



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD
SOCIAL

LA GRABACIÓN SUBREPTICIA EN LOS JUICIOS DE DESPIDO

RAFAEL MATÍAS VIDELA POBLETE

**ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS
PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER**

PROFESOR GUÍA:

RAÚL FERNÁNDEZ TOLEDO

SANTIAGO DE CHILE

DICIEMBRE 2022

RESUMEN

En este estudio se pretende resolver cuando una grabación subrepticia realizada por el empleador o por un tercero, constituye prueba lícita para fundar los hechos de un despido. Para responder a la inquietud se analizan las que son realizadas por medios audiovisuales o sonoros, frente a tres aspectos; Primeramente, el contenido de los posibles derechos fundamentales lesionados por una grabación subrepticia del trabajador rendida en juicio; la vida privada, la protección de datos y la inviolabilidad de comunicación privada. En segundo lugar, se estudia lo que debe entenderse por ilicitud de prueba a la luz de regla de la exclusión probatoria del artículo 453 N° 4, en relación con las grabaciones subrepticias y sus efectos en el despido disciplinario. Finalizando con análisis jurisprudencial nacional y del derecho comparado español de las grabaciones subrepticias al trabajador como vulneradora de derechos fundamentales, constituyendo prueba ilícita.

Palabras Claves: Grabación subrepticia, derechos fundamentales, vida privada, datos personales, inviolabilidad de la comunicación privada, prueba ilícita.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO 1 LA GRABACIONES SUBREPTICIAS Y LOS POSIBLES DERECHOS AFECTADOS DEL TRABAJADOR	5
1.1. La vida privada del trabajador	7
1.2. La Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada	11
1.3. La protección de los datos personales.....	12
CAPÍTULO 2 LA ILICITUD DE LA PRUEBA Y LAS INTERPRETACIONES DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA.....	19
CAPITULO 3 LAS GRABACIONES SUBREPTICIAS AL TRABAJADOR COMO PRUEBA ÍLÍCITA.....	29
3.1. La intimidad del trabajador: expectativas de privacidad	30
3.2. La grabación subreptica al trabajador es prueba ilícita vulnerando el derecho a la privacidad.....	35
3.3. La grabación subreptica al trabajador por el empleador fundante del despido en el derecho español.....	46
3.4. La grabación subreptica al trabajador como prueba ilícita vulnerando el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.....	56
CONCLUSIONES.....	64

INTRODUCCIÓN.

La Sentencia de Unificación de la Excelentísima Corte Suprema asentó la doctrina jurisprudencial que una grabación subrepticia realizada por el empleador, en el marco de una negociación sindical y en determinadas circunstancias, constituye prueba lícita en juicio, debiendo valorarse y no excluirse del proceso laboral.

La comunidad jurídica reaccionó críticamente a la sentencia, ya que una grabación no consentida del empleador no debe ser tolerada laboralmente, ni socialmente. ¿Dónde quedaban las garantías constitucionales del empleador? ¿Dónde queda el derecho a su privacidad? La nueva doctrina generó debate respecto de las grabaciones subrepticias, la licitud en juicio y el rol de los derechos fundamentales en el ámbito laboral.

En términos generales, la Excelentísima Corte Suprema, zanjó que la licitud de la grabación subrepticia debe analizarse frente al denominado estándar de la “Expectativa de Privacidad”, cuando este último sea el derecho conculcado. De manera tal, que se recurre a una interpretación de ilicitud probatoria restrictivamente, comprendiendo únicamente la vulneración de derechos fundamentales.

Por otro lado, resulta frecuente en las relaciones laborales que los trabajadores, incurran en conductas indebidas en el marco contractual o reglamentario de una relación laboral, en las que se pueden registrar subrepticamente por medios tecnológicos de audio o vídeo. Son esos hechos registrados por dichos medios, los que fundamentan su despido, los que serán ofrecidos por el empleador, para acreditar el despido en juicio.

Para efectos de este ensayo, entenderemos como grabación oculta aquellas desconocidas por el trabajador, careciendo de regulación reglamentaria y realizadas sin

su consentimiento e información. De manera dichos medios registren conductas que sirvan al empleador para acreditar hechos que motiven el despido disciplinario de sus dependientes.

Existen distintas situaciones que representan lo anterior desde; cajeras que sustraen dinero en sus funciones; el chofer del bus que realiza actos temerarios mientras conduce; trabajadores que maltratan sus herramientas; y en general toda conducta indebida que puede ser grabada subrepticamente por el empleador, sin contar con conocimiento del trabajador y que pueda acreditar los hechos del despido.

Es lógico que el empleador para probar y sostener su despido pretenda que dicha grabación subrepticia sea incorporada y valorada en juicio. Antagónicamente, el trabajador buscará solicitar su exclusión probatoria, fundado o en la ilegalidad de dicha prueba o en una vulneración de sus derechos fundamentales.

La pregunta principal por resolver en este ensayo es ¿Qué necesita el empleador para que esa grabación subrepticia realizada al trabajador pueda ser admitida como lícita en juicio?, pero una eventual respuesta abre más interrogantes ¿Qué derechos fundamentales se ven afectados en dicha situación? ¿Existe alguna diferencia si la grabación subrepticia del trabajador es del propio empleador o de un tercero ajeno a la comunicación, influye el carácter de la grabación o las circunstancias de ella?

Como se verá en las próximas líneas, las respuestas a las interrogantes no son sencillas. Desde factores casuísticos que influyen en la licitud de las grabaciones subrepticias, hasta los derechos fundamentales amalgamados del trabajador, deben ser considerados para obtener una respuesta a las inquietudes planteadas.

El objetivo de este trabajo es resolver dichas interrogantes, utilizando como partida la doctrina asentada por la Excelentísima Corte Suprema respecto de las grabaciones subrepticias en la jurisprudencia nacional, realizando una comparativa con el derecho español, en razón que tienen mayor desarrollo normativo y jurisprudencial del tema propuesto.

Para resolver estas cuestiones dividiremos este trabajo en tres capítulos;

En el primero se analizará frente a una grabación subrepticia realizada trabajador, cuáles son los derechos fundamentales potencialmente conculcados por una grabación subrepticia, su extensión y delimitación; ya que el análisis de estos es relevante para determinar si existe ilicitud probatoria en materia laboral.

Luego, analizaremos la concepción y regulación de la prueba ilícita en relación con los derechos fundamentales. Para ello, se verá las distintas interpretaciones de la prueba ilícita al tenor del artículo 453 N°4 del Código del Trabajo y su relación con los derechos fundamentales.

En el último capítulo, se examinará jurisprudencialmente cuando una grabación subrepticia realizada al trabajador puede entenderse como prueba ilícita y vulneradora de los derechos fundamentales del mismo.

De igual manera destaca en el desarrollo de este trabajo, un especial énfasis a las grabaciones ocultas en relación con el derecho de protección de datos del trabajador, ya que no se vislumbra en la jurisprudencia nacional desarrollo de esta cuestión, a diferencia del derecho español, que cuenta con abundante legislación y jurisprudencia del tema.

Finalmente, destacamos que las grabaciones subrepticias realizadas a trabajadores por parte de los empleadores para fundamentar los hechos de su despido, presenta utilidad para el empresariado, ya que se enmarcan en el ejercicio de sus facultades disciplinarias y fiscalizadoras.

Los tiempos modernos han exigido que las relaciones laborales, convivan frente a medios tecnológicos que permiten el registro de imágenes y/o audios de conductas del trabajador, que potencialmente contengan hechos que funden un despido. Es de suma importancia para el empresariado, conocer el comportamiento judicial y normativo en dichas circunstancias para orientar y tomar la mejor decisión empresarial.

El éxito de un despido en estas circunstancias dependerá de los factores que desarrollaremos en este ensayo, lo que permitirá orientar y guiar al empleador en el uso de sus facultades y entregar claridad a los operadores jurídicos involucrados

1. LAS GRABACIONES SUBREPTICIAS Y LOS POSIBLES DERECHOS AFECTADOS DEL TRABAJADOR.

Habíamos señalado que las grabaciones subrepticias son aquellas en que se registra en audio o video una conducta del trabajador no consentida, y que sirve al empleador para fundamentar los hechos del despido. En general, son las conductas del trabajador captadas en video subrepticamente, las que motivarán despidos disciplinarios por parte del empleador. Pero acaecida esta situación ¿Qué derechos fundamentales del trabajador podrán verse lesionados por el actuar del empleador, cuando motiva su despido en hechos registrados en una grabación subreptica?

Primeramente, para responder esta interrogante debemos señalar una de las modificaciones efectuadas por la Ley N°19.759 al Código del Trabajo del año 2001, donde se da eficacia horizontal a los denominados derechos inespecíficos en el ámbito laboral dando lugar a la doctrina denominada “ciudadanía en la empresa”.

Como reconoce la Dirección del Trabajo, el trabajador; “es titular de derechos fundamentales –inespecíficos o de la personalidad, que sin ser laborales se aplican a la relación del trabajo en cuanto son inherentes a la condición de ciudadano trabajador, tales como la protección de la vida privada”¹. De manera que se le impone al empleador el deber de reconocerlos y respetarlos durante la relación laboral.

En igual sentido, las facultades que ejerce el empleador encuentran su límite en las garantías constitucionales del trabajador. Lo que es recogido de forma expresa en el artículo 5° del Código del Trabajo; mencionando especialmente la intimidad, la vida privada y la honra del trabajador como límites a las facultades del empleador.

¹ Dictamen de la Dirección del Trabajo Ordinario 2210/35 de fecha 05 de junio de 2009.

En palabras de los Profesores Mella y Domínguez, la regla transcrita repite lo preceptuado en la Constitución, “aunque la redacción sugiere la prevalencia de los derechos constitucionales del trabajador superando los poderes empresariales, cuestión que no es así, atendiendo los principios de vinculación directa y eficacia horizontal de la constitución”². Lo anterior no implica que el empleador es vedado en el ejercicio de sus facultades por los derechos fundamentales del trabajador, pues los derechos de estos últimos pueden y serán limitados frente al ejercicio de las facultades del empleador.

Y es que el poder privado o las facultades del empleador, son manifestaciones de sus derechos constitucionales. Así el “aludido poder se vincula con los derechos fundamentales clásicos como es el derecho de propiedad, el derecho a ejercer libremente cualquier actividad económica o el derecho a la libertad del trabajo, es decir los derechos del artículo 19 N°16, 21 y 24 de la constitución política de la república”³. Cuando el empleador despide al trabajador, lo hace en ejercicio de sus derechos constitucionales, los que eventualmente entran en tensión con los derechos fundamentales del trabajador; como la vida privada, inviolabilidad de las comunicaciones, honra, entre otros. De igual manera, como veremos en los próximos capítulos, el empleador al realizar grabaciones subrepticias al trabajador lo hace con la finalidad de resguardar sus derechos de frente a conductas indebidas de éste.

Los despidos del empleador fundado en hechos registrados por grabación subrepticia del trabajador presentan un conflicto de derechos fundamentales. En dicha situación se enfrentan, por un lado, los derechos constitucionales de propiedad del empleador; y por el otro, los inespecíficos del trabajador. Debiendo resolverse cual de estos derechos será restringido y limitado según el caso.

En las siguientes líneas, señalaremos los posibles derechos fundamentales que entran en eventual conflicto frente a una grabación subrepticia a conductas del trabajador, por su empleador.

² MELLA, P y DOMINGUEZ, A 2012. Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial, revista de derecho Universidad Católica de Valparaíso (39): 177-219.

³ Ibidem.

1.1 La vida privada del trabajador.

La vida privada es un derecho fundamental que tiene consagración en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República. Pese a estar regulado, el precepto constitucional no presenta una extensión de su contenido, lo que ha llevado a señalar coloquialmente “nadie parece tener una idea muy clara de que es”⁴.

La vida privada como derecho fundamental presenta el problema de la delimitación de su contenido. Los constitucionalistas esgrimen, fundamentando con la teoría externa de los derechos fundamentales, que existe una división ontológica entre reglas y principios, caracterizando a estos últimos como aquellos que no tiene señalada condiciones para su aplicación, a diferencias de las normas⁵. Los derechos fundamentales son principios, y en ese sentido la “vida privada” no presenta condiciones para su aplicación, lo que conlleva a interpretaciones amplias del derecho.

Ahora, el derecho a la privacidad pese a tener una amplitud de contenido, es restringido y limitado por otros derechos fundamentales. La teoría dogmática constitucional, señala que los derechos fundamentales tienen una textura abierta e indeterminada donde sus límites y contenido no están previamente definidos. El profesor Ugarte señala que la concepción amplia se debe porque los derechos fundamentales que se ponderan son considerados restringibles y, por ende, su contenido nunca es definitivo o inderrotable, cuestión que supone que se les delimite ampliamente, a sabiendas de que podrán ser restringidos más tarde en un eventual conflicto con otro derecho fundamental⁶. Es, por este motivo que los derechos fundamentales, pueden limitarse o restringirse, dependiendo de la colisión que exista con otro derecho fundamental y las circunstancias en que esto ocurra.

⁴ Opinión de la filósofa norteamericana Judith Thomson citada En: FIGUEROA, R. 2014. Privacidad. Ediciones Universidad Diego Portales.

⁵ UGARTE, J. 2011. Los derechos en su nueva hora. La teoría externa de derechos fundamentales, Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte sección ensayos (2): 18.

⁶ *Ibidem*.

Que la privacidad no tenga un contenido delimitado, conlleva la complejidad que supone caracterizar dicho derecho⁷. Lo anterior no implica que el derecho a la privacidad tenga una protección absoluta, puesto que en conflicto con otros derechos puede limitarse, restringirse y ceder. La problemática está en determinar en qué circunstancias una grabación subrepticia, permite ceder los derechos del trabajador, en aras de los derechos del empleador.

Doctrinariamente, los autores han tratado delimitar y distinguir distintas dimensiones de este derecho. Nogueira, distingue entre la privacidad y la intimidad, de manera que el último está comprendido en el primero; abarcando aspectos básicos como; ideológicos, la vida sexual, el estado de la salud, la intimidad corporal o pudor, entre otros⁸. Siguiendo a Ugarte, sobre la privacidad distingue dos aspectos: “por una parte, el derecho a un espacio vital cuyo acceso queda vedado a terceros y, por la otra una dimensión de autonomía, reflejada en el derecho a adoptar decisiones respecto de la propia vida sin injerencia de otros”⁹. Y es que este autor considera la privacidad como “Autonomía” en virtud del cual el trabajador, tiene el derecho a adoptar decisiones respecto de su propia vida sin la injerencia de terceros, en forma sencilla la idea de “autogobierno”.

Es en esa perspectiva, ambas dimensiones de la privacidad tienen sentido para el trabajador y sirven para moldear la relación entre ese derecho y el poder empresarial. “Mientras la privacidad como secreto le permite al trabajador mantener en la opacidad aspectos de su vida, denegando el acceso al panóptico empresarial, la privacidad como autonomía le permite al trabajador algo muy distinto: constituirse como sujeto propio y único, visibilizando su peculiar e individual percepción del mundo ante un espacio social, como es la empresa”¹⁰. Esta última posición es la adoptada por la sentencia de unificación Rol N°35.159-2017 de la Excelentísima Corte Suprema siguiendo al profesor Ugalde.

⁷ DALLER, F. 2022. Las grabaciones subrepticias del trabajador en la empresa: Un análisis de licitud de los medios de prueba para los procedimientos laborales Revista Chilena del Trabajo y Seguridad Social vol 13. (25): 1-40.

⁸ NOGUEIRA, H. 1998. Derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno, revista *lus et Praxis* (2): 65-106.

⁹ UGARTE, J. L. 2011. Privacidad, trabajo y derechos fundamentales, *Estudios Constitucionales* (1): 16.

¹⁰ Op Cit .17.

No obstante, se critica la doctrina de la Excelentísima Corte Suprema ya que confunde las nociones de “privacidad” e “intimidad”. En los hechos de la unificación, los trabajadores de la empresa graban subrepticamente declaraciones de su empleador sobre el sindicato, para acreditar una práctica antisindical. En su razonamiento la sentencia, entiende que no había afectación a la privacidad del empleador, pues no vulnera su dimensión de intimidad, ya que; atendido el contexto confrontación de la reunión; el número de asistentes; la no advertencia del carácter reservado de la reunión; y los temas tratados eran de carácter laborales y no íntimos por el gerente; concluye no haber infracción a la privacidad. Confunde así las dimensiones del derecho, bastando no lesionar el aspecto más íntimo para no vulnerar el derecho a la privacidad. Como se verá este criterio será trascendental para resolver las vulneraciones a la intimidad, ya que la jurisprudencia nacional atiende al carácter de la conducta grabada.

Autores como Soto Velasco, critican justamente la doctrina de la sentencia por confundir las dimensiones del derecho. Este autor ejemplifica; es posible que se vulnere la privacidad de una persona si se le graba en la vía pública, pero no habría una vulneración a su intimidad¹¹. Y es que justamente que la “sentencia sugiere la idea que la privacidad es sinónimo de intimidad, de tal manera que la privacidad esta reducida exclusivamente a ámbitos de intimidad o espacios propios del individuo donde se despliegan facetas de su vida personal”¹². Lo que acarrea consecuentemente que mientras no se vulneren dichos espacios íntimos del individuo, no hay lesión de la vida privada.

