar, es evidente que conforme avanzan y se desarrollan aún más las sociedades, los problemas relativos a la esfera de privacidad de las personas se agudizan, tornándose este fenómeno aún más complejo en el mundo del derecho del trabajo. La razón de lo anterior se explica en que en dicho contexto convergen dos intereses contrapuestos, pues por un lado encontramos a los intereses de los empleadores orientados al pleno ejercicio de su legítimo poder de dirección y conducción de la actividad empresarial, y por otra parte, los intereses de los trabajadores orientados a ejercer su labor en las mejores condiciones de trabajo posibles.

A lo anterior se suma que, los avances tecnológicos no han sido indiferentes para el mundo laboral, sino que al contrario, han revolucionado completamente a esta industria. Es así como gracias a la tecnología, las empresas se han visto beneficiadas con la posibilidad de abaratar sus costos y de generar producción a gran escala. Esto nos lleva a plantear que trabajo y tecnología son dos partes de un mismo todo, de modo que actualmente no es posible hablar de trabajo sin mencionar la tecnología, siendo actualmente casi inimaginable el pensar en un trabajo en el que no se haga uso de algún medio tecnológico.

Dicha revolución laboral llegó a un punto de inflexión recientemente, a raíz de la llegada de la pandemia del COVID-19. La pandemia ocasionó un vuelco abrupto y repentino en las formas de realizar el trabajo a la que estábamos acostumbrados, el teletrabajo se ha transformado en un pilar fundamental para la continuidad de las labores de la empresa en este contexto de incertidumbre. Ahora bien, aunque el teletrabajo ya era algo existente en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2001, ya que la Ley N° 19.759 modificó nuestro Código del Trabajo (en adelante, también "CT") agregando esta modalidad, no es sino hasta la llegada de la pandemia que vimos un acelerado y exponencial crecimiento de esta forma de trabajo.

Si bien el teletrabajo es un medio que ha recibido críticas positivas al posibilitar la continuidad de ciertas labores de la empresa sin la necesidad de desplazarnos de

nuestros hogares, es necesario advertir que este medio de trabajo puede suponer problemas en el espacio de la vida privada de las personas.

Como ya se mencionó con anterioridad, la relación laboral es un vínculo cuya principal característica es la dependencia y subordinación de una de las partes a la otra, es por ello que se dota al empleador de ciertas potestades en aras a que este pueda controlar y dirigir la actividad empresarial. De esta forma, normalmente se distinguen 3 potestades del empleador: la de dirección, la de variación y la disciplinaria. Cada una de ellas posee facultades implícitas, pero en lo que interesa a este trabajo, podemos decir que la potestad de dirección comprende la facultad de controlar al trabajador en el ejercicio de sus funciones.

Es a propósito de la facultad de control que surgen los problemas relativos a la intimidad de las personas, pues el empleador con miras a hacer uso de una de las herramientas que le otorga el ordenamiento jurídico puede ocasionar roces e incluso vulneraciones en la vida privada de sus trabajadores.

En esencia, no solo el teletrabajo supone una amenaza a la vida privada de las personas, sino que es solo una de las cuantas posibles formas con las que se podría poner en amenaza a este bien jurídico. Es así como en nuestro paradigma actual, el empleador cuenta con medios de control en tiempo real y en todo momento, como lo constituye un dispositivo de geolocalización , o la videovigilancia mientras los trabajadores realizan sus labores en la empresa.

Es por ello que en las líneas que siguen, este trabajo se dedicará a abordar este nuevo tipo de problemáticas, iniciando nuestro primer capítulo desde la premisa de definir conceptualmente al derecho de intimidad. Para ello se tomarán las principales definiciones otorgadas en la materia, y se hará referencia a los distintos textos de carácter legal y constitucional que consagran el reconocimiento normativo de este derecho.

Una vez definido el marco conceptual sobre el cual nos desenvolveremos, se revisaran tres medios tecnológicos específicos con miras a revisar las posibles implicancias que tiene el factor tecnológico en la vida privada de los trabajadores.

De esta forma, en el segundo capítulo se revisará la modalidad de teletrabajo iniciando con una breve alusión a su regulación en nuestro ordenamiento jurídico (paralelo entre antes y después de la Ley N° 21.220), para posteriormente analizar las posibles vulneraciones en el derecho de intimidad que pueden ocurrir con ocasión de esta forma de cumplir con las labores empresariales.

En el tercer capítulo realizaremos un análisis respecto a las facultades inspectoras del empleador en la vida privada de los trabajadores, a propósito del uso de las redes sociales. Para ello se distinguirán dos situaciones: i) la revisión de las redes sociales de los trabajadores activas en dispositivos de la empresa; ii) la revisión extralaboral de las redes sociales de los trabajadores.

En el cuarto capítulo se revisaran los problemas asociados a la recopilación y el tratamiento de los datos personales de los trabajadores, exponiendo las dificultades que se presentan en esta materia a raíz de la desactualizada normativa de nuestro país y los inconmensurables avances tecnológicos en el área. En dicho sentido, se realizará una especial mención a los problemas que se presentan con ocasión de la utilización del big data, y de la inteligencia artificial en materia laboral.

Finalmente, en el quinto capítulo se hará referencia a las alternativas que posee el trabajador en caso de que considere que con ocasión de la relación laboral o del término de esta, ha visto vulnerado su derecho de privacidad o intimidad. Para estos efectos, se analizarán dos posibles vías: la acción de tutela laboral y la acción de protección.

CAPÍTULO I: EL DERECHO DE INTIMIDAD

GENERALIDADES

La intimidad o privacidad de las personas es hoy en día un bien jurídico altamente protegido en los distintos ordenamientos jurídicos del mundo. Nuestro país no ha sido ajeno a esta tendencia, reconociendo su expresa protección en una serie de distintas normas de carácter constitucional y legal que se detallaran más adelante. El objetivo de este capítulo es precisamente delimitar el marco conceptual sobre el cual sentaremos las bases de este trabajo, para lo cual partiremos desde la premisa de otorgar al lector una breve explicación sobre el origen de la protección al derecho de intimidad y de sus avances legislativos en el tiempo, para luego adentrarnos en la búsqueda de una definición.

1.1 Breve Repaso Histórico

Nos parece del todo relevante dar cuenta de la evolución que ha tenido este derecho en nuestro ordenamiento jurídico laboral, pero no sin antes revisar sucintamente su avance en los distintos sistemas jurídicos del mundo, partiendo desde su origen como derecho. En este orden de ideas, los primeros resabios de la protección de la intimidad los podemos encontrar en la antigua roma, tal como nos ilustra Carlos Peña “la primera manifestación clara de protección a la intimidad, particularmente consagra la inviolabilidad del domicilio, que puede ser entendida como una de las manifestaciones materiales del derecho a la intimidad”³. Como es posible apreciar, la intimidad en su dimensión primitiva se encontraba circunscrita o delimitada a intromisiones físicas en espacios o lugares reservados de las personas, no es hasta la edad moderna que el concepto de intimidad comienza a verse alterado por la agregación de nuevos matices, que lo definen ya no desde un punto de vista espacial o físico, sino que también, desde un punto de vista moral o psicológico.

Existe consenso por parte de la mayoría de los autores de situar mucho más adelante en la historia la consagración de este derecho, su antecedente más celebre se

³ PEÑA, Carlos. (1996), p. 560.

remontaría al siglo XIX, específicamente en Estados Unidos. En efecto, fue en base a un artículo publicado en el año 1980 por los jóvenes juristas Samuel Warren y Louis Brandeis en la Harvard Law Review, que la jurisprudencia norteamericana empieza a reconocer el denominado “right to privacy”, entendiéndolo como la facultad de estar solo o ser dejado en paz “to be let alone”⁴.

A partir desde antecedente histórico, podemos decir que el reconocimiento de este derecho se expandió en todo el mundo, ya que diversos textos de carácter internacional comenzaron a recoger esta idea de privacidad o intimidad como un derecho humano⁵.

Nuestro ordenamiento jurídico nacional no es la excepción a estos avances, esto porque nuestra propia constitución contiene disposiciones que resguardan la privacidad de las personas. En específico, nuestra carta magna establece el derecho a la privacidad en su artículo 19 N°4, a propósito de la regulación de los derechos fundamentales de las personas.

En particular, en Chile no es un hecho discutido por la doctrina que nuestro ordenamiento jurídico sigue la tesis de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, entiendo por tal aquella que obliga y promueve el respeto de los derechos fundamentales tanto en las relaciones que existan entre estado-particulares, como las que existan solo entre estos últimos. Sin embargo, en materia laboral siempre han existido dudas en este punto, lo cual se explica en la especial relación jurídica que existe entre ambas partes.

Es así como en una concepción primitiva de esta rama del derecho, creía que el trabajador al ingresar a la estructura empresarial quedaba sujeto nada más ni nada menos que a la ley del empleador. Tal como expone el profesor Caamaño citando a su vez a un autor español, *“históricamente, la legitimación de la actuación empresarial encontraba su justificación en la lógica contractual: en tanto que el trabajador aceptaba, mediante el contrato, su posición subordinada, asumía al propio tiempo –abdicando*

⁴ UGARTE, José Luis. (2000), p. 1.

⁵ Véase el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el artículo 17 de la Declaración de Derechos Civiles y Políticos de 1966; y los incisos 2º y 3º del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos del Hombre de San José de Costa Rica de 1969.

‘voluntariamente’ de sus derechos personales– el papel preponderante del empresario, que podría desenvolverse en toda su extensión y sin limitaciones dentro de la empresa”⁶.

La anterior tesis se ha visto completamente superada en la actualidad gracias al reconocimiento doctrinal, jurisprudencial, y posteriormente legal de los denominados “derechos fundamentales inespecíficos de los trabajadores”, junto a la doctrina de la ciudadanía en la empresa. Siguiendo a Gamonal, *“cuando nos referimos a la ciudadanía en la empresa, no nos referimos a los derechos laborales específicos (como el derecho al trabajo o la libertad sindical), sino que a aquellos derechos que tiene el trabajador como ciudadano, derechos civiles y políticos que, en cierta forma, quedaban amagados en la relación del trabajo”⁷*. En esencia, el objetivo perseguido por estas teorías es reconocer que el trabajador ante todo sigue siendo un ciudadano, de forma tal que aun cuando este ingrese a una estructura empresarial bajo un vínculo de dependencia y subordinación, esta relación reconoce como límite la vigencia de sus derechos fundamentales inherentes a toda persona por su calidad de humana.

Tal despliegue de ideas permite que el año 2001, -no sin antes una ardua labor interpretativa de la Dirección del Trabajo-, se dicte a través de la ley 19.759 un nuevo artículo 5° del Código del Trabajo, según el cual se reconoce como límite a las facultades del empleador, el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, haciendo especial acento en aquellos que pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos.

1.2 Aproximaciones al Derecho de Intimidad

Conviene aproximarnos al concepto de intimidad primeramente desde un punto de vista etimológico, y luego desde un punto de vista lingüístico, para finalmente referirnos a las principales definiciones otorgados por la doctrina en la materia.

Desde el punto de vista etimológico, el termino intimo procede del latín intimus, que es una variación filológica de intimus, forma superlativa del verbos intus: dentro. “Intimo es,

⁶ PEDRAJAS, Abdón. (1992), p. 23; citador por CAAMAÑO, Eduardo. (2006), p. 27.

⁷ GAMONAL, Sergio. (2004), p. 14.

pues, aquello que esta lo más adentro posible. No sólo lo que está en el interior del hombre, sino lo que está en la esencia misma de su humanidad”⁸.

Por otro lado, desde la arista lingüística conviene tener presente la definición que da a esta palabra la Real Academia de la Lengua Española (en adelante “RAE”), para efectos de comprender la esencia de este derecho. Señala la RAE en lo que nos interesa, que intimidad es aquella “zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. Por su parte, la palabra intimo la define como “lo más interior o interno”.

Podemos colegir de lo anterior que, el concepto de intimidad sería aquella esfera hermética de las personas integrada por los más interno de ellas, a esto debe agregarse -a nuestro juicio-, el hecho de que constituiría un área que se quiere mantener en resguardo o en secreto, vale decir, libre de intromisiones por parte de terceros. No es baladí mencionar a este respecto que el problema que se asocia a este tipo de conceptos, dice relación con el alto contenido subjetivo del que depende gran parte de su alcance, esto porque la esfera de lo interno y reservado es diferente de persona en persona.

La intimidad sería ante todo un concepto de contornos difusos, lo cual se explica en gran medida -como ya anticipamos-, por su subjetividad y por su alto carácter evolutivo. Es así como lo que se entendía de forma primitiva como la intimidad, no tiene consonancia con lo que entendemos actualmente, pasando desde un concepto ligado más bien a intromisiones de carácter físico, a un concepto mucho más amplio, que involucra además de lo anterior, un alto grado de intromisión psicológica en las personas. De este modo, pasamos desde el primitivo sentido de intimidad como inviolabilidad del hogar, a un concepto mucho más complejo que involucra entre otras cosas, relaciones de afecto, ideologías, preferencias sexuales, y en general, lo que la persona especifica considere lo suficientemente privado como para no revelárselo a alguien más.

Para gran parte de la doctrina, la labor de otorgar una definición no ha sido tarea fácil, abundando en este sentido los esfuerzos de llegar a algo que se asemeje a este derecho. No siendo el objeto principal de este trabajo dar cuenta de todos esos esfuerzos,

⁸ DESANTES, José María. (1992), p. 272; citado por PEÑA, Carlos. (1996), op. cit., p. 582.

abordaremos solo dos ellas, pues a nuestro parecer son las que abarcan de mejor forma los puntos a los que se orienta este trabajo.

Para Hernán Corral el concepto de intimidad se define 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 base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones”*⁹.

Por otro lado, Sebastián Ríos plantea que la intimidad es *“aquel derecho de la personalidad cuyo objeto es conservar fuera del conocimiento de los demás, los aspectos relativos a su persona, materiales e inmateriales, que estime convenientes, sin más limitaciones que las imponga la ley”*¹⁰.

Ambas definiciones comparten en lo medular que su campo de aplicación se extiende tanto a la esfera física, como a la psíquica de las personas, y que además, sería un área que se buscaría dejar fuera del conocimiento o de la intromisión de terceros.

1.3 Reconocimiento Normativo

Tal como lo anticipamos en líneas anteriores, el reconocimiento normativo de este derecho lo encontramos en distintos textos de carácter legal y constitucional. Conviene revisar las normas que señalan expresa, o indirectamente una protección orientada a este bien jurídico.

En particular, y en la cúspide de nuestro derecho, vemos que el derecho a la intimidad encuentra expresa protección en nuestra carta fundamental. Como bien sabemos, dicho cuerpo normativo dedica un capítulo exclusivo a la consagración de ciertos derechos fundamentales, inherentes a las personas por su sola calidad humana, dentro de este

⁹ CORRAL, Hernán. (2001), p. 160.

¹⁰ RÍOS, Sebastián. (2004), p. 269.

cumulo de derechos encontramos en el artículo 19 N°4 el derecho a la privacidad, cuyo texto señala:

ARTÍCULO 19 N°4: El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley.

Ahora bien, más abajo en la pirámide de nuestro sistema jurídico, encontramos distintas normas de carácter legal que consagran su protección. Así, en el orden penal, nuestro Código del ramo contempla los tipos penales tradicionales en esta materia, a saber: violación de domicilio, allanamiento ilegal, apertura y registro de correspondencia y papeles, figuras ilícitas a las que debe agregarse, de acuerdo a la Ley N° 19.423, el nuevo tipo contemplado desde 1995, referido a las escuchas telefónicas, y agregado al Código Penal¹¹.

En la misma jerarquía anterior, se contemplan en nuestro país textos legales más concretos en esta materia, como lo constituye la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada y la Ley N° 16.643 sobre Abusos de la Publicidad. Ambas leyes comparten el mismo objetivo, establecer o delimitar límites en el acceso y uso de determinados aspectos considerados como privados de la vida de las personas.

Finalmente, como ya lo anticipábamos, el Código del Trabajo no se queda atrás en este ámbito, pues este cuerpo normativo hace expresa mención de este bien jurídico como un límite al ejercicio de las facultades del empleador:

ARTÍCULO 5: El ejercicio de las facultades que la ley 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 estos.

Adicionalmente, el Código del ramo reconoce la protección de este derecho a propósito del procedimiento de tutela laboral en su artículo 485, al contenerlo dentro de los derechos protegidos por este procedimiento.

¹¹ UGARTE, José Luis. (2000), op. cit., p.6.

CAPÍTULO II: TELETRABAJO

GENERALIDADES

En este capítulo se hará alusión a la regulación normativa del teletrabajo en nuestro ordenamiento jurídico, para posteriormente analizar los principales problemas que pueden surgir en la intimidad de los teletrabajadores, a propósito del cumplimiento de sus funciones a través de esta modalidad. Para este último objetivo, se tomarán como base los principales criterios otorgados por la Dirección del Trabajo y por la jurisprudencia nacional.

