



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

**PRUEBA ILÍCITA 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

JUAN ANTONIO NÚÑEZ ROJAS

Profesor Guía: Héctor Humeres Noguera

Santiago, 2018

Tabla de contenidos

1. Introducción	3
2. Justificación del problema	5
3. Objetivos de la investigación	6
3.1. Objetivo general	6
3.2. Objetivos específicos	6
4. Problemas que guiarán la investigación	7
5. Respuestas probables	9
6. Marco Teórico	10
6.1. Definición de prueba ilícita	10
6.2. Clasificación de la prueba ilícita	13
6.2.1. De acuerdo con el momento de producción de la ilicitud	14
6.2.2. De acuerdo con las causas de la ilicitud	14
6.2.3. De acuerdo al momento en que ocurrió la vulneración del derecho fundamental y al que se introdujo la prueba	18
6.2.4. De acuerdo a la clase de evidencia recogida	19
6.3. Autonomía de la prueba ilícita y fundamento constitucional	20
6.3.1. La pretensión de autonomía	20
6.3.2. La garantía que avala la proscripción	26
6.4. Eficiencia o ineficiencia probatoria de la prueba ilícita	34
6.4.1. Eficacia probatoria de la Prueba ilícita	35
6.4.2. Ineficacia probatoria de la Prueba ilícita	39
6.5. Análisis de los derechos fundamentales posiblemente vulnerados por la prueba ilícita	43
6.5.1. El Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona	46
6.5.2. El Derecho a la privacidad	49
6.6. La prueba ilícita en el derecho comparado	73
6.6.1. Estados Unidos	73
6.6.2. España	76
6.6.3. Argentina	81
6.6.4. Colombia	82
6.6.5. Chile	86
7. Método de investigación	89
8. Presentación fallo de la Excelentísima Corte Suprema. ROL N°35.159-2017. Exclusión de Prueba Ilícita-Grabaciones	91
8.1. Fallo presentado en la sala especializada de la Corte Suprema	92
9. Análisis fallo de la Excelentísima Corte Suprema. ROL N°35.159-2017	112
Conclusiones	116
Bibliografía	121

1. Introducción

La prueba ilícita parece haber llegado para quedarse al derecho chileno desde la Reforma Procesal Penal, aunque como tal, no se encuentra nombrada como institución en la legislación nacional, desde las reformas a la justicia chilena, se han establecido reglas de exclusión de prueba obtenida con vulneración de garantías fundamentales.

A diferencia de las discusiones que el fenómeno suscitó en materia procesal penal¹, ni el legislador nacional, ni la doctrina, ni tampoco la jurisprudencia parecen haber reparado en los problemas teóricos y prácticos que tiene el progresivo establecimiento de reglas de exclusión probatoria en procesos civiles en un sentido *lato* del término, es decir, en todas aquellas materias no criminales. Y en efecto, se trata de algo problemático, pues supone extrapolar una regla creada para desincentivar el actuar ilegal de los órganos de persecución estatal a procesos entre particulares, cuya lógica es completamente diferente.

La nueva justicia laboral es un caso paradigmático de esto. Se establece una regla de exclusión inédita en el derecho chileno, que extiende la prohibición

¹ Aun cuando los principales problemas han sido de carácter interpretativo sobre la forma de actuación y las excepciones a esta regla, la exclusión de prueba por ilicitud es un tema obligatorio en la dogmática nacional.

a límites desconocidos por otras reglas de exclusión en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo anterior, es que considerar la experiencia y el trabajo dogmático que está detrás de las reformas procesales que han precedido, tanto en Chile como en el derecho comparado, puede ser de gran utilidad a la hora de comprender la nueva justicia laboral.

De acuerdo a lo anteriormente señalado se intentará explicar en este trabajo investigativo el concepto y configuración de la prueba ilícita, la autonomía de la prueba ilícita y fundamento constitucional, la eficiencia o ineficacia probatoria de la prueba ilícita, analizando la jurisprudencia de la Corte Suprema, analizando sentencias relativas al Derecho a la Inviolabilidad de las Comunicaciones, para posteriormente realizar un análisis crítico de la sentencia ROL N° 35.159-2017, Finalmente se plantean los enunciados de las principales conclusiones.

2. Justificación del problema

La ilicitud probatoria surge como institución que busca asegurar el respeto y la eficacia de los derechos fundamentales por los agentes que detentan el ejercicio del *ius puniendi*, puede generar consecuencias imprevistas al ser trasladada –sin más– con estándares idénticos o incluso más exigentes a procesos entre particulares, generando problemas desde la óptica de las garantías judiciales y el derecho a la prueba.

Proteger las garantías fundamentales es una necesidad que debe considerarse. Sin embargo, el establecer limitaciones probatorias incluso más allá del resguardo de las “garantías fundamentales”, ha generado un estándar de limitación probatoria *inédito* en el derecho chileno –con el subsecuente menoscabo al debido proceso– en que el legislador no pareció reparar.

3. Objetivos de la investigación

3.1. Objetivo general

- Indagar y revisar la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema en materia de prueba ilícita.

3.2. Objetivos específicos

- Establecer qué se entiende por prueba ilícita y las diversas clases que se han establecido en doctrina, como asimismo en el Derecho Comparado.
- Indicar cuáles son los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico con el establecimiento de esta institución.
- Analizar los distintos tipos de ineficacia que puede producir la aplicación, de la prueba ilícita.
- Realizar un examen crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que busca permitir al lector la formación de una opinión en torno a si es correcta o errónea la aplicación de la regla de exclusión por parte del máximo tribunal de nuestro país.
- Analizar el Fallo de la Excelentísima Corte Suprema ROL N° 35.159-2017.