Otros señalan, que lo relevante en la privacidad, es el derecho que se reconoce al titular la potestad de excluir a terceros del conocimiento de determinados actos propios¹³. En ese sentido Rodríguez, manifiesta “el derecho a la privacidad consiste en mantener una parte de nuestras vidas fuera del acceso y del conocimiento del resto de las

¹¹ SOTO, S. y SOTOMAYOR, A. 2018 Privacidad, intimidad y expectativas a propósito de un fallo de la Excelentísima Corte Suprema. Sentencias destacadas (15): 43-61.

¹² Op Cit. 49.

¹³ DALLER, F. 2022. Las grabaciones subrepticias del trabajador en la empresa: Un análisis de licitud de los medios de prueba para los procedimientos laborales Revista Chilena del Trabajo y Seguridad Social vol 13. (25): 1-40.

personas, ejerciendo un control de nuestras vidas fuera del acceso y del conocimiento del resto de las personas”¹⁴.

Asimismo, la jurisprudencia nacional emplea las nociones doctrinarias de Vergara para referirse a la vida privada como: “Prerrogativa del individuo para sustraerse de toda injerencia extraña a un círculo de asuntos, hechos o actuaciones que no desea que sean conocidos por terceros, a menos que el titular del derecho así lo permita” o “aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos del conocimiento de extraños y cuyo conocimiento de éstos puede turbarla, normalmente por afectar su pudor o recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento de éstos puede turbarla, normalmente por afectar su pudor o recato, a menos que esa misma persona asienta en el conocimiento”¹⁵¹⁶. Las definiciones que emplea la jurisprudencia destacan que la privacidad debe ser entendida como exclusión de determinada información y conocimientos a terceras personas.

En igual sentido, el Tribunal Constitucional Español ha definido el derecho a la intimidad como un derecho de la personalidad, que deriva de dignidad humana. Implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana¹⁷. Donde el atributo más importante del derecho a la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otros, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos¹⁸. Se reconoce de igual manera que este derecho fundamental se ejerce en el ámbito laboral que no es separable de la propia esfera de desenvolvimiento del individuo¹⁹.

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ VERGARA, A. 2000. Doctrina, estudios notas y comentarios la vida privada e intimidad en la sociedad tecnológica actual y futura". *Gaceta Jurídica* (246): 7.

¹⁶ NOVOA, E. 1979 *Derecho a la vida privada y libertad de información*. Un conflicto de derechos, Siglo XXI editores México.

¹⁷ Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo Constitucional, sentencia 241/2012 de 17 de diciembre 2012.

¹⁸ Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo Constitucional, Sentencia 186/2000 de 11 de agosto 2000.

¹⁹ Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo Constitucional, Sentencia 98/2000 de 18 de mayo 2000.

De lo expuesto se reconoce que la mayoría de las definiciones de la privacidad se caracterizan por circunscribirla a una exclusión de información al conocimiento de terceros, y estos a su vez, tienen el deber de abstenerse de entrometerse, salvo que estén; fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada o que exista un consentimiento eficaz del afectado que lo autorice; pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal que se reserva conocimiento ajeno²⁰.

No obstante, pese las definiciones dadas para la privacidad, no debe olvidarse como derecho fundamental, es un concepto jurídico indeterminado, cuya delimitación queda “entregado a la doctrina y la jurisprudencia sin perjuicio de las configuraciones que haga el legislador”²¹²².

1.2 La inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

Las grabaciones clandestinas al trabajador también pueden lesionar otros derechos fundamentales inespecíficos del trabajador que tienen aplicación por la doctrina “ciudadanía de la empresa”. Ejemplificativamente, también puede lesionarse el derecho reconocido en el artículo 19 N°5 de la Constitución Política de la República, la “inviolabilidad de toda forma de comunicación privada”.

Se ha definido el derecho a la inviolabilidad de comunicación privada “como aquel derecho, derivación y concreción de derecho la vida privada, en virtud de cual se prohíbe a los poderes del estado y a los particulares, la captación, interceptación grabación y reproducción ilegal de una comunicación privada”.²³

²⁰ Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo Constitucional, Sentencia 7/2014 de 27 de enero de 2014.

²¹ NOGUEIRA, H 1998 Derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno, revista *lus et Praxis* (2): 68.

²² También existen referencias en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas artículo N° 17 y Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo N° 11.

²³ ÁLVAREZ, D 2004 Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas. Centro de estudios en Derecho Informático Universidad de Chile en *Revista Chilena de Derecho Informático* (5): 192.

Nuestro Tribunal Constitucional liga este derecho con el de la privacidad, desarrollando su contenido y alcance, señalando que la inviolabilidad de las comunicaciones privadas tiende a proteger dos bienes jurídicos simultáneamente; por una parte, la libertad de las comunicaciones; y por la otra, el secreto de tales comunicaciones y, en este último aspecto se precave que terceros, a quienes no va dirigido dicha comunicación, puedan acceder a ella²⁴.

Ambas concepciones ligan el derecho de la inviolabilidad de la comunicación privada, con el secreto y reserva de ellas, lo que genera la disyuntiva cuando puede verse afectado este derecho por una grabación subrepticia realizada al trabajador.

De hecho, es frecuente que se viole este derecho, cuando se escuche una grabación de conversación privada no autorizada por la persona grabada o como ejemplifica el profesor Fernández; una cinta magnetofónica, en la que el empleador grabe de modo oculto una conversación privada entre dos trabajadores que luego utiliza como prueba para establecer los hechos justificadores del despido²⁵.

También como se verá en los próximos capítulos, se debe considerar para entender vulnerado el derecho, cuando la grabación subrepticia del trabajador es realizada por el mismo empleador o un tercero ajeno de la misma conversación, puesto que lo que se excluye es la intromisión de un tercero ajeno a la comunicación.²⁶

1.3 La protección de datos personales.

Haremos una mención especial sobre el derecho de datos personales en relación con las grabaciones subrepticias realizadas al trabajador para acreditar los hechos del despido. En Chile no existe jurisprudencia sobre posible afectación al “derecho de protección de datos personales” por una grabación subrepticia, a diferencia del derecho

²⁴ Tribunal Constitucional. Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad. Rol 2153-2011, Sentencia de fecha 11 de septiembre de 2012.

²⁵ FERNANDEZ, R. 2021. La prueba en el Proceso Laboral editorial Tirant lo Blanch: 466.

²⁶ DALLER F.2022. Las grabaciones subrepticias del trabajador en la empresa: Un análisis de licitud de los medios de prueba para los procedimientos laborales” Revista Chilena del Trabajo y Seguridad Social vol.13 (25): 14.

comprado español que lo reconoce y pondera como derecho conculcado en esa situación.

Una posible explicación a dicha situación es la falta de técnica jurídica de los operadores jurídicos respecto de los alcances de una grabación subrepticia al trabajador, como vulneradora de derechos fundamentales. Y es que una grabación subrepticia al trabajador, solo vulneran los derechos de intimidad o inviolabilidad de la comunicación privada, sino también la protección de sus datos personales.

Normativamente sostenemos que una grabación subrepticia del empleador podría afectar la protección de datos personales del trabajador. Este derecho fue introducido por la reforma constitucional Ley N° 21.096, otorgándole rango constitucional, en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política de la República, con la finalidad de establecer un derecho distinto a la intimidad, tanto en objeto y contenido²⁷.

La idea de constitucionalizar la protección del derecho de la protección de datos, para diferenciarlo del derecho a la intimidad, viene del Tribunal Constitucional Español. Este diferenció los derechos de intimidad y la protección de datos personales. Mientras el primero protege invasiones al ámbito de la vida personal y familiar, que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad; el segundo tiene por función garantizar a su titular “un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”²⁸. Recalca el tribunal que la “protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimidad individual, [...] sino los datos de carácter personal.”²⁹

²⁷ CONTRERAS P.2020. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación Informativa de la Constitución Chilena” Estudios Constitucionales Universidad de Talca. (18).

²⁸ Tribunal Constitucional Español, Recurso de Inconstitucionalidad, Sentencia 292/2000, fojas. 6

²⁹ Tribunal Constitucional Español, Recurso de Inconstitucionalidad, Sentencia 292/2000, fojas.7

En Chile, el Tribunal Constitucional tenía como doctrina que la protección de datos personales se encontraba regulada en el artículo 19 número 4 de la Constitución Política de la República, al regular el derecho a la intimidad³⁰. En efecto, señalaba que “la protección de la vida privada de las personas guarda una estrecha relación con la protección de los datos personales, configurando lo que la doctrina llama derecho a la autodeterminación formativa”³¹. Y que ello, en opinión de Contreras, implica el control de las personas sobre sus datos, incluyendo el derecho a saber sobre la existencia de ficheros o archivos de registro de información de carácter personal públicos o privados; cuáles son sus finalidades y quiénes son los responsables de su manejo; de manera que las personas afectadas puedan conocer los “datos propios” contenidos en dichos archivos o ficheros, teniendo el derecho a actualizarlos o a solicitar mediante el recurso de habeas data su rectificación o cancelación³².

De tal manera que en nuestro ordenamiento jurídico se reconocía antes de la reforma constitucional el concepto de la autodeterminación informativa, en virtud del cual, el trabajador tiene el control de sus datos y comprende el derecho a saber sobre su existencia y manejo de ellos.

Finalmente, la reforma que le dio rango constitucional al derecho de protección de datos mandató el tratamiento y protección de datos personales, en la forma y condiciones que determine la Ley N° 19.628.

En la práctica las grabaciones subrepticias presentan el problema que el trabajador pueda ser captado en una conducta que incluya datos protegidos por este derecho. Así teóricamente podemos señalar que es posible registrar por el empleador “datos sensibles del trabajador”, en su afán de registrar hechos que fundamente su despido.

³⁰ Tribunal Constitucional Chileno, Roles N° 1732-10 y N°1800-10, de 21 de junio de 2011, considerando. 25°

³¹ *Ibíd.*

³² CONTRERAS P..2020 El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación Informativa de la Constitución Chilena” Estudios Constitucionales Universidad de Talca. (18). p 95.

Y es que dichos datos se definen en nuestra legislación nacional como; “características físicas o morales de personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como hábitos o circunstancia de su vida privada o intimidad, tales como 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”³³. El derecho español inclusive señala respecto a los datos personales son toda información relativa a una persona física identificada o identificable³⁴.

A mayor abundamiento, las grabaciones subrepticias presentan otra dificultad a la luz del derecho de protección de datos, y es que el tratamiento de dichos datos solo puede realizarse cuando la ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello³⁵. Lo no sucederá frente a una grabación clandestina y oculta, no consentida ni autorizada por el trabajador.

A diferencia de nuestra regulación nacional, el derecho español, pondera la protección de datos personales en caso de grabaciones subrepticias laborales realizadas al trabajador para fundar su despido.

³³ CHILE. Ley N° 19.628. Artículo 2°.

³⁴ Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea Art. 4.1.

³⁵ CHILE. Ley N° 19.628 Artículo 4° El tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen o el titular consienta expresamente en ello.

La persona que autoriza debe ser debidamente informada respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público.

La autorización debe constar por escrito.

La autorización puede ser revocada, aunque sin efecto retroactivo, lo que también deberá hacerse por escrito.

No requiere autorización el tratamiento de datos personales que provengan o que se recolecten de fuentes accesibles al público, cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial, se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento, o sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios.

Tampoco requerirá de esta autorización el tratamiento de datos personales que realicen personas jurídicas privadas para el uso exclusivo suyo, de sus asociados y de las entidades a que están afiliadas, con fines estadísticos, de tarificación u otros de beneficio general de aquéllos.

Normativamente el tratamiento de este derecho se encuentra en la Constitución Española en su artículo 18.4³⁶. A lo cual, el Tribunal Constitucional Español se ha pronunciado que este derecho garantiza a la persona el control sobre cualesquiera de sus datos personales, así como el uso y destino de estos. Con la finalidad de evitar el tráfico ilícito de los mismos o lesivo para la dignidad y los derechos de los afectados; y en consecuencia, el derecho a la protección de datos se configura como una facultad del ciudadano para oponerse a que determinados datos personales sean usados para fines distintos a aquel que justificó su obtención³⁷.

De igual manera ese poder de disposición y control sobre los datos personales, en doctrina del Tribunal Constitucional, faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos se proporcionan a un tercero, sea al Estado o un particular, o cuáles puede el tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso³⁸.

La relevancia de la regulación normativa constitucional y jurisprudencial española, permite al ciudadano, ahora trabajador, tome control de sus datos personales, y se oponga a fines distintos que justifiquen su obtención por parte de terceros, como el empleador.

Así de igual manera la legislación española contempla una institución denominada “Agencia de Protección de Datos” con el objetivo de velar por el cumplimiento de la Ley Orgánica de la Protección de Datos Personales y garantía de derechos digitales 3/2018, que a su vez adapta a la legislación española al Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.

Como se verá, la diatriba que presenta el derecho español respecto de las grabaciones ocultas realizadas al trabajador para fundamentar su despido es la exigencia normativa al empleador de informar el medio y los fines, de los datos

³⁶ Siendo pionera en dicha materia señala en su numeral 4: La ley limitará el uso de la Informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

³⁷ Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo, Sentencia 94/1998

³⁸ Tribunal Constitucional Español, Recurso de Inconstitucionalidad, Sentencia 292/2000.

personales recabados obtenidos mediante una grabación al trabajador, lo que comúnmente acontece y se regula dentro del contexto de la videovigilancia.

Las grabaciones realizadas al trabajador por el empleador, a diferencia de Chile que carece de regulación, la legislación española lo trata normativamente en su artículo 87 y siguientes, de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales 3/2018, regulando el derecho a la intimidad y uso de dispositivos en el ámbito laboral.

En su articulado se garantiza a los trabajadores el derecho a la intimidad, así como el acceso del empleador de los contenidos derivados del uso de los medios digitales facilitados a los trabajadores “solo a efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos”³⁹.

Asimismo, el empleador debe establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando, los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. Destacando que el “contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados”⁴⁰. Finalmente, se impone la obligación expresa de que dichos trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado.

Igualmente el Tribunal Constitucional Español respecto a la protección de datos en el ámbito laboral, señala el deber de información al sujeto cuyos datos son tratados. Señala en su doctrina que el deber de informar está comprendido dentro del “Núcleo Esencial” del derecho a la protección de datos, y con base en este razonamiento, vino a hacer una interpretación rigurosa de este deber⁴¹. Exigiendo en concreto «la información

³⁹ ESPAÑA Ley Orgánica de Protección de Datos Personales 3/2018. Artículo 87.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo, Sentencia 28/2013.

previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que la captación podía ser dirigida». Esa interpretación rígida provoca frente a la inobservancia del deber de información respecto de los datos captados, se determinase ilegítima la utilización de las imágenes grabadas con fines sancionadores⁴².

Este criterio, posteriormente se matizará según veremos por el caso López Ribalda y la sentencia del Tribunal Constitucional 38/2016, que entiende la licitud de una grabación subrepticia realizada al trabajador, sobre la base de encontrarse justificada la finalidad de dicha medida por un juicio de proporcionalidad.

En el último capítulo se analizará si existe infracción en materia de protección de datos con el deber de información, frente a una grabación subrepticia del trabajador, no informada que fundamente un despido.

Finalmente, hay que mencionar que también las grabaciones subrepticias del empleador realizadas al trabajador no tan solo podrían vulnerar los derechos fundamentales mencionados, sino también otros como la honra del trabajador o el debido proceso en su dimensión con el derecho a rendir prueba.

⁴² PASCUAL.J. López Ribalda, la utilización de cámaras de videovigilancia en las relaciones laborales ¿se puede prescindir del deber de información? [En línea] Diario la ley en internet 17 enero de 2020. https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDYwsLQ7WY1KLizPw8WyMDQ0tDlyMDtbz8lNQqF2fb0ryU1LTMvNQUkJLMtEqX_OSQyoJU27TEEnOJUtdSk_PxsFJPiYSYAAKb8ktRjAAAAWKE. [consulta noviembre de 2022]

2. LA ILICITUD DE PRUEBA Y LAS INTERPRETACIONES DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA

Una segunda consideración para determinar si la grabación subrepticia del empleador es lícita o ilícita, es la interpretación dada a la regla de exclusión probatoria del artículo 453 N°4.

Respecto a ello, existen dos interpretaciones de la regla de exclusión probatoria; están los que postulan una regla de exclusión amplia probatoria que incluye la prueba obtenida por medios ilícitos, entendiéndose como aquella prueba contraria a una norma de derecho, y la vulneradora de derechos fundamentales; o la restringida referida solo a esta última vulneración ⁴³.

Ahora la discusión de las reglas de exclusión probatorias y su correspondiente licitud, se relacionan con el derecho fundamental del debido proceso en su dimensión al derecho a probar las alegaciones en juicio. En palabras de nuestro Tribunal Constitucional, las garantías del justo y racional procedimiento o debido proceso es precisamente «la producción libre de pruebas en conformidad a la ley», el cual se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 19 N°4 de la Constitución Política, además de los tratados internacionales ratificados por Chile⁴⁴⁴⁵⁴⁶.

⁴³ JARA, F. 2011. La prueba lícita laboral. La regla de Exclusión más amplia del derecho chileno, Revista Chilena del Trabajo y Seguridad Social derecho 2(3): 119.