Como ya se dejó asentado en la introducción de este ensayo, el reconocimiento legal del teletrabajo en nuestro país se remonta al año 2001, con la dictación de la Ley N°19.759 que lo incluyó como modalidad en el Código del Trabajo. Posteriormente, el año 2020 se dictó la Ley N° 21.220 que tuvo por objeto reformar y actualizar esta modalidad, a raíz de su explosiva utilización por la llegada de la pandemia del COVID-19.

Previo al análisis de las consecuencias jurídicas que puede ocasionar el teletrabajo en la vida privada de los trabajadores, creemos pertinente el realizar un breve paralelo entre la regulación del teletrabajo antes de la dictación de la Ley N° 21.220, y la situación posterior a su dictación.

2.1 El teletrabajo en Chile

2.1.1 Situación del Teletrabajo antes de la Ley N° 21.220

Hasta antes del año 2001, existían bastantes dudas respecto a la naturaleza jurídica de las prestaciones realizadas a distancia por los trabajadores, esto porque no había unanimidad en sí dichas prestaciones revestían el carácter de actividades dependientes o de independientes. Dicha discusión fue resuelta con la dictación Ley N° 19.759, al incluir un nuevo inciso en el artículo 22 del Código del Trabajo, que definía esta nueva

modalidad y los excluía de la limitación de la jornada laboral, de esta forma se agregó la siguiente modificación:

"Asimismo, quedan excluidos de la limitación de jornada, los trabajadores contratados para que presten sus servicios preferentemente fuera del lugar o sitio de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios informáticos o de telecomunicaciones."

La modificación legislativa se limitó a definir el teletrabajo como una modalidad de trabajo en la que los servicios personales se debían prestar: (i) preferentemente fuera del lugar de la empresa y (ii) mediante el uso de medios informáticos o de telecomunicaciones¹².

Como vemos, la reforma fue bastante escueta y no reglamentó en forma detallada esta modalidad de trabajo, limitándose a la agregación de un par de frases en nuestro Código del Trabajo. Es por ello que, con ocasión de la pandemia surgió la necesidad urgente de actualizar su normativa.

2.1.2 Modificaciones en el teletrabajo con la dictación de la Ley N° 21.220

La necesidad mencionada en el párrafo anterior vino a ser satisfecha el año 2020 con la dictación de la Ley N°21.220. Para no incurrir en una reiteración normativa innecesaria - lo que en ningún caso es el objetivo de este trabajo-, se sintetizaran en los párrafos siguientes los principales cambios en el Código del Trabajo con esta nueva ley:

- Se incorpora un capítulo específico relativo a esta modalidad (capítulo IX) en el libro I del Código del Ramo.
- Se garantiza a los teletrabajadores todos los derechos individuales y colectivos contenidos en el Código del Trabajo, en la medida en que no sean incompatibles con las condiciones propias de la modalidad.
- El teletrabajo es definido como una modalidad de trabajo a distancia, vale decir, habría entre ambos una relación genero-especie. El trabajo a distancia es aquel

¹² LIZAMA, Luís; LIZAMA, Diego (2020), p. 85.

que es prestado por el trabajador fuera de las instalaciones de la empresa, y pasara a denominarse teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos, o de telecomunicaciones, o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios.

- Se puede pactar esta modalidad al inicio de la relación laboral o con posterioridad a esta, en el último caso, cualquiera de las partes podrá unilateralmente volver a las condiciones pactadas originalmente en el contrato de trabajo.
- El empleador deberá hacerse cargo de entregar los equipos, herramientas y elementos necesarios para que el trabajador preste sus servicios, sin perjuicio de que ambas partes puedan convenir en que el trabajo será realizado con medios de propiedad del trabajador.
- Puede abarcar la totalidad de las funciones o una parte de ella (trabajo mixto), y además puede fijarse un horario de trabajo o bien, pactarse una distribución de trabajo en una jornada libre que definirá el propio trabajador, la que deberá respetar los máximos de la jornada diaria y semanal.
- En cualquier caso, el empleador siempre debe respetar un tiempo de desconexión mínimo de 12 horas continuas en un periodo de 24 horas, con independencia de la jornada laboral pactada. Además, el empleador no podrá efectuar requerimientos en días de descanso, permisos, o feriado anual de los trabajadores.

2.2 Modalidades del Teletrabajo

Siguiendo a José Francisco Castro, lo determinante del teletrabajo es la presencia de dos elementos copulativos: donde se trabaja y con qué se trabaja; lo que se ha denominado elementos locativo o geográfico y cualitativo. Respecto del primer elemento, el teletrabajo se realiza a distancia, esto es, desde el domicilio del trabajador u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa. En cuanto al segundo elemento -con qué se trabaja-, en este caso los servicios deben

prestarse mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos, o de telecomunicaciones, o bien los servicios deben reportarse por esos medios¹³.

Continuando con la idea anterior, el teletrabajo admite distintas calificaciones en base a la modalidad en la que nos encontremos, las modalidades que interesan a este trabajo son las que se distinguen en base a un criterio cualitativo. Específicamente, el elemento distintivo de esta modalidad recae en la conexión informática que une al teletrabajador con la empresa, a través de la cual se transmiten las informaciones vinculadas a la prestación de servicios

Es relevante definir y distinguir las distintas modalidades o formas en las que se puede efectuar el teletrabajo. pues los teletrabajadores se encuentran más o menos afectos a controles en base al desarrollo de sus funciones en una o en otra modalidad. De esta forma, se distinguen en lo sucesivo tres modalidades de teletrabajo bajo el criterio cualitativo; a) teletrabajo off-line; b) teletrabajo one way line; c) teletrabajo online.

a) Teletrabajo off-line o desconectado: En estos casos, el teletrabajador presta sus servicios sin que exista una conexión directa con el sistema informático (terminal) de la empresa. De este modo, el teletrabajador recibe las instrucciones necesarias para desarrollar su trabajo y, posteriormente, remite el resultado a la empresa, ya sea por transporte convencional, mensajería, correo electrónico o vía modem¹⁴.

De la anterior definición no quedan dudas en que esta modalidad de teletrabajo es la menos intrusiva para el trabajador, y por consiguiente, la que menos problemas podría ocasionar en el respeto a la privacidad o intimidad de los trabajadores. Por lo mismo, esta modalidad quedará descartada de análisis en este trabajo.

b) Teletrabajo one way line: La comunicación en este caso es unidireccional, de modo que la empresa recibe el trabajo realizado de forma inmediata y directa, pero sin posibilidad de ejercer un control directo y continuo sobre la prestación laboral¹⁵.

¹³ CASTRO, José Francisco (2020), p. 221.

¹⁴ CARRASCO, Remigio; SALINAS, José María. (1994), p. 19; citado por POZUELO, Ángela; TODOLÍ, Adrián. (2020), p. 24.

¹⁵ Ídem.

Nuevamente, en base a esta definición se denota un amplio grado de libertad para el trabajador en el cumplimiento de sus funciones. Bajo esta modalidad al igual que en el caso anterior, difícilmente encontraríamos problemas en el respeto a la intimidad de los teletrabajadores.

c) Teletrabajo online: El teletrabajo “online” o interactivo es aquel en que “el teletrabajador trabaja con un terminal inserto en una red de comunicaciones electrónicas que permite un diálogo interactivo entre la computadora central y los diferentes ordenadores, siendo en este caso posible que tanto las directrices como el control por parte de la empresa se lleven a cabo en tiempo real”. El teletrabajador podría estar obligado a trabajar continuamente conectado al servidor de la empresa y de ese modo cumplir su jornada laboral tal como si estuviere presencialmente en las instalaciones del empleador, o bien laborar sin la exigencia de conexión durante toda la jornada, sino que a intervalos para efectos de enviar o recibir información¹⁶

Finalmente, es con ocasión de esta última modalidad que podemos encontrar el mayor número de problemas en relación a la intimidad de los teletrabajadores. El teletrabajo online, al ser ejecutado en tiempo real, posibilita la fijación de mecanismos intrusivos para controlar la productividad de los teletrabajadores, estos mecanismos pueden revestir las más variadas formas de control, desde la geolocalización en tiempo real, hasta la obligación de contar con la videocámara encendida durante toda la jornada laboral.

En el acápite siguiente revisaremos distintos medios de control que podrían significar una vulneración en la intimidad de los teletrabajadores.

2.3 Mecanismos de Control en el Teletrabajo

Los mecanismos de control en el teletrabajo pueden ser muy diversos, y con grados de intensidad muy variados. Es así como el empleador podría emplear medios de control que se limiten a constatar el cumplimiento del inicio y termino de la jornada del trabajador (algo así como un registro de asistencia de forma virtual), o bien, en el otro extremo, se

¹⁶ THIBAUT, Javier (2000), p. 39; citador por LIZAMA, Luís; LIZAMA, Diego (2020). op. cit., p. 92.

podría emplear una vigilancia constante durante toda la jornada laboral a través de programas computacionales, que monitoreen en tiempo real lo que realiza el trabajador.

Tal como ya fue planteado, la intensidad de este control se encuentra estrechamente relacionada con la modalidad de teletrabajo que se ejerza, pues de esta dependerá la libertad del trabajador en el cumplimiento de sus funciones. Es en la modalidad de teletrabajo online en la que podemos encontrar el mayor número de problemas en relación a la intimidad de los trabajadores, por lo que en lo sucesivo los medios de control que se darán cuenta dirán relación con esta modalidad del teletrabajo.

Al ser el teletrabajo online una modalidad en la que existe un control en tiempo real de lo que los trabajadores realizan o no dentro de su jornada laboral, podrían plantearse serios problemas en torno a la privacidad con la que estos deben contar. En este sentido, el empleador podría optar por medios de control lo suficientemente invasivos como para sostener que, los mínimos de privacidad exigidos por la ley son completamente vulnerados, de forma tal que existe un control ilícito y desproporcionado.

Conviene tener presente a este respecto, las indicaciones generales que otorga nuestro Código del Trabajo y la Dirección del Trabajo en materia de control del empleador, para luego contrastarlas con ciertas medidas que podrían incidir problemáticamente en la intimidad de los teletrabajadores.

En este sentido, la Dirección del Trabajo¹⁷ ha sido bastante clara en cuanto a lo que medidas de control respecta, fijando parámetros mínimos para que estas puedan catalogarse de legales en la relación laboral, en esta línea, señala dicho organismo que estas medidas de conformidad al inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo:

- a) Deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad de la empresa, dictado en conformidad a la ley;
- b) Sólo pueden efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral;

¹⁷ Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 3276/173, de 16 de octubre de 2002

- c) Su aplicación debe ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, es decir, no debe tener un carácter discriminatorio; y
- d) Debe respetarse la dignidad del trabajador.

En cuanto a las medidas de control aplicables en el teletrabajo, señala este mismo organismo en un dictamen¹⁸ que fija el sentido y alcance de la Ley N° 21.220:

“Los pactos de teletrabajo y trabajo a distancia no pueden importar menoscabo a los derechos reconocidos por el Código del Trabajo, debiendo considerar además lo establecido en el inciso 1° del artículo 5 de esta normativa, que consagra que 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 a la intimidad, la vida privada o la honra de estos.

Considerando lo anterior, debemos destacar que el empleador cuando adopte medidas de control en el marco del trabajo a distancia o el teletrabajo, deberá tomar los resguardos necesarios para no afectar los derechos fundamentales de los trabajadores, esto especialmente considerando que la utilización indiscriminada o un ejercicio intensivo de sus facultades bajo un escenario tecnológico podría afectar los límites del espacio personal del trabajador”.

Respecto a las novedades aportadas con ocasión de la Ley N° 21.220, el artículo 152 quáter K N°4 del Código del Trabajo dispone que en el contrato de trabajo de los trabajadores a distancia o teletrabajadores se deberá contener:

ARTÍCULO 152 QUÁTER K N°4: Los mecanismos de supervisión o control que utilizará el empleador respecto de los servicios convenidos con el trabajador.

De lo dicho podemos concluir que, las medidas de control impuestas en la modalidad de teletrabajo se encuentran afectas a las mismas limitaciones que las medidas de control impuestas en una modalidad de trabajo presencial, esto es, en las dependencias de la empresa, por lo que, el empleador no podrá ejercer un control irrestricto respecto de los

¹⁸ Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1389/07, de 08 de abril de 2020.

teletrabajadores, y se verá obligado a respetar los criterios mínimos exigidos tanto por la ley como por la Dirección del Trabajo.

Una vez sentadas las bases a seguir, en lo sucesivo nos referiremos a 2 formas de control en el teletrabajo, las que a nuestro juicio generan los mayores problemas en lo que concierne a la intimidad de los teletrabajadores.

2.3.1 Obligación de mantener la cámara encendida durante la jornada laboral

Sin lugar a dudas, esta medida permite ejercer un control eficaz en términos de monitorear la productividad, y el cumplimiento efectivo de las labores por parte de los teletrabajadores. A través de forma de control, el empleador vigila en tiempo real que su subordinado se encuentre efectivamente frente a su computador cumpliendo con sus tareas, y no realizando alguna otra actividad. Sin embargo, esta medida puede significar una intromisión excesiva en la intimidad del subordinado, tanto así que, la posibilidad de observar al trabajador podría no solo afectarlo a él, sino que también, a miembros de su familia que habiten su hogar.

Ante dicho escenario es que debemos vislumbrar y sentar las bases de esta medida de control en el contexto del teletrabajo, para posteriormente determinar su licitud o ilicitud. En esta tarea la Dirección del Trabajo ha sido determinante, realizando una labor interpretativa en lo que respecta a la videovigilancia desde hace ya más de dos décadas, siendo trascendental y relevante de mencionar para estos efectos, la interpretación contenida en el Dictamen Ordinario N° 2.138/130 de 19 de julio de 2022.

En esencia, dicho dictamen divide en dos finalidades la implementación de un sistema de videovigilancia en las dependencias de la empresa: a) para la exclusiva vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador, y b) cuando sea objetivamente necesario por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos, o por razones de seguridad.

a) Respecto de la primera finalidad enunciada, dicho organismo plantea -en términos generales- que la implementación de este tipo de medidas de control resulta ilícita si su

principal objetivo es vigilar y fiscalizar a los trabajadores, esto por constituir una forma de control ilimitada que atenta contra la intimidad de los trabajadores, haciendo énfasis en que el control permanente por las cámaras permite evidenciar también aspectos de la conducta del trabajador que no dicen relación con la actividad laborativa.

b) Por el contrario, a juicio de ese Servicio, resultaría lícita la implementación de estos mecanismos de control audiovisual, cuando ello resulte objetivamente necesario por requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos (materiales tóxicos o peligros, alto costo de las maquinarias o de las materias primas, etc.), o por razones de seguridad, sea de los propios trabajadores o de terceros (prevención de asaltos a bancos, aeropuertos, prevención de comisión de hurtos en centros comerciales, etc.).

Finalmente, en lo referido a los requisitos específicos de los mecanismos de control audiovisual y que arrancan de su propia naturaleza, ellos pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) No deben dirigirse directamente al trabajador sino que, en lo posible, orientarse en un plano panorámico;
- b) Deben ser conocidos por los trabajadores, es decir, no pueden tener un carácter clandestino; y
- c) Su emplazamiento no debe abarcar lugares, aun cuando ellos se ubiquen dentro de las dependencias de la empresa, dedicados al esparcimiento de los trabajadores, tales como, comedores y salas de descanso, así como tampoco a aquellos en los que no se realiza actividad laborativa, como los baños, casilleros, salas de vestuarios, etc.

Este dictamen nos otorga una antesala respecto de la posibilidad de implementar este tipo de medidas de control en el teletrabajo, pues como vemos, solo sería lícita su implementación en aquellos casos en que esta obedezca a razones de seguridad o de requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos, resultando estas hipótesis bastante difíciles de cumplir en personas que han sido contratadas bajo la modalidad de teletrabajo.

De esta forma, y en base a los presupuestos ya planteados, la obligación de mantener la cámara encendida durante la jornada laboral no parece ser una medida de control que

cumpla con los criterios de legalidad necesarios para poder ser implementada en la modalidad de teletrabajo. No obstante, diversas empresas tanto en tiempos de pandemia como en la actualidad, hacen uso de este tipo de medidas de vigilancia, invadiendo y transgrediendo la intimidad de los teletrabajadores.