4. Problemas que guiarán la investigación

- a) La doctrina no es unánime al momento de definir la prueba ilícita, existiendo discrepancia respecto a la respuesta que debe dar el ordenamiento jurídico a la problemática que representa (silencio dogmático).
- b) Interpretación muy laxa de lo que debe entenderse por la prueba ilícita.
- c) Desde las reformas a la justicia chilena, se establecieron reglas de exclusión (no valoración) de la prueba obtenida con vulneración de las mínimas garantías fundamentales.
- d) A diferencia de lo que sucede en materia penal, en todo ámbito no criminal las partes detentan ciertos derechos fundamentales al debido proceso.
- e) La regla de exclusión laboral es, la regla de exclusión más limitada del derecho chileno.
- f) Carencia en materias laborales, y cuáles son los fundamentos que permitan entender en qué sentido el tenor de la norma no es claro, permitiendo acudir a elementos de interpretación que exigen falta de claridad.
- g) La exclusión probatoria en materia laboral no puede justificarse únicamente en una noción amplia de ilicitud, sino que debe necesariamente relacionarse con la inobservancia de una garantía constitucional.
- h) El tópico planteado no ha sido objeto de preocupación ni para el Parlamento, ni para la dogmática iuslaboralista.

- i) El fallo de la Corte suprema en relación con la sentencia ROL N° 35.159-2017 es incompleto, ya que no contempla la integración de los conceptos de admisibilidad y fiabilidad.

5. Respuestas probables

- a) La prueba ilícita en materia laboral es un problema entre particulares de un modo que no lo es en materia procesal penal.
- b) La exclusión probatoria, en materia laboral, no puede justificarse únicamente en una noción amplia de ilicitud, sino que debe necesariamente relacionarse con la inobservancia de una garantía constitucional.

6. Marco Teórico

La prueba ilícita desde su denominación, hasta su concepto y consecuencias, se presenta como tema problemático, ya que existen diversas posturas y opiniones. A partir de lo anterior, es que lo primero que se busca realizar en este trabajo de investigación es exponer los diversos conceptos, para entender a qué se está refiriendo cuando se habla de esta temática.

A continuación, se presentan los apartados que contemplan la definición del concepto, como también su clasificación, con el fin de aclarar y revisar en profundidad desde una mirada crítica la concepción doctrinal de la prueba ilícita.

6.1. Definición de prueba ilícita

Desde las primeras formulaciones de la teoría de la prueba ilícita se advierte una diversidad de conceptos doctrinales que apuntan a la misma idea, conociéndose así en el derecho continental europeo como prohibiciones de prueba y en el derecho anglosajón como exclusionary rule o regla de exclusión².

² ZAPATA GARCÍA, M (2004). La Prueba Ilícita.p.17.

La Teoría de la Prueba Ilícita nace en el derecho procesal frente a la necesidad de limitar la búsqueda de la verdad material en el proceso, puesto que éste no puede ser un fin al que se deba llegar a cualquier precio.

Las definiciones más generales de prueba ilícita, entienden a ésta, como aquella que “ofende la dignidad humana”³ o como aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o “atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan sus derechos fundamentales que la constitución o la ley amparan”⁴.

En este mismo sentido, y entendiendo el criterio amplio como aquel en que la ilicitud de la prueba puede tener su origen o concepción en la transgresión de todo tipo de normas jurídicas e incluso principios generales del derecho, definen la prueba ilícita como aquella contraria a una norma de derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente en que la misma “ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales, o incluso de disposiciones o principios generales”⁵.

³ SILVA MELERO, V (1963). La prueba Procesal, Editorial Edersa, Madrid, p. 69.

⁴ DEVIS ECHANDÍA, H. (2002) citado por, MIDÓN, M. Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y Jurisprudencial, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, p. 19.

⁵ VESCOVI, E., citado por, MIDÓN, M. Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y Jurisprudencial. op. cit., p. 34.

En contraposición a las posturas generales expuestas, se han dado formulaciones muchísimo más estrictas, que centran el enfoque en la vulneración de normas de rango constitucional⁶. Estas concepciones, definen a la prueba ilícita como “el medio de prueba obtenido extra-procesalmente mediante la violación de derechos sustanciales, consagrados expresa o implícitamente por la Constitución, principalmente los derechos de la personalidad, prueba que se pretende introducir en el proceso haciendo caso omiso de su ilícita obtención”⁷, o bien como aquella “recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y los derechos de la personalidad y su manifestación como derecho a la intimidad”⁸.

Siguiendo este criterio más restringido, autores nacionales tales como López Masle, la define como “la prueba obtenida mediante actos de investigación que importen afectación de garantías fundamentales”⁹, o también Chahuán que la entiende como una “prueba obtenida o producida con infracción de derechos fundamentales o de garantías constitucionales de carácter personal”.

⁶ BERNARDETTE MINVIELLE, citado por, ZAPATA, M. La prueba ilícita. op. cit. p. 17.

⁷ BERNARDETTE MINVIELLE, citando a Vigoriti en Opúsculos De Derecho Penal y Criminología. La prueba ilícita en el Derecho Procesal Penal. Editora Marcos Lerner, Córdoba, 1987, p. 18.

⁸ PELLEGRINI, ADA. 1995. Pruebas ilícitas. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 7, N° 10.

⁹ HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J (2004) Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 168.

Planteadas las definiciones, desde un punto de vista general y específico, es necesario para seguir el camino de la comprensión del concepto de prueba ilícita, señalar clasificaciones que se plantean en términos doctrinarios.

Antes de entrar de lleno al siguiente apartado, es necesario aclarar que existen diversas clasificaciones de prueba ilícita elaboradas por la doctrina, sin embargo, exponerlas todas excede el propósito de la presenta investigación. Por esta razón, se plantean, en términos sintéticos las más relevantes, con el objeto de entender en más profundidad la institución planteada.

6.2. Clasificación de la prueba ilícita

En doctrina se han formulado una serie de clasificaciones de este concepto, atendiendo a diversos criterios. MIRANDA (1999) las sistematiza de la siguiente manera¹⁰:

¹⁰ MIRANDA, M (1999) El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona. José María Bosch Editor.

6.2.1. De acuerdo con el momento de producción de la ilicitud

6.2.1.1. Ilicitud extraprocésal

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

6.2.1.2. Ilicitud Intraprocésal

Este tipo de ilicitud es aquella cuya causa se encuentra en el acto procesal. Según este autor, es la que “afecta a la proposición, admisión y práctica de la prueba durante el proceso”¹¹.