⁴⁴ Tribunal Constitucional, Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad, Sentencia Rol 1.718-2010, de fecha 14 de junio de 2011.

⁴⁵ VERDUGO, A (2018). La prueba ilícita en el actual procedimiento laboral chileno. Ius Novum, 11 (1): 107-15.

⁴⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8.2: Medios adecuados para la preparación de su defensa; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3: A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.

Asimismo, es importante dejar en claro, que en la legislación nacional no existe norma alguna que prohíba grabar de forma subrepticia las comunicaciones de las que se es partícipe, y que se permite su incorporación en juicio a la luz del principio de libertad probatoria⁴⁷.

Originalmente en el derecho chileno la licitud de prueba no se encontraba regulada como institución en la legislación nacional, hasta la reforma procesal penal fijó reglas de exclusión probatorias, donde se incluyó las obtenidas con la vulneración de derechos fundamentales, inspiradas por las reglas de exclusión probatorias del sistema norteamericano⁴⁸.

En materia laboral desde su reforma, se consagró la actual regla de exclusión probatoria del artículo 454 N°4 del Código del Trabajo. Parte de la doctrina y jurisprudencia asumió que la regla era diferente y más amplia a la consagrada en el Código Procesal Penal y la Ley de Tribunales de Familia, delimitando supuestos amplios de aplicación⁴⁹.

Desde otro punto de vista la ilicitud de la prueba es una limitación extrínseca al derecho a rendir prueba⁵⁰⁵¹. Este último derecho no es absoluto, permitiéndose y

⁴⁷ DALLER F.2022. Las grabaciones subrepticias del trabajador en la empresa: Un análisis de licitud de los medios de prueba para los procedimientos laborales” Revista Chilena del Trabajo y Seguridad Social vol. 13 (25). 1-40.

⁴⁸ VERDUGO, A, 2018. La prueba ilícita en el actual procedimiento laboral chileno. *Ius Novum*, 11 (1): 107-152.

⁴⁹ DALLER F.2022. Las grabaciones subrepticias del trabajador en la empresa: Un análisis de licitud de los medios de prueba para los procedimientos laborales” Revista Chilena del Trabajo y Seguridad Social vol. 13 (25). 1-40.

⁵⁰ El derecho a rendir prueba no tiene consagración específica, pero la doctrina lo admite dentro del artículo 19 N°3 inciso 5 de la Constitución Política de la República, disposición en la que la doctrina se habría apoyado para afirmar la consagración del debido proceso en nuestro ordenamiento jurídico.

⁵¹Se habla de limitaciones extrínseca e intrínsecas a la prueba; las primeras son “inherentes a la actividad probatoria, son aquellos que necesariamente deben concurrir en la prueba para que pueda considerarse como tal, y son su pertinencia y utilidad” y los segundos “se derivan del carácter procesal de este derecho, y son aquellos exigidos por las normas de proposición con carácter general para cualquier prueba o medio probatorio”. (véase: PICÓ I JUNOY. La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. En: III Congreso Panameño de Derecho Procesal, 2006, Ciudad de Panamá, Panamá, p. 160).

reconociéndose limitaciones a su ejercicio. No se admite cualquier prueba no obstante existir libertad probatoria en el ámbito laboral.

Así siguiendo a Verdugo, definimos la prueba ilícita como uno de los límites generales que se imponen en materia probatoria a todo litigante que pretenda justificar sus alegaciones en el juicio⁵². De manera tal que tiene relevancia saber cuáles son aquellos límites que se imponen en materia probatoria en el artículo 453 N°4 inciso 5.

Este artículo señala como regla de exclusión “Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen la violación de derechos fundamentales”. A contrario sensu la norma transcrita establece como requisito de toda prueba para ser admitida independiente de quien la proponga, que se haya obtenido por medios lícitos, sin vulneración de derechos fundamentales.⁵³

La falta de claridad en la redacción de la norma del artículo 453 N°4 inciso 3° del Código del Trabajo, emplea dos expresiones diferentes y alternativas: “Medios Ilícitos” o “Actos que impliquen vulneración de derechos fundamentales”, existiendo como se señaló dos interpretaciones contrapuestas para determinar la ilicitud de prueba.

La interpretación amplia de la norma sostiene que permite excluir tanto la prueba ilícita; esto es las ilegítimas, irregulares o ilegales y clandestinas; como aquella vulneradora de derechos fundamentales. En palabras de Jara Bustos la prueba ilícita debe entenderse como “aquella prueba contraria a una norma de derecho, con independencia de su categoría y derecho”⁵⁴. La doctrina ha señalado que debe entenderse, que pruebas clandestinas son las obtenidas infringiendo la intimidad o privacidad de las personas⁵⁵.

⁵² VERDUGO, A. (2018). La prueba ilícita en el actual procedimiento laboral chileno. *Ius Novum*, 11 (1): 115.

⁵³ FERNANDEZ, R La prueba en el Proceso Laboral, Chile, Editorial Tirant lo Blanch, 2021. 450p.

⁵⁴ JARA, F 2011 La prueba lícita laboral. La regla de Exclusión más amplia del derecho chileno, *Revista Chilena del Trabajo y Seguridad Social* derecho 2(3): 119.

⁵⁵ VERDUGO, A (2018). La prueba ilícita en el actual procedimiento laboral chileno. *Ius Novum*, 11 (1): 124.

En ese sentido la Academia Judicial en su manual de juicio del trabajo, precisaba que constituye prueba ilícita toda aquella obtenida con toda aquella obtenida con una infracción de norma jurídica, incluso las que afecten a principios de derechos⁵⁶. La jurisprudencia acogió esta tesis de la Ilícitud de prueba reduciéndola a irregulares o ilegales, con presidencia de derechos fundamentales⁵⁷.

Una de las principales argumentaciones empleadas, respecto a las grabaciones ocultas en el ámbito laboral realizadas al trabajador, señala que dicho medio probatorio es ilícito, sin vulnerar derechos fundamentales, por el tipo penal del artículo 161-A del Código Penal. Este tipifica “al que en recintos públicos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio capte, intercepte, grabe o reproduzca ,documentos, o instrumentos de carácter privado, sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privada o capte, grabe , filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen , ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.”

Desde el punto de vista laboral, la solución que había dado la jurisprudencia respecto de las grabaciones subrepticias era que no se configuraba el delito del artículo 161-A del código penal, en atención de quien realiza la grabación – conducta típica- es partícipe de la comunicación, reservando el reproche penal solo a los terceros ajenos a la conversación o comunicación⁵⁸. En ese mismo sentido se había pronunciado el Tribunal Constitucional Español en la sentencia 114-1984, doctrina recogida por la Excelentísima Corte Suprema en el caso de la doctora Cordero⁶⁰.

⁵⁶ Manual de Juicio del Trabajo (2017). Academia Judicial:82.

⁵⁷ Juzgado de Letras de Antofagasta, Sentencia RIT N° O-166-2014.

⁵⁸ Doctrina que fue asentada por la Excelentísima Corte Suprema en Recurso de Casación sentencia Rol N° 8393-2012 del 21 de agosto de 2013, denominado coloquialmente “Doctora Cordero”.

⁵⁹ En este sentido, las siguientes sentencias: Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, Rit N° T-182- 2019 dictada en audiencia preparatoria del 16 de octubre de 2019; Corte de Apelaciones de Temuco, Rit N° O- 636-2020, 14 de septiembre de 2020; Primer Juzgado de Letras de coronel, Rit N° T-12-2018, 6 de noviembre de 2018; Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, Rit N° O-305-2013, 12 de diciembre de 2013.

⁶⁰ Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de reemplazo causa Rol N° 8393-2012 de 21 de agosto de 2013.

La tesis de interpretación amplia de ilicitud de prueba laboral encontró varias críticas. La más común era que la regla de exclusión probatoria laboral es más amplia que las reglas establecidas para el derecho de familia e incluso el derecho penal. Y es que en dichas materias no es homologable el poder punitivo del estado con el poder disciplinario del empleador.

Es que en derecho penal se entiende una exclusión probatoria amplia por el ejercicio del *ius puniendi*, donde encontramos la máxima reacción a la afectación de bienes jurídicos especialmente importantes para la sociedad, por lo que no respondería a la justicia proscribir con más dureza conductas de menor gravedad que las que son de una mayor, que es lo que ocurriría en materia laboral.

Sumado además que, en opinión de ciertos autores, como Jara y Húmeres, las grabaciones ocultas y clandestinas serán siempre ilegales, a la luz de vulnerar un reglamento interno de la empresa, lo que constituiría una contravención que probablemente no afecta ningún derecho fundamental constitucional o que tenga reconocimiento en tratados internacionales⁶¹⁶².

La segunda interpretación sostiene que la ilicitud de prueba solamente se refiere a que se vulnere derechos fundamentales en su obtención, doctrina a la que adhiere la Excelentísima Corte Suprema en el fallo de unificación de jurisprudencia al señalar “La inutilidad o no valoración de la prueba se restringe a aquellos elementos obtenidos, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales. En otras palabras, la exclusión probatoria, en materia laboral, no puede justificarse únicamente en una noción amplia de ilicitud, sino que debe ser necesariamente relacionarse con la inobservancia de una garantía constitucional, operando sólo en aquellos casos en que exista una violación de derechos fundamentales (...) Que, en consecuencia, la decisión de exclusión probatoria debe ser revisada únicamente desde la perspectiva de los

⁶¹ JARA, F 2011 La prueba lícita laboral. La regla de Exclusión más amplia del derecho chileno, *Revista Chilena del Trabajo y Seguridad Social* derecho 2(3): 119.

⁶² En doctrina, adhiere a esta postura Héctor Húmeres, en su columna “El fin no justifica los medios”, Colegio de Abogados de Chile, Santiago Chile, 23 de abril de 2018. Este autor estima que, además, la conducta es constitutiva del ilícito penal de artículo 161 A del Código Penal a raíz de la Sentencia de Unificación Rol 3.519-2017, de 12 de abril de 2018.

derechos constitucionales amagados”⁶³. Una interpretación del todo restringida circunscrita solo a derechos fundamentales.

Así se entiende que existe prueba lícita cuando no existe infracción de derechos fundamentales, desde la fuente de formación de la prueba hasta la producción misma, debiendo respetar los derechos fundamentales, independientes de quien sea su titular, en toda fase de formación, obtención y producción, procesales y extraprocesales⁶⁴.

De igual manera dicha interpretación restringida de la ilicitud de prueba, recoge la directa o indirectamente vulneradora de derechos fundamentales. Y es que la ley no dejó en claro lo que debe entenderse por directo o indirecto, el profesor Fernández, entiende que por “directo” significa “pruebas logradas infringiendo un derecho fundamental” y con la expresión “indirecto” todo “elemento probatorio que se derive de la prueba obtenido directamente con vulneración de derechos fundamentales” que consagra la teoría de los frutos del árbol envenenado de origen norteamericano⁶⁵⁶⁶.

Para las grabaciones subrepticias, tiene relevancia la aplicación de esta doctrina, ya que la aportación de dicho medio probatorio por el empleador para fundamentar los hechos del despido disciplinario puede incurrir en una violación de derechos fundamentales directa o indirectamente. Así en ejemplo del profesor Fernández, una prueba aportada ha sido obtenida mediante la instalación de cámaras de vigilancia en los vestuarios de la empresa, nunca es válida puesto que el resultado probatorio es ilícito, ya que se vulnera un derecho fundamental (a la intimidad), siendo consecencialmente todas las pruebas relacionadas nulas.

En el derecho español en un primer término, el concepto de prueba ilícita se remonta cuando el Tribunal Constitucional prohibió expresamente la aportación de pruebas que

⁶³ Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de Unificación de Jurisprudencia Excelentísima Corte Suprema, Rol N°35.159-2017, Dirección Nacional del Trabajo con Banco Crédito de Inversiones 2018.

⁶⁴ FERNÁNDEZ, R. La prueba en el Proceso Laboral, Chile, Editorial Tirant lo Blanch.2021 450p.

⁶⁵ ASECIO, J. M La prueba prohibida y prueba preconstituida. Editorial Trivium. España Madrid 1989: 89p.

⁶⁶ FERNÁNDEZ, R. 2021 La prueba en el Proceso Laboral, Chile editorial Tirant lo Blanch: 466

hubieran sido obtenidas con vulneración de derechos fundamentales⁶⁷. Con posterioridad, la misma interpretación de exclusión de ilicitud fue recogida como precepto en su artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en que toda prueba que se obtenga por violación de un derecho fundamental debe ser considerada nula.

Finalmente, la Ley de Procedimiento laboral establece en su artículo 90.1 que “las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas.”

Como se evidencia el derecho español tiende a caracterizar la regla de exclusión probatoria circunscribiéndola a la vulneración de derechos fundamentales, no obstante, se presenta la diatriba respecto de los referidos medios de “pruebas ilegales”. Esto se debe a que la Ley de Enjuiciamiento Civil regula la prueba ilícita en sus artículos 283 y 287, pero “no aclara realmente si el concepto de prueba ilícita se refería a la vulneración de derechos fundamentales o de cualquier norma del ordenamiento jurídico infra constitucional”⁶⁸. De tal manera que la ley española no hace una diferencia detallada como sí lo hace la doctrina respecto de la regla de exclusión probatoria de medios ilegales.

Retomando sobre las grabaciones subrepticias del trabajador, dependiendo de la interpretación que se da a la prueba ilícita como regla de exclusión; ya sea como vulneradora de derechos fundamentales o de pruebas ilegales; en el derecho español tiene implicancias para los efectos de calificar el despido. Es decir, la principal problemática radica en determinar hasta qué punto influye o no la ilicitud de la prueba aportada en la calificación del despido y si es posible o no su irradiación en el mismo.

⁶⁷ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 28/2013 de fecha 29 de noviembre de 1984.

⁶⁸ GOMEZ.L. La Prueba Ílicita y sus efectos de la calificación del despido. Tesis (Máster Universitario en acceso de la profesión de abogado). España. Universidad de Alcalá, 2018. 21.

En efecto una interpretación de ilicitud de prueba entiende excluir aquellas que vulneren a derechos fundamentales produciendo el efecto de la “nulidad en la calificación del despido”. Se funda en la teoría del fruto del árbol envenenado, y lo garantista de los derechos fundamentales, y por ello se entiende que la ilicitud de la prueba irradia como efecto al despido. Calificada la grabación subrepticia como vulneradora de derechos fundamentales, el medio de prueba es nulo y consecuentemente lo será el despido.

En otros términos “en los casos de nulidad, el despido es la herramienta con la que se infringen los derechos fundamentales en juego; mientras que, en las situaciones de prueba ilícita, el despido no es utilizado como herramienta para esa vulneración, sino que, al contrario, obedece realmente a un hecho cierto que supone la comisión de una falta por parte del trabajador, solo que para su acreditación se ha querido valer el empresario de una herramienta ilícita”⁶⁹.

La segunda interpretación sostiene la idea de independencia de ilicitud de la prueba. De manera tal que, habiendo una prueba ilícita vulneradora de derechos fundamentales, esta debe excluirse del proceso por ser nula, pero no tiene efectos de irradiar la calificación del despido. Calificada la grabación subrepticia como vulneradora de derechos fundamentales, deben excluirse dichas pruebas del proceso siendo nulas, pero el despido tendría el efecto de improcedente⁷⁰.

Respecto de las grabaciones subrepticias al trabajador es importante señalar la tendencia jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia que excepciona declarar la nulidad del despido, aun cuando existe vulneración de derechos fundamentales en dicha prueba⁷¹.

En este caso, la empresa instaló cámaras de video vigilancia en la garita de uno de sus vigilantes de seguridad, sin informar previamente al trabajador ni solicitar su

⁶⁹ MORALO, S. La prueba ilícita y sus efectos sobre la calificación del despido. [En línea] octubre de 2015. Recuperado de: <https://elderecho.com/la-prueba-ilicita-y-sus-efectos-sobrela-calificacion-del-despido>. [consulta noviembre de 2022].

⁷⁰ GOMEZ.L. 2018 La Prueba Ílicita y sus efectos de la calificación del despido. Máster Universitario en acceso de la profesión de abogado. Universidad de Alcalá. 37-41.

⁷¹ Tribunal Superior de Justicia de Castilla La mancha, Sentencia de 25/2018 de 12 de enero de 2018.

consentimiento, porque tenía la sospecha de que fumaba en su puesto de trabajo. Sorpresa fue para la empresa que, cuando visualizó los videos, descubrió que el empleado se dedicaba durante su jornada laboral a visualizar pornografía y a masturbarse.

Finalmente, la sala decidió resolver en el sentido que la sanción de nulidad del despido tiene su fundamento, cuando el despido en sí mismo responde a una causa vulneradora de un derecho fundamental, de ahí la prescripción del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, cuando la finalidad que mueve al empresario es comprobar un comportamiento del trabajador para obtener la prueba de la existencia de la causa alegada para justificar el despido, en cuyo caso, procede la nulidad de dicha prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales o libertades pública, sin que tal nulidad puede extenderse a la calificación del despido que podrá ser improcedente o incluso procedente, si una vez desechados los hechos acreditados mediante la prueba ilegal o ilegítima, aun resultan probados, mediante prueba hábil e idónea hechos que constituyen un incumplimiento grave y culpable del trabajador.⁷²

Así entonces es diferente el tratamiento, noción y efectos de la prueba ilícita en las grabaciones subrepticias realizadas al trabajador para fundar su despido, entre el derecho español y el derecho nacional.