Refuerza aún más nuestra negativa a la implementación de este tipo de medidas, las particularidades propias de la modalidad de teletrabajo, pues en la mayoría de los casos quienes ejercen sus funciones a través de esta modalidad lo hacen desde sus hogares. Ante todo, el hogar no es cualquier sitio, sino que probablemente constituye el lugar físico de mayor privacidad en la vida de una persona, por lo que ya esta premisa nos permite concluir que la medida es irracional y excesivamente invasiva. Por otro lado, en la mayoría de los casos las personas no viven solas, ni tampoco todas cuentan con un espacio en sus hogares específicamente delimitado y privado para trabajar, sino que al contrario, la mayoría se ve obligada a hacerlo en un espacio común, volviendo susceptibles a quienes comparten el espacio con el trabajador de ser captados por la cámara.

Siguiendo esta línea, obligar al teletrabajador a mantener su cámara encendida durante su jornada laboral a sabiendas de que este trabaja desde su casa, parece ser una medida de control exorbitante que no cumple con ninguna de las exigencias establecidas por la DT para estos casos en concreto.

En efecto, la videovigilancia no podría en ningún caso cumplir con el criterio de seguridad ni con las exigencias técnicas necesarias para la implementación de este tipo de medidas, esto atendido esencialmente la naturaleza de las funciones de los teletrabajadores, las cuales dicen más bien relación con el desarrollo de labores de oficina, no existiendo por tanto riesgo alguno para el teletrabajador ni para la empresa.

Más aún, la DT es clara en los términos que permite la utilización de cámaras, exigiendo que estas no apunten directamente al trabajador y que estas no sean emplazadas en lugares comunes o de esparcimiento del teletrabajador, aplicadas estas exigencias al teletrabajo caemos en dificultades insalvables, pues la cámara del computador apuntará directamente al teletrabajador, y como ya dejamos planteado en un párrafo anterior, lo normal es que el teletrabajador labore en un espacio común en el interior de su hogar.

Una interesante y reciente sentencia nacional sigue estas ideas, ilustrándonos que este tipo de medidas de control pueden significar efectivamente una vulneración en la intimidad de los teletrabajadores, principalmente por la indudable privacidad que supone el hogar de una persona. En efecto, el Juzgado de Letras del Trabajo de la ciudad de Antofagasta¹⁹ al conocer de una denuncia de tutela de derechos fundamentales reconoce que:

NOVENO: “(...) En el mismo contexto se tiene como indicio suficiente de vulneración de derechos fundamentales contenido en el artículo 19 N° 4 de la Constitución Política de la República, al señalar los testigos ya individualizados en el párrafo anterior que durante la jornada de trabajo y las reuniones sostenidas con la jefatura con los trabajadores, existía la obligación de mantener la cámara encendida, afectando con ello la intimidad de la actora y la de su familia, puesto que como ya se señaló, ella junto a su marido y sus hijos realizaban sus funciones y clases desde su hogar alterando con ello la privacidad de los integrantes de la familia y de ella misma al tener que estar siempre conectada”.

De todo lo reflexionado podemos concluir que, esta medida de control no cumple con los estándares necesarios para ser implementada en la modalidad de teletrabajo por las siguientes consideraciones:

- a) De acuerdo a un criterio de finalidad, esta medida de control solo tendría por objeto vigilar y fiscalizar al trabajador, cuestión que como ya vimos, la convierte en ilícita.

- b) De acuerdo a un criterio de privacidad, la videocámara de un computador apunta directamente la cara del teletrabajador y normalmente este se encontrará laborando desde un espacio común de su hogar, incumpliendo las exigencias básicas establecidas para este tipo de medidas. Más aún, no solo la intimidad de los teletrabajadores se ve comprometida, sino que también, la privacidad de los integrantes de su familia o de quienes habiten su hogar.

¹⁹ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, RIT T-384-2020, de 03 de enero de 2022.

2.3.2 Vigilancia a través de aplicativos

Si consideramos que la videovigilancia en el teletrabajo no es una medida de control cuya implementación sea viable, nos queda realizarnos la siguiente pregunta, ¿Qué medios de control puede utilizar el empleador para vigilar y corroborar el cumplimiento de las labores por parte de sus subordinados?

Es aquí donde entraran en juego las otras formas de control existentes en el teletrabajo, me refiero con esto al uso de aplicativos que se instalan en el computador de quien trabaja. A través de estos softwares, creados precisamente para este objetivo, se posibilita la captura de pantalla del computador cada cierto tiempo, el informe de productividad en tiempo real del teletrabajador, el acceso al historial de navegación de internet, el reporte a través de señal de GPS de la ubicación del teletrabajador, etc.

En cierto sentido, la utilización de este tipo de programas nos obliga a realizar una primera prevención, y es que, debemos distinguir si el teletrabajador cumple con sus funciones a través de medios tecnológicos de su propiedad, o si estos fueron proporcionados por su empleador. Ante todo, parece bastante cuestionable que se obligue al trabajador a descargar e instalar este tipo de programas en un dispositivo que es de uso personal, pues muy probablemente, este dispositivo contará con información que se encontrará dentro de su esfera privada, por lo que esta hipótesis necesariamente no será considerada y será descartada. Distinto es el caso en el que este tipo de programas se instalen en un dispositivo de propiedad de la empresa, pues el solo hecho de que el computador sea otorgado por el empleador da cuenta de una expectativa de privacidad reducida para el trabajador, considerando a su vez que, el uso de que debiese otorgársele -en principio- estaría limitado al cumplimiento de la función laboral.

Ahora bien, puede ocurrir que el empleador haya otorgado el dispositivo con la prohibición previa y expresa de darle un uso privado, vale decir, que el dispositivo pueda destinarse únicamente a fines laborales, o puede ocurrir que se posibilite al trabajador a hacer un uso dual del mismo, esto es, variando entre un uso laboral y uno personal. Este último caso es el que nos interesa, pues en el caso de que el dispositivo se haya otorgado con una prohibición expresa de uso privado, en teoría no existirán contenidos privados

a los que poder acceder, ni una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad²⁰, con la excepción de la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, la cual se mantiene subsistente según veremos en el capítulo siguiente. Continuando con esta idea, en el caso de que se permita un uso dual del dispositivo, el trabajador tiene una expectativa razonable de confidencialidad, según la cual puede realizar un uso moderado, con fines privados, de los dispositivos facilitados por la empresa, como herramientas de trabajo²¹, y en ese sentido, la intromisión a través de este tipo aplicaciones deberá necesariamente adecuarse a estas particularidades.

Realizada esta segunda prevención, nos corresponde determinar la legalidad de este tipo de medidas, y en qué casos podrían generarse problemas con la esfera de intimidad de los teletrabajadores.

Siguiendo un criterio general, primero que todo, para que una medida de control puede superar el primer requisito de legalidad, esta debe estar contemplada en el reglamento interno de la empresa, pues de esta forma, el subordinado tendrá conocimiento de la medida y adecuará su actuar en base a esta expectativa reducida de privacidad. En todos estos casos de control telemático debe existir una información previa, clara y precisa al trabajador en el sentido de que existen determinados dispositivos incorporados a los equipos o a la red que tienen como finalidad la de controlar su rendimiento o las tareas que realiza en cada momento o el tiempo que invierte en cada una, así como que dicho control puede determinar, en su caso, el ejercicio de la facultad sancionadora²².

Superada esta primera barrera, un segundo y tercer paso a seguir dice relación con determinar la necesidad e idoneidad de la medida, criterios que deberán ser analizados y ponderados caso a caso. Pareciera que la utilización de este tipo de programas no tendría problemas en superar ambos criterios, pues en cierta forma, en el teletrabajo no existiría otro medio menos gravoso que permita ejercer un control sobre los subordinados. No obstante, debemos tomar en consideración que por mucho que el dispositivo sea de propiedad de la empresa y que la medida de control este contemplada en el reglamento interno, esta no puede significar un acceso ilimitado y

²⁰ OLMOS, Isabel (2021), p. 157.

²¹ Ibid, p. 161.

²² Ibid, p. 160.

desproporcionado a la información del trabajador, más aún si consideramos que se le ha permitido otorgarle un uso de carácter personal.

En este último sentido, si los medios son de la empresa y esta ha permitido un uso privado de los equipos digitales puestos a disposición, la empresa deberá establecer de forma precisa los criterios de su utilización, tales como la determinación de los períodos o franjas horarias en que los dispositivos pueden utilizarse para tales fines²³. Además de lo anterior, el empleador deberá tener especial cautela en la revisión de la navegación de internet, pues estos datos pueden contener información sensible relativa a determinados aspectos de la privada como la ideología, orientación sexual, aficiones personales etc.,²⁴ así como también, respecto de los archivos personales que podría haber almacenado el trabajador en el equipo.

Para concluir, la legalidad de este tipo de medidas estará supeditada a que se cumplan determinados requisitos:

- a) La medida debe encontrarse necesariamente expresa en el reglamento interno o en el contrato de trabajo, no puede tratarse de una medida encubierta.
- b) La medida solo podrá ser empleada en dispositivos que son de propiedad de la empresa, en ningún caso podrá implementarse en dispositivos de propiedad del trabajador.
- c) La medida debe cumplir con los criterios de proporcionalidad, necesidad e idoneidad.

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

CAPÍTULO III: REDES SOCIALES

GENERALIDADES

El uso de las redes sociales de forma diaria y en cualquier lugar, se ha vuelto una práctica extremadamente común en la vida de las personas, los lugares de trabajo no se han visto exentos de este fenómeno, ya que de hecho, la mayoría de las personas hace uso de ellas mientras cumple con sus obligaciones laborales. En estas plataformas digitales se posibilita la divulgación de toda clase de información, pudiendo esta variar desde hechos notoriamente públicos, como una noticia, hasta contenido altamente sensible y privado de los usuarios, como lo es, su información personal. Lo anterior constituye la principal razón para que en este capítulo, se realice un análisis respecto a las facultades inspectoras del empleador en la vida privada de los trabajadores a propósito del uso de las redes sociales. Para estos efectos, lo relevante será determinar hasta qué punto el empleador puede husmear en las redes sociales del trabajador, y en base a ello, tomar represalias o determinar su futuro en la empresa, distinguiéndose para ello dos situaciones: i) la revisión de las redes sociales de los trabajadores activas en dispositivos de propiedad de la empresa; ii) la revisión de las redes sociales de los trabajadores de forma extralaboral.

3.1 La revisión de redes sociales de trabajadores activas en dispositivos de la empresa

La pregunta que busca responder esta sección, es determinar si el empleador puede acceder de forma legítima al contenido de una determinada red social del trabajador, y husmear en ella cuando esta se encuentre activa en un dispositivo de su propiedad, o si de lo contrario, el solo hecho de acceder en tal plataforma constituye un actuar vulneratorio de derechos fundamentales que impediría al empleador tomar represalias, aun cuando el trabajador, de hecho, haya incumplido con sus obligaciones laborales.

Otras de las cuestiones a plantear es sí, este tipo de casos siguen la suerte de lo que ocurre con los correos electrónicos corporativos, o si de lo contrario, poseen una lógica distinta. A juicio de este autor, si bien los correos electrónicos corporativos comparten

bastantes similitudes con las redes sociales, como lo es principalmente, que ambos funcionan como un canal de comunicación entre las personas, poseen diferencias evidentes que hacen necesario un tratamiento diferenciado entre uno y otro.

En efecto, la principal diferencia entre ambos recae en la titularidad de la cuenta, en el caso de los correos electrónicos corporativos o de empresa, la titularidad o propiedad estaría radicada en el empleador, mientras que, en el caso de las redes sociales, la titularidad recae en el propio trabajador, revistiendo de esta forma un carácter notoriamente personal, pero que es utilizado con frecuencia en dispositivos de propiedad de la empresa. En este último sentido, y a diferencia de lo que ocurre con el correo institucional en el que normalmente será el empleador quien dispondrá de la clave de acceso al mismo, el caso de las redes sociales es completamente diferente, pues como ya se planteó, su creación y titularidad es propia del trabajador, y de esta forma, es el quien administra libremente la clave de acceso al mismo, así como también, la información y los datos ingresados en la red.

Esta disimilitud quizá sutil para algunos, no es baladí, pues a diferencia de lo que podría creerse, genera grandes impactos en la posibilidad que tiene el empleador de ejercer facultades de inspección respecto de este tipo de medios de comunicación. Es así que, recientemente la Dirección del Trabajo y los tribunales de justicia, han validado la posibilidad de revisar el contenido de los correos corporativos de los trabajadores bajo ciertas condiciones.

En este sentido, la Dirección del Trabajo se pronunció de forma favorable respecto de la legalidad de la siguiente cláusula incorporada en un contrato de trabajo: *“El servicio de correo electrónico provisto por la Empresa debe ser utilizado exclusivamente para fines laborales, y por consiguiente, todo correo electrónico enviado por el trabajador desde la cuenta de correo electrónico proporcionado por la Empresa será copiado en forma automática y depositado en una carpeta del empleador, no teniendo por tanto el carácter de comunicación privada sino que de registro de la Empresa, la que se encuentra plenamente facultada para monitorear y conocer dichos correos electrónicos, aún después de terminada la relación laboral”*.

Para dichos efectos, tal organismo reflexiona: *“(…) Aun cuando en ausencia de toda regulación el trabajador puede tener una alta expectativa de privacidad sobre el contenido de su casilla de correo electrónico, su expectativa de privacidad tampoco puede catalogarse de absoluta, al tratarse de una herramienta proporcionada por el empleador dentro de una relación laboral que no puede homologarse a una casilla de correo electrónico personal o privada. Así, será desde este punto de partida que el trabajador podrá ver disminuida su expectativa de privacidad en base al uso que se le da en la empresa a dicha herramienta; particularmente, cuando el trabajador se encuentra debidamente informado de los límites y condiciones de uso que el empleador ha dispuesto.*

(…) Habiendo hecho las aclaraciones anteriores, no cabe sino concluir que la cláusula del contrato acompañado a la presentación resultaría ajustada a derecho en la medida que, junto con ella, exista en el reglamento interno de la empresa una regulación acerca de los límites y condiciones de uso del correo electrónico institucional”²⁵.

Esta nueva doctrina de la DT nos otorga elementos sumamente relevantes para nuestro análisis posterior respecto de la situación de las redes sociales. En efecto, para la DT son dos los elementos determinantes para validar este tipo de medidas de control: i) la existencia de una regulación expresa respecto de los límites y condiciones de uso de las herramientas otorgadas por la empresa; ii) la expectativa de privacidad existente en los trabajadores, la que será más o menos intensa dependiendo de distintos factores, en este caso, de la titularidad o propiedad del bien.

En un mismo sentido, nuestros tribunales de justicia en el denominado “caso CADEM” han validado el despido de una trabajadora a través de la revisión de su computador y casilla de correo electrónico. En este caso, se procedió a despedir a una trabajadora que compartía datos empresariales de reserva obligada con una empresa de la competencia, y con su hija, específicamente la trabajadora compartía los datos que recolectaba la empresa CADEM a través de sus encuestas.

Si bien en primera instancia la trabajadora logró una decisión favorable, acogándose su denuncia de tutela de derechos fundamentales por vulneración de la garantía

²⁵ Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 5.342/031, de 15 de noviembre de 2019.

constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación, no obtuvo el mismo resultado en segunda instancia ni ante la Corte Suprema. La Corte de Apelaciones de Santiago conociendo el recurso de nulidad interpuesto por la empresa CADEM, llega a la conclusión de que el sentenciador no efectúa el test de proporcionalidad al momento de fallar la causa. De esta manera, la Corte efectúa el juicio de proporcionalidad expresando que el derecho de inviolabilidad de las comunicaciones privadas no es absoluto y que puede ceder ante ciertas situaciones, concluyendo que la empresa actuó como garante del secreto de información personal y sensible de terceros anulándose así la sentencia de primera instancia, rechazándose en definitiva la denuncia de vulneración de derechos fundamentales y el despido injustificado²⁶. Esta última decisión es confirmada por la Corte Suprema, rechazando el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la trabajadora.

Como es posible apreciar, respecto de este tipo de inspección no solo se encontrará en disputa el derecho a la privacidad del trabajador, sino que además, la garantía constitucional establecida en el N°5 de la Constitución Política de la República, esto es, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. En efecto, en estos casos nos situaríamos ante un conflicto entre dos valores amparados por el ordenamiento jurídico, por un lado, y como ya fue mencionado, se trata de la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, versus la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, que emana de la garantía constitucional del derecho de propiedad²⁷.

Lo que nos corresponde determinar ahora es sí, el caso de las redes sociales utilizadas en dispositivos de propiedad de la empresa sigue la misma suerte que los correos corporativos, o si de lo contrario, son consideradas de una forma diferente en la jurisprudencia nacional. Para estos efectos, se dará cuenta de dos casos en los cuales nuestros tribunales de justicia se han pronunciado respecto de la posibilidad que tiene el empleador, de revisar mensajes enviados a través de redes sociales de mensajería

²⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2134-2017, de 9 de febrero de 2018.