6.2.2. De acuerdo con las causas de la ilicitud

6.2.2.1. Pruebas que están expresamente prohibidas por ley

Si bien todas las pruebas ilícitas se encuentran prohibidas por la ley, como ocurre en el caso de Chile en el inciso tercero del número 4 del artículo 453 del

¹¹ MIRANDA, M (1999) El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona. José María Bosch Editor, p.29.

Código del Trabajo, en esta categoría se pretende contemplar todas aquellas prohibiciones probatorias que se encuentran consagradas expresamente en el texto legal.

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

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

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

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

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

6.2.2.1.3. Prohibiciones que atienden a medios de prueba determinados

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

6.2.2.2. Pruebas defectuosas o irregulares

La prueba defectuosa es aquella que se genera por un procedimiento que no se ajusta al que señala la ley. Miranda (1999,) considera la prueba irregular dentro de la ilícita, pero ésta no es una afirmación armónica en doctrina, por la discusión terminológica existente en la materia, la que abordaremos más adelante.

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

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

Según Domínguez (en Miranda 1999), ésta categoría de pruebas son la fuente de mayor importancia de la problemática acerca de la prueba ilícita, aunque, de acuerdo a lo que se expone con anterioridad, para la concepción amplia en la materia las pruebas inconstitucionales no agotan su contenido.

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

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

Esta clasificación nace del tenor literal de la norma indicada en el inciso tercero del número 4 del artículo 453 del Código del Trabajo, que señala que “no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales.” La importancia de esta forma de sistematizar la prueba ilícita radica en la discusión doctrinaria existente acerca de hasta qué nivel los antecedentes derivados de uno atacado por la ilicitud se encuentran viciados. La autora española García¹² la trata de la siguiente manera:

6.2.3.1. Prueba directa u originaria

Se entiende por prueba directa u originaria aquella que se obtuvo como consecuencia inmediata de la vulneración de una o más garantías fundamentales. En este último caso, si se tratara de una acción que violara más

¹² Citado por RUIZ DE LA FUENTE, M (2005). La prueba ilícita civil. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Facultad de Derecho, p.125.

de un derecho sucesivamente, la segunda trasgresión quedaría cubierta por la ilicitud de la primera, en virtud del “Principio de unidad del acto”.

6.2.3.2. Prueba derivada o refleja

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

6.2.4. De acuerdo a la clase de evidencia recogida

6.2.4.1. Prueba Ilícita Material

Este concepto se refiere a los elementos de tipo corporal que son recogidos como medio probatorio en el proceso.

6.2.4.2. Prueba Ilícita Testimonial

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

En función de lo anteriormente planteado, es posible analizar, sea cual sea la definición que se opte por prueba ilícita, el trasfondo de la institución, entendiendo que: “la verdad a la que aspiramos a llegar en el proceso penal no es una meta a la que estemos dispuestos a llegar a cualquier precio”¹³.

6.3. Autonomía de la prueba ilícita y fundamento constitucional

6.3.1. La pretensión de autonomía

Para determinar si se puede individualizar un derecho fundamental a la proscripción de la prueba ilícita, previamente se debe hacer una distinción. Técnicamente, se entiende por derechos “aquellas facultades morales e inviolables que competen al hombre para realizar ciertos actos”. Las garantías, en cambio, “son los medios para proteger estos derechos”¹⁴. Por ejemplo,

¹³ ZAPATA, M (2004). La prueba ilícita. op. cit. p. 18.

¹⁴ VERDUGO, M & GARCÍA, A (1998). Manual de Derecho Político, T I, Editorial Jurídica. Santiago, p.260.

tratándose del derecho a la vida, establecido en el artículo 19 N°1 de la Constitución, una de las garantías que lo resguarda es el recurso de protección. No existe una garantía a la vida ni un derecho al recurso de protección (salvo en su dimensión del derecho a la acción).

El uso diario tiende a hacer sinónimos ambos conceptos, pero no son lo mismo.

En Chile, ciertamente, la exclusión y no valoración de la prueba ilícita no se encuentra consagrada expresamente en la Constitución, que nada dice al respecto. Recién el reconocimiento normativo que ostenta proviene del último cuarto del Siglo XX y es a nivel legal, con la dictación del Código Procesal Penal.

Podría pensarse que esa situación es común en todas las cartas constitucionales, puesto que sería difícil encontrar una consagración a ese nivel de una regla tan específica, que ni siquiera es usual hallarla en los cuerpos legales. Sin embargo, hay ordenamientos que sí la han estipulado. A continuación, se realizará una revisión de éstas.

En Colombia se consagra en el artículo 29 inc. final de la Constitución: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

La Constitución brasileña en su artículo 5) N° 55 prescribe: “Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”.

La Constitución de la República del Paraguay hace lo propio en su artículo:

“En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena o sanción, toda persona tiene derecho a: 9) que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación de las normas jurídicas”.

Es posible apreciar, con sorpresa, que los países latinoamericanos no se han quedado atrás a la hora de consagrar a nivel constitucional la ilicitud de la prueba y su ineficacia. Lamentablemente, Chile se ha convertido en una excepción.

Pese a lo prolífico de las declaraciones, persiste el problema de determinar si los distintos ordenamientos que la consagran o al menos la admiten, están suponiendo la existencia de un derecho fundamental a la inutilizabilidad de la prueba ilícita de carácter autónomo. La respuesta positiva implica afirmar que todos tienen un derecho fundamental autárquico a la prohibición de la prueba ilícita, el que se puede hacer exigible respecto de cualquier obligado, y que la tendencia de los ordenamientos jurídicos es a reconocerlo expresamente.

Esta afirmación parece rebuscada, ya que en el fondo se sostiene que la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de prueba implica además conculca otro derecho fundamental que es la prohibición de la prueba ilícita. Dos vulneraciones de derechos fundamentales. De persistir en este camino, no es claro con qué garantía reacciona el ordenamiento jurídico para defender esas transgresiones. Las opciones pueden ser la inadmisión o la no valoración, sin embargo, éstas no son obligaciones que tienen como correlato un supuesto derecho fundamental a la inutilizabilidad.