La noción de prueba ilícita del derecho chileno lleva a excluir las pruebas obtenidas directa o indirectamente con vulneración de derechos fundamentales, como lo son las grabaciones subrepticias, impidiendo que se pondere ese medio de prueba, pero sin alterar la calificación del despido, ya que será siempre consecuentemente improcedente⁷³.

⁷² En los supuestos en los que sí puede tener cabida la nulidad del despido, por ser el medio de prueba vulnerador de derechos fundamentales, sería en aquellos casos en los que se dieran razones notablemente discriminatorias del despido, por ejemplo, por motivo de embarazo, de enfermedad o cuando se vulnerara la libertad de expresión (derecho de huelga, etc.).

⁷³ Considerando que el precepto del artículo 453 N°4 del Código del Trabajo tiene una noción restringida de exclusión probatoria refiriéndose solo a vulneración de derechos fundamentales.

El derecho español también circunscribe la noción de prueba ilícita a la vulneradora de derechos fundamentales, pero frente a la nulidad ese medio de prueba, consecuentemente se irradiará ese efecto despido siendo nulo.

Pero cuando la finalidad que mueve al empleador es comprobar mediante la grabación subrepticia una conducta del trabajador para obtener la prueba de la existencia de la causa alegada para justificar el despido, procede la nulidad de dicha prueba obtenida por vulneración de derechos fundamentales, sin que la nulidad pueda extenderse a la calificación del despido que podrá ser improcedente o incluso procedente.

Ningún efecto de irradiación de la prueba ilícita en la calificación del despido se presenta en el derecho nacional. Las grabaciones subrepticias realizadas al trabajador, podrá ser excluidas de ser ponderadas en juicio, pero el despido siempre será improcedente y no nulo.

En el siguiente capítulo señalaremos cuando una grabación subrepticia al trabajador configura prueba ilícita, interpretándose restringidamente el artículo 453 N°4 del Código del Trabajo, es decir vulnerando derechos fundamentales, cuya tendencia jurisprudencial fue asentada por la Excelentísima Corte Suprema en la Sentencia de Unificación ya referida.

3- LAS GRABACIONES SUBREPTICIAS AL TRABAJADOR COMO PRUEBA ILÍCITA.

En los capítulos anteriores hemos analizado; por una parte, los posibles derechos afectados por una grabación subrepticia realizados al trabajador por el empleador para fundar los hechos de un despido; y por el otro las distintas interpretaciones de prueba ilícita.

Llegado este punto corresponde concretar estos elementos de manera de resolver cuando una grabación oculta realizada al trabajador para fundar su despido será prueba ilícita, ya que como señala la sentencia de unificación; “Tampoco puede soslayarse en este punto la tensión que se genera entre el respeto a los derechos fundamentales amagados por la evidencia ilícita, y el derecho a la prueba del particular que intenta incorporar el elemento contenido al juicio, implícito dentro de la garantía del debido proceso⁷⁴”.

La sentencia de unificación N° Rol 35.159-2017, discutía una práctica antisindical, mediante una grabación subrepticia realizada al empleador por parte del trabajador. En ese contexto entiende sobre la prueba ilícita que “no existen argumentos para entender que la regla de exclusión en el orden laboral incorpora dentro de la noción de prueba ilícita aquella obtenida contravención a una norma de derecho socialmente aceptado”, descartando las pruebas obtenidas directa e indirectamente por medios ilícitos, circunscribiéndola solo a “aquellos elementos obtenidos, directa o indirectamente, con vulneración de derechos fundamentales”⁷⁵.

⁷⁴ Excelentísima Corte Suprema caso Dirección Nacional del Trabajo con Banco Crédito Inversiones, Sentencia Recurso de Unificación Rol N° 35.159-2017, 12 de abril de 2018, considerando tercero.

⁷⁵ *Ibíd.*

Es decir, una grabación subrepticia realizada al trabajador será prueba ilícita si se haya obtenido directa o indirectamente vulnerando un derecho fundamental del mismo; como la vida privada, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, entre otros. No obstante, la problemática consiste en determinar cuándo esta grabación subrepticia del trabajador vulnera esos derechos fundamentales para determinar su ilicitud.

Responder a esta última interrogante no es sencillo. Desde la casuística del caso concreto hasta los derechos conflictuados, producen incidencias que determinan distintos tipos de criterios para entender sí la prueba es ilícita. También es necesario examinar según la jurisprudencia nacional y en el derecho español, los criterios empleados para determinar si la grabación subrepticia realizada al trabajador registrando hechos fundantes del despido, puede ser vulneradora de derechos fundamentales y consecuentemente prueba ilícita en sentido restringido según la interpretación de la Excelentísima Corte Suprema.

3.1.-La intimidad del trabajador: expectativa de privacidad del trabajador.

Como señalamos en el primer capítulo de este ensayo es dificultoso determinar el concepto del derecho fundamental de la intimidad y la vida privada. No obstante, la Excelentísima Corte Suprema a empleado el estándar de “Razonable Expectativa de Privacidad”, para determinar si existe o no vulneración del referido derecho fundamental.

La expectativa de privacidad es un estándar que permite restringir el derecho a la vida privada que tiene su origen en el derecho penal con el caso de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos “Katz v/s United States”⁷⁶.

En ese caso, un sujeto, mediante una cabina pública, coordinaba apuestas ilegales, siendo interceptada la conversación por el F.B.I. El conflicto jurídico implicaba resolver si dicha conducta ilícita quedaba en la privacidad del sujeto amparada por la cuarta enmienda. Para la solución se recurrió a la construcción de un estándar denominado

⁷⁶ Katz v United States, 389 U.S 347 (1967).

“Expectativa de Privacidad”. De tal manera que el derecho de privacidad del sujeto no era absoluto y en circunstancias podía limitarse.

La sentencia revistió importancia en el derecho norteamericano. Esto debido a que la Corte Suprema de Estados Unidos abandonó su enfoque de invasión material de la privacidad, afirmando que el espionaje electrónico constituía “registro” en el sentido de la cuarta enmienda de la constitución, cuyo propósito es proteger a las personas y no simplemente a los lugares, amparando constitucionalmente la privacidad en el marco de la cuarta enmienda⁷⁷. Además, que para discernir si existía violación al derecho de privacidad introdujo el estándar de la “Expectativa Razonable de Privacidad”.

Desarrollado por el juez Jhon Marshall Harlan II, la “Expectativa de Privacidad” consiste en una prueba legal de dos partes. Considerando, primeramente, la expectativa subjetiva de privacidad que tiene una determinada persona respecto a una situación; y luego la expectativa de privacidad objetiva, legítima y razonable, que es la esperablemente reconocida por la sociedad.

De esa forma la solución de la judicial introduce factores subjetivos y objetivos para ponderar si un sujeto sigue amparado por el derecho a la privacidad. En otras palabras, ya no basta que el sujeto subjetivamente estime una situación privada para que lo sea, sino también que debe ser razonablemente privado por la sociedad.

Este razonamiento es aplicable a la privacidad de los trabajadores en el ámbito laboral. Si la grabación subrepticia rendida por el empleador en juicio, el trabajador no tiene expectativas subjetivas y objetivas de legítimas de privacidad de la conducta, la esfera de privacidad será limitada, no habiendo vulneración de derecho fundamental, ni tampoco consecucionalmente prueba ilícita.

De tal manera que debe haber un doble análisis; determinar si existe una expectativa subjetiva de privacidad y determinar si esta expectativa individual es una que la sociedad está en condiciones de reconocer como razonable o legítima, esto es, no cualquier

⁷⁷ NIEVES, M. 2011 El derecho a la privacidad en los Estado Unidos: Aproximación Diacrónica a los intereses constitucionales en Juego, teoría y realidad constitucional (28): 279-311.

expectativa de privacidad merece protección constitucional, pues debe ser objetivamente justificada acorde a las circunstancias del caso⁷⁸.

En el caso de unificación resuelto por la Excelentísima Corte Suprema los hechos consistían que, en el marco de una negociación colectiva, el empleador de un banco, en reunión con miembros descolgados de la huelga, vierte opiniones referidas al sindicato de la empresa tales como; la posibilidad de censurar a la mesa directiva y valorar negativamente a la asesoría relativa a los descuentos sindicales; siendo grabadas subrepticamente dichas expresiones y admitidas en juicio. La Corte Suprema resolvió que el empleador grabado no tiene una “Expectativa de Privacidad”, por ende, su derecho a la privacidad no sufre vulneración.

Es planteado por la Corte Suprema, que la “Expectativa de Privacidad” atiende al contexto del cual es captada la grabación subrepticia. En el caso el empleador no tiene una razonable “Expectativa de Privacidad”, no siendo vulnerado su derecho de privacidad. Las circunstancias en que se desarrolla la reunión; el contexto confrontacional de la misma, el elevado número de asistentes, la laboralidad de los temas tratados y el carácter no reservado de la reunión; son sometidas a las expectativas legítimas de privacidad del que tiene el grabado subrepticamente y las expectativas de privacidad que tiene la sociedad respecto de dicha situación, fijando un estándar para resolver. De manera que, si el estándar no es transgredido, no existe una vulneración a su derecho de privacidad, valorando lícitamente la prueba.

Si no se configura una “Expectativa de Privacidad” por parte de quien es grabado, dicha grabación es procesalmente prueba lícita. A consecuencia de no cumplirse el estándar, la Corte Suprema entiende que no existe una vulneración de derechos fundamentales de la vida privada, por tanto, no cabría la exclusión de prueba del artículo 453 N°4 del Código del Trabajo.

⁷⁸ Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de Recurso de Unificación Rol N° 35.159-2017, 12 de abril de 2018, Dirección Nacional del Trabajo con Banco Crédito Inversiones, considerando quinto.

El razonamiento sostenido por la Corte interpreta el concepto de exclusión de prueba de forma restringida, exigiendo siempre una vulneración de derechos fundamentales para que sea ilícita. A contrario sensu, la grabación subrepticia es lícita si no vulnera derechos fundamentales, dando una interpretación restrictiva al artículo 453 N°4.

El test de “Expectativa de Privacidad” ha recibido variadas críticas. En Estados Unidos donde nació el razonamiento, el juez Scalia opinaba “La única cosa que las tres últimas décadas han establecido acerca del test Katz, es que, sin mayor sorpresa, las razonables “Expectativas de Privacidad” tienen un extraño parecido con aquellas que esta corte considera razonables”⁷⁹. La crítica evidencia el problema del test; en su faz subjetiva depende verdaderamente de la expectativa de la persona o lo que la corte construye para el caso concreto. Y es que en la construcción del estándar puede imponerse por lo que el tribunal considera como razonable, prescindiendo de las circunstancias del caso concreto.

En Chile se crítica la aplicación del estándar de “Expectativa de Privacidad” en el ámbito laboral, debido a que es propio del ámbito penal. La doctrina rechaza su aplicación en el ámbito laboral, ya que originalmente la teoría se desarrolló en Estados Unidos respecto a enjuiciamiento penal, fijando límites y garantías para la persecución criminal del estado⁸⁰. En igual sentido, el derecho laboral se caracteriza por existir desigualdad de partes entre trabajadores y empleadores, pero en ningún caso opera la lógica de la persecución criminal entre las partes.

No obstante, las críticas no consideran que el derecho a la privacidad es transversal en ambas áreas del derecho, de tal manera, que no aplicar dicho estándar probatorio en el ámbito laboral, resultaría que el trabajador cuente con intimidad de forma absoluta, lo que no se limitaría en ningún caso frente a los derechos del empleador.

⁷⁹ Minnesota v Carter. 525 U.S 83 (1998) Concurrencia de Scalia y Thomas.

⁸⁰ SOTO, S. y SOTOMAYOR, A. 2018 Privacidad, intimidad y expectativas a propósito de un fallo de la Excelentísima Corte Suprema. Sentencias destacadas, Libertad y desarrollo (15): 43-61.

Por tanto, no existe impedimento que dicho estándar, aunque sea propio del derecho penal, sea aplicado en el ámbito laboral, ya que el derecho a la privacidad es transversal a ambas disciplinas.

Otra crítica al estándar de privacidad se realiza respecto de las grabaciones subrepticias, ya que produce una distorsión entre las normas del derecho laboral y derecho penal. Y es que código penal tipifica como delito una grabación no consentida en el artículo 161-A⁸¹. En palabras de Soto Velasco “es la contradicción de la Corte que descarta una expectativa subjetiva de privacidad a pesar de que, para el derecho penal, la grabación de conversaciones en recintos que no de libre acceso al público es un delito⁸²”. A la luz del derecho penal la grabación subrepticia es un delito penal, pero es contradictorio que se admita su licitud en el ámbito laboral, por no vulnerar el derecho a la vida privada según el estándar.

Además, las grabaciones subrepticias son una prueba obtenida por medios ilícitos al tenor literal del artículo 453 N°4, ya que se encuentran tipificadas como delito penal en el artículo 161-A. Si bien es discutida la extensión de la regla de exclusión de prueba, como ya se vio, interpretada en sentido amplio incluye las pruebas obtenidas y aportadas por medios ilícitos. Tendencia jurisprudencial minoritaria frente a la que entiende la prueba ilícita laboral como vulneradora de derechos fundamentales.

Sin adelantar conclusiones, se evidencia un problema procesal en la licitud de la grabación subrepticia, ya que podría no vulnerar la vida privada a la luz del estándar de “Expectativa de Privacidad”, pero sigue siendo un medio ilícito a la luz del artículo 161-A del código penal. Por ende, procesalmente su admisibilidad depende de la interpretación de la norma de exclusión de prueba.

Así de ser la regla de exclusión probatoria interpretada en forma restringida, como lo hace la sentencia de unificación, se excluye solo la prueba vulneradora de derechos

⁸¹ El que en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio intercepte, grabe o reproduzca conversaciones de carácter privado.

⁸² SOTO, S. y SOTOMAYOR, A. 2018 Privacidad, intimidad y expectativas a propósito de un fallo de la Excelentísima Corte Suprema. Sentencias destacadas, Libertad y desarrollo (15): 59.

fundamentales, ignorando la ilicitud legal que adolece la grabación subrepticia como delito penal del artículo 161-A.

Pese a lo anterior, y antes de la sentencia de unificación, la jurisprudencia, había encontrado soluciones para sortear la ilicitud legal del artículo 161-A del Código Penal, respecto de la grabación subrepticia como medio de prueba.

A raíz de un caso, donde periodistas se hicieron pasar por pacientes en una consulta médica, con la finalidad de obtener licencias médicas falsas, la Excelentísima Corte Suprema resolvió que dicho reproche penal del artículo 161-A del Código Penal no alcanza a los partícipes de la comunicación. Que la doctora grabada no tiene una expectativa de privacidad, entendiéndose que las comunicaciones se desarrollen en el ámbito de protección y confianza no alcanza, para que puedan ser relavadas por el participante. Es decir, la interacción se limita únicamente a los participantes y no a terceras personas⁸³⁸⁴. No existe reproche penal de una grabación subrepticia, respecto a los partícipes de la comunicación, ya que debe ser el sujeto un activo del delito un tercero ajeno de la comunicación. Este razonamiento, como se verá también ha sido recogido en el ámbito laboral.

3.2.- Cuando la grabación subrepticia al trabajador es prueba ilícita vulnerando el derecho a la privacidad.

Tal como señalamos se emplea el estándar de legítima “Expectativa de Privacidad”, para determinar si la grabación subrepticia del trabajador infringe sus derechos fundamentales, y constituir prueba ilícita. Sí bien el estándar, pareciera sencillo, la práctica jurídica lleva a ponderar otros factores para resolver el incidente de exclusión probatoria por vulneración de la privacidad, tales como; como la conducta desplegada del trabajador, el contexto de esta, el conocimiento o información del partícipe de la grabación, entre otros que analizaremos a continuación:

⁸³ Excelentísima Corte Suprema Sentencia de Remplazo causa Rol N° 8393-2012.

⁸⁴ ZÁRATE S. 2013 Expectativas de privacidad y grabaciones ocultas: A propósito de un fallo de la Excma. Corte Suprema. Sentencias destacadas, Libertad y desarrollo (10): 103-134.

Uno de los primeros factores que incide en la configuración del estándar “Expectativa de Privacidad” del trabajador, es la conducta desplegada por este. A modo de ejemplo en el caso del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, se atiende a la conducta desplegada del trabajador y el contexto de dicha grabación subrepticia realizada al trabajador, que motiva su despido disciplinario por incumplimiento grave, mediante cámaras autorizadas por reglamento interno, pero desconocidas por el trabajador⁸⁵.

En los hechos un chofer de bus durante su recorrido de pasajeros es grabado subrepticamente por una cámara regulada por los reglamentos internos de Higiene y seguridad, usando su teléfono móvil mientras conduce. El trabajador desconoce que está siendo grabado. La grabación subrepticia es exhibida por el empleador para apoyar los hechos del despido, generando el correspondiente incidente de ilicitud de prueba en el juicio.

En su considerando noveno, el tribunal considera las circunstancias particulares fácticas del caso. En este caso quien va manejando el bus, “si bien realiza labores sin percatarse o al menos vislumbrar eventuales grabaciones respecto a ejercer su trabajo, las circunstancias particulares que se trate de un bus que realiza un trayecto en la noche con la escasa visibilidad, con pasajeros a bordo, tripulantes de cabina y empleando su móvil celular, constituye una evidente distracción del tránsito, y un peligro a la vida o integridad psíquica de quienes van a bordo”.