²⁷ GUIDI, Catalina (2021), p. 140, en: SEVERÍN, Juan Pablo. (2021).

instantánea de propiedad del trabajador, con la particularidad de que dichas redes sociales se encontraban activas en un dispositivo de propiedad de la empresa.

El Juzgado del Letras del Trabajo de Copiapó en sentencia dictada en causa RIT T-1-2008, de 15 de septiembre de 2008, determinó lesivo de derechos fundamentales el despido de una trabajadora fundado en que habría compartido “información confidencial” de la empresa en la que trabajaba, a través de la red social “Messenger”. En este caso, la trabajadora fue descubierta debido a que el computador de la empresa en el cual realizaba sus labores contenía un software, mediante el cual, se respaldaba en carpetas el contenido de las conversaciones sostenidas con otros contactos de una lista que cada usuario tiene, al cual solo se accede con una clave personal. El tribunal reflexiona en base a estas consideraciones, y considera esencial el hecho de que no se contemplaba establecido en el reglamento interno de la empresa que las conversaciones de los trabajadores serían respaldadas en un archivo, convirtiéndolas en públicas, pues considera que de haberse conocido esta situación los trabajadores habrían obrado de una forma diferente, y finalmente resuelve:

OCTAVO: “(...) resulta desproporcionado que se haya decidido, pasar por alto que dicha información estaba contenida en un respaldo accidental de una conversación electrónica privada, para luego leerla completamente e invocarla como causa del despido, toda vez que la gravedad invocada en el supuesto actuar de la trabajadora y la necesidad de protección de la empresa frente a ello, no se condice de ningún modo con la protección esperable hacia la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas”²⁸.

En un caso más reciente, el Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco en sentencia dictada en causa RIT T-199-2020, de 14 de mayo de 2021, consideró en igual sentido, lesivo de derechos fundamentales el despido de una trabajadora de una notaría que fue acusada de entregar información privada y confidencial del funcionamiento de la notaría a su ex empleador (el notario saliente) y de otras actuaciones irregulares, como la confección y cobro de boletas a favor del notario saliente, quien ya no ejercía funciones. Quien descubre la antedicha situación fue una ex compañera de trabajo, quien al utilizar el computador de la notaría que normalmente utilizaba la trabajadora, accede a la

²⁸ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Copiapó, RIT T-1-2008, de 15 de septiembre de 2008.

aplicación “WhatsApp Web” y se percata de que esta mantenía activa la cuenta personal de la trabajadora, procediendo a constatar tales irregularidades una vez que revisa sus chats.

Lo relevante e interesante de esta sentencia es que declara expresamente que, el hecho de que la conversación haya sido extraída de un computador de propiedad de la Notaría no habilita al empleador a revisar libremente su contenido, en palabras del tribunal:

DÉCIMO CUARTO: “(...) No resta mérito a la configuración de la conculcación de tal garantía el que se indique que se obtuvo desde un computador propiedad de la Notaría en el que se desempeñaba la actora como oficial primero, pues aquello no justifica una vulneración a la privacidad de la actora, pues se trata de un registro que se contiene en su celular y el que se pueda visualizar en el computador no le resta el carácter de privado.

Que en consecuencia, no cabe duda, que producto de vulneración de la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada la demandante fue objeto de un despido fundado en causales que la demandada no ha podido acreditar”²⁹.

Concluimos en base a estas dos sentencias que, la jurisprudencia nacional ve con mayor recelo la posibilidad que tiene el empleador de revisar el contenido de conversaciones extraídas de redes sociales de los trabajadores, aun cuando estas se encuentran activas en dispositivos de su propiedad, aplicando un estándar más alto que el empleado respecto de los correos corporativos. Conviene tener presente que una de las razones que justifica la aplicación de estándares más elevados dice relación precisamente con el carácter privado y personal de la red social, a diferencia de lo que ocurre con el correo electrónico corporativo el cual al ser suministrado por el empleador, limita la expectativa de privacidad que tienen sus empleados sobre él, y de esta forma permite incluso, la posibilidad de regular y limitar la confidencialidad de los correos.

Ante esta situación, ¿qué tipo de control podría ejercer el empleador en este tipo de casos?, ¿podría regular en su reglamento interno una medida que lo habilite a realizar una inspección respecto de todas y cada una de las aplicaciones utilizadas en dispositivos de su propiedad?

²⁹ Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, RIT T-199-2020, de 14 de mayo de 2021.

Respondiendo a ambas preguntas, creemos que las facultades de control de empleador quedarían limitadas a la regulación del uso que puede dársele a los dispositivos de su propiedad, y en este sentido, estaría habilitado para prohibir la descarga y el uso de este tipo de plataformas, proscribiendo que el uso de estos dispositivos será exclusivamente de carácter laboral. No obstante, aun cuando el trabajador contravenga esta limitación, el empleador en ningún caso, estaría facultado para ingresar y revisar aplicaciones que por su naturaleza, puedan contener información sensible del trabajador o correspondencia privada del mismo, me refiero con esto al caso de aplicaciones como Facebook, Instagram, WhatsApp, Twitter, etc. Creemos que en estos casos, el empleador solo estaría facultado para establecer una medida sancionatoria, pero en ningún caso podría establecer medidas de carácter intrusivo como el ya señalado, pues en esencia, la propiedad del dispositivo no cambia ni elimina el derecho de privacidad de los trabajadores.

Finalmente, me atrevo a sostener que la privacidad del trabajador prevalece en estos casos incluso, sobre las infracciones o incumplimientos laborales que pueda constatar su empleador en base a una revisión de sus dispositivos. En este sentido, aun cuando se compruebe la veracidad de las conductas imputadas, el empleador no estaría facultado de hacer uso de represalia alguna, pues el solo hecho de haber tomado conocimiento de estas conductas en base a una revisión de la vida privada del trabajador, rebasa completamente su esfera legítima de actuación.

3.2 La revisión extralaboral de las redes sociales de los trabajadores

Visto desde una arista diferente, el empleador también puede acceder al perfil de redes sociales del trabajador en todo momento, esto precisamente por el carácter público que pueden llegar a tener este tipo plataformas. La pregunta que busca responder esta sección es si el empleador puede ejercer represalias en base al contenido publicado por sus trabajadores en una determinada red social, vale decir, si puede legítimamente despedir a un trabajador por opiniones, fotos, comentarios, etc., o si de lo contrario, esta conducta no sería legítima por vulnerar su derecho de intimidad.

Respecto a este tipo de casos, es menester hacer presente que será necesario tomar en consideración el tipo de perfil con el cual cuenta el trabajador en la red social. En este sentido, si el trabajador cuenta con un perfil de carácter público, no existirá la misma expectativa de privacidad con la que cuenta un trabajador con un perfil de carácter privado, pues en ambos casos, la cantidad de personas que tendrán libre acceso a la información será diferente. De esta forma, en base a un análisis jurisprudencial en la materia, se buscará establecer si existe o no una intromisión excesiva por parte del empleador al ejercer su facultad sancionatoria en base a estos supuestos.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, existen casos en los que el tribunal simplemente no tomará en consideración la configuración de privacidad para determinar que existió una intromisión indebida en la intimidad del trabajador. En efecto, pareciera ser que la ponderación respecto a la configuración de privacidad del perfil reviste especial interés en los casos en que el trabajador profiere insultos en contra de su empleador, o realiza una publicación en el marco de su libertad de expresión, pero como veremos en los acápite siguientes, esta no es la única hipótesis bajo la cual se han despedido o ejercido represalias en contra de trabajadores por contenido existente en redes sociales.

En base a esto, distinguiremos entre los casos en que: a) el despido o la represalia se debió a la divulgación de improperios en contra del empleador, y; b) los casos en que el despido netamente se debió a otras causas.

En uno y otro caso el bien jurídico en juego será diferente, pero en ambos se toma en consideración la expectativa de privacidad del trabajador para resolver si nos encontramos ante un despido o una represalia justificados o no. Es así como en los casos en que se despide o se amonesta al trabajador en base a comentarios negativos y/o insultos proferidos en contra de su empleador, el derecho fundamental conculcado será el de la libertad de expresión del trabajador, mientras que en los casos en que el despido o la represalia se debió a otras causas, el derecho fundamental conculcado será su privacidad propiamente tal.

A. Casos en que el despido o la represalia se debió a la publicación de improperios en contra del empleador o al ejercicio de la libertad de expresión

Pasando ahora a analizar la primera hipótesis, esto es, los casos en que el despido se debió a la divulgación de improperios en contra del empleador, analizaremos dos sentencias que se refieren a esta hipótesis.

Es del caso dar cuenta que el Código del Trabajo contempla expresamente una causal de despido en base a injurias del trabajador en contra de su empleador, señala este Código:

Art. 160: El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador.

De esta forma, en principio, el empleador estaría legitimado para despedir a sus trabajadores en base a esta causal en los casos en comento. No obstante, veremos que nuestros tribunales son bastante reacios en términos de acoger esta causal cuando se trata de expresiones extraídas de redes sociales de carácter personal, tal como se pasa a analizar a continuación.

El Juzgado de Letras y Garantía de Cochrane en sentencia dictada en causa RIT T-1-2021, de 3 de junio de 2021, conociendo una acción de tutela de derechos fundamentales, determinó que la empleadora vulneró entre otras garantías constitucionales, el derecho a emitir opinión del trabajador. En concreto, el trabajador (médico cirujano del Servicio de Salud de Aysén) habría sufrido una serie de tratos vejatorios a raíz de una discusión con el alcalde de la comuna, entre estos, habría sido sancionado a través de una anotación de demérito por una supuesta falta a la probidad por haber realizado una publicación en su Facebook, en la que tildaba de “cobarde” y “misógino” al alcalde.

El Tribunal arriba a la conclusión de que la sanción en comento carece de justificación plausible, toda vez que, su imposición se fundó únicamente en una publicación extraída del Facebook personal del trabajador, de modo que en esta hipótesis estaríamos ante una publicación cubierta por la garantía constitucional de libertad de expresión:

DÉCIMO: “(...) El Tribunal considera que la imposición de la referida anotación de demérito al funcionario ha transgredido su derecho a la libertad de expresión y de opinión, dado que como se explica en el libelo y no se controvierte en el escrito de contestación, la referida publicación realizada por el denunciante efectuando críticas al actuar del edil de la comuna, se hizo desde su cuenta privada de la red social Facebook, aplicando filtro de privacidad para ser vista sólo por sus contactos o “amigos” y sin que sea abierta al público en general”³⁰.

Como es posible apreciar, el tribunal toma en consideración la configuración de privacidad de la cuenta de Facebook para establecer que la anotación de demérito fue injustificada al haberse conculcado en cierto sentido su esfera de privacidad. En concreto, aun cuando se verifica que el actor profirió críticas en contra del alcalde, no sería legítimo que este reciba una amonestación por estos dichos, pues precisamente lo hizo en un espacio virtual en el cual existía una alta expectativa de privacidad al haberse compartido solo con un grupo selecto de personas, en este caso, con sus contactos o “amigos”.

En un mismo sentido, el Juzgado de Letras y Garantía de Lota en sentencia dictada en causa RIT O-22-2018, de 4 de abril de 2019, establece que es injustificado el despido de un trabajador en base a los comentarios que este realizó en una publicación de la red social Facebook. En estos comentarios el trabajador se refería de forma obscena en contra de su empleadora, en específico, la tilda de una “chucha de su madre” (sic).

El tribunal toma en consideración que no obstante haberse publicado estos comentarios en una red social pública como lo es Facebook, la publicación en sí revestía un carácter privada pues existía tal configuración de privacidad, además esta fue publicada fuera del horario de trabajo, y desde la red social personal y privada de la actora. Finalmente concluye el tribunal en base a estas consideraciones que:

NOVENO: “Es del caso hacer presente, que las publicaciones referidas, no se hacen en una cuenta de la empleadora, o en la de algún miembro del directorio, o de otro trabajador incluso, se hacen en el Facebook personal del actor, y en un posteo en la red de un particular, sin vínculo con la demandada, por lo tanto nos encontramos en la esfera

³⁰ Sentencia del Juzgado de Letras y Garantía de Cochrane, RIT T-1-2021, de 3 de junio de 2021.

personal del trabajador, donde no puede sancionarse al trabajador por emitir su opinión personal sobre su empleador, sin afectar su derecho a la libertad de expresión, distinta sería la situación, si las mismas expresiones hubiesen sido proferidas en el Facebook institucional de la demandada”³¹.

Concluimos de ambas sentencias que la posibilidad que posee el empleador de inmiscuirse en las redes sociales del trabajador y ejercer represalias en base a dicha revisión, es bastante reducida. En efecto, a pesar de que se trata de una red social, cuya principal característica es ser de carácter pública y masiva, este espacio virtual estaría dentro de la esfera personal de los trabajadores, de forma tal que el empleador no podría invadir y reprender a su subordinado en base al contenido que este publique en dicho espacio. Incluso, y pese a que se compruebe que el subordinado publicó en su red social comentarios ofensivos y/o insultos en contra de su empleador, la posibilidad que este último tiene de ejercer represalias, se ve mermada ante la protección de la libertad de expresión del trabajador y la protección de su intimidad, pues como ya vimos, los tribunales son reacios a permitir este tipo de sanciones.

B. Casos en el que despido o la represalia se debió a otras causas

Tal como ya veníamos adelantando, enfrascar esta discusión solo en base a las hipótesis contempladas en la sección anterior no es posible, esto porque la realidad es que los casos en que se ejerce este tipo de represión no tienen un margen de origen definido. En este sentido, bajo esta sección se revisarán nuevamente dos sentencias que refieren a despidos en base a supuestos carentes de una conexión fáctica, pero que reflejan claramente la multiplicidad de hipótesis bajo las cuales puede el empleador sancionar a sus trabajadores por hechos llegados a su conocimiento a través de redes sociales.

En el primer caso, el Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles en sentencia dictada en causa RIT T-42-2020, de fecha 24 de diciembre de 2020, resolvió que es vulneratorio de derechos fundamentales el despido de un trabajador en base a una “funa” que este habría sufrido en redes sociales. En concreto, en este caso el trabajador fue acusado o

³¹ Sentencia de Letras y Garantía de Lota, RIT O-22-2018, de 4 de abril de 2019.

“funado” en redes sociales por conversaciones sostenidas con una persona ajena a su trabajo, y fuera de horario laboral, no obstante, su empleador toma conocimiento de esta situación y procede a despedirlo sin fundamento alguno. El trabajador acusa que la causa del despido no fue otra que la referida “funa” en redes sociales, por lo que estaríamos frente a un despido lesivo de derechos fundamentales, acogándose esta pretensión por parte del tribunal:

TRIGRESIMO PRIMERO: “(...) De esta forma, los antecedentes antes reseñados permiten concluir que la desvinculación del demandante conculcó el derecho a la intimidad y su vida privada, al ser despedido por su empleadora en base a la “funa” que sufrió en la red social Facebook, lo que constituye una violación a los derechos fundamentales del actor, de lo que se infiere que la motivación para poner término a la relación contractual resulta arbitraria, razón por la que deberá acogerse la acción de tutela de derechos fundamentales”³²

Este es un caso bastante particular que nos permite dar cuenta que las nuevas tecnologías y las nuevas formas de comunicación, posibilitan una intromisión completamente irracional en la vida privada de los trabajadores. Acertadamente el tribunal concluye que el despido es arbitrario y que este conculca el derecho a la intimidad del trabajador, ya que tal como se planteó, los hechos en los que se basa son completamente ajenos a la relación laboral. Más aun, bajo ninguna circunstancia nos encontraríamos ante una situación que interese o afecte al empleador de forma directa, sino que al contrario, la sanción se fundó plenamente en un aspecto de la vida privada del trabajador, el que no habiendo afectado la idoneidad del trabajador para la realización de sus funciones, no debiese incumbir de modo alguno a su empleador.

En un segundo y reciente caso, el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en sentencia dictada en causa RIT O-371-2022, de fecha 2 de septiembre de 2022, determinó que es injustificado despedir a un trabajador en base a fotografías que este ha publicado en redes sociales mientras se encontraba en reposo bajo licencia médica. En específico, el trabajador habría publicado una serie de fotografías en su cuenta personal de Instagram, que daban cuenta supuestamente que este se encontraba

³² Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Los Ángeles, RIT T-42-2020, de 24 de diciembre de 2020.

realizando trabajos menores en fechas en las cuales debía estar con reposo. El empleador, al tomar conocimiento de esta situación, estima que el trabajador se encontraba haciendo uso fraudulento de las licencias médicas y procede a despedirlo.