Tampoco son las garantías detrás de un supuesto derecho fundamental a la proscripción de la ilicitud; más bien son la consecuencia de la ilicitud, el modo cómo reacciona el ordenamiento jurídico.

Por lo anterior, es que parece, que la prueba ilícita calza mejor, en cuanto a su naturaleza jurídica, con una garantía de naturaleza procesal. Es el medio con que cuenta el ordenamiento para proteger derechos fundamentales, sancionando con la ineficacia procesal a las pruebas logradas con infracción de aquéllos. Por ello no hay problema alguno con que no cuente con una consagración constitucional, siendo suficiente que exista un reconocimiento de la proscripción a nivel legal, para que las partes hagan exigible la aplicación de la garantía, y aún sin esta declaración es posible intentar la inutilizabilidad de la prueba ilícita, según se analizará más adelante.

De acuerdo a lo planteado, a pesar de algunas soluciones de texto expreso que algunos ordenamientos hayan consagrado, no parece que ello dé origen a un derecho constitucional autónomo a la inadmisión o no valoración de la prueba ilícita. Desde una perspectiva comparativa, el que se consagre constitucionalmente el recurso o acción de amparo en nuestro ordenamiento, no significa que estemos ante un derecho constitucional autónomo al amparo. Más bien se trata de una institución procesal, que protege derechos fundamentales tales como la libertad personal, la integridad física, la inviolabilidad de las comunicaciones y del domicilio, entre otros, desde que en la actividad procesal pueden ser vulnerados con fines probatorios; desconociéndole efectos al producto de esa actividad. Con ello necesariamente pasa a tener la categoría de garantía. Es importante insistir que, cuando se habla de prueba ilícita, no hay un derecho fundamental en sí mismo, sino que más bien se está “ante una garantía procesal articulada sobre los derechos fundamentales; una garantía de la tutela efectiva que puede llegar a ser derecho fundamental”¹⁵.

Aunque exista una consagración a nivel constitucional, eso no la convierte en un derecho fundamental. Aunque, sin dudas, ese reconocimiento sería deseable.

¹⁵ SÁNCHEZ AGESTA, L (1984) “El derecho a la tutela jurisdiccional. Comentario al Libro de Jesús González Pérez”, en Revista española de Derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, No 10.

Aclarada la naturaleza jurídica, es preciso observar que, en tanto garantía, la ilicitud de la prueba debe ser funcional a una garantía o derecho distinto de sí mismo, ello permite comprender, que no siempre la prueba ilícita puede ser reconocida en sus efectos, como es el caso de la denominada prueba de descargo en el proceso penal ello, es necesario esclarecer los derechos fundamentales a ser amparados por la garantía de inutilizabilidad.

Por lo anteriormente expuesto, se debe entender, primeramente, que con esta garantía se amparan todos los derechos sustantivos susceptibles de ser vulnerados en la obtención de prueba, con esto, no se pretende volver a la antigua teoría de que el derecho procesal es el derecho en acción o en pie de guerra, sino recordar qué es lo que se ha vulnerado para poder determinar las consecuencias de esa acción. Como afirma HERNÁNDEZ¹⁶ “es la propia norma que establece un derecho fundamental la que nos obliga a restarle eficacia a la prueba lograda en su contravención”. Se requiere, por ende, buscar un fundamento adicional, dado que la infracción de derechos fundamentales va a tener una consecuencia directa en el procedimiento.

¹⁶ HERNÁNDEZ BASUALTO, H (2002). La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno. Santiago, Chile: Colección de investigaciones jurídicas Universidad Alberto Hurtado, p.19.

De acuerdo a lo expuesto, el siguiente apartado, permite exponer que el fundamento constitucional de la garantía de inadmisión está en el derecho a la presunción de inocencia y en el derecho a un proceso con todas las garantías¹⁷.

6.3.2. La garantía que avala la proscripción

De acuerdo al tratamiento de la información planteada en el apartado anterior, es posible interrogar sobre ¿cuáles son los derechos o garantías fundamentales que están detrás de la consagración de la prueba ilícita?, ya que ellos, finalmente fijarán el marco regulatorio e interpretativo para la aplicación de la institución de la inutilizabilidad. Las opciones que se han dado por la doctrina son principalmente la presunción de inocencia y el debido proceso, aunque en Chile se han dado algunas distintas.

Si bien resulta atractiva inicialmente la presunción de inocencia como fundamento de la inutilizabilidad, de indiscutible aplicación en el proceso penal, presenta el problema de su aplicación a ámbitos fuera de aquél, como es el caso de los litigios civiles, de familia, laborales y administrativos. No obstante, hoy en

¹⁷ DIAZ CABIALE & MORALES (2001). La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Madrid: Civitas, p. 61-62.

día se postula por algunos que la presunción de inocencia es consustancial a todos los ámbitos jurisdiccionales.

6.3.2.1. La presunción de inocencia

Su regulación expresa se ha omitido en nuestra Constitución, salvo por la prohibición de presumir de derecho, la responsabilidad penal que establece el artículo 19 N°3. Existen afirmaciones, que su reconocimiento proviene de los incisos finales del artículo 19 N° 3 de la Constitución¹⁸. Hay consenso, sin embargo, en estimar que esa sola mención es insuficiente¹⁹.

De forma aclarativa, para que no existan dudas acerca de su vigencia, se debe recurrir a los pactos internacionales, especialmente a los artículos 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre²⁰, en virtud del artículo 5° de la Constitución.

¹⁸ Véase en POZO SILVA, Nelson (2006) "Presunción de Inocencia o Estado de Inocencia en el Nuevo Proceso Penal", en Gaceta Jurídica N° 313, p. 13.

¹⁹ NOGUEIRA, H (2007). El debido proceso de la Constitución y el Sistema Interamericano. Editorial Librotecnia. Santiago, p. 5.