A razonamiento del tribunal se estima que la conducta en sí misma, no resulta suficiente para estimar que tenía una legítima “Expectativa de Privacidad”, “ya que el actuar podía ser advertido y denunciado por cualquier persona que estuviera a bordo del bus y lograra ver el acto”, y que “la conducta desplegada en sí misma no resulta suficiente respecto que su actuar no fuera advertido y denunciado por cualquier persona que estuviera a bordo del bus, y lograra ver dicho acto”⁸⁶. En este caso lo relevante es que sea conducta constitutiva de infracciones, no solo contractuales y laborales, sino del

⁸⁵ Primer Juzgado de Letras de Santiago, Sentencia Rit N° O-2039-2019.

⁸⁶ *Ibidem*.

tránsito con consecuencias penales, por lo debe ser enmarcada en un despido disciplinario.

De igual manera, en el segundo análisis objetivo, el tribunal señala respecto de los hechos grabados, que “tampoco podría existir expectativa individual que la sociedad esté en condiciones de reconocer como razonable o legítima, al ser un hecho atentatorio con la vida y seguridad de pasajeros a bordo de un bus y un grave incumplimiento de parte de la persona grabada, razón de lo cual no es justificado ni razonable socialmente”⁸⁷.

En ese caso es la conducta del trabajador la decididora para vencer la legítima “Expectativa de Privacidad” subjetiva de éste y la objetiva de la sociedad, para entender que no había vulneración de derechos fundamentales, siendo prueba lícita. Relevante es que dicha conducta atenta contra la seguridad y el cumplimiento de la relación laboral.

En igual sentido el Juzgado de Letras de Temuco, conoce de un despido por incumplimiento grave de sus obligaciones, de un chofer de locomoción colectiva⁸⁸. En el caso se funda su despido en grabaciones efectuadas por terceros donde se registra que este no cortaba, ni entregaba los boletos de los estudiantes, quedándose con dichos importes. Dichos terceros, que prestaron declaración en juicio, resaltan que el empleador les conversó respecto del trabajador de la línea, sobre sus sospechas de no cortar los boletos y no dárselos a los estudiantes, solicitándole grabar el hecho.

El tribunal razona con el reconocimiento de límites infranqueables de los derechos fundamentales, de los trabajadores frente a los poderes empresariales. Esto lleva a concluir que la utilización de mecanismos de control audiovisual en vehículos de locomoción colectiva solo resulta lícita “cuando ello objetivamente se justifica por requerimiento o exigencias técnicas de los procesos productivos o por razones de seguridad de los pasajeros.” Por el contrario, “su utilización únicamente como una forma de vigilancia y fiscalización de la actividad del trabajador no resulta lícita, toda vez que

⁸⁷ *Ibidem*

⁸⁸ Juzgado de Letras del Trabajo Temuco Sentencia Rit N° 310. 2018.

supone un control ilimitado que no reconoce fronteras y que se ejerce sin solución de continuidad⁸⁹.

En el derecho español, existe la tendencia jurisprudencial de que el empleador no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de imágenes que han sido obtenidas a través de cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de control laboral, ya que se trata de una medida dirigida para el cumplimiento de la relación laboral⁹⁰. Y es que esto último debe entenderse, que la jurisprudencia española permite la instalación de cámaras de seguridad como medida justificada por razones de seguridad, idónea para el logro de ese fin y necesaria y proporcionada al fin perseguido, razón por la que se justifica la limitación de los derechos fundamentales en juego, es decir recurre al mecanismo de ponderación o test alemán para resolver dichos conflictos⁹¹.

De igual manera la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo ha señalado, respecto a la legalidad de la instalación de cámaras de videovigilancia, con ocasión de la instalación de cámaras de video en los vehículos de locomoción colectiva, la doctrina “ que se permite su implementación de estos sistema de control audiovisual; 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 razones de seguridad”⁹².

⁸⁹ *Ibíd*em

⁹⁰ Tribunal Supremo Español, Sentencia 1233/2022 del 30 de marzo del 2022.

En igual sentido la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 1 de febrero de 2017 recurso 3262/2015, examinó un litigio en el que el centro de trabajo tenía un sistema de videovigilancia por razones de seguridad (para impedir robos y otros delitos), siendo la trabajadora conocedora de dicho sistema, sin que hubiera sido informada del destino que pudiera darse a las imágenes o que pudieran ser utilizadas en su contra. Con base en dichas grabaciones, la trabajadora fue objeto de un despido disciplinario por haber manipulado los tickets y hurtado diferentes cantidades.

⁹¹ Una de las diferencias principales entre el derecho chileno y español en cuanto al examen del derecho a la privacidad, es que España emplea el método de ponderación de derechos o test alemán.

⁹² Dictamen de la Dirección del Trabajo N°2328/130 de junio de 2002 y Ordinario de la Dirección del Trabajo N°2076 del 06 de julio de 2020.

Ahora bien, es sencillo indicar que no se vulnera el derecho a la intimidad del trabajador cuando se registra subrepticamente una conducta riesgosa u peligrosa que infrinja probablemente obligaciones contractuales y no resista una legítima “Expectativa de Privacidad”, pero también debe señalarse que dichas conductas del trabajador que fueren grabadas subrepticamente deben desarrollarse en el ejercicio y ámbito de sus funciones.

Es lo que se evidencia en el caso del primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, para resolver el incidente de exclusión probatoria planteado por una grabación subreptica realizada al trabajador, se pondera si su conducta se realiza efectivamente en funciones laborales, para determinar la existencia de la “Razonable Expectativa de Privacidad”⁹³.

En los hechos de esta causa, un trabajador de equipo periodístico, encargado de realizar despachos televisados (notas de prensa), durante su jornada ordinaria de trabajo, encontrándose en móvil tras cubrir una pauta noticiosa emitió una serie de comentarios alusivos a ciertas conductas y características profesionales como personales de una colega, con carácter denostativo. Dichos comentarios fueron escuchados por el camarógrafo que lo acompañaba en el despacho, y el conductor del móvil, quedando grabado dichos comentarios.

Al ser revisado el material grabado y preparado por el trabajador, el editor del noticiero, junto con el equipo de periodistas que lo utiliza para procesarlo (en donde estaba la propia colega aludida), constató que existía un registro de grabación que fue escuchado por todos los integrantes del turno, con los comentarios denostativos.

El empleador procede a despedirlo disciplinariamente por las causales del artículo 160 N°1 y 7., apoyando su despido en los hechos registrados en dicha grabación subreptica donde constan las conductas denotativas del trabajador respecto de su colega.

⁹³ Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Sentencia Rit N° O-5767-2019.

En su razonamiento entiende el tribunal que el trabajador si tenía dicha “Expectativa de Privacidad”, ya que, al momento de emitir dichos comentarios, no se encontraba realizando su función, sino en un momento de descanso (o “tiempo muerto”) dentro de su jornada (tras cubrir una pauta), ámbito que conlleva una “Razonable Expectativa de Privacidad”, y solo por un hecho no imputable fue conocido por otras personas. No existe intencionalidad de que sus dichos sean conocidos.

Que dicha sentencia, reconoce que la conducta del trabajador esta fuera del control del empleador, por cuanto esta resguardado por la “Expectativa de Privacidad”, intimidad y libertad de expresión derechos que no se anulan por el hecho de encontrarse en la jornada de trabajo. Y que solo esos derechos pueden limitarse, cuando se ponderan en un conflicto de derechos fundamentales, debiendo ser examinados con la idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁹⁴.

Así se estima que existe una razonable “Expectativa de Privacidad”, ya que lo que ocurra en la esfera de privacidad del trabajador, “debe ser ciego al control del empleador e incluso al del tribunal, y – en consecuencia - no ha podido servir de base para fundar un despido ni como un incumplimiento grave de sus funciones (por cuanto no las estaba realizando específicamente y no había intención de dar un trato inadecuado a nadie), ni tampoco en una conducta inmoral grave, la que sólo puede referirse a temas estrictamente vinculados a su trabajo y no al mero reproche moral general de un comentario privado”⁹⁵.

Preliminarmente podemos evidenciar, que existen factores que determinan la existencia de una legítima “Expectativa de Privacidad del Trabajador”. Así al menos la conducta del trabajador grabada subrepticamente debe ser realizada en el ejercicio de sus funciones laborales, no incidiendo solamente que se realice en la jornada laboral, y dicha conducta sea gravosa en antítesis de la seguridad o control de las obligaciones que impone el contrato.

⁹⁴ Primer Juzgado de letras del Trabajo de Santiago, Sentencia Rit N° O-5767-2019, considerando sexto.

⁹⁵ *Ibíd*em.

Otro criterio identificado por el Profesor Fernández es el del lugar donde es registrada dicha grabación, determina la ilicitud de la prueba. Así las grabaciones de lugares comunes a la empresa, obtenidas mediante cámaras de seguridad, no vulneran la intimidad y la privacidad, no siendo prueba ilícita, particularmente sí se encuentran reguladas las cámaras en el reglamento interno⁹⁶.

Es lo que acontece justamente en la referida sentencia del Juzgado de letras del Trabajo de Temuco, sin recurrir a la “Expectativa de Privacidad”, entiende que una grabación subrepticia al trabajador, por terceros ajenos que la entregan al empleado para fundamentar el despido “en caso alguno altera la intimidad del trabajador desde que se obtuvieron de un lugar de libre acceso al público, como es el interior de un bus de la locomoción colectiva y por ellos no afecta ni su intimidad ni vida privada, porque el filmar que el conductor no da boletos (como se aprecia en las imágenes) no es un acto que se encuentre dentro de su esfera íntima, sino que dice relación con el ejercicio de las labores para las que fue contratado”⁹⁷.

En su razonamiento sin recurrirse a la “Expectativa de Privacidad”, se entiende que no se vulnera la intimidad del trabajador, y no constituye prueba ilícita, debido a que la conducta grabada por terceros es realizada en ejercicio de sus funciones, y además curiosamente pondera el interior del bus como lugar de libre acceso al público, rechazando la alegación de una posible ilicitud probatoria al tenor del artículo 161-A del Código Penal.

En otro caso, el tribunal declaró la licitud de una grabación subrepticia de la trabajadora, ya que logró acreditarse que esta última conocía de su existencia, no vulnerando su derecho fundamental de la privacidad. En los hechos, una trabajadora de una gelateria es despedida disciplinariamente por sustraer dinero de la caja registradora, lo que es captada por una cámara no regulada por reglamento interno⁹⁸.

⁹⁶ FÉRNANDEZ, R. 2021. La prueba en el Proceso Laboral editorial Tirant lo Blanch:466.

⁹⁷ Juzgado de Letras del Trabajo Temuco Sentencia Rit N° O- 310-2018.

⁹⁸ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción Rit N° O-1674-2019.

En razonamiento del tribunal es posible establecer que la trabajadora efectivamente conocía la existencia de esta cámara, lo que además debe ser enlazado con el lugar donde esta se ubica; “a la entrada del establecimiento comercial, apunta a la caja, al público que compra en la caja y al mostrador de los helados. Es la ubicación de la Cámara, permite concluir que no se vulneran derechos fundamentales, ya que el local es público y la finalidad es vender helados lo que se logra por un alto flujo de compradores”⁹⁹.

Además; la “grabación no dice relación con la esfera privada de la actora, ni constituye caso alguno develamiento de algo reservado a su ámbito más íntimo, es decir el carácter de la grabación, no existiendo afectación sustancial a las garantías individuales ya mencionadas, presupuesto para que una alegación de exclusión por ilicitud pueda prosperar”¹⁰⁰.

Así entonces una cámara de vigilancia que carece de regulación reglamentaria es lícita en la medida que grabe al trabajador en un acceso público, considerándose el lugar de dicha grabación. En ese sentido se ha pronunciado de igual manera la Corte de Apelaciones de Valparaíso, donde confirma la licitud de una grabación subrepticia a un trabajador en un recinto de libre acceso de la empresa.¹⁰¹ Como se verá esto último presenta una diferencia sustancial entre el derecho chileno y el español, ya que la videovigilancia encuentra una regulación legal que exige autorización por la agencia de protección de datos.

Para recapitular el criterio de interpretación de sentencia de unificación de la Excelentísima Corte Suprema, impone el razonamiento que una grabación subrepticia realizada al trabajador lo será siempre que esta vulnere sus derechos fundamentales, siendo ílicita la prueba. El estándar empleado de “Expectativa de Privacidad” permite determinar si el trabajador desde el punto de vista subjetivo y objetivo de la sociedad, tiene una legítima aspiración a que su derecho fundamental no será violado.

⁹⁹ Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción Rit N° O-1674-2019. Considerando noveno.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Ilustrísima Corte Apelaciones de Valparaíso, Sentencia Rol Laboral N° 530-2019.

No obstante, en la construcción del estándar de privacidad los tribunales recurren a varios factores para configurar la licitud de la prueba de la grabación subrepticia. Así no vulnera la intimidad del trabajador, cuando la conducta de este es de tal gravedad contractual, que el empleador lo graba con la finalidad de una exigencia técnica del proceso productivo o por seguridad del mismo.

Asimismo, en caso de que la grabación de la conducta del dependiente sea en un lugar común de la empresa o recinto de “libre acceso público”, no existe vulneración de la intimidad del trabajador siendo prueba lícita. A contrario sensu será prueba ilícita, las grabaciones del empleador en lugares que no sean de trabajo, como bien señala la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, la videovigilancia no puede ser dirigida a lugares sensibles como; baños o espacios de recreación de los trabajadores o lugares dentro de la actividad de la empresa donde no se realice una actividad laborativa, como los casilleros o la sede sindical; ya que se vulnera el respeto y protección de la vida privada y la honra de los trabajadores siendo prueba ilícita¹⁰²¹⁰³.

En todos los casos enunciados, también es menester que el trabajador este realizando efectivamente sus funciones para configurar la prueba lícita ya que no se vulnera su intimidad, aun cuando este dentro de la jornada laboral. A contrario sensu, si no desarrolla las funciones por la que fue contratado, la grabación subrepticia será ilícita.

Como se ha visto en estas líneas, todos estos factores también dependen del contexto de la grabación subrepticia. Donde también deben considerarse el número de participantes y el carácter del desarrollo de esta. Lo que conlleva a afirmar que no existen reglas absolutas, sino predictores de licitud o ilicitud de prueba, lo que dependerá de la casuística del caso.

En ese sentido, también debe considerarse para las grabaciones de conversaciones que no tienen el carácter de privadas por uno de los participantes sin el consentimiento

¹⁰² Ilustrísima Corte de apelaciones de Punta Arenas, Sentencia Rol N° 2-2012 de fecha 15 de febrero de 2012. Criterio sostenido en sentencias Roles 5755-2008, de la Excma. Corte Suprema, de fecha 26 de enero de 2009 y sentencias Rol N° 5234-2005, de 5 de enero de 2006.

¹⁰³ FERNÁNDEZ, R 2021 La prueba en el Proceso Laboral editorial Tirant lo Blanch: 466

del otro, no se vulnera la garantía de la privacidad del empleador, siendo prueba lícita. Criterio empleado en la sentencia de Unificación de la Excelentísima Corte Suprema rol N° 35.159-2017.¹⁰⁴

A contrario sensu las grabaciones de conversaciones de carácter privado o con expectativas de privacidad, sin el consentimiento de quien es grabado, se considera que vulneran la garantía declarando la prueba ilícita.

Así lo señala la Corte de Apelaciones de Santiago, donde un trabajador concurre a una reunión privada, donde se tratarían temas privados en el marco de una investigación interna, graba subrepticamente la reunión por órdenes de su jefa directa, sin información ni consentimiento de los involucrados. Tomando el empleador conocimiento de la grabación realizada procede a despedirlo disciplinariamente por el 160 N°7 por infringir normativa del reglamento interno relacionada con obligación de confidencialidad.

La corte reprocha que las grabaciones subrepticias, son una conducta per se anómala. Para tal aseveración sostiene, que no puede desatenderse la similitud de la situación con la figura que describe el artículo 161 A del Código Penal, no obstante, no la aplica. Y aun cuando en el caso, la conducta de grabar reuniones llegó a estar permitida por el empleador, no es justificable considerando la formación profesional, la trayectoria laboral del trabajador y la exigibilidad de conducta a cualquier trabajador promedio -exigencia al hombre medio- respecto de quien no resulta aceptable la ejecución de un acto, incluso ordenado por su jefatura, que pueda estar al margen de la ley, sin que a lo menos la represente, teniendo en especial consideración la afectación de terceros involucrados. Que es una grabación subreptica es una irregularidad y aun cuando haya ocurrido con anterioridad no es lícito su actuar. La circunstancia de que se estimara que un deber así no requería prohibición expresa, no significa que existiera una aceptación tácita del mismo¹⁰⁵.

¹⁰⁴ En igual sentido la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua Sentencia Nulidad Rol N° 138-2018.

¹⁰⁵ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago Sentencia Nulidad Rol N° 2978-2021, de 09 de septiembre de 2022.