En este orden de ideas, el tribunal razona en cuanto a la posibilidad de que las fotografías solo hayan sido publicadas en las fechas cuestionadas, pero que no se probó en ningún caso que el trabajador haya realizado labores mientras se encontraba bajo reposo. Finalmente, en lo que nos interesa, el tribunal razona en relación a la esfera privada del trabajador y concluye:

CUARTO: “(...) De forma paralela a lo previamente señalado, corresponde hacer expresamente presente que el empleador, al revisar las redes sociales del demandante, excede con creces las atribuciones a él entregadas por el Decreto Supremo N°3 de 1984, del Ministerio de Salud citado en la carta de despido, aun cuando éstas hayan sido de acceso público, toda vez que dicho espacio virtual comprende una esfera privada, si bien no íntima, de la vida del trabajador, que a todas luces trasciende la esfera laboral que al empleador incumbe. En dicho sentido, no correspondía al empleador trasladar al ámbito laboral, información que obtuvo al transgredir un espacio supralaboral de la vida del actor, y mucho menos ampararse en facultades fiscalizadoras para utilizar dicha información en fundar la causal de despido”³³.

Nuevamente esta sentencia reafirma el carácter privado que poseen estas plataformas, pese a que se trate de un espacio cuyo acceso es público. Lo interesante de este pronunciamiento es que nos deja entrever lo poderoso que puede llegar a ser la protección de la intimidad del trabajador ante las facultades fiscalizadoras del empleador, en este sentido, si bien en el caso no se logró comprobar que el trabajador se encontraba realizando trabajos menores mientras estaba haciendo uso de licencias médicas, el razonamiento del tribunal deja abierta la pregunta respecto a si, de comprobarse este incumplimiento a través de la revisión de las redes sociales del trabajador, tendría el empleador la facultad legítima de despedir a su trabajador o no. Pareciera que este debate cede ante la protección de la privacidad de los subordinados, toda vez que el

³³ Sentencia del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT O-371-2022, de 2 de septiembre de 2022.

tribunal esgrime de forma expresa “que no correspondía al empleador trasladar al ámbito laboral, información que obtuvo al transgredir un espacio supra laboral de la vida del actor, y mucho menos ampararse en facultades fiscalizadoras para utilizar dicha información en fundar la causal de despido”, no obstante, será el futuro quien defina cual será el derecho que prevalece por sobre el otro en este tipo de situaciones.

Concluimos este capítulo destacando la ilimitada cantidad de hipótesis, bajo las cuales el empleador podría fundar una sanción o un despido en base a hechos cuyo conocimiento fue gracias a las redes sociales. En esencia, las posibilidades de poseer en la actualidad un espacio libre de intromisiones, se ha visto bastante reducida gracias al avance de los medios de comunicación masivos y las redes sociales, extrapolando esto al plano laboral, se constatan las consecuencias que fueron enunciadas con ocasión de los fallos analizados. Los trabajadores en nuestro contexto actual no solo están sujetos a la vigilancia que se ejerce en el marco de la relación laboral, sino que además, pueden ser vigilados en aspectos ajenos a dicha relación, siendo sujetos vulnerables a intromisiones en su espacio personal o extralaboral.

CAPÍTULO IV: DATOS PERSONALES, INTIMIDAD Y DISCRIMINACIÓN LABORAL

GENERALIDADES

Los acelerados avances tecnológicos han venido a revolucionar completamente nuestro entendimiento, es así como en la actualidad las posibilidades de recolectar, almacenar y tratar nuestra información, son prácticamente ilimitadas. De esta forma, en nuestra era los datos se han transformado en uno de los activos más preciados en el mundo, pues ellos pueden ser utilizados para una innumerable cantidad de finalidades. Este cambio de paradigma hace que cada día que avanza, nuestra información sea más apetecible, y por tanto, mayor es la amenaza de que esta quiera o pueda ser captada por toda clase de personas u organismos. Desde el punto de vista del derecho laboral, el trabajador se ve expuesto a una situación de vulnerabilidad aún mayor, pues la propia la relación jurídica que lo une es una de tipo asimétrico, bajo la cual debe necesariamente relevar información personal, incluso en ocasiones, datos sumamente sensibles. En esta línea de ideas, este capítulo busca precisamente delimitar que tipo de datos o información puede exigirse de los trabajadores, que finalidades podría otorgar el empleador a la información que recopila, y cuáles serían los desafíos para el futuro en la materia.

4.1 La recopilación y utilización de datos por parte del empleador

4.1.1 La recopilación de datos

Resulta fundamental como primer aspecto a considerar, la calificación de que tipos de datos puede recopilar el empleador de sus trabajadores, para luego resolver a la pregunta relativa a con que fines puede utilizarlos. Para este propósito, debemos iniciar nuestro estudio a la luz de la normativa vigente en nuestro país, vale decir, será necesario analizar la Ley N° 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada (en adelante también, “LPVP”) cuya regulación se circunscribe a la protección de datos personales. En dicho cuerpo normativo encontramos diversas definiciones relativas a diferentes categorías de datos, no obstante, en lo que interesa a este trabajo, solo tomaremos en

consideración dos de estas categorías; i) los datos de carácter personal o personales; ii) los datos sensibles.

Nos dice la LPVP que los datos de carácter personal o datos personales son, los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables (*artículo 2 letra f*). Mientras que, por otro lado, los datos sensibles serían aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas, o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como, los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual (*artículo 2 letra g*).

En base a esta categorización de datos, podemos señalar como ejemplos de datos personales toda información que permita reconocer la identidad de una persona, como su imagen, su número de identificación nacional, el número de un pasaporte, nombre, domicilio, nacionalidad, sexo, hábitos de compra, dirección IP, etcétera³⁴. Por otro lado, serían ejemplos de datos de carácter sensible tal como nos señala la norma, los hábitos personales, el estado de salud, la vida sexual, etc.

Según las exigencias de la propia ley, el tratamiento de datos personales sólo puede efectuarse cuando esta u otras disposiciones legales lo autoricen o, el titular consienta expresamente en ello. En caso de que el titular otorgue su autorización en el tratamiento de sus datos personales, esta debe necesariamente constar por escrito y además, será necesario informar respecto del propósito del almacenamiento de sus datos y de su posible comunicación al público. Pese a lo rígido de la regulación, este cuerpo normativo contempla una regla de excepción, según la cual, se habilita el tratamiento de datos personales sin la autorización de sus titulares en la medida en que, los datos recolectados y objeto del tratamiento provengan de una fuente de acceso público, lo cual flexibiliza bastante a esta actividad (*artículo 4*).

Una regulación distinta se contempla respecto al tratamiento de los datos sensibles, pues estos en principio no podrán ser objeto de tratamiento alguno. Desde este punto vista,

³⁴ JARA, Natalia. (2021), p. 108.

no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares (*artículo 10*). En cierto sentido, esta regulación de carácter más restrictivo encuentra fundamento en que los datos sensibles implican el conocimiento de información mucho más íntima o privada de los titulares de los datos, por lo que es lógico que la ley otorgue un tratamiento mucho más cauteloso.

Otra regla a considerar en la materia, y que es aplicable a ambos tipos de datos, lo constituye el denominado “principio de finalidad”. Según este principio, los datos personales deben utilizarse sólo para los fines para los cuales hubieren sido recolectados, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público, exigiéndose además que esta información sea exacta y se encuentre actualizada (*artículo 9*). Vale decir, se limita la utilización de datos a ciertos fines específicos, salvo que sea aplicable la regla de excepción.

Finalmente, no debemos olvidar que el Código del Trabajo también contempla una norma rectora en esta materia, estableciendo que el empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador que tenga acceso con ocasión de la relación laboral (*artículo 154 bis CT*).

Hasta este punto, podemos señalar que la recolección y el tratamiento de datos de los trabajadores requiere cumplir con a lo menos lo siguiente:

- a) Debe contar con el consentimiento expreso y escrito del trabajador, salvo que estos provengan de una fuente de acceso público y no se traten de datos sensibles.
- b) Debe informársele al trabajador respecto del propósito del almacenamiento, del uso que les otorgará y de su posible comunicación al público
- c) Deben utilizarse los datos solo para el cumplimiento de los fines para los cuales hubieren sido recogidos, salvo que provengan o se hayan recolectado de fuentes accesibles al público.

- d) Deberá mantenerse reserva de toda la información y datos privados del trabajador, salvo que se haya autorizado expresamente respecto de la comunicación y transferencia de estos.

Aplicado a la práctica, el empleador deberá solicitar a sus trabajadores en el contrato de trabajo o en un anexo del mismo, el consentimiento expreso y por escrito para que este lo autorice a recabar y tratar los datos que en dicho instrumento se expresen. Sumado a lo anterior, deberá informársele acertadamente la finalidad con la cual se recopila esta información y cuál es el uso que se le otorgará.

La Dirección del Trabajo ya ha analizado esta clase de cláusulas en ocasiones anteriores, estableciendo directrices para que este tipo de tratamiento se ajuste a derecho. De esta forma, según el criterio administrativo de este organismo, el tratamiento de datos personales de los trabajadores es lícito, no obstante, debe cumplir con ciertas exigencias:

“En conclusión, analizada la información acompañada a la luz de la jurisprudencia administrativa invocada, normas legales citada y consideraciones formuladas, cumplo con informar que si bien efectivamente el trabajador puede consentir en que su empleador realice algún tipo de tratamiento de sus datos personales, en la especie, el anexo acompañado a su presentación, en virtud del cual su empleadora solicita dicha autorización de sus visitadores médicos, para utilizar sus datos personales, incluyendo la voz, imagen, nombre y correo electrónico, no posee el grado de precisión necesaria para permitir que el trabajador consienta suficientemente informado respecto de la finalidad última del tratamiento de sus datos personales”³⁵.

Lo que nos dice este dictamen, es básicamente que el tratamiento de los datos personales de los trabajadores es lícito en la medida en que se cumplan con los requisitos exigidos por la ley, no bastando para dichos efectos, informar de forma imprecisa la utilización y las finalidades que se pretenden otorgar a los datos. En esencia, la DT enfatiza especialmente en los deberes de información con los que debe cumplir el empleador para con sus trabajadores, pues de lo contrario no podríamos encontrarnos

³⁵ Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 5.589, de 04 de diciembre de 2019.

ante un consentimiento suficientemente informado que cumpla con las exigencias del sistema legal.

De esta forma, de mediar los requisitos expuestos con anterioridad, el empleador estaría habilitado para realizar tratamiento de los datos personales que el propio trabajador haya consentido. Resta ahora determinar qué clase de datos puede recopilar y utilizar, y también, que propósitos puede otorgarles.

Normalmente el empleador podrá tener acceso a una gran cantidad de información de sus trabajadores, desde luego, existen datos de sus subordinados cuyo conocimiento es necesario o más bien, indispensable para la relación contractual entre ambos, dentro de estos se encontrarían el nombre, su dirección, su número de contacto, etc. Pero también, existen otro tipo de datos en los que el empleador podría tener cierto interés y que dicen relación con aspectos más bien íntimos de sus subordinados o de sus futuros subordinados, pero que no siempre serían indispensables para la relación contractual, como por ejemplo, sus antecedentes médicos o historia clínica, la orientación sexual, la ideología política o religión, etc.

Respecto a esta última clase de información, nuestro legislador laboral es bastante reacio a permitir la solicitud o el acceso a este tipo de datos de los trabajadores. Un ejemplo de lo anterior se encuentra dado por el *artículo 2 del Código del Trabajo*, el que contempla una larga lista de situaciones bajo las cuales estaríamos ante actos de discriminación laboral, y por tanto, por regla general esta información no debe ser conocida por el empleador, en ese contexto destaca la prohibición de realizar actos de discriminación en base al sexo, raza, color, ascendencia nacional, situación socioeconómica, orientación sexual, ideología política, el padecer o haber padecido cáncer, etc. Es de tal gravedad la preocupación en este ámbito que, recientemente la *Ley N° 21.226* se enfocó incluso en prohibir la discriminación laboral frente a mutaciones genéticas, alteraciones de material genéticos o exámenes genéticos.

Salvo ciertas excepciones, como el caso de los trabajadores que desempeñan funciones en industrias o trabajos insalubres o peligrosos, y por lo mismo, ameritan ciertas condiciones fisiológicas comprobables a través de certificados médicos (*artículo 186 CT*), la intromisión en aspectos de salud no podría exigirse a trabajadores o a candidatos,

pues esto no debiese influir ni interesar al empleador. Misma situación acontece respecto de la información financiera, ya que solo sería admisible la solicitud de ella respecto de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración; y los trabajadores que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza (*artículo 2 CT*).

A mayor abundamiento, no solo el legislador sigue este criterio, sino que también, la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia y la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo, pues estos tampoco ven con buenos ojos la intrusión del empleador en la vida extra laboral de sus dependientes. Tal como tuvimos la oportunidad de apreciar en capítulos anteriores, la regla general es que el empleador no puede entrometerse en asuntos que escapen de la relación laboral, pues lo que traspasa este vínculo jurídico estaría protegido normativamente al ser parte integrante de la esfera privada o íntima del subordinado.

Concluimos en base a lo expuesto que, a pesar de que el tratamiento de datos personales en materia laboral es una actividad lícita, debe cumplir con una serie de estándares y requisitos exigidos por la ley, lo que hace que se transforme en una actividad cuyo espectro limita o coarta bastante la libertad de acción del empleador. Si realizamos una comparativa con las demás posibilidades que el empleador posee en la toma de decisiones dentro su estructura organizativa, veremos que el tratamiento de datos es una de las actividades en la que posee menos libertad de acción, pues a diferencia de lo que veníamos analizando respecto de las medidas de control, el tratamiento de datos requiere necesariamente de una serie de obligaciones que en otros casos no se contemplan, y que responde más bien a que en esta situación en particular, el empleador estaría haciendo uso de información que no le pertenece, y por tanto, es lógico que se otorgue un tratamiento más restrictivo y exigente.

Finalmente, y pese a lo anterior, sería completamente factible para el empleador realizar tratamiento de toda clase de datos, pues de cumplirse con ciertos requisitos, la ley incluso permite el tratamiento de datos de carácter sensible. No obstante, en ningún caso podría valerse exclusivamente de esta información para desvincularlo solo por el hecho

de por ejemplo, contar con cierta orientación sexual o enfermedad de base, pues estos actos serían de carácter discriminatorios y por tanto, proscritos por la ley.

4.1.2 ¿Qué tipo de usos puede otorgar el empleador a esta información?

Esta pregunta es de difícil respuesta, esto porque en la actualidad los datos personales pueden ser empleados para un sinnúmero de finalidades, lo que nos lleva a concluir que en cierto sentido no habría una lista taxativa bajo la cual podríamos circunscribir los tipos de usos que podría otorgarle el empleador a la información de sus trabajadores. De este modo, diremos que el empleador podrá otorgar la finalidad que estime pertinente en la medida en que esta haya sido informada debidamente a los titulares de datos, que esta se ampare en el consentimiento de sus titulares, y que además, no signifique o genere un atentado en contra de derechos fundamentales o algún actuar ilícito.

Esta materia no ha sido muy analizada en nuestro país, de hecho, son escasos los pronunciamientos que versan sobre esta temática. En este sentido, uno de los pronunciamientos destacados proviene de la doctrina administrativa de la Dirección del Trabajo, la cual ha emitido un dictamen a propósito de la utilización de información personal de trabajadores para confeccionar “listas negras”. Respecto a esto, la Dirección del Trabajo estableció que:

“(…) De este modo, y en el caso en cuestión, la utilización de registros o listas negras de trabajadores al momento de la selección del personal es una conducta prohibida y reñida con la Constitución y la ley laboral, pues fuera de los motivos expresamente vedados de desigualdad de trato, en materia laboral cualquier diferenciación no basada en las calificaciones o competencias de la persona del trabajador resultan discriminatorias, en tanto éstas constituyen las únicas causales de diferenciación lícita.

Entonces, esta normativa, pretende evitar que la información de los datos personales de los trabajadores propicie comportamientos discriminatorios. Y aquí se habría utilizado el nombre y apellido de un trabajador para una finalidad radicalmente distinta al fin por el cual se proporcionó.

*En estas circunstancias, resulta contrario a Derecho utilizar los datos de carácter personal otorgados con ocasión de la relación laboral, para construir registros o listas negras de trabajadores que prohíban su contratación en otras empresas (...)*³⁶.

Es interesante el análisis que realiza el órgano administrativo, pues no solo nos ilustra un caso específico en el que sería ilícita la utilización de los datos personales de los trabajadores, sino que además, remarca la protección relativa a la discriminación laboral, materia que se encuentra estrechamente ligada al enfoque que le otorgaremos a la utilización de datos personales en esta rama del derecho.

En el sentido anterior, el próximo acápite ira orientado al tratamiento de datos personales a través de lo que se ha denominado “Big Data”, de esta forma, en lo sucesivo, dirigiremos nuestro estudio a las posibilidades que otorgan las nuevas tecnologías para procesar una gran cantidad de datos y obtener conclusiones que pueden surtir efectos jurídicos en sus titulares.