²⁰ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 13 de noviembre de 2007, autos rol No 3419-2007, que reconociendo la ausencia de normativa de jerarquía supralegal, recurre a los tratados internacionales en virtud del artículo 5° de la Constitución. El fallo reconoce al derecho a defensa en su relación con la presunción de inocencia. "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

En virtud de lo señalado, se ha entendido el principio de inocencia como “el derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón, comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un tribunal no adquiera la convicción, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinada por una sentencia firme y fundada, obtenida respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales, además del daño moral que eventualmente se les pueda producir”²¹. De acuerdo a esto, los ciudadanos no son inocentes, son libres. Sólo se les puede tildar de inocentes cuando “ingresan” al proceso.

“...dicho principio, que más bien se podría referir al “trato de inocente”, importa la obligación de tratar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de

²¹ NOGUEIRA ALCALÁ, H (2003). "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia". En Revista *Ius et Praxis*, año 9 N°1, p.403.

su justificación. La llamada “presunción de inocencia” está compuesta de dos reglas complementarias entre sí. Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (*nulla poena sine indicio*). Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (*in dubio pro reo*)”.

Por ende, la denominada “presunción de inocencia” no pertenece a la categoría de las presunciones legales o judiciales; obsta para ello la inexistencia de un nexo lógico entre el hecho base y el hecho presumido, es un estado jurídico de una persona involucrada en un proceso penal y debe recogerse como principio orientador en la actividad de investigación y decisión. La inocencia no necesita cumplir con los elementos de la presunción, ya que se trata de la situación jurídica de una persona, que requiere ser desvirtuada por quien la sindicada como culpable.

De acuerdo a lo planteado, no cualquier procedimiento es apto para atacar el principio de inocencia. Es requisito, entre otros, “la realización de un proceso de investigación y discusión en el que se respete la inviolabilidad de la defensa y

se verifique una valoración crítica y fundada por parte del juez de los elementos fácticos y jurídicos de los cuales ha de extraer su decisión”²².

6.3.2.2. El derecho al debido proceso

Se puede definir el derecho al debido proceso como aquel que, franqueado el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que "el procedimiento legal debe ser racional y justo. Racional para configurar un proceso lógico y carente de arbitrariedad. Y justo para orientarlo a un sentido que cautele los derechos fundamentales de los participantes en un proceso"²³. Este es el concepto más popular para identificar un conjunto de garantías procesales, orgánicas y penales que se manifiestan en la igual protección de la ley, en el ejercicio de los derechos, en todo tipo de asuntos, contradictorios o no, que se tramitan ante tribunales ordinarios y especiales que ejerzan jurisdicción. Todos estos conceptos aluden a la compleja determinación de una tutela especial en cuanto sistema y en cuanto derecho. Se trata de normas de aplicabilidad directa para todos, pero que requieren un desarrollo legislativo para especificarlas como

²² POZO, H (1978). Manual de derecho penal. Lima, p.65.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1838, de 7 de julio de 2011, c. 10.

sistema para los distintos procedimientos. Por tanto, existirán derechos integrantes del debido proceso que pueden calificarse como derechos constitucionales y otros que resultarán, simplemente, como derechos de configuración legal por el menor alcance de los bienes jurídicos involucrados. Esos derechos tienen titularidad amplia con un alcance que abarca a todas las personas naturales, chilenos y extranjeros, y a las personas jurídicas privadas o públicas.

A continuación, se señalan dos de los criterios (para fines de esta investigación) que la jurisdicción constitucional ha tenido respecto de ciertos componentes del debido proceso.

- El derecho al juez predeterminado por la ley

Es el derecho que determina que el órgano judicial debe haber sido creado previamente a los hechos, fijada su competencia e investido de jurisdicción por ley.

Como componente del debido proceso, es un derecho conectado conceptualmente con la imparcialidad e independencia de los tribunales de

justicia, puesto que obliga a la configuración legal previa del tribunal de conformidad con criterios objetivos y públicos.

La Constitución precisa en el artículo 19 N° 3, inciso quinto, que "nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho". Esta disposición debe ser entendida en concordancia con el artículo 76 de la Constitución el que determina que "la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley". La potestad pública de ejercer jurisdicción sólo puede ser atribuida por ley.

- Derecho a un juez o tribunal independiente e imparcial

Es el derecho en un proceso o gestión judicial, a ser juzgado o determinado sus derechos y obligaciones, por un tribunal que reúna, objetiva y subjetivamente, las condiciones de independencia e imparcialidad.

Respecto del caso Palamara Iribarne v. Chile, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado criterios respecto del derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial en el siguiente tenor. "Se debe

garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio.

6.4. Eficiencia o ineficiencia probatoria de la prueba ilícita

El concepto de prueba ilícita, no representa mayores inconvenientes ni suscita debate en nuestro país. No así el qué hacer con la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, pues ciertamente aún se producen discrepancias al respecto entre la doctrina autorizada.

A partir de lo anterior HORVITZ (2004), aclara que las consecuencias asociadas a la obtención de pruebas en tales circunstancias, se pueden agrupar de dos maneras. En primer lugar, aquellos que sostienen la eficacia o eficiencia probatoria de la prueba ilícita y en segundo lugar, aquellos que impugnan la eficacia o eficiencia probatoria de tales pruebas ilícitamente obtenidas²⁴.

A continuación, se plantean los principales argumentos, que se plantean en torno a la eficacia e ineficacia probatoria de la Prueba Ilícita.

²⁴ HORVITZ, M. I & López, J (2004), Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago

6.4.1. Eficacia probatoria de la Prueba ilícita

En cuanto a la postura de eficacia probatoria de la prueba ilícitamente obtenida, esta predominó por largo tiempo en los sistemas procesales de carácter inquisitivo, como lo fue también en Chile, en donde se acumulaban en la persona del juez la investigación, la acusación formulada en contra de la persona por la comisión de un hecho ilícito, y su posterior juzgamiento, existiendo una amplia discrecionalidad en la búsqueda y en la adquisición de las pruebas, con prescindencia del actuar de las partes, quienes quedaban impedidas de rendir probanzas para acreditar sus pretensiones, sin contar con que se trataba además de un procedimiento escrito y secreto.