En otro ejemplo, la misma corte ha señalado, es ilícita una grabación y conversación telefónica entre la actora y el empleador, realizada sin consentimiento de esta última, ya que “analizadas las circunstancias en que fue obtenida la grabación, es posible establecer, dentro de la normalidad en que discurren los acontecimientos de esta índole, que respecto a una llamada privada que se realiza a una persona determinada, el emisor de la misma tenía una razonable expectativa de que sus dichos no serían grabados.”¹⁰⁶

No obstante, no se evidencia en la construcción del estándar de “Expectativa de Privacidad en la jurisprudencia chilena, para determinar la licitud o ilicitud de una grabación subrepticia del trabajador, los factores de intensidad y la duración que han tenido dichas grabaciones. Como veremos a continuación, estos criterios han sido empleados por el derecho español, para determinar la existencia de una violación de derechos fundamentales de la intimidad del trabajador y consecuentemente la prueba ilícita.

Finalmente, también hacer una mención especial que los tribunales de justicia también se han pronunciado sobre la licitud de ofrecer como prueba las publicaciones y grabaciones, efectuadas por trabajadores en redes sociales, tales como Twitter o Facebook, siempre que se hayan obtenido de su perfil público. En ese contexto, quien difunda información en la forma expresada no puede tener una “Expectativa de Privacidad” sobre ese contenido, menos aún si se tiene en cuenta que, precisamente, al contrario, con una publicación emitida bajo esas condiciones se persigue por el difusor que sea conocido por el mayor número de personas¹⁰⁷¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia de Nulidad Rol N°1641-2018, de 11 de enero de 2019.

¹⁰⁷ Excelentísima Corte Suprema, Sentencia Nulidad Penal Rol N°3-2017 de 27 de febrero de 2017.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ, TOLEDO 2021 La prueba en el Proceso Laboral editorial Tirant lo Blanch: 466p.

3.3-Las grabaciones subrepticias al trabajador por el empleador fundantes del despido en el derecho español.

A diferencia del derecho chileno que carece de regulación, ni mención alguna en su legislación respecto de las grabaciones realizadas al trabajador en el ámbito laboral, el derecho español regula expresamente este tipo de grabaciones. De tal manera que implícitamente no se permite las grabaciones subrepticias al trabajador, ya que la Ley de Protección de Datos de España, exige normativamente informar las grabaciones y la finalidad de estas al trabajador.

Lo anterior como señalamos en el capítulo primero, se debe a que el derecho español busca proteger los datos personales del trabajador. Entendiéndose por tales como “Toda Información relativa a una persona física o identificable”, según el Reglamento de datos Personales, los que pueden ser captados por la videovigilancia del empleador¹⁰⁹.

Ejemplificativamente, citando un recurso de suplicación del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se resuelve que es ilícita la grabación de una empleada de hogar sacando dinero de las huchas de los hijos del empleador, por no colocar el cartel informativo que estaba siendo grabada, que exige la ley de protección de datos en el artículo 89 y el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 20.3¹¹⁰.

En efecto, la videovigilancia en el ámbito laboral debe cumplir con el deber de información que consiste en comunicar a las personas trabajadoras, de forma concisa,

¹⁰⁹ Reglamento General de Protección de datos personales de la Unión Europea. Artículo 4.1.

¹¹⁰ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, en cuyo artículo 89, titulado "derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de video vigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo", se establece que "los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de Función Pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo", agregando que "los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida". Pero se añade que "en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere del artículo 22.4 de Ley Orgánica".

transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillos sobre el tratamiento de datos de la grabación que se lleva a cabo¹¹¹. Que esa información no debe contener lenguaje o terminología, de naturaleza excesivamente legal, técnica o especializada, y deben evitarse expresiones indefinidas como “podría”, “algunos”, “frecuentemente” y “posible”¹¹². Asimismo, en la práctica se materializa, con la ocasión de un dispositivo informativo en el lugar suficientemente visible identificado al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos ARCO reforzados según aparecen regulados en los artículos 15 y siguientes del Reglamento de Protección de Datos¹¹³. El no cumplimiento de este deber determina la ilicitud de la prueba.

Así en la práctica laboral no se exige informar la ubicación precisa de las cámaras, pues, aunque sea muy habitual colocar el dispositivo informativo debajo de la cámara, es suficiente con colocarlo en un lugar visible en que las personas interesadas puedan leerlo antes de que se les grabe y, por lo tanto, puedan decidir si seguir adelante y ser grabadas o por el contrario no entrar en la zona videograbada¹¹⁴.

El Tribunal Constitucional Español ha señalado en reiteradas oportunidades que el deber de información es parte del contenido esencial del derecho de protección de datos¹¹⁵. En concreto exige “la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que captación podía ser dirigida” así como su contenido, el cual debía versar sobre “las características y alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósito, explicando muy particularmente que podían utilizarse para imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo”. No obstante, este criterio rígido ha sido flexibilizado, entendiéndose que es lícita la obtención de imágenes por el

¹¹¹ Reglamento General Protección de Datos de la Unión Europea artículos 3 y 14.

¹¹² ESPAÑA. Directrices sobre transparencia en virtud del Reglamento 2016/679 del Grupo de Trabajo sobre la protección de datos Artículo 29.

¹¹³ Reglamento General de Protección de Datos regula el acceso, rectificación, cancelación y oposición de la protección de datos artículo 15.

¹¹⁴ Tribunal Social Justicia Galicia, sentencia 4586/2020 de fecha 15 de febrero de 2021.

¹¹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional Español 29/2013.

empleador través del correspondiente videocontrol, sobre la base de dar información genérica y no específica a los empleados mediante el distintivo informativo regulado en la Agencia Española de Protección de Datos que informa de la existencia de cámaras en el lugar de trabajo¹¹⁶.

Por lo anterior una parte de la jurisprudencia española entiende que las grabaciones subrepticias al trabajador siempre serán prueba ilícita, pues carecen del deber esencial de información exigido por el derecho de protección de datos. Comparativamente con el derecho chileno, este carece de normativa que obligue a informar las grabaciones realizadas al trabajador, no obstante, teniendo la protección de datos rango constitucional por el artículo 19 N°4, el empleador debe igualmente respetarlo, por el concepto de ciudadanía de la empresa.

Nada impide en el derecho chileno que una grabación subrepticia al trabajador vulnere el derecho a la protección de datos personales por tener rango constitucional. Si bien no existe jurisprudencia laboral nacional sobre este punto, es posible que la grabación subrepticia capture datos sensibles definidos por la Ley N°19.628, de tal manera que puede eventualmente violarse ese derecho fundamental y conseguir su exclusión probatoria por ser una prueba ilícita.

Retomando sobre las grabaciones subrepticias en el derecho español, otra doctrina jurisprudencial señala aún pese a la falta del deber de información, la prueba puede ser lícita. Así el Tribunal Supremo Español ha señalado que en casos excepcionales se puede prescindir del deber de información, siendo dicha grabación subrepticia prueba lícita, solo de manera excepcional y cuando existe legítima sospecha del incumplimiento de las obligaciones laborales por un trabajador¹¹⁷.

Esta doctrina está fuertemente influenciada por el caso que conoció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “López Ribalda I y II”, donde se examinaron grabaciones subrepticias del empleador frente a sospechas de robo de cajas de un hipermercado, las cuales fueron tomadas como lícitas por el Juzgado Social y el Tribunal Superior de

¹¹⁶ Sentencia Tribunal Constitucional Español 39/2016.

¹¹⁷ Sentencia Tribunal Supremo Español N° 692/2022 de fecha 22 de julio de 2022.

Justicia Español. En los hechos el empleador tenía sospecha de robo por parte de las cajeras del establecimiento, decidiendo emplear una cámara oculta para obtener confirmación.

Las trabajadoras alegan que dichas grabaciones vulneraban su derecho a la vida privada y el derecho a un proceso justo y equitativo reconocidos por el Convenio de Derechos Humanos. En efecto, las trabajadoras consideraban que la toma de imágenes sin previa comunicación por las cámaras ocultas había violado su derecho a la vida privada, por lo que no podían ser aceptadas como pruebas válidas. De manera que se le pedía al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que el estado español indemnizará a las trabajadoras, excluyendo dicha prueba y declarando nulo su despido.

En un primer momento, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 9 de enero de 2018 [asunto López Ribalda y otros] declara la existencia de vulneración de la privacidad por grabación con cámara oculta a las trabajadoras. En esta sentencia, se avalaba la procedencia del despido por estimarse otras pruebas, pero se condenaba al estado español a indemnizar a las cajeras que fueron despedidas por no haber sido previamente avisadas de la grabación de las cámaras ocultas. En este caso, debía de analizarse si era lícita la vigilancia por vídeo en la cadena de supermercados donde trabajaban los empleados con la finalidad de investigar unos robos que habían venido produciéndose en el mismo establecimiento.

Conocido el asunto por la gran sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la sentencia del 17 de octubre de 2019 [López Ribalda II], fija la doctrina que si bien no puede aceptar que la mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados, pueda justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador, la existencia de sospechas razonables de que se habían cometido graves irregularidades, y el alcance de los robos constatados en el presente asunto, pueden parecer una justificación seria que permita dichas grabaciones. En otros términos, las grabaciones subrepticias podían llegar a ser un medio lícito de prueba al entender que conforme al artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, es una medida justificada, apropiada al objeto, necesaria y proporcionada. Un juicio de proporcionalidad en toda regla.

Siguiendo el criterio de los Tribunales Españoles Nacionales, se concluye que las grabaciones subrepticias del empleador mediante cámara oculta son lícitas, aun frente a la ausencia de la información previa al trabajador, ya que la sentencia considera que la medida estaba justificada por la sospecha legítima de graves irregularidades y pérdidas, y porque ninguna otra medida habría permitido alcanzar el objetivo legítimo.

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de octubre de 2019 [López Ribalda II]; señala que solo una imperativa protección de intereses públicos o privados importantes puede justificar la ausencia de información previa. Así aplicando el juicio de ponderación la gran sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala en sus razonamientos¹¹⁸:

1. Que, en determinadas circunstancias fácticas, la empresa no advierta al trabajador de la existencia, ni el emplazamiento de determinadas cámaras de videovigilancia, faltando el deber de información, no conduce necesariamente a excluir probatoriamente, la videovigilancia registrada, que sustenta los hechos sancionables con el despido del trabajador.
2. Las demandantes tenían a su disposición otros recursos, previstos por la legislación española de protección de datos, destinados a sancionar el incumplimiento del deber de información establecido como; la denuncia ante la Agencia Española de Protección de Datos del incumplimiento por parte del empleador del requisito de información previa o la legislación interna de la protección de datos¹¹⁹.
3. La grabación subrepticia era una medida justificada. El empleador en los hechos proporcionaba razones legítimas para justificar la grabación de la videovigilancia; la sospecha presentada por el gerente del supermercado, a cuenta de las

¹¹⁸ MONEREO J.L.2019 Se justifica la grabación de cámaras ocultas en el centro del trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. Revista de Jurisprudencia Laboral (8).

¹¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que podían haber acudido ante los tribunales ordinarios reclamando una indemnización por la presunta violación de sus derechos en virtud de aquella legislación interna de protección de datos. Asimismo, la protección efectiva del derecho a la vida privada en el contexto de la videovigilancia en el lugar de trabajo puede garantizarse por diversos medios que pueden depender del derecho laboral, pero también del derecho civil, administrativo o penal.

pérdidas significativas registradas durante varios meses y que deducían que se habían cometido robos.

4. También tuvieron en cuenta el interés legítimo del empleador en tomar medidas con el fin de descubrir y castigar a los responsables de las pérdidas, con el objetivo de asegurar la protección de sus bienes y el buen funcionamiento de la empresa. Concluyendo la máxima, mientras más intrusiva sea la grabación mayor será la justificación que se requiere.
5. Que, la medida de la grabación subrepticia era proporcionada para el fin perseguido. Las grabaciones de las demandantes se llevaron en un lugar que estaba abierto al público y en contacto permanente con los clientes involucrados. La sentencia distingue, en el análisis de proporcionalidad, los diversos lugares donde se llevó a cabo la grabación subrepticia, a la luz de la protección de la privacidad que un empleado razonablemente podría esperar.

“La expectativa es muy alta en lugares privados por naturaleza, como inodoros o guardarropas, donde se justifica una mayor protección, o incluso una prohibición total de la videovigilancia. Sigue siendo alta en áreas de trabajo cerradas como oficinas. Es manifiestamente menor en lugares visibles o accesibles para trabajadores o, como en el presente caso, para el público en general”¹²⁰.

6. De la misma forma, la proporcionalidad atiende al alcance y duración de la grabación subrepticia a lo largo del tiempo. Que, en el caso comentado, el empleador no había establecido de antemano la duración de la videovigilancia, pero esta duró solo 10 días y cesó tan pronto como los empleados responsables habían sido identificados. Por lo tanto, la duración de la monitorización no parece excesiva a juicio del tribunal.

Al igual que los tribunales internos se analizó el alcance de la vigilancia y el grado de intrusión en la privacidad de los solicitantes, constatando que la medida estaba limitada en lo que respecta a las áreas y al personal supervisado, ya que

¹²⁰ MONEREO J.L 2019 Se justifica la grabación de cámaras ocultas en el centro del trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. Revista de Jurisprudencia Laboral Numero 8/2019.

las cámaras solo cubrían el área de salida, y en que su duración no había excedido lo necesario para confirmar las sospechas de robo.

En síntesis, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece que una grabación subrepticia realizada al trabajador para fundar el despido constituye prueba lícita siempre que exista una justificación legítima para el objeto de la medida, debidamente fundada, necesaria al objetivo propuesto y proporcional. Es decir, resista el juicio de proporcionalidad o test alemán.

No era una novedad que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recurriera a un juicio de proporcionalidad para determinar si los tribunales nacionales habían ponderado adecuadamente la vida privada del empleador y los intereses del empresario, ya que esto había acontecido en la sentencia *Berlascau V.S Rumania*; donde justamente se había realizado un examen de proporcionalidad, en función la intensidad del control empresarial, lo cual resultaba determinante para valorar si se justificaba acceder al contenido de los mensajes electrónicos del trabajador, tensionando la comunicación privada. En dicho caso se consideró en el examen de proporcionalidad, la amplitud de las comunicaciones sometidas a vigilancia, la duración del control o el número de personas que tienen acceso a dichos resultados¹²¹.

Que de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos en el juicio de proporcionalidad valora determinantemente lo intrusivo de la medida; a mayor afectación de la privacidad del trabajador, mayor justificación de la medida.

También se debe atender a la duración de la medida y el alcance de esta. La sentencia referida entiende, una duración de 10 días de una grabación subrepticia es proporcional a descubrir los fines a la sospecha legítima de graves irregularidades y pérdidas económicas sufridas por el negocio. Asimismo, no había ninguna otra medida habría permitido alcanzar el objetivo legítimo, y el alcance de esta, privilegiándose que siempre sea en espacios públicos o de libre acceso, para resistir la proporcionalidad.

¹²¹ JIMENEZ F. El caso *Berbulescu* y su impacto en la Jurisprudencia Constitucional. [En línea] <https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-iv-numero-vii/direito-publico/el-caso-barbulescu-y-su-impacto-en-la-jurisprudencia-constitucional/>.

Lo anterior está en armonía con la legislación de protección de datos, ya que su reglamento reconoce el denominado principio de minimización de los datos personales, donde los datos captados sean limitados en el tiempo. La videovigilancia plantea el desafío de tratar los datos personales del trabajador, ya que su mera imagen es un dato sensible, ya que permite la identificación de una persona, requiriendo que los datos personales tratados sean adecuados, pertinentes y limitados en relación con los fines tratados¹²². Así se ha señalado que es desproporcionado la videovigilancia por medios automatizados por reconocimiento facial o las cámaras “domo”.

La doctrina de la sentencia López Ribalda, también ha sido refrendada por el Tribunal Supremo Español en sentencias recaídas en recursos para la casación de unificación de doctrina¹²³. Así traemos a colación un caso donde una empleada doméstica sustraía dinero de la caja fuerte distintas especies, recurriendo el empleador a una grabación oculta frente a las sospechas de robo.

El Tribunal Supremo considera la misma doctrina de la sentencia López Ribalda, sometiendo un examen de proporcionalidad las circunstancias fácticas destacando que esta era una medida justificada para el fin perseguido. La protección de datos tiene otras consecuencias y otras posibles protecciones, ya señaladas, que no se agotan en el debate sobre la validez de la prueba de videovigilancia en un proceso por despido.

Asimismo, considera la imposibilidad en el proceso de despido la prueba de videovigilancia deja impedida a la empleadora, para poder acreditar el grave incumplimiento acaecido y su autoría. “No es fácil imaginar con qué otra prueba podría acreditarse dichos incumplimiento y autoría, que la empleadora está obligada a probar en el juicio por despido”.

Es decir, la grabación subrepticia era no solo idónea, sino necesaria, debido a la inexistencia de otro tipo de medios intrusivos para conseguir la finalidad perseguida, satisfaciendo las exigencias de proporcionalidad que imponen la jurisprudencia del

¹²² La protección de datos en las relaciones laborales. Guía publicado en mayo de 2021.

¹²³ Tribunal Supremo Español Sentencia de Unificación de Doctrina N° 692/2022 de fecha 22 de julio de 2022.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De igual manera el Tribunal Constitucional Español afirma expresamente que "el incumplimiento del deber de información previa sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada", y que "el derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución"¹²⁴¹²⁵.