4.2. Big Data en materia laboral

Entendemos por big data al conjunto de tecnologías que permiten tratar cantidades masivas de datos provenientes de fuentes dispares, con el objetivo de poder otorgarles una utilidad que proporcione valor. Éste puede ser descubrir patrones de comportamiento de los clientes de una organización para crear publicidad dirigida mucho más efectiva, predecir tendencias económicas o descubrir relaciones antes desconocidas entre variables que puedan abrir las puertas a la innovación³⁷.

En lo que nos interesa, por medio del big data en material laboral, se posibilita el tratamiento de una gran cantidad de datos para obtener conclusiones que podrían determinar decisiones que afecten al trabajador. A este respecto, no es inusual al día de hoy que las empresas utilicen sistemas computarizados de inteligencia artificial, cuyo mecanismo se basa en el uso de algoritmos capaces de otorgar análisis predictivos a través del estudio y procesamiento de datos. De esta forma, este tipo de sistemas serían

³⁶ Dirección del Trabajo, Dictamen Ordinario N° 1.782/030, de 10 de abril de 2015.

³⁷ GIL, Elena. (2021), p.16.

capaces de por ejemplo, determinar qué tipo de cambios deben realizarse al interior de la compañía para que esta marche de la forma más eficiente posible. En este sentido, actualmente es perfectamente posible que las decisiones que se toman en la empresa encuentren su razón de ser en los análisis arrojados por estos algoritmos, los cuales podrían arrojar entre otras alternativas, la selección de un candidato para un determinado puesto de trabajo, la conveniencia de despedir a un trabajador, de promoverlo de cargo, o de reubicarlo en otro puesto.

De lo anterior se sigue que, no es baladí para las empresas la recopilación y el tratamiento de datos, pues las posibilidades que ofrece la tecnología para realizar este tipo de análisis son una realidad en nuestra era. De ese modo, los empleadores no solo pueden mejorar la eficiencia de sus empresas, sino que además abaratan costos, pues las labores que podrían haber estado a cargo de un ejecutivo del área de recursos humanos, hoy pueden estar en manos de un software computarizado, que por lo demás, no posee las limitaciones físicas y psíquicas que si posee una persona.

Ahora bien, no todo puede ser perfecto, y por lo mismo, la utilización de este tipo de programas no ha estado exenta de controversias. La realidad es que estudios y las propias empresas han revelado que los algoritmos -a pesar de que en principio debiesen ser un raciocinio libre de subjetividades-, arrojan análisis o resultados que muchas veces discriminan a cierto tipo de trabajadores por condiciones que no necesariamente se relacionan con sus aptitudes, o capacidades para desempeñar y cumplir con sus funciones.

Incluso, según nos plantea Todolí, la tecnología parece ser capaz de inferir ciertas características personales basadas en otros datos. Es decir, aunque se prohíba recabar datos en materia de afiliación sindical, religión, sexo, orientación sexual o discapacidad, los algoritmos son capaces de obtener esta información a través de otros datos. Por ejemplo, la religión o la raza puede estar estadísticamente muy relacionadas con el código postal o el barrio dónde la persona vive. Así pues, tomar decisiones basadas en la ubicación de la vivienda resultará en el fondo una decisión basada en la raza o, incluso, conforme al tiempo dedicado a leer unas noticias en Facebook o Google –y no otras– se puede predecir la afiliación política o sindical. De hecho, en muchos casos, se desconocen las capacidades de un algoritmo a la hora de hacer inferencias estadísticas,

lo que supone la “imposibilidad” de conocer si el propio algoritmo está tomando decisiones fundamentadas en información discriminatoria o no³⁸.

Sin duda alguna, con todas estas nuevas posibilidades la intimidad de los trabajadores se ve seriamente reducida, pues aun cuando estos pretendan ocultar aspectos propios de su vida privada a sus empleadores, la utilización de la inteligencia artificial de todas formas sería capaz de descifrar esta información, y por lo mismo, cada vez son menos los espacios de su vida íntima que se pueden mantener en secreto.

Todas estas problemáticas constituyen una materia que actualmente no se encuentre regulada a un nivel normativo en nuestro país, es por ello que uno de los objetivos de esta sección será determinar si sería lícita la utilización de este tipo de tecnologías bajo el amparo de nuestra legislación laboral. Ya vimos que a la luz de la regulación normativa de protección y tratamiento de datos personales, el tratamiento de datos personales en materia laboral sería una actividad lícita de cumplirse con las exigencias y requisitos contemplados en nuestro sistema legal, por tanto, restaría determinar si el tipo de usos que actualmente se otorga a través del big data a esta clase de información de los trabajadores, sería una actividad recomendable de adoptar en nuestro caso.

A nuestro juicio, bajo el alero de la legislación actual habría que distinguir que efectos jurídicos se pretende controlar respecto a la utilización de algoritmos en sede laboral. En este sentido, tal como ya se señaló, a lo menos existirán 3 posibles efectos jurídicos cuya afectación podría alcanzar a los trabajadores a raíz de la utilización de esta tecnología: i) la selección de candidatos; ii) decisiones durante la relación laboral; iii) la desvinculación.

En lo que sigue, se analiza la factibilidad del empleo de estos softwares en cada uno de estos supuestos, para luego realizar un breve análisis de la situación regulatoria que existe en el derecho comparado.

i) La selección de candidatos

La faz precontractual constituida por el análisis y la selección de candidatos, es uno de los puntos en que se evidencia con mayor notoriedad la posible discriminación que

³⁸ TODOLÍ, Adrián. (2019), p. 73.

pueden llegar a generar el uso de este tipo de mecanismos. El automatizar los procesos de selección de candidatos puede ser tentador en la estructura empresarial, incluso hasta podría ser necesario en los casos en que la recepción de antecedentes curriculares es demasiado alta, pues de esta forma se brindaría de celeridad y eficiencia al proceso. No obstante, las dificultades de determinar los criterios exactos bajo los cuales son tomadas las decisiones por estos algoritmos, podrían dar lugar a actos de discriminación cuya detección es bastante problemática.

Si bien, de acuerdo con la Constitución, toda persona tiene derecho a la igualdad y no cabe duda de que dicho deber genérico de no discriminación incluye también a las decisiones automatizadas adoptadas por algoritmos dentro de las organizaciones, lo que ha cambiado con la introducción de estas nuevas tecnologías es que las posibilidades de detección de actos discriminatorios son mucho menores. Además, muchas veces el único contacto entre el postulante y la empresa es justamente la plataforma digital que dirige y lleva a cabo el proceso de selección, lo cual genera que el postulante ni siquiera pueda conocer las razones por las que no fue elegido³⁹.

Un ejemplo real de la anterior problemática lo constituye el caso de la empresa Amazon, la que en el año 2014 puso en marcha un sistema algorítmico con el que esperaba optimizar recursos y ahorrar tiempo y mano de obra, además de encontrar un sistema neutral para contratar personal. Pero la compañía tuvo que despedir a su nuevo reclutador porque el algoritmo resultó sexista, de acuerdo con una investigación elaborada por Reuters, en concreto, el algoritmo discriminaba específicamente a las candidatas, penalizando los antecedentes curriculares que contuvieran referencias femeninas⁴⁰.

Esto es solo una de las múltiples situaciones de discriminación a la que puede dar lugar el uso de procesos de selección de forma totalmente automatizada, por lo que este tipo de procesos no debe quedar a la discrecionalidad total de un algoritmo, y necesariamente debe contar con la intervención humana. Aplicado este modelo a nuestro país, concluimos que al no encontrarse contempladas este tipo de situaciones

³⁹ RODRIGUEZ, Ariana; TOYAMA, Jorge. (2019), p. 259.

⁴⁰ BBC NEWS MUNDO. *El algoritmo de Amazon al que no le gustan las mujeres* [en línea] 11 de octubre de 2018. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45823470>

en nuestra legislación, la selección de candidatos por medio de este tipo de sistemas no es conveniente ni aconsejable, sobre todo por la baja precisión y posible encubrimiento de decisiones discriminatorias que no responden necesariamente a la idoneidad o capacidad de los candidatos, actos que como ya tuvimos oportunidad de ver, se encuentran proscritos en nuestra legislación laboral.

ii) Decisiones tomadas por algoritmos durante la relación laboral

Luego de haberse seleccionado a los candidatos que formaran parte de la empresa, la utilización de algoritmos puede seguir siendo relevante en la relación laboral de los trabajadores. Como ya adelantamos, por medio de ellos se posibilita no solo poseer información respecto a la productividad individual de cada subordinado, y con esto, por ejemplo, determinar quién será beneficiado por una asignación o bonificación por resultados, sino que también, sería perfectamente posible que en base a sus reportes se determinen los ascensos o las promociones en los puestos de trabajo, e incluso, la imposición de amonestaciones y/o sanciones.

En esta nueva faz de la relación contractual, la inteligencia artificial juega un gran papel en lo que respecta al control de los trabajadores, pues por ejemplo, en el caso de la videovigilancia en la que hasta ahora era necesario que una persona visualizara las horas de videovigilancia para observar si había habido alguna irregularidad con el trabajador, puede ser una función delegada a estas nuevas tecnologías. En estos sentidos, los sistemas reconocimiento facial y de figuras permiten que de forma automatizada se señale si ha habido alguna irregularidad, informado exactamente del momento en el que ocurre, y abaratando el coste del control de los trabajadores⁴¹.

Lo relevante del uso de esta tecnología en esta etapa, es que como veníamos recalcando, los algoritmos suelen procesar la información en base a las estadísticas y parámetros que aprenden por su cuenta. El problema de su aplicación en la realidad es que, por más objetivas que parezcan sus decisiones, estas podrían involucrar criterios que perjudican a un determinado grupo de trabajadores o estar obviando factores externos y subjetivos que son importantes para una decisión de esta naturaleza⁴². Así

⁴¹ TODOLÍ, Adrián. (2021), op. cit., p. 71.

⁴² RODRIGUEZ, Ariana; TOYAMA, Jorge. (2019), op. cit., p. 261.

por ejemplo, en el caso de la toma de decisiones de quien merece ser promovido o ascendido, podría considerar que el trabajador con más horas de trabajo registradas sea el que merece la promoción, omitiendo las razones por las cuales los trabajadores no cumplieron con las horas de trabajo o los tiempos esperados. Por otro lado, basado en los indicadores de rotación de personal, así como en el sexo de las personas que ocupan posiciones de alta dirección, podría tomar estos antecedentes para privilegiar a personas de sexo masculino que tienen mayor permanencia en una organización y mayoría en el comité de gerentes de la empresa⁴³.

En conclusión, en esta etapa de la relación laboral también es posible afirmar que se pueden presentar supuestos en los que los derechos de los trabajadores se vean menoscabados. En específico, nuevamente podríamos enfrentarnos a situaciones de discriminación encubiertas por una decisión aparentemente objetiva, pero que en la realidad, no siempre es tal, sumado además a que muchas veces el funcionamiento de estos sistemas sea completamente desconocido por quienes se ven afectados por ellos.

iii) La desvinculación

Finalmente, la utilización de inteligencia artificial y de algoritmos también puede hacerse cargo de la tarea de despedir a los trabajadores en los casos en que constate determinados incumplimientos, o cuando así lo determine para los salvaguardar los intereses y la eficiencia de la compañía.

Bajo estas ideas, una de las preguntas más interesantes que podríamos realizarnos es si, en base a los análisis que efectúan estos sistemas computarizados, sería posible despedir a un trabajador a luz de las disposiciones de nuestro Código del Trabajo.

Al ser una materia que no se encuentra regulada, y de darse el caso en que la computadora justifique racionalmente la causal que ameritaría el despido, a nuestro juicio, esto sería posible en la medida en que quien realice el acto material final del despido sea el empleador. En efecto, si realizamos una revisión literal de las normas que se contemplan en el CT referentes al despido (*artículos 159 y ss.*), se exige que “el empleador” sea quien ponga termino a la relación laboral y quien justifique las causales

⁴³ Ídem.

que se invoca para ello, por lo mismo, consideramos que si es este quien decide en última instancia si despide o no al trabajador, no deberían haber problemas con que efectivamente se use como base de este acto el razonamiento que ha seguido la computadora, pues siempre y cuando la decisión de esta sea efectivamente fundada y cumpla con las exigencias de la ley, no existirían fundamentos para negar esta posibilidad.

Lo anterior podría ser de gran interés, sobre todo en los casos en que el despido se funda en la causal de necesidades de la empresa (*artículo 161 CT*), pues esta clase de sistemas computarizados podría perfectamente concluir que determinados puestos de trabajos ya no son útiles o necesarios para la compañía, y por lo mismo, tomar la decisión de reestructurarla eliminando y despidiendo a los empleados que utilizaban estas plazas en la empresa. Esta situación ya ha sido estudiada y regulada en el derecho comparado según veremos más adelante, por ahora basta con mencionar la existencia de dos opiniones contrapuestas en esta materia.

Según algunos el Reglamento Europeo establece unas protecciones especiales a las decisiones basadas únicamente en procesos automatizadas (art. 22 RGPD), de esta forma, se podría entender, que cualquier nivel de intervención humana, por trivial que sea, harían inaplicables estas protecciones⁴⁴. Mientras que para la doctrina mayoritaria, cualquier tipo de intervención humana no sería suficiente para dejar de aplicar estas garantías, pues cuando la intervención humana se limita a aplicar la decisión tomada por el algoritmo seguimos encontrándonos ante una decisión tomada únicamente por el sistema automatizado. De este modo, solamente cuando el responsable de recursos humanos tenga autoridad para modificar la decisión dada por el sistema informático y valore cuestiones diferentes, se podrá entender que existe intervención humana significativa⁴⁵.

⁴⁴ WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brente; FLORIDI, Luciano. (2017), p. 92; citado por TODOLÍ, Adrián. (2021), op. cit., p. 76.

⁴⁵ TODOLÍ, Adrián. (2021), op. cit., p. 77.

4.3. Breve análisis de la situación comparada y de los desafíos para el derecho chileno

4.3.1. El Reglamento General de Datos Personales

Tal como ya adelantamos, en nuestro país carecemos de una regulación actualizada que resuelva este tipo de problemáticas, situación distinta acontece a nivel comparado, ya que en gran parte del mundo, la normativa vigente es relativamente reciente y detallada. En esta línea, seguiremos de cerca el modelo que ha contemplado Europa para efectos de guiarnos y analizar brevemente los puntos de nuestro interés, junto a los desafíos de actualización que se requieren en nuestro sistema legal.

Desde el año 2018 rige a los estados miembros de la Unión Europea el denominado “Reglamento General de Datos Personales” (en adelante también, “RGDP” o “Reglamento”), este cuerpo normativo además de las reglas generales aplicables a toda tratativa de datos, contempla disposiciones que se hacen cargo específicamente del tratamiento de datos en la relación laboral, así como también, contempla reglas que dicen relación con la posibilidad de tomar decisiones a través de mecanismos automatizados.

Como veníamos adelantando, más allá de que el Reglamento contempla una regulación de carácter general para el tratamiento de los datos personales, muchas de estas disposiciones, que suponen una innovación y una protección mayor para los titulares de datos, se aplican también al ámbito laboral. En este sentido, las reglas relativas a las condiciones para el consentimiento (*artículo 7 RGDP*) aseguran una mayor protección a los trabajadores en materia de protección de datos al establecer que:

- i. El responsable del tratamiento de datos (el empleador en nuestro caso) será quien deberá probar que obtuvo el consentimiento del titular de los datos (trabajador).
- ii. Si el consentimiento se da en el contexto de una declaración escrita que también se refiere a otros asuntos (contrato de trabajo), la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo. No será

vinculante ninguna parte de la declaración que constituya infracción del presente Reglamento.

Más aún, el Reglamento además de contemplar causales de carácter general para la licitud del tratamiento de datos, se hace cargo de situaciones específicas en las que la causa habilitante es precisamente la relación laboral. Un ejemplo de esto lo es el caso de la regulación relativa a los datos sensibles, la que al igual que en Chile, contempla una regla general que prohíbe su tratamiento, y luego contempla excepciones a esta regla. En ese contexto, la prohibición general no tendría aplicación cuando el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social (*artículo 9.2 letra b RGDP*), ni tampoco en los casos en que el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social (*artículo 9.2 letra h RGDP*).

De esta suerte, el Reglamento contempla una regulación mucho más atingente a las necesidades imperante en materia laboral, de forma tal que para ciertas situaciones y finalidades puntuales no será necesario el consentimiento para la tratativa de datos, pero al mismo tiempo, sus reglas no cuentan con la suficiente laxitud para dejar en un estado de desprotección a los datos de los trabajadores, siendo la regla general, la necesidad de contar con el consentimiento expreso e informado de los titulares de los datos.