La valoración de la prueba era regulada por ley, ciñéndose el juez a rígidas normas generales y preestablecidas, las que no necesariamente permitían una adecuada resolución del conflicto; características que evidentemente constituiría hoy en día una desmedida infracción a los requisitos que la moderna doctrina procesal penal exige para calificar de justo un proceso.

Como argumento principal para validar las evidencias obtenidas por los órganos de persecución penal derivado de la colisión de los derechos fundamentales es el conocimiento de la verdad como fin último del proceso (países herederos de la tradición inquisitiva).

De acuerdo a lo anterior, MIDÓN (2005) plantea que:

“El juez debe estar dotado de poderes ilimitados a los efectos del ajuste de los hechos, porque el descubrimiento de la verdad, obtenida de cualquier forma, es premisa indispensable para alcanzar el fin de la defensa social. Todo aquello que pudiere ser utilizado para el descubrimiento de la verdad debe ser valorado por el juez para formar su convicción resultando irrelevante a los efectos de su apreciación el modo de obtención de las pruebas”²⁵.

Así se configura, que el descubrimiento de la verdad se transforma en fundamento suficiente para admitir y valorar la prueba ilegítimamente obtenida.

Otros argumentos de la doctrina que apoyan este punto de vista son los siguientes:

- a) La exclusión de la prueba entorpece el accionar de la Justicia. Este argumento, se centra en la importancia de la recolección de pruebas a lo largo del juicio, principalmente por la dificultad que conlleva, por una parte,

²⁵ MIDÓN, M. S (2005). Derecho Probatorio: Parte General, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, p.253.

acreditar la comisión del delito ante el Tribunal y por otra, la participación culpable de la persona señalada como autor de la infracción penal.

- b) El delito cometido por el investigador no convierte en lícito el delito investigado. A partir de esta afirmación, se realza nuevamente la importancia de la producción de evidencias en el proceso, cuyo investigador, a pesar de la ilicitud de su actuar, pierde protagonismo frente al supuesto malhechor que contravino una ley afectando a una persona respecto de la cual su integridad no está bajo observación.
- c) La exclusión de las evidencias obtenidas, trae aparejado un alto costo social. La premisa, ratifica la necesidad de retribución o castigo que merece quien ha desobedecido el mandato impuesto por la ley que representa directamente la voluntad del pueblo; si se comete un delito, hallar el culpable significa restablecer el orden y devolver la seguridad en las instituciones, labor que inevitablemente necesita de evidencias.
- d) El falso efecto persuasivo respecto de los futuros procedimientos irregulares. La doctrina defensora de la tesis de la inadmisibilidad del material probatorio ilícitamente obtenido postula que los órganos de la persecución penal que recaben evidencias incriminatorias de forma ilegítima estarán sujetos a diversas sanciones dentro de las cuales la más

gravosa es la exclusión del material conseguido, produciéndose en el corto plazo un efecto persuasivo en el actuar de tales órganos, pues sus excesos perjudicarán el procedimiento realizado, privando al Estado de medios de prueba necesarios para justificar una sentencia . Sin embargo, la doctrina que postula la admisibilidad del material probatorio ilícito sostiene que ese esperado efecto persuasivo no se producirá en la práctica, y los agentes estatales, lejos de recriminarse por sus actos, procurarán en el futuro igualmente alcanzar más y mejores elementos de prueba sin tomar en consideración las advertencias previas de las autoridades, dado que el fin último de todo procedimiento para ellos es el conocimiento de la verdad.

- e) La exclusión es una regla indiscriminada²⁶. La consolidación de los derechos fundamentales, a juicio de aquellos que sostienen esta posición, exacerba la exclusión de prueba, privando al tribunal de importantes elementos probatorios, postulando que, únicamente la violación de garantías fundamentales de carácter procesal que acarreen una desventaja para uno de los intervinientes, en este caso el imputado, debería tener este efecto.

Los argumentos expuestos, están orientados invariablemente a la recolección de evidencias incriminatorias en el proceso penal, esencialmente

²⁶ MIDÓN, M.S. (2002). Prueba Ilícita. Análisis Doctrinario Y Jurisprudencial. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, p.78.

porque si el juicio es la reconstrucción histórica de una verdad que los jueces desconocen, “el delito es un trozo de este camino del cual quien lo ha recorrido tratará siempre de borrar sus huellas”²⁷. De esta manera, reconstruir la verdad no sólo está sujeta a las limitaciones propias de quienes juzgan, sino que además si se restan todas aquellas pruebas recabadas a lo largo de la investigación que no cuentan con un fundamento legítimo, seguramente probar la participación culpable de una persona como autor de un delito será aún más difícil.

6.4.2. Ineficacia probatoria de la Prueba ilícita

De acuerdo a lo planteado en relación a la eficacia en materia probatoria, la postura contraria es precisamente la impugnabilidad de la misma.

Actualmente, esta postura es la que ha tenido mayor aceptación con la puesta en marcha de los sistemas procesales de carácter acusatorio, en el cual el juez carece de facultades investigadoras y se le asigna una labor de protección de las garantías constitucionales del imputado, la acusación queda confiada al Ministerio Público quien dirige y es el responsable de la investigación, adecuando

²⁷ CARNELUTTI, F (1998). Las miserias del proceso penal. Editorial Tamis, Bogotá, Colombia, p.46.

sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de ley²⁸.

Con la introducción de este sistema acusatorio se consagran una serie de prerrogativas tanto para la víctima como para el inculpado, quienes pasan a ser titulares de derechos y facultades procesales por esa sola circunstancia, existiendo, de esta manera, igualdad de partes en el juicio, lo que se manifiesta en el derecho a defensa, la existencia de idénticas ventajas procesales entre el acusador y el acusado y la libertad en el proceso, a lo menos hasta el establecimiento de la culpabilidad del sindicado como autor de una contravención a la ley. Asimismo, en el contradictorio, desde el primer momento en que una persona es acusada tiene derecho a saber los cargos formulados y las pruebas en su contra; cargos y pruebas que podrá desvirtuar o contradecirse en su oportunidad.