Ahora bien, cabe señalar que las grabaciones subrepticias realizadas al trabajador por hechos fundantes del despido plantean la problemática del tratamiento de los datos captados, lo que también debe ser considerado para determinar la licitud o ilicitud de dicha prueba como señala el derecho español.

En efecto el Reglamento General de Protección de Datos señala que el tratamiento de datos de personas trabajadoras por parte del empleador es lícito cuando sea; necesaria para la ejecución de un contrato, en el que el interesado es parte; o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales para el cumplimiento de obligaciones legales aplicables al tratamiento o en la protección de interés legítimo; no exigiéndose el consentimiento de dichos datos¹²⁶¹²⁷¹²⁸.

En los demás casos, el tratamiento de dichos datos exige el consentimiento del trabajador que debe ser inequívoco, de modo que requiere manifestación del afectado o

¹²⁴ Tribunal Constitucional Español Sentencia de Amparo 39/2016, Tribunal Constitucional Español sentencia 292/2000, Tribunal Constitucional Español 66/1995.

¹²⁶ Reglamento General Protección de Datos. Artículo 6.1.B.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Tampoco se exige el conocimiento de datos para cumplir las exigencias impuestas por la ley (por ejemplo, cotización a la Seguridad Social, obligaciones tributarias, registro de jornada, información y consulta con los representantes de las personas trabajadoras, etc.) o por un convenio colectivo.

una clara manifestación afirmativa, que de no existir el tratamiento de dichos datos es ilícito¹²⁹.

Así a modo ejemplo el Tribunal Supremo Español sostiene la doctrina que el empleador, esta excepcionado del consentimiento del tratamiento de datos del trabajador cuando se relacionen con el cumplimiento o mantención de su contrato trabajo, que en los demás casos debe exigirse su consentimiento, pero en ambos casos el deber de información al trabajador es plenamente exigible¹³⁰.

Lo anterior razonado, respecto de un despido disciplinario del empleador que se fundó en datos bancarios de la trabajadora de un banco, resultando ilícito la prueba, ya que el tratamiento de los datos bancarios era necesario para el mantenimiento de una relación mercantil, no para el mantenimiento o cumplimiento del contrato de trabajo, no quedando eximida del consentimiento de dichos datos sensibles, así como tampoco menos aún de la información de dicho tratamiento¹³¹.

Finalmente, cabe evidenciar el contraste de lo que sucede en el derecho chileno, respecto al juicio de proporcionalidad para resolver el conflicto de derechos fundamentales.

La sentencia de unificación, frente al derecho de la intimidad emplea el estándar de “Expectativa Razonable de Privacidad” con la finalidad determinar si existe afectación de este derecho y consecuentemente la licitud o ilicitud de la prueba, prescindiendo de realizar un juicio de proporcionalidad. Existen algunas sentencias que han realizado doble análisis cuando se vulnera la privacidad, revisando la “Expectativas de Privacidad” y la ponderación de derechos¹³². De todas formas, se desprende que el juicio de

¹²⁹ ESPAÑA. Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo del Grupo de Trabajo del Artículo 29.

¹³⁰ Tribunal Supremo Español, Sentencia de casación para unificación de doctrina 194/2022 de fecha 08 de marzo de 2022.

¹³¹ Lousada F. 2022 Prueba Ilícita en el proceso laboral: Cuestiones de legitimación, intimidad y protección de datos personales. España, Boletín Oficial del Estado Revista de jurisprudencia laboral (4)

¹³² Primer Juzgado de letras del Trabajo de Santiago Sentencia RIT O-2831-2019, considerando décimo.

ponderación queda aplicable al derecho chileno, cuando la grabación subrepticia del trabajador lesione otros derechos que no sean la privacidad, a diferencia del español que lo emplea en todos los derechos lesionados.

3.4.- La grabación subrepticia al trabajador como prueba ilícita, vulnerando el derecho de toda forma de comunicación privada.

Finalizaremos con el caso de las grabaciones subrepticias realizadas al trabajador que fundamentan su despido, pero en que se afecta el derecho de la comunicación privada.

A diferencia de las grabaciones subrepticias de videovigilancia que capturan una imagen o conducta del trabajador que vulneran el derecho a la vida privada; otras grabaciones ocultas pueden vulnerar el derecho constitucional de la inviolabilidad de la comunicación privada entre el trabajador y su interlocutor.

Es lo que sucede, como ejemplifica el profesor Fernández, con el empleador que graba por cinta magnetofónica una conversación privada entre dos trabajadores que luego utiliza como prueba para establecer los hechos justificadores del despido, violando una comunicación privada, constituyendo prueba ilícita ¹³³.

En el tratamiento de las grabaciones subrepticias de comunicaciones se debe hacer una serie de precisiones dependiendo si es un tercero ajeno de la comunicación o el empleador partícipe de ella realizando la grabación subrepticia, violando la comunicación privada.

La jurisprudencia nacional ha considerado que no constituye prueba ilícita la grabación subrepticia cuando quien la realiza es partícipe de la comunicación¹³⁴. Esta es la doctrina del Tribunal Constitucional Español que dice “no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación

¹³³ FERNÁNDEZ, T. 2021 La prueba en el Proceso Laboral editorial Tirant lo Blanch:456

¹³⁴ Excelentísima Corte Suprema Sentencia Unificación Rol N°35.159-2017 de 12 de abril de 2018 y Corte de Apelaciones de Rancagua Rol N°138-2018 de 24 de septiembre de 2018.

que graba ésta (que graba también, por lo tanto, sus propias manifestaciones personales, como advierte el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones)”¹³⁵.

En ese caso, el Tribunal Constitucional Español se pronunció respecto de un caso conocido en la judicatura laboral, donde un trabajador fue despedido por faltas laborales, las que consistían en alterar sus condiciones de trabajos mediante presión extraprofesional y contrario a la ética. El despido se acredita mediante conversaciones telefónicas entre el empleador y el trabajador, donde el primero es partícipe de la comunicación. Presentado en juicio dicha grabación subrepticia por el empleador, el trabajador alegó vulnerado, entre otros el derecho al secreto de sus comunicaciones, consagrado en la Constitución Española en el artículo 18.3.

La doctrina sostenida por el Tribunal Constitucional Español señala que sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma¹³⁶.

Encontramos este criterio recogido en algunos casos de nuestra jurisprudencia nacional refiriéndose que es prueba lícita una grabación subrepticia al trabajador, cuando es realizada por el empleador, “ya que se trata de una conversación entre primos [demandante], de la cual es partícipe, por tanto, privada y amparada por el derecho de inviolabilidad de comunicación privada¹³⁷”.

El mismo criterio fue recogido por la Corte de Apelaciones de Valdivia que conociendo un recurso de nulidad, señaló respecto de la grabación realizada por un trabajador donde capta a un representante de la empresa relatando hechos del conflicto laboral fundantes de una tutela laboral. La corte señaló que “no se vislumbra tampoco que la grabación importe una intromisión en una conversación privada, pues quien grabó era una de las tantas trabajadoras a quienes precisamente iba dirigida la comunicación, mediante la

¹³⁵ Tribunal Constitucional Español Sentencia de Amparo 114/1984, de 29 de noviembre de 1984.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ El Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel. Sentencia Rit N° O-245-2016 con fecha 16 de septiembre de 2016. En el referido caso se trataba de comunicaciones del servicio de mensajería del aplicativo WhatsApp.

cual se daba a conocer la posición de la empresa frente a un conflicto laboral vigente, de lo que emana que no existió en la obtención de la probanza en cuestión una afectación a la vida privada, ni se produjo una vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, pues el contenido de la conversación en el contexto en el que se produjo, no tuvo dicho carácter¹³⁸.

Sobre este último, quepa señalar que la garantía de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada protege la circulación de la información en forma libre y determina la prohibición de interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones. Se estima que la garantía en cuestión puede verse afectada cuando es un tercero ajeno al emisor y receptor el que accede a esa comunicación privada, haciendo luego uso o no de esa información. Por otra parte, quien recibe la comunicación privada puede darla a conocer a terceros salvo que el contenido de la comunicación afecte la privacidad del transmisor¹³⁹

Cuando la grabación subrepticia, es realizada por un tercero ajeno emisor y receptor, y accede a la comunicación privada, se entiende que se vulnera el derecho y dicha prueba es ilícita. No obstante, dicha doctrina no es absoluta, ya que se permite la licitud de la grabación subrepticia de un tercero ajeno al emisor y receptor de la comunicación privada (trabajador y empleador), cuando se realice un examen de proporcionalidad, determinando que no se viola este derecho y determina la licitud de dicha grabación.

Solo del examen de proporcionalidad de las circunstancias fácticas, se permite que la grabación subrepticia realizada por el tercero ajeno de la comunicación privada justifique la medida para el fin perseguido, determinando la licitud de la grabación.

Este criterio fue empleado por el Juzgado de Letras de la Serena, para declarar lícita una grabación subrepticia al trabajador, no realizada por el empleador, pero fundante del despido por acoso sexual¹⁴⁰. En los hechos la víctima de acoso sexual [compañera

¹³⁸ Corte de apelaciones de Valdivia Sentencia Nulidad Rol N°83-2013 de fecha 4 de octubre de 2013.

¹³⁹ Juzgado de Letras y Garantía de Combarbalá en Sentencia Rit N° T-1-2020 de fecha 11 de diciembre de 2020.

¹⁴⁰ Juzgado de Letras del Trabajo de La Serena sentencia Rit N° T-37-2020.

trabajadora] capta en una grabación subrepticia a un compañero trabajadores en proposiciones y expresiones que calificarían de requerimientos sexuales a otra colega. La víctima, entrega la grabación al empleador realizando el reclamo respectivo a la empresa, que finalizada la investigación lo despide por el artículo 160 N°1 letra B del Código del Trabajo. El trabajador acciona tutela laboral con ocasión del despido contra su empleador, respecto de la grabación subrepticia realizada, por violar sus garantías de N°4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

El tribunal declara la licitud de la grabación subrepticia debido a que “no fue realizada, provocada o propiciada por ella [empleadora], de manera que mal puede estimarse que realizó un acto de vulneración de una garantía”¹⁴¹. Además de que no fue el único elemento para fundar la decisión del despido, pues de la investigación realizada del artículo 211-A del Código del Trabajo, la conversación de la grabación subrepticia no fue la única situación vivida por la víctima.

Pero igualmente, reconoce que utilizar dicha grabación por parte de la empleadora no constituye una conducta que colisione con la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas del actor [demandante-Trabajador], pues no realizó acto ilícito alguno al haber ejercido su obligación establecida por ley (artículos 211-A y siguientes del Código del Trabajo), que está adscrita a un derecho fundamental, no de la empresa sino de un tercero: la mujer trabajadora víctima de una conducta de acoso sexual.

De igual manera y empleando la disposición legal ordenada del artículo 493 del código, aplica el derecho sobre la base del método de la ponderación, debiendo el empleador denunciado, explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Así en su análisis la grabación, a juicio de la sentenciadora, entiende que es un medio idóneo la grabación subrepticia pues persigue la protección de derechos fundamentales referidos a su dignidad, la intimidad, a la no discriminación, y a la vida ya a la integridad física y psíquica, que constituyen precisamente los bienes protegidos en la proscripción de conductas de acoso sexual en nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁴¹ *Ibidem*.

No obstante, esta doctrina es excepcional, ya que generalmente se ha resuelto que vulnera la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la grabación de una conversación privada del trabajador por un tercero ajeno, sin el consentimiento de este, ofrecida por el empleador para fundamentar los hechos de su despido, siendo prueba ilícita.

En ese sentido resolvió la Corte de Apelaciones de Santiago, al rechazar un recurso de nulidad contra la sentencia de primera instancia, que en los hechos un trabajador le solicita a un tercero realizar reclamos laborales, para obtener su despido. La grabación subrepticia llega en poder del empleador, y lo despide disciplinariamente fundando el despido con dicho medio de prueba, constituyendo prueba ilícita¹⁴².

La Corte de Apelaciones de San Miguel ha señalado que viola la garantía de la inviolabilidad de la comunicación privada, una conversación telefónica entre terceros, sin consentimiento ni autorización de los interlocutores, empleada por el fiscalizador para fundar su informe de acoso sexual, la cual a su vez el empleador fundamenta los hechos del despido por acoso sexual. A mayor abundamiento, que el tercero fiscalizador de la Inspección del trabajo haya accedido a la comunicación privada, violando este derecho constitucional, genera en consecuencia que sea ilícita el medio de prueba del informe de acoso sexual donde se funda la grabación, siendo un caso de prueba ilícita derivada de un medio obtenido indirectamente por violación de derechos fundamentales¹⁴³.

Ahora bien, también cabe precisar que la jurisprudencia es vacilante respecto de que se vulnere la garantía de la comunicación privada constituyendo prueba ilícita, cuando la grabación subrepticia es una conversación sostenida entre la parte trabajadora que ofrece esa comunicación y representantes de la empresa¹⁴⁴¹⁴⁵.

¹⁴² Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago Sentencia de Nulidad Rol N°1353-2015 y Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago Rit N° O-2286-2015.

¹⁴³ Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel Sentencia de Nulidad Rol N°21-2010.

¹⁴⁴ Ilustrísima Corte de apelaciones de Temuco, Sentencia de Nulidad Rol N°185-2019, 25 de octubre de 2019.

¹⁴⁵ TOLEDO, F 2021 La prueba en el Proceso Laboral editorial Tirant lo Blanch:456p.

Así la Corte de Apelaciones Temuco se ha pronunciado “Que en relación al registro de audio que presta la actora sosteniendo diálogos presenciales con el empleador, se les restará todo mérito probatorio desde que se reconoció por la parte demandante que esos audios se obtuvieron mediante grabación efectuada por la actora, sin que su interlocutores tuviera conocimiento que los diálogos sostenidos con ella estuviera siendo grabados, vulnerándose la garantía del artículo 19 N 5 de la “Constitución Política, esto es inviolabilidad de toda forma de comunicación privada”¹⁴⁶. Dando énfasis entonces que la grabación no cuenta con el consentimiento, ni autorización de quien es grabado resulta ser ilícita la prueba.

En igual sentido, se ha pronunciado el Juzgado de Letras de San Miguel “Que en relación a la alegación de prueba ilícita intentada por la parte demandada respecto a la conversación de Chat vía whatsapp, incorporada por el actor, la que sostiene se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales, será rechazada por cuanto las personas que participan en dicha conversación no pueden más que conocer la exposición a la que se ven enfrentadas al sostener un diálogo por esa vía, quebrantando ellos mismos la esfera de resguardo de seguridad de su vida privada¹⁴⁷”.

Asimismo el Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, rechaza la impugnación de ilicitud interpuesta por la demanda respecto de un medio de prueba aportado por la demandante consistente en tres grabaciones realizadas por el actor a las conversaciones que sostuvo con personal de la demandada, concluyendo que “efectivamente el ambiente dentro de la empresa estaba agitado, por lo que no es raro que las grabaciones fueran parte de las prácticas al interior del recinto, debiendo entenderse entonces conocidas por todos”¹⁴⁸.

En otros casos, como Corte de Apelaciones Valdivia frente a una conversación privada grabada por el trabajador al empleador en un conflicto laboral, entiende no

¹⁴⁶ Ilustrísima Corte de apelaciones de Temuco, Sentencia de Nulidad Rol N°185-2019, 25 de octubre de 2019.

¹⁴⁷ El Juzgado de Letras del Trabajo de San Miguel Sentencia Rit N° O-245-2016, 16 de septiembre de 2016.

¹⁴⁸ El Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción en Sentencia Rit N° T-9-2017, 25 de abril de 2017.

resulta posible estimar vulnerada la esfera de la intimidad personal de la demandada, ya que dicha grabación no implicó una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal del administrador, pues las aseveraciones y demás expresiones corresponden a lo manifestado por este, precisamente en su condición de representante del empleador, en el ejercicio de sus facultades disciplinarias y no a un ámbito propio y reservado que no puedan conocer los demás¹⁴⁹.

Refuerza la reflexión precedente, el contexto en el que fueron proferidas todas las expresiones por parte del administrador, esto es, en el marco de un conflicto laboral, a viva voz, frente a una audiencia numerosa, todo lo cual permite inferir que, en tales circunstancias, no existía ninguna expectativa de legítima privacidad de lo que en ese momento se decía tuviera el carácter de reservado o secreto¹⁵⁰.

Finalmente, para redondear una grabación subrepticia de una conversación será prueba ilícita siempre que la grabación oculta al trabajador la haya efectuado un tercero ajeno a la comunicación, ya que ellos son los que pueden inmiscuirse y violar la comunicación privada. Si el empleador fundamenta el despido del trabajador con esa grabación del tercero ajeno a la comunicación, la prueba será ilícita, y solo excepcionalmente mediante un juicio de proporcionalidad dicha grabación será considerada lícita.

Dentro del juicio de proporcionalidad puede la grabación del trabajador de un tercero de una comunicación privada, constituir prueba lícita para el empleador, cuando se acredite la idoneidad y necesidad de la grabación subrepticia, en relación otros derechos involucrados¹⁵¹.

Que es lícita las comunicaciones privadas entre el empleador y el trabajador, cuando quien la realiza es partícipe de la comunicación, fundándose en que este último conoce

¹⁴⁹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, Sentencia de Nulidad Rol N° 30-2016.