Finalmente, en lo que atañe a la problemática que veníamos analizando respecto de la toma de decisiones automatizadas en materia laboral, el Reglamento contempla una regla expresa según la cual todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar (*artículo 22 RGDP*). Ahora bien, esta regla no es absoluta, y por lo mismo, también contempla ciertas causales de excepción, entre las que se encuentran:

- a) Su necesidad para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento.

- b) Su autorización por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento y que establezca asimismo medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.
- c) El consentimiento del interesado.

Pese a que se contemplan excepciones a la regla general, el mismo artículo se encarga de salvaguardar los derechos de los titulares de datos en los párrafos siguientes al establecer el derecho a exigir la intervención humana, la posibilidad de expresar su punto de vista y de impugnar la decisión. Nuevamente, esta regla supone una gran innovación y adecuación de las normas a las necesidades imperantes en la sociedad actual, de modo que aplicado a nuestra rama de estudio, los trabajadores no podrán ser objetos de decisiones automatizadas al interior de la empresa, salvo consentimiento en contrario, y aún en ese caso, tendrán derecho a solicitar la intervención humana, expresar su punto de vista e impugnar la decisión que les afecte. Mismo derecho tendrán quienes intenten ingresar a un puesto de trabajo, lo que protege de un modo transversal a las personas de las decisiones automatizadas y de sus eventuales criterios discriminatorios.

Como es posible apreciar, la normativa Europea es bastante completa y atingente a las necesidades de nuestra era, por lo que sin duda es un gran ejemplo a seguir a la hora de legislar y adecuar la normativa local de nuestro país.

4.3.2 La situación actual de Chile

Tal como ya tuvimos ocasión de revisar, la normativa vigente en nuestro país se ve completamente superada ante las nuevas posibilidades que ofrece la tecnología en el mundo moderno. Si tomamos en consideración que la normativa relativa a la protección de datos personales, esto es, la Ley N° 19.628, entro en vigencia hace ya 24 años, no es muy difícil notar que la situación desde esa época a la actual es completamente diferente, los avances tecnológicos han avanzado a pasos agigantados, de modo que es una necesidad urgente el solucionar esta desactualización normativa.

Por lo mismo, a inicios del año 2017 se inició por medio de Mensaje Presidencial una discusión en el Congreso para reformar la normativa vigente y crear una nueva ley que se haga cargo de una forma actualizada de la protección de datos. Desde ese año se encuentra en tramitación el *Boletín N° 11.144-07*, como Proyecto de Ley que Regula la Protección y el Tratamiento de los Datos Personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales (en adelante también, el "Proyecto"). Conviene analizar brevemente este proyecto para determinar si efectivamente se hace cargo de los problemas que hemos venido tratando, o si de lo contrario, la propuesta soslaya este tipo de cuestiones.

Realizando un balance general del proyecto, es destacable su innovación y actualización en una serie de aspectos concernientes a: la clasificación de datos; la consagración explícita de principios rectores que rigen el tratamiento de datos; modernización en lo que respecta al consentimiento de los titulares de datos a través de nuevas reglas; creación de un procedimiento administrativo que vela por la protección de los datos y la sanción ante incumplimientos de la legislación; creación de un organismo público encargado de la fiscalización, protección y cumplimiento de la normativa de datos personales; entre otros.

Al no ser el objetivo de esta sección extendernos demasiado con un tema que podría dar lugar a un vasto análisis e investigación, nos centraremos en los cambios relacionados a la materia de nuestro interés. En el sentido anterior, consideramos importante referirnos a dos puntos específicos del proyecto, siendo uno de ellos la modificación en el tratamiento de los datos sensibles, mientras que el segundo punto dice relación con la innovación en lo que respecta a decisiones automatizadas.

En lo atinente al tratamiento de los datos sensibles en este proyecto, existe un particular cambio de regulación que nos llama bastante la atención respecto a la normativa vigente. Como ya revisamos con anterioridad, el tratamiento de datos sensibles bajo nuestra legislación actual se encuentra por regla general prohibida, salvo que nos situemos en alguna de las excepciones que habiliten su utilización. Pues bien, tanto la definición como la regla general prohibitiva del tratamiento de los datos sensibles no sufre grandes variaciones en el proyecto, estableciéndose por regla general que su tratamiento solo podrá realizarse con el consentimiento expreso de su titular (*artículo 16*), sin embargo, este mismo artículo agrega una nueva excepción no contemplada en nuestra legislación

vigente, bajo la cual se permite realizar tratamiento de los datos que el titular haya hecho manifiestamente públicos.

La anterior excepción no es baladí si consideramos que actualmente es mucho más fácil acceder a la información de las personas. De hecho, una de las fuentes de acceso de información más utilizadas tanto por personas naturales como por los sistemas computarizados son las redes sociales, desde allí se posibilita la recopilación de toda clase de datos e información, y al ser una fuente que en la gran mayoría de los casos es de acceso público, sería completamente factible bajo esta norma otorgarle tratamiento a los datos que se captan de dicha fuente de acceso público. Lo anterior aun cuando no exista consentimiento alguno del titular, y aun cuando el tratamiento de estos datos recaiga en datos de carácter sensible.

Por otro lado, el proyecto también innova en lo referente a la posibilidad de impugnar decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos, vale decir, contempla una regla bastante similar a la que consagra el RGDP en la materia. Según esta regla, El titular de datos tiene derecho a oponerse a que el responsable adopte decisiones que le conciernan, basadas únicamente en el hecho de realizarse a través de un tratamiento automatizado de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles. El titular no podrá ejercer este derecho de oposición en los siguientes casos: a) Cuando la decisión del responsable sea necesaria para la celebración o ejecución de un contrato entre el titular y el responsable; b) Cuando exista consentimiento previo y expreso del titular, y c) Cuando lo disponga la ley. En los casos de las letras a) y b) del inciso anterior, el responsable deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar los derechos del titular, en particular el derecho a obtener intervención humana por parte del responsable, a expresar su punto de vista y a solicitar la revisión de la decisión (*artículo 8 bis*).

Con esto, se solucionarían los problemas no reglados actualmente que digan relación con la contratación de personal, decisiones de ascensos o promociones en los puestos de trabajo y de despidos a través de la utilización de algoritmos que toman decisiones automatizadas, problemas que comentamos con anterioridad. De este modo, el proyecto al menos en lo que atañe a las decisiones automatizadas otorga básicamente los mismos derechos que observamos en el RGDP.

Concluimos este capítulo recalando las falencias de desactualización normativa que presenta nuestro país, dada la suma urgencia que requiere este cambio legislativo. Por otro lado, consideramos que el proyecto en comento permitiría resolver de buena manera gran parte de las deficiencias presentes en la actualidad y dotaría de mayor seguridad y protección a los titulares de datos en el ejercicio de sus derechos.

CAPITULO V: LA ACCIÓN DE TUTELA LABORAL COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN ANTE VULNERACIONES DEL DERECHO DE INTIMIDAD

GENERALIDADES

Concluiremos este trabajo analizando la acción de tutela de derechos fundamentales, también denominada de tutela laboral, como mecanismo de protección de los trabajadores ante vulneraciones en su derecho a la intimidad o vida privada. Para estos efectos, revisaremos brevemente sus principales aspectos procedimentales y las particularidades propias de esta acción, para finalmente realizar una breve alusión a la acción de protección como mecanismo alternativo o subsidiario para otorgar protección al derecho de intimidad, concluyendo de forma categórica que su ejercicio es ineficaz para los fines perseguidos en el ámbito laboral. De este modo, otorgaremos al lector una sucinta base respecto a la posibilidad de defensa que poseen los trabajadores en este ámbito.

5.1 Acción de tutela de derechos fundamentales

A nuestro juicio, la acción de tutela de derechos fundamentales o de tutela laboral, sería la forma idónea de salvaguardar y ejercer control sobre las actuaciones del empleador que importen una vulneración sobre ciertos derechos fundamentales, entre los cuales se contempla desde luego, el derecho a la intimidad.

La consagración de esta acción y la regulación de su procedimiento, se encuentran específicamente comprendidos en el Párrafo 6° del Capítulo II, Título I, del Libro V del Código del Trabajo, puntalmente la regulación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales se radica entre los artículos 485 y 495 de dicho cuerpo legal, normas en las que se señalan los pasos a seguir en los casos mencionados con ocasión del párrafo anterior. Con el objeto de otorgarle orden a esta sección, esta será dividida en cinco aspectos relevantes del procedimiento de tutela: i) aspectos generales y presupuestos que dan lugar a su aplicación; ii) la legitimación de la acción; iii) la prueba de la vulneración de derechos; iv) la sentencia definitiva y sus efectos; v) plazo de prescripción.

I. Aspectos generales y presupuestos que dan lugar a su aplicación

De acuerdo al artículo 485 inciso 1° del Código del Trabajo, el procedimiento de tutela laboral contenido en el Párrafo 6° del Capítulo II, Título I, del Libro V de dicho cuerpo legal, “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 estos los consagrados en la Constitución Política [...], cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador”⁴⁶.

En lo que nos interesa, conforme al mentado artículo, uno de los derechos protegidos por la acción de tutela de derechos fundamentales es el derecho a la intimidad de los trabajadores, esto debido a que en dicha norma se señala expresamente entre los derechos constitucionales protegidos, al consagrado en el artículo 19 número 4°, que como ya sabemos, corresponde al derecho fundamental a la vida privada y a la honra.

También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° del Código del Trabajo, con excepción de aquellos precontractuales a que se refiere el inciso sexto de dicho precepto (ofertas de empleo discriminatorias)⁴⁷.

Siguiendo con el análisis de los presupuestos para que se configure la hipótesis de la norma, es dable establecer que su aplicación se circunscribe a la existencia de tres supuestos de carácter copulativo:

- a) Que se trate de cuestiones suscitadas en la relación laboral
- b) Que la cuestión se haya suscitado por aplicación de normas laborales
- c) Que la vulneración haya afectado derechos fundamentales del trabajador

Bajo este orden de ideas, quedarían por lo mismo fuera de su aplicación cualquier problema que sea externo a la relación laboral, aun cuando este recaiga o se suscite entre empleador y trabajador. Misma suerte seguirán los casos en que la acción del empleador no vulnera derechos fundamentales del trabajador, o vulnera algún derecho

⁴⁶ PALAVECINO, Claudio. (2014), p. 34.

⁴⁷ Ídem.

fundamental que no se encuentre contemplado por este procedimiento, incluso si dicho actuar implica una vulneración a la ley laboral.

Cabe destacar que el mismo artículo se encarga de establecer y delimitar los casos en que se lesionan derechos fundamentales, señalando que “se entenderá que los derechos y garantías a que se refieren los incisos anteriores resultan lesionados cuando el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de aquéllas sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial. En igual sentido se entenderán las represalias ejercidas en contra de trabajadores por el ejercicio de acciones judiciales, por su participación en ellas como testigo o haber sido ofrecidos en tal calidad, o bien como consecuencia de la labor fiscalizadora de la Dirección del Trabajo”.

Un último punto que debemos señalar es que la acción de tutela laboral tiene un doble ámbito de aplicación, esto porque puede ser ejercida mientras la relación laboral se encuentra vigente, o bien, puede ser ejercida una vez esta ha concluido.

II. Legitimación

Respecto a la legitimación, es necesario distinguir entre quienes pueden ejercer la acción, y por tanto serían los legitimados activos de esta, y en contra de quienes se ejerce la acción, vale decir, los legitimados pasivos de la misma.

a) Legitimación activa

En cuanto a la legitimación activa, nuevamente es necesario realizar una distinción, esto debido a que los legitimados activos variarían dependiendo de si la vulneración de derechos fundamentales ocurre con ocasión de la relación laboral vigente, o si esta ocurre una vez la relación ha concluido.

En el primer caso, esto es, si la vulneración de derechos fundamentales ocurre con ocasión de la relación vigente, los legitimados activos serían 3 sujetos: el trabajador afectado, el sindicato de trabajadores y finalmente, la inspección del trabajo en los casos en que los casos en que tome conocimiento de una vulneración de derechos fundamentales actuando dentro del ámbito de su competencia (*artículo 486 CT*). Cabe

destacar que la norma en comento, también permite hacerse parte al sindicato de trabajadores en caso de que la acción ya haya sido incoada por el trabajador afectado.

Por otro lado, en caso de que la vulneración de derechos fundamentales se hubiera producido con ocasión del despido, la legitimación activa para recabar su tutela a través del este procedimiento, radicara exclusivamente en el trabajador afectado (*artículo 489 CT*).

Finalmente, y de manera excepcionalísima, puede ser también legitimado activo el empleador. Esta suerte de anomalía se produce por la circunstancia de haberse sustituido el procedimiento especial de prácticas antisindicales y desleales precisamente por el procedimiento de tutela, puesto que en nuestro orden jurídico los atentados contra la libertad sindical pueden ser cometidos por los trabajadores, por las organizaciones sindicales e incluso por terceros⁴⁸.

b) Legitimación pasiva

El legitimado pasivo de la acción de tutela laboral será el empleador, sea este persona natural o jurídica, susceptible de ser emplazado a través de quienes ejercen habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de aquél⁴⁹. Por tanto es importante tener en consideración además del empleador propiamente tal, a aquellas personas que lo representan, como ocurre con el caso del gerente de la empresa, del administrador, del capitán de barco, y en general cualquier persona que ejerza habitualmente funciones de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica (*artículo 4 CT*).

III. La prueba de la vulneración

Una de las innovaciones con la que cuenta este procedimiento es lo que Ugarte ha denominado la “prueba aliviada”. Nos señala este autor que en el derecho comparado existe ya una idea consolidada sobre el difícil escenario probatorio que el trabajador debe enfrentar en las denuncias por violación o lesión de derechos fundamentales. Se hace,

⁴⁸ Ibid, p. 40.

⁴⁹ Ídem.

en consecuencia, imperativo e imprescindible para otorgar una tutela efectiva de dichos derechos la reducción de la carga probatoria en los procesos respectivos⁵⁰.

Para José Francisco Castro, si ya el trabajador contempla un escenario complejo desde el punto de vista probatorio en el proceso laboral, con mayor razón cuando se trata de acreditar la vulneración de derechos fundamentales, ya que muchas veces de esas vulneraciones no quedara registro alguno⁵¹

En dicho contexto, la norma relativa a la prueba de la vulneración de derechos fundamentales otorga una suerte de reducción de la carga probatoria a favor del trabajador, de forma tal que si bien la carga de la prueba no se invierte y por lo mismo, de todas formas será el trabajador quien deberá probar la vulneración de derechos fundamentales que denuncia, esta prueba será mucho más simplificada y sencilla al considerarse para este procedimiento en específico, una prueba de carácter indiciara. Por lo mismo, el trabajador solo deberá acreditar indicios suficientes de que la vulneración de derechos fundamentales se ha producido, para que corresponda al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (*artículo 493 CT*).

De lo anterior se sigue que la prueba de la vulneración de derechos fundamentales estaría conformada por dos etapas. En la primera de estas etapas el tribunal deberá ponderar y valorar si los antecedentes probatorios aportados por el denunciante constituyen o no indicios suficientes de que la vulneración de derechos fundamentales se ha producido, y de ocurrir esto, el tribunal deberá pasar a analizar las explicaciones del denunciado. En la segunda etapa, será entonces el empleador el que deberá otorgar razones y fundamentos suficientes de que las medidas denunciadas y adoptadas fueron razonables o no fueron desproporcionadas, y por lo mismo, no vulneraron derecho fundamental alguno⁵².

IV. La sentencia definitiva y sus efectos

⁵⁰ UGARTE, José Luis. (2007), p. 64.

⁵¹ CASTRO, José Francisco. (2020), op. cit., p. 247.

⁵² Ibid, p. 248.

La sentencia definitiva seguida en un procedimiento de tutela laboral deberá pronunciarse respecto de varios aspectos. Es así como el *artículo 495 del CT* dispone que la sentencia deberá contener en su parte resolutive:

1. La declaración de existencia o no de la lesión de derechos fundamentales denunciada;
2. En caso afirmativo, deberá ordenar, de persistir el comportamiento antijurídico a la fecha de dictación del fallo, su cese inmediato, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492;
3. La indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan, y
4. La aplicación de las multas a que hubiere lugar, de conformidad a las normas de este Código.

Más aún, si la acción de tutela laboral fue ejercida como resultado de una vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, se contempla una regla especial según la cual el empleador estará obligado a pagar la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la establecida en el artículo 163, con el correspondiente recargo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 y, adicionalmente, a una indemnización que fijará el juez de la causa, la que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de la última remuneración mensual (*artículo 489 CT*). Esta norma nos señala entonces que de acogerse la acción de tutela laboral con ocasión del despido, el empleador estará obligado a pagar la indemnización por mes de aviso, la indemnización por años de servicio, y además, una indemnización fijada por el juez de la causa que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a once meses de su última remuneración mensual.