Esta postura es la adoptada por el nuevo Código Procesal Penal, en la que se deben respetan los derechos de los ciudadanos, existiendo una efectiva contraposición en el proceso, lo que en definitiva facilita el debate dialéctico y la imparcialidad en el juicio.

²⁸ ART 3 DE LA LEY N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

En función de lo anterior, FERRAJOLI (1998), señala que: “Uno de los elementos de un sistema garantista y de un modelo respetuoso de los derechos de las personas es la Jurisdiccionalidad, vale decir, la presencia del juez que vele por la corrección del procedimiento y ante todo por el respeto de los derechos”²⁹, no siendo posible admitir o valorar la prueba que no cuente con un fundamento legítimo.

Para contrarrestar a la posición que postula la eficacia probatoria de la prueba ilícita, entre la doctrina nacional se han señalado los argumentos que a continuación describen:

- a) La consecución de la verdad no podría ser conquistada a cualquier precio. Este es quizás uno de los argumentos más esgrimidos por la doctrina procesal nacional, toda vez que, si se reconoce como fin del proceso penal el conocimiento de la verdad, este fin no podría ser satisfecho por cualquier medio, en otras palabras, es siempre necesario que, en la persecución de un fin estatal, como se presume que es “el conocimiento de la verdad”, el Estado emplee medios lícitos.

- b) Los tribunales se conviertan en cómplices de la violación de derechos fundamentales recibiendo las evidencias obtenidas ilegalmente.

²⁹ FERRAJOLI, L (1998). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta p. 527.

Los jueces en las etapas anteriores al juicio oral son los encargados de resolver conflictos que se puedan presentar entre los diversos intervinientes del proceso durante el período de investigación. Los más trascendentes de estos conflictos son aquellos que se relacionan con las pretensiones de los fiscales de utilizar medidas que signifiquen alguna forma de afectación de los derechos del imputado³⁰, como sería obtener evidencias a partir de la violación de los derechos de un infractor penal. En este contexto al juez le corresponde resolver sobre este conflicto y si no lo hace y acepta evidencias ilegalmente obtenidas se aleja de su rol imparcial convirtiéndose inevitablemente en cómplice de la afectación de derechos.

- c) El Estado no se puede beneficiar de sus propios actos ilícitos.

En estricta concordancia con el argumento anteriormente planteado, cuando el Estado, representado por los órganos encargados de la administración de justicia, acepta pruebas que constituyen en sí la inobservancia de garantías expresamente reconocidas en la ley, en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes erosiona con este tipo de actuaciones la confianza que la ciudadanía ha puesto en las instituciones estatales y termina siendo inconcebible que se favorezca de ello.

³⁰ DUC, M., y RIEGO, C (2002) Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, p.218

6.5. Análisis de los derechos fundamentales posiblemente vulnerados por la prueba ilícita

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

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

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

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

La aplicación de los Derechos Fundamentales en el Derecho del Trabajo ha sido un tema que ha generado gran discusión en doctrina, pero en la actualidad existe consenso en que éstos tienen pleno vigor en la relación laboral, debido a que se trata de una hipótesis de “Eficacia Horizontal” de estas garantías fundamentales³¹. Este concepto sirve para denominar la aplicación de los

³¹ Término acuñado por UGARTE, J. El derecho a la intimidad y la relación laboral.

derechos entre entes privados. En sus orígenes, lo que se buscaba con la consagración de las garantías fundamentales era proteger a los individuos frente a los abusos en los que incurrían los entes estatales. En este sentido, GAMONAL (2004) señala que “los derechos fundamentales se proyectan como un escudo defensor frente a cualquier centro de poder que pueda amagarlos de alguna forma. En este contexto, resulta evidente la importancia de este efecto horizontal en las relaciones de trabajo, caracterizadas como el ejercicio de un poder privado sobre otro”³².

En este capítulo se abordarán en específico los Derechos Fundamentales que pueden ser en mayor medida vulnerados con la introducción de prueba ilícita al procedimiento, de tal forma de lograr claridad en torno a las hipótesis que contempla la norma contenida en el inciso tercero del N° 4 del artículo 453 del Código del Trabajo. Con este propósito, en este capítulo se profundizará en los atentados que por esta vía se pueden ocasionar al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, al respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia; y a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada.

³² GAMONAL, S. Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos. Montevideo. (2004). Fundación de la cultura universitaria. p.20.

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

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

A nivel constitucional este derecho está consagrado en el artículo 19 inciso primero de la Constitución Política y a nivel legal a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el artículo 485 inciso primero del Código del Trabajo.

El derecho a la vida se puede definir como “el derecho que tenemos a conservar nuestra vida y a que nadie atente contra ella. No consiste en un dominio absoluto sobre nuestra vida misma, en virtud del cual podemos destruirla si queremos, sino en la facultad de exigir de los otros la inviolabilidad de ella³³. El derecho a la vida está consagrado en el artículo 19 N° 1 para indicar

³³ PACHECO, M (1990) “Teoría del derecho”. Cuarta edición. Editorial jurídica de Chile, p.167.

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

El derecho a la integridad física y psíquica de las personas está estrechamente vinculado con el derecho a la vida. Así, PACHECO (1990), define integridad física y psíquica de la siguiente manera:

“La integridad física consiste en el derecho que tiene todo individuo a que no se le ocasione daño, lesión o menoscabo en su persona física. La integridad psíquica es aquella integridad psicológica o espiritual de la persona”.

En relación a lo anterior, el artículo 19 N° 1 adquiere relevancia en materia de prueba ilícita en virtud de lo que dispone su inciso 4º, el que expresa que “Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo” que incluye de acuerdo a lo mencionado por EVANS DE LA CUADRA (2009) “tormentos físicos, apremios

psicológicos, torturas de toda índole, malos tratos crueles de palabra o de obra que produzcan serios daños en el cuerpo o la mente de la víctima”³⁴.