¹⁵⁰ NUÑEZ J. Prueba Ílicita en el proceso laboral: El caso del fallo de la Excelentísima Corte Suprema Rol N°35.159-2017. Actividad Formativa Equivalente a Tesis (AFE) para optar al Grado de Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Chile. Universidad de Chile. 2018: 96p.

¹⁵¹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, Sentencia Nulidad Rol N°212-2021, de 3 de marzo de 2022.

la exposición de sus dichos. La falta de conocimiento o autorización del trabajador en la grabación subrepticia de la comunicación privada por el otro partícipe empleador será prueba lícita o ilícita según el carácter y contexto de dicha conversación.

Conclusiones

En este trabajo nos hemos propuesto resolver una serie de interrogantes relacionadas con las grabaciones subrepticias que podía el empleador realizar o utilizar para fundamentar el despido de un trabajador. ¿Qué necesita el empleador para que esa grabación subrepticia del trabajador pueda ser admitida como lícita en juicio? ¿Qué derechos fundamentales se ven afectados en dicha situación? ¿Existe alguna diferencia si la grabación subrepticia del trabajador es del propio empleador o de un tercero? ¿Influye el carácter de la grabación o las circunstancias en esas?

Tras el desarrollo e investigación del presente ensayo, hemos podido analizar diversas materias de interés en materia laboral respecto de una grabación subrepticia del empleador que inciden en estas respuestas; desde los derechos amalgamados por el empleo de ese medio de prueba a los trabajadores, las interpretaciones que se les ha dado a la prueba ilícita y cuando esta vulnera derechos fundamentales; llegando a las siguientes conclusiones a los fines propuestos:

La doctrina de sentencia Rol N°35159-2017 de la Excelentísima Corte Suprema, asentó la doctrina que una grabación subrepticia es prueba lícita no vulnerando derechos fundamentales, si no existe una legítima expectativa de privacidad de quien es grabado.

Que el empleador perfectamente puede recurrir a una grabación subrepticia como medio de prueba para sostener su despido, si no se vulnera el derecho fundamental del trabajador. No obstante, el tratamiento y requisitos de licitud dependerá del derecho fundamental en que se encuentre en conflicto con la situación.

El artículo 453 N°4 del Código del Trabajo, ha generado discusión doctrinaria y jurisprudencial respecto a las interpretaciones de la regla de exclusión probatoria, donde

se ha impuesto que es ilícita la prueba vulneradora de derechos fundamentales, con prescindencia de las pruebas ilegales o ilegítimas. Igualmente, en el derecho nacional la ilicitud de un medio de prueba, como lo es grabación subrepticia, solo permite excluir este medio de prueba de la valoración del tribunal, no produciendo efectos en la calificación del despido. Esto último difiere del derecho comparado, ya que la ilicitud de la prueba por vulneración de derechos fundamentales produce efectos, en la calificación del despido declarándose consecuentemente nulo.

En el caso del derecho de la vida privada, la Excelentísima Corte Suprema ha recurrido al estándar de la “Expectativa de Privacidad” para determinar si existe violación de este derecho. Pese a esto, en dicho estándar se vuelve imposible encontrar una regla común aplicable, ya que las expectativas dependen de las circunstancias fácticas de cada caso concreto.

Si bien las circunstancias fácticas siempre serán distintas en cada grabación subrepticias, podemos sostener en base a los criterios que se ponderan en dicho estándar de privacidad depende de ciertos factores y circunstancias, tales como; el contexto, la conducta desplegada por el trabajador, si se encontraba realizando funciones efectivas o conocimiento del afectado.

Como señalamos es imposible casuísticamente obtener una regla común para determinar cuando existe “Expectativa de Privacidad”, pero sostenemos por el comportamiento de la jurisprudencia nacional, que el medio de prueba de la grabación subrepticia realizada al trabajador por el empleador será lícito si cumple los siguientes requisitos; deberá captarse al trabajador en un lugar de libre acceso de la empresa, en una conducta que excepcionalmente justifique la intrusión de su privacidad, y siempre que este en el ejercicio efectivo de sus funciones contractuales. De faltar alguno de estos requisitos, la licitud de dicho de prueba dependerá, ya de la casuística del caso.

Que, las “Expectativas de Privacidad”, como estándar para determinar la licitud de las grabaciones subrepticias, no es empleado en el derecho comprado español, ya que se recurre al método de la ponderación que evalúa la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida. Que, en los casos comparados destaca que la medida

debe ser justificada al fin legítimo y la proporcionalidad dependerá principalmente del grado de intrusión, duración y alcance de la grabación del empleador al trabajador.

Frente al derecho de la “Inviolabilidad de las comunicaciones privadas”, la licitud de dicha prueba dependerá de que la grabación sea realizada por un tercero o una de las partes de la relación laboral [empleador o trabajador], para existir una vulneración del derecho de la comunicación. En el caso de que la grabación sea realizada por un tercero, la prueba será ilícita, ya que la inviolabilidad de la comunicación privada exige la intromisión de un tercero. Excepcionalmente puede empleador utilizar la grabación subrepticia de un tercero al trabajador para fundamentar su despido, siempre que exista una legítima justificación de la medida a raíz de un juicio de ponderación. Ejemplificativamente podría el empleador usar grabaciones subrepticias del trabajador realizadas por el tercero, cuando en el fin legítimo se busque proteger otros derechos fundamentales, como la honra, la dignidad, o prevenir la seguridad o ilícitos penales.

En el caso de las grabaciones subrepticias en donde participe algunas de las partes, el empleador o trabajador, la jurisprudencia es vacilante. Se ha sostenido que si uno de los partícipes de la grabación de la conversación la emplea probatoriamente, la prueba será lícita pues realiza manifestaciones personales, en la que pierde su privacidad. Pero también existe jurisprudencia, contraria, donde justamente para evaluar si existe vulneración a la comunicación privada se atiende a la expectativa de privacidad de la otra parte o las circunstancias de la grabación de la comunicación.

De igual manera en este trabajo mencionamos la potencialidad que una grabación subrepticia al trabajador registre datos sensibles del mismo, vulnerando su derecho a su protección de datos personales. Una grabación de videovigilancia o de audio, puede perfectamente captar datos calificados por ley como sensibles del trabajador, lo que permitiría excluir el dicho medio de prueba por ser ilícito. No obstante, en la legislación nacional y la jurisprudencia, no se vislumbra este planteamiento quizás por desconocimiento o técnica jurídica, a diferencia del derecho español.

La legislación y jurisprudencia española han sostenido que las grabaciones subrepticias del trabajador por el empleador fundantes del despido serán siempre ilícitas,

al menos las referidas a videovigilancia. Esto en atención que la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Derechos Digitales, exige el deber de informar de dichas grabaciones al trabajador, lo que contradice el carácter de ocultas de las ofrecidas. Excepcionalmente como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal supremo, permiten la licitud de la grabación subrepticia, en un juicio de ponderación, donde se evalúa dentro de la idoneidad y necesidad de la medida; el grado de intrusión de esta, ya que a mayor grado mayor justificación, la duración y alcance que esta podría llegar a tener. Respecto de las grabaciones de conversaciones, la jurisprudencia española no presenta mayores diferencias que las señaladas para el derecho chileno.

Finalmente, como hemos visto en este ensayo, las grabaciones ocultas del empleador al trabajador para fundamentar su despido pueden llegar a ser prueba lícita, pero para ello debe necesariamente cumplir con los requisitos o factores dependiendo de la casuística del caso. Por ende, es relevante para los empleadores conocer o tener una aproximación de ellos, para perseguir y acreditar disciplinariamente los despidos, sin incurrir en una vulneración de derecho fundamental y tomar las correctas decisiones empresariales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. ALEXY, ROBERT. 2007. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales.
2. ÁLVAREZ, DANIEL 2004 Inviolabilidad de las Comunicaciones Electrónicas. Santiago, Chile. Centro de estudios en Derecho Informático Universidad de Chile en Revista Chilena de Derecho Informático.
3. CASAL, JESÚS. 2008. ¿Deslindar o restringir? El debate sobre el alcance del ámbito protegido del derecho fundamental en Alemania. España, Revista Española de derecho constitucional.
4. CONTRERAS PABLO. 2020. El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación Informativa de la Constitución Chilena. Talca, Estudios Constitucionales Universidad de Talca.
5. DALLER, FERNANDO. 2022. Las Grabaciones subrepticias del trabajador en la empresa: Un análisis de su licitud como medio de prueba de los procedimientos laborales. Santiago, Chile. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
6. FERNÁNDEZ, RAÚL. 2021. La prueba en el Proceso Laboral. Santiago, Chile. Editorial Tirant lo Blanch.
7. GOMEZ, LYDIA. 2018. La Prueba Ílicita y sus efectos de la calificación del despido. Máster Universitario en acceso de la profesión de abogado. España. Universidad de Alcalá.
8. HÚMERES HÉCTOR. El fin no justifica los medios, Colegio de Abogados de Chile, Santiago Chile. 23 de abril de 2018.
9. JARA, FRANCISCO 2011 La prueba lícita laboral. La regla de Exclusión más amplia del derecho chileno. Santiago, Chile, Revista Chilena del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Chile.

10.-JIMÉNEZ FELIPE. El caso Barbulescu y su impacto en la Jurisprudencia Constitucional. [En línea] <https://revistaconsinter.com/es/revistas/ano-iv-numero-vii/direito-publico/el-caso-barbulescu-y-su-impacto-en-la-jurisprudencia-constitucional/>

11.-LOUSADA JOSÉ.2022. Prueba Ilícita en el proceso laboral: Cuestiones de legitimación, intimidad y protección de datos personales. España, Boletín Oficial del Estado Revista de jurisprudencia laboral.

14.-MONEREO JOSÉ LUIS.2019. Se justifica la grabación de cámaras ocultas en el centro del trabajo por la existencia debidamente acreditada de sospechas razonables de irregularidades graves. España, Boletín Oficial del Estado Revista de jurisprudencia laboral.

15.NIE, MARÍA. 2011 El derecho a la privacidad en los Estado Unidos: Aproximación Diacrónica a los intereses constitucionales en Juego, teoría y realidad constitucional.

16.-NUÑEZ J. 2018 Prueba Ílicita en el proceso laboral: El caso del fallo de la Excelentísima Corte Suprema Rol N°35.159-2017. Actividad Formativa Equivalente a Tesis (AFE) para optar al Grado de Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Chile. Universidad de Chile.

17.NOGUEIRA, HUMBERTO.1998. Derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno. Santiago, Chile. revista lus et Praxis.

18.-PASCUAL, JUAN. 2020.López Ribalda, la utilización de cámaras de videovigilancia en las relaciones laborales ¿se puede prescindir del deber de información?[En línea] https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDYwsLQ7Wy1KLizPw8WyMDQ0tDIyMDtbz8INQQF2fb0ryU1LTMvNQUkJLMtEqX_OSQyoJU27TEEnOJUtdSk_PxsFJPIYSYAAKb8ktRjAAAAWKE.

19.MELLA, PATRICIO y DOMINGUEZ, ÁLVARO 2012, Conflicto de derechos constitucionales y juicio de tutela laboral en Chile: Estado doctrinal, legal y jurisprudencial. Chile. revista de derecho Universidad Católica de Valparaíso.

20.-SOTO, SEBASTIÁN y SOTOMAYOR, ANDRÉS. 2018. Privacidad, intimidad y expectativas a propósito de grabaciones ocultas., Santiago, Chile Sentenciasdestacadas 2018, Ediciones L y D.

21. UGALDE, JOSÉ LUIS 2011 Los derechos en su nueva hora; La teoría externa de derechos fundamentales. Santiago, Chile. Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte sección ensayos.

22.-VERDUGO, ÁLVARO 2018. La prueba ilícita en el actual procedimiento laboral chileno. Santiago Chile. Revista de estudios Ius Novum.

23.-VERGARA ALBERTO. 2000. Doctrina, estudios notas y comentarios a la vida privada e intimidad en la sociedad tecnológica actual y futura. Santiago Chile. Gaceta Jurídica. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

24.ZÁRATE SEBASTIAN. 2013. Expectativas de privacidad y grabaciones ocultas a propósito de un fallo de la Excelentísima Corte Suprema Sentencias Destacadas. Santiago Chile. Libertad y Desarrollo.

JURISPRUDENCIA CITADA

1.-Sentencia del Tribunal Constitucional, Recurso de Amparo Constitucional, 114/1984, de fecha 29 de noviembre de 1984.

2.-Sentencia Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo Constitucional, 94/1998, de 04 de mayo de 1998.

3.-Sentencia Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo Constitucional, 186/2000, de 11 de agosto 2000.

4.-Sentencia Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo Constitucional, 98/2000, de 18 de mayo 2000.

5.-Sentencia Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo Constitucional 186/2000, de 10 de julio del 2000.

6.-Sentencia Tribunal Constitucional Español, Recurso de Inconstitucionalidad, 292/2000, de 30 de noviembre del 2000.

- 7.-Sentencia Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo Constitucional, 241/2012, de 17 de diciembre 2012.
- 8.-Sentencia Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo Constitucional, 29/2013, de 11 de febrero de 2013.
- 9.-Sentencia del Tribunal Constitucional Español, Recurso de Amparo Constitucional 7/2014, de 27 de enero del 2014.
- 10.-Sentencia Tribunal Constitucional Español 39/2016, Recurso de Amparo Constitucional 39/2016, de 03 de marzo de 2016.
- 11.-Sentencia Tribunal Supremo Español, Recurso de Amparo Constitucional, 1233/2022, del 30 de marzo de 2022.
- 12.-Sentencia Tribunal Constitucional Español, Recurso de Inconstitucionalidad, 692/2022, de 22 de julio de 2022.
- 13.-Sentencia del Tribunal Superior de Castilla 25/2018, de 12 de enero del 2018.
- 14.-Sentencia Tribunal Constitucional Chile Rol N°1732-10 y acumulada N°1800-10, de 21 de junio de 2011.
- 15.- Sentencia Tribunal Constitucional de Chile. Rol N° 2153-2011, de 11 de septiembre de 2012.
- 16.-Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile. Rol N° 1718-2010, de 14 de julio de 2011.
- 17.- Sentencia Primer Juzgado letras del Trabajo de Santiago, Rit N° O-5767-2019, de 26 de marzo de 2020.
- 18.-Sentencia Juzgado de Letras de Temuco Rit N° O-310- 2018, de 23 de julio de 2018.
- 19.-Sentencia Juzgado de Letras de Antofagasta, Rit N° O-166-2014, de 22 de julio de 2014.
- 20.-Sentencia Excelentísima Corte Suprema, Sentencia de Unificación de Jurisprudencia Rol N°35.159-2017, de 12 de abril de 2018.
21. Sentencia del Primer Juzgado de Letras de Santiago, Rit N° O-2831-2019, de 13 de marzo de 2020.
22. Sentencia del Primer Juzgado de Letras de Santiago, Rit N° O-2039-2019, de 13 de marzo de 2020.
- 23.Katz v United States, 389 U.S 347, (1967).
- 24.-Minnesota v Carter. 525 U.S 83 (1998).

26. Sentencia de la sala, Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso López Ribalda and others v Spain, de 9 de enero de 2018.
27. Sentencia de la Gran Sala Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso López Ribalda and others v Spain, de 17 de octubre de 2019.
- 28.- Sentencia Corte de apelaciones de Punta Arenas, Recurso de Nulidad, Rol N° 2-201, de 15 de febrero de 2012.
- 29.- Sentencia de Primer Juzgado de letras del Trabajo de Santiago Rit N° O-2831-2019, de 13 de marzo de 2020.
- 30.-Sentencia Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción Rit N° O-1674-2019, de 22 de diciembre de 2020.
- 31.- Sentencia de Juzgado de Letras del Trabajo Concepción Rit N° T-9-2017, de fecha 25 abril de 2017.
- 32.-Sentencia Corte Apelaciones de Temuco, Recurso de Nulidad, Rol N° 212-2021, de 03 de marzo de 2022.
- 33.-Sentencia Corte Apelaciones de Valparaíso, Recurso de Nulidad, Rol N° 530-2019, de 20 de agosto de 2019.
- 34.-Sentencia Corte Apelaciones Santiago, Recurso de Nulidad, Rol N° 2678-2021, de 09 de septiembre de 2022.
- 35.-Sentencia Corte Apelaciones Santiago, Recurso de Nulidad, Rol N° 1641-2018, de 11 de enero de 2019.
- 36.-Sentencia Corte Apelaciones Valdivia, Recurso de Nulidad, Rol N° 83-2013 de 4 de octubre de 2013.
- 37.-Sentencia Juzgado de letras y garantía de Combarbalá, Rit N° 1-2020, de 11 de diciembre de 2020.
- 38.-Sentencia Corte apelaciones Santiago, Recurso de Nulidad, Rol N° 1353-2015, de 05 de enero de 2016
- 39.-Sentencia Corte apelaciones Temuco, Recurso de Nulidad, Rol N° 185-2019, de 25 octubre de 2019.
- 40.- Sentencia Corte de Apelaciones de Temuco, Recurso de Nulidad Rol N°212-2021, de 03 de marzo de 2022

NORMATIVA ADMINISTRATIVA

- 1.Dictamen de la Dirección del Trabajo Ordinario N° 2210/35.
- 2.Dictamen de la Dirección del Trabajo N°2328/130 de junio de 2002
- 3.-Dirección del Trabajo N°2076 del 06 de julio de 2020.