A pesar de que según señala parte de la doctrina, el fin de la tutela laboral no es preventivo sino que reparatorio, lo cual se explica debido a que esta operará después de la ocurrencia del hecho ilícito⁵³, las indemnizaciones y las multas a las que esta da lugar,

⁵³ PALAVECINO, Claudio. (2014), op. cit., p. 38.

sin duda son un desincentivo de gran poder para evitar que los empleadores realicen prácticas que importen una vulneración de derechos fundamentales.

V. Plazo de Prescripción

Finalmente, en lo que respecta al plazo de prescripción de la acción de tutela laboral, este es el mismo tanto para los casos en que la acción se interpone con ocasión de la relación laboral vigente, como en los casos en que esta se interponga una vez esta haya concluido, este sentido, nos dice el Código del Trabajo que el plazo para su ejercicio es de 60 días hábiles (artículo XX), lo que si variara entre uno y otro caso, es el plazo en el cual comienza a prescribir la acción. De esta forma, si la acción se ejerce mientras la relación laboral aun persiste, el plazo de prescripción comienza a correr desde que se produce la vulneración alegada (art. 486 inc. final), mientras que, si la acción se ejerce luego de haberse finalizado la relación laboral, el plazo de prescripción comienza a correr desde que ha ocurrido la separación (art. 489 inc. 2°).

Cabe agregar que ambos supuestos son prorrogables en los términos que señala en el artículo 168 CT, vale decir, si se ha ingresado un reclamo ante la Inspección del Trabajo el plazo máximo para ejercer la acción será de 90 días hábiles.

5.2 Ineficacia de la acción de protección

En esta sección nos referiremos a la ineficacia y a la falta de idoneidad de la acción de protección como mecanismo de resguardo ante vulneraciones que afecten el derecho a la intimidad en el ámbito laboral. Realizaremos una breve síntesis de su regulación y aspectos procesales, para luego concluir que a pesar de que dentro de su espectro de protección se contempla el derecho a la intimidad, esta no sería una forma idónea para resguardar los derechos fundamentales de los trabajadores.

La acción constitucional de protección se constituye en el derecho que tiene toda persona que ha sido afectada en el ejercicio legítimo en uno o más de sus derechos fundamentales explicitados en el artículo 20 de la Constitución, ya sea mediante amenaza, perturbación o privación a través de un acto u omisión ilegal o arbitraria por

instituciones públicas, autoridades o personas naturales o jurídicas, para que a través de la tutela jurisdiccional del Estado, desarrollada por la Corte de Apelaciones respectiva, se restablezca de forma rápida y eficaz la vigencia del ordenamiento jurídico y el ejercicio de los derechos de la persona afectada⁵⁴.

Como es posible apreciar, esta acción se encuentra contemplada en el artículo 20 de la Constitución, y su tramitación fue regulada en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recuso de protección, de fecha 24 de junio de 1992⁵⁵, el cual ha sido modificado sucesivamente en los años 1998, 2007 y 2015.

Nos señala el mentado artículo que “el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

Del tenor de la norma en comento se desprende que para la procedencia del recurso deben reunirse copulativamente los siguientes requisitos:

- a) Haber ocurrido “actos u omisiones arbitrarios ilegales”;
- b) Que por causa de ellos se haya producido una “privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio” de un derecho o garantía constitucional, y
- c) Que esos “derechos o garantías establecidos por el artículo 19”, se encuentren expresamente indicados en el artículo 20 de la Constitución.

Un primer aspecto que podemos dilucidar de lo anterior, y que constituye una gran diferencia con la acción de tutela laboral, es que la acción de protección posee una amplitud mayor de procedencia. En este sentido, a diferencia de la acción de tutela

⁵⁴ NOGUEIRA, Humberto. (2010), p. 233.

⁵⁵ MOLINA, Hernán (2010), p. 285.

laboral que solo procede ante vulneraciones ocasionados en los derechos que protege, la acción de protección procede ante privaciones, perturbaciones e incluso amenazas.

En lo atinente a este ensayo, como ya habíamos adelantado, dentro de los derechos cautelados por la acción de protección se encuentra el derecho a la intimidad, esto al incluirse entre los derechos cautelados el consagrado en el numeral 4 del artículo 19 de nuestra Constitución. Por lo mismo, a primera vista podría considerarse a esta acción como otro de los mecanismos a aplicar en los casos en comento, pero como pasaremos a demostrar, esto no es así debido a los rasgos particulares que presenta.

Siguiendo esta última idea, realizaremos sintéticamente una comparativa entre la acción de tutela laboral y la acción de protección analizando sus principales aspectos procesales -omitiendo sus requisitos de procedencia, que ya fueron anunciados con anterioridad-.

I. Legitimación

a) Legitimación activa

La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política concibió esta acción con gran amplitud. La expresión inicial del artículo 20 -"El que"- constituye una confirmación de que el recurso de protección confiere una amplia titularidad activa. Específicamente, puede ser deducido por nacionales o extranjeros y que, a su vez, sean: personas naturales, personas jurídicas, personas simplemente morales o asociaciones que no gozan de personalidad jurídica, una sucesión hereditaria, organismos públicos⁵⁶.

Nuevamente la acción de protección otorga una legitimación activa mucho más amplia de la otorgada por la acción de tutela laboral, además debemos considerar que por su naturaleza eminentemente urgente, no se requiere del patrocinio de un abogado para su interposición y puede recurrir por su mismo o por cualquiera a su nombre para cautelar la protección de su derecho.

b) Legitimación pasiva

⁵⁶ PEÑA, Marisol. (2014), p. 41, en: GALLINATO, María Pía; HENRÍQUEZ, Miriam. (2014).

El agravio que hace procedente el recurso de protección puede provenir de particulares, de la Administración del Estado (según el concepto contenido en el inciso segundo del artículo 1o de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado), de la Contraloría General de la República (tanto en sus funciones de control jurídico (toma de razón), judiciales (juicio de cuentas) como normativas e interpretativas (dictámenes) y de las jurisdicciones domésticas⁵⁷.

II. Efectos de la acción

El objetivo perseguido por esta acción no es otro que el cese de la conducta que priva, perturba o amenaza al derecho fundamental invocado, por lo mismo, su finalidad no es reparar el daño causado por acto arbitrario o ilegal, sino que esta se limita a otorgarle un fin. Por el contrario, la acción de tutela laboral no solo tiene por finalidad el cese de la conducta en los casos en que esta aún persista, sino que como ya vimos, contempla distintas indemnizaciones que permiten reparar el daño causado y además, sanciones económicas en contra de quienes fueron responsables de las conductas.

III. Plazo de prescripción

El plazo de prescripción que posee la acción de protección es más acotado que el contemplado para la acción de tutela laboral, en este sentido, quienes decidan ejercer esta acción tendrán un plazo de 30 días contados desde la ocurrencia del actuar ilegal o arbitrario que priva, perturba o amenaza al derecho fundamental invocado.

IV. Improcedencia de la acción de protección y de la de tutela laboral

Un aspecto interesante que resuelve nuestro Código del Trabajo al establecer el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, dice relación con el ejercicio conjunto de la acción de tutela laboral y la acción de protección. En dicho sentido, señala el mentado cuerpo normativo que una vez interpuesta la acción de protección no se podrá efectuar una denuncia de tutela laboral que se refiera a los mismos hechos (**art. 485 inc. final**), lo que nos dice entonces esta norma es que en principio no sería posible

⁵⁷ Ibid, p. 43.

el ejercicio conjunto de ambas acciones, pues interpuesta una la otra no puede ser ejercida, sin embargo la norma no resuelve el caso en que primero se interponga la acción de tutela laboral y luego la acción de protección. No obstante, y siguiendo al profesor Francisco Castro, estas situaciones son más teóricas que reales, ya que, existiendo actualmente el procedimiento de tutela laboral, no habría motivos para que el trabajador utilizara la acción de protección⁵⁸.

Analizados todos los aspectos considerados con anterioridad, llegamos a la conclusión de que su ineficacia en materia laboral se explica por:

- a) Su limitado margen de acción, no permitiendo satisfacer o incluso proteger las necesidades propias del ámbito laboral, debido a que su procedencia se circunscribe a la existencia de una conducta que actualmente afecte derechos fundamentales. Lo anterior soslaya que en el ámbito laboral las acciones o conductas que afectan derechos fundamentales no necesariamente se perpetran de forma sostenida en el tiempo, y por lo mismo, sería improcedente sobre una conducta dañosa que ya ha cesado.
- b) La construcción jurídicamente neutra del recurso de protección, alejado de los principios del Derecho del Trabajo y de su rol compensador a favor de la parte más débil de la relación laboral⁵⁹.
- c) Su finalidad limitada meramente a la cesación de la conducta, sin contemplar a este respecto un mecanismo de resarcimiento del daño, ni tampoco sanciones por la realización de conductas que afecten derechos fundamentales.
- d) La inexistencia de un mecanismo que proteja a los trabajadores que ejercen esta acción en contra su empleador, de forma tal que los sitúa en un estado desprotección ante un eminente despido.

De esta forma, forzosamente se llega a la conclusión de que la acción de tutela laboral es la forma idónea y más beneficiosa para el trabajo en los casos en comento, lo cual ciertamente es lógico si consideramos que su creación se destinó precisamente a suplir esta deficiencia y desprotección de los derechos fundamentales en materia laboral.

⁵⁸ CASTRO, José Francisco. (2020), op. cit., p. 239.

⁵⁹ Ibid, p. 237.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo apreciamos como las nuevas tecnologías benefician de distinta forma a nuestra sociedad, pero también suponen la creación de distintos riesgos y amenazas en contra de una serie de bienes jurídicos, en especial, respecto a la intimidad o la vida privada de las personas. Ante todo, una de las situaciones de más conflicto e interés en esta línea de ideas, se enmarca en el contexto de la relación laboral, pues ella supone la existencia de una relación de carácter asimétrica y por lo mismo, muchas veces desfavorable para los subordinados.

Es por lo anterior que, el foco de esta investigación se situó en dilucidar que tipos de problemas y amenazas enfrentan los trabajadores ante los incontenibles avances tecnológicos, que por lo demás, presentarán un aumento cada vez más acelerado en el futuro, generando como consecuencia que este tipo de temáticas sea de cotidiana discusión.

Nuestro paradigma actual nos fuerza a situar nuestro foco de atención en, velar por la protección de este bien jurídico, que por su propia naturaleza, supone aspectos de la vida de una persona que no se quieren dar a conocer. Es por ello que, el derecho a la intimidad se perfila como un límite directo e infranqueable de las potestades propias del empleador, establecido por nuestra propia legislación laboral, y cuyo reconocimiento como bien jurídico protegido se eleva a la categoría de derecho fundamental en nuestra constitución.

Por lo mismo, no debemos ignorar la potencial amenaza que suponen las nuevas formas de control empresarial a través de medios tecnológicos. En este orden de ideas, los mecanismos audiovisuales, la localización en tiempo real, la elaboración de sistemas de datos, y los medios de comunicación de masiva, se posicionan como una realidad a la que los trabajadores deben hacer frente día a día.

Es por estas razón que, constituye una tarea crucial el delimitar los márgenes de actuación legítimos que posee el empleador dentro de la empresa, para así evitar vulneraciones de derechos fundamentales de toda clase. El cumplimiento de esta labor recae fundamentalmente sobre la institucionalidad de nuestro país, partiendo desde la

labor legislativa tendiente a proteger de forma efectiva los derechos de los trabajadores, pero también gran y fundamental parte del cometido debe -y es- cumplido gracias a la labor de la Dirección del Trabajo y de nuestros tribunales de justicia.

En este último sentido, la labor tanto de la Dirección del Trabajo como de los tribunales de justicia, ha posibilitado la obtención de pautas a seguir en cada caso en particular, pero también criterios generales que han de seguirse para efectos de resolver una controversia entre la potestades del empleador, y la intimidad de los trabajadores. A mayor abundamiento, en general todas estas disputas son resueltas en base a la aplicación de un criterio de proporcionalidad, entendiéndose por tal, un criterio bajo el cual se ponderan entre otros factores, la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad del acto o medida.

En esta modesta investigación, nos avocamos en la revisión de problemas específicos ocasionados por la inclusión de la tecnología al interior de la estructura empresarial, pero es del caso dar cuenta que las problemáticas que pueden generarse al día de hoy en esta materia, superan completamente a este trabajo, la tecnología abre la puerta a una ilimitada cantidad de discusiones y problemas en este ámbito.

Concluimos este trabajo respondiendo a la pregunta del inicio, y determinamos que efectivamente el avance de la tecnología importa un riesgo y eventuales infracciones en el derecho de la intimidad, en la medida en que estos medios se utilicen a discrecionalidad. En efecto, el hecho de que la tecnología vuelva más propensa la existencia de vulneraciones en la privacidad de las personas, no significa que necesariamente deban ocurrir este tipo de situaciones, y por lo mismo, es posible utilizarla de una forma en la que no se provoquen problemas en derechos fundamentales.

Es por ello que, destacamos la importancia que revisten en este proceso no solo quienes a tienen a su cargo el velar por la fiscalización, aplicación y cumplimiento de la legislación laboral, sino que también, a la empresa como actor independiente, que debe necesariamente velar por que este tipo de situaciones no se presenten en su estructura interna.

BIBLIOGRAFÍA

CAAMAÑO, Eduardo. (2006). *La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la Dirección del Trabajo*, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. N° 27, Valparaíso, Chile, pp. 19-44.

CARRASCO, Remigio; SALINAS, José María. (1994). *Teletrabajo*, en: Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, Madrid, España.

CASTRO, José Francisco (2020). *La protección de la intimidad del trabajador*. Santiago, Chile: DER Ediciones.

CORRAL, Hernán. (2001). *La vida privada y la propia imagen como objetos de disposición negocial*, en: Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, N°8, Coquimbo, Chile, pp. 159-175.

DESANTES, José María. (1992). *El derecho fundamental a la intimidad*, en: Revista de Estudios Públicos N°46, Santiago, Chile. pp. 267-288.

GALLINATO, María Pía; HENRÍQUEZ, Miriam. (2014). *Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales*, Santiago, Chile: Thomson Reuters.

GAMONAL, Sergio. (2004). *Ciudadanía en la Empresa o Derechos Fundamentales Inespecíficos*. Santiago, Chile: Fundación de la Cultura Universitaria.

GIL, Elena. (2021). *Big Data, Privacidad y Protección de Datos*. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado.

JARA, Natalia. (2021). *El Derecho de Propiedad Sobre los Datos*, en: Revista Chilena de Derecho Privado, Santiago, Chile, pp. 101-142.

LIZAMA, Luís; LIZAMA, Diego (2020). *El derecho del trabajo en las nuevas tecnologías*. Santiago, Chile: DER Ediciones.

MOLINA, Hernán (2010). *Derecho Constitucional*. Concepción, Chile: Editorial Legal Publishing.

NOGUEIRA, Humberto. (2010). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo I. Santiago, Chile: Librotecnia.

OLMOS, Isabel (2021). *El poder de dirección y los medios de control del empresario en el teletrabajo*, en: Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña, Vol. 25, Coruña, España, pp. 137-170.

PALAVECINO, Claudio. (2014). *El procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador en Chile*, en: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 5, N°9, Santiago, Chile, pp. 33-45.

PEDRAJAS, Abdón. (1992). *Despido y derechos fundamentales*. Madrid, España: Editorial Trotta.

PEÑA, Carlos. (1996). *El Derecho Civil en su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en: Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N.º 6, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, pp. 551-603.

RÍOS, Sebastián. (2004). *El derecho a la intimidad en Chile y las últimas modificaciones en su protección civil*, en: Nuevas Tendencias del Derecho, Santiago, Chile: LexisNexis.

RODRIGUEZ, Ariana; TOYAMA, Jorge. (2019). *Algoritmos Laborales: Big Data e Inteligencia Artificial*, en: THEMIS-Revista de Derecho, N°75, Lima, Perú, pp. 255-266.

SEVERÍN, Juan Pablo (2021). *Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador*, Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch.

TAPIA, Mauricio. (2008). *Fronteras de la Vida Privada en el Derecho Chileno*, en: Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri, N° 11, Santiago, Chile, pp. 117-144.

THIBAUT, Javier (2000). *El teletrabajo: análisis jurídico-laboral*. Madrid, España: Consejo Económico Social.

TODOLÍ, Adrián. (2019). *La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos*, en: Revista de Derecho Social, N° 84, Albacete, España, pp. 69-88.

UGARTE, José Luis. (2000). *El derecho a la intimidad y la relación laboral*, en: Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, Santiago, Chile.

UGARTE, José Luis. (2007). *La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo al zorro*, en: Revista de Derecho, Vol. XX, N°2, Santiago, Chile, pp. 49-67.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano. (2017). *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, en: International Data Privacy Law, Vol. 7, Issue 2, Oxford, UK, pp. 76-99.