La prueba obtenida en virtud de actos que vulneren esta garantía constituye la hipótesis que describe con mayor efectividad la eficacia en la tutela de derechos que presenta la norma contenida en el inciso cuarto del N° 3 del artículo 453 del Código del Trabajo, por lo gravosas que resultan las conductas que en ella se contemplan.

De acuerdo con VERDUGO (1997), la prohibición de todo “apremio ilegítimo“ establecida por el texto constitucional constituye una garantía de los derechos que han sido reconocidos precedentemente por la citada disposición de la Constitución Política de la República, es decir, del derecho a la vida y a la integridad física y psíquica³⁵.

De esta forma, el juez del procedimiento laboral no se encuentra facultado para apreciar las pruebas obtenidas en virtud de actuaciones que configuren apremios ilegítimos, por que resultan atentatorias al derecho a la vida y a la integridad física y psíquica da la persona.

³⁴ EVANS, E (2009). Los derechos constitucionales. Segunda edición. Santiago. Editorial Jurídica, p.115

³⁵ VERDUGO, M. (1997) Derecho Constitucional. 2da edición. Santiago.

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

6.5.2. El Derecho a la privacidad

La situación de Chile es algo peculiar, ya que mientras se encuentra dentro de los países que expresamente reconocen en su Constitución el derecho a la vida privada (artículo 19, número 4), no se dispone de una regulación legal de

este derecho fundamental de manera sistemática y general, sino que de regulaciones parciales y sectorizadas, que más bien responden a modelos tradicionales del tratamiento de la materia, y que no permiten obtener con mediana claridad un concepto más preciso sobre qué debe comprender la intimidad en Chile.

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

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

El concepto de vida privada está estrechamente relacionado con el de intimidad, el que se entiende como una “zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente la familia”³⁶.

Pese a que existe una gran diversidad terminológica para hacer referencia a este derecho, puesto que sus denominaciones varían en doctrina y jurisprudencia, los conceptos de vida privada e intimidad suelen considerarse palabras afines. A mayor abundamiento, es posible comprender el derecho a la intimidad en dos dimensiones: positiva y negativa. La primera dice relación con que la intimidad es un presupuesto a partir del cual las personas pueden ejercer otros derechos de carácter constitucional de manera libre, mientras que la segunda hace referencia al espacio con el que cuenta cada individuo que se encuentra a salvo de las intromisiones de las demás personas o del poder público, del cual puede disponer libremente³⁷.

Respecto al concepto de “honra”, este está, de acuerdo con EVANS DE LA CUADRA, constituido por el “conjunto de cualidades éticas que permiten que la persona merezca y reciba las consideraciones de los demás”³⁸.

³⁶ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2001) Diccionario de la lengua española 22ª Edición. Madrid. Real Academia Española.

³⁷ Distinción formulada por GALÁN, M (2005). Intimidad: nuevas dimensiones de un viejo derecho. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Aceres, p.28

³⁸ EVANS, E (2009). Los derechos constitucionales. Segunda edición. Santiago. Editorial Jurídica, p.215

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

Delo anterior se desprende que todos los antecedentes presentados dentro del procedimiento laboral que hubieren sido obtenidos mediante actos que impliquen una vulneración al derecho a la privacidad y a la honra, consagrado en el 19 N° 4 de la Constitución, deberían ser excluidos de él y, por ende, no ser objetos de valoración por parte del tribunal.

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

Como se señaló con anterioridad, en un principio surgieron una serie de interrogantes respecto a si las normas constitucionales referentes a las garantías fundamentales recibían aplicación entre sujetos privados. Esta controversia está fuertemente vinculada con las eventuales intromisiones que podría realizar el empleador en la esfera de la intimidad del trabajador. Acerca de este punto, en Chile la doctrina ha afirmado que existiría el “Principio de aplicación directa de la Constitución”, que consistiría en que los derechos establecidos en dicho texto tendrían el carácter de absolutos, en virtud de lo cual “ese respeto puede reclamarse indeterminadamente a cualquier persona o autoridad o a la comunidad entera³⁹.”

Por ende, el derecho que consagra la Constitución a la privacidad de las personas debe ser aplicable también a la relación laboral, como en todos los demás ámbitos del derecho privado⁴⁰.

Sin embargo, la afirmación relativa a que la protección a las garantías constitucionales debe operar entre las personas no tiene como consecuencia en materia de intimidad que este derecho reciba total aplicación respecto del trabajador en la empresa. Esto se debe a que la relación laboral reviste una particularidad respecto de las demás relaciones entre privados, consistente en el

³⁹ NOGUEIRA, Humberto, PFEFFER, Emilio y VERDUGO, Mario. Derecho Constitucional p. 193

⁴⁰ LÓPEZ. D. (2004) Los derechos fundamentales en el trabajo: garantía de libertad y dignidad para las personas que trabajan. Temas laborales. p. 1-3.

vínculo de subordinación que existe entre el empleador y el trabajador, el que se materializa en la potestad jurídica de dirección y de mando con la que cuenta el primero, junto al deber de obediencia que le compete al segundo. De esta forma, la garantía constitucional del respeto a la vida privada no operaría de la misma forma como límite a las facultades del empleador que como funciona resguardando al individuo frente a los abusos del poder estatal, por ejemplo.

Esta diferencia se basa, de acuerdo a lo que ha señalado en la doctrina chilena, como señala UGARTE (2000), en que en las hipótesis de conflictos entre las garantías de los particulares, como en la relación laboral, se produce una colisión de derechos que, no puede zanjarse mediante la restricción absoluta del derecho de una parte para proteger el de la otra, sino que es una “cuestión de ponderación”⁴¹, en la que cada juez deberá tomar la determinación que crea correspondiente de acuerdo al caso concreto⁴².

Respecto a la extensión del derecho a la intimidad del trabajador dentro de la empresa, se ha señalado que “éste lo resguarda tanto en la protección de las cuestiones pertenecientes a la vida no-laboral del trabajador, como también,

⁴¹ Citado por UGARTE, José Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral [En línea]

⁴² En este sentido, UGARTE CATALDO señala que “El balanceo o sopesamiento de los derechos en juego para cada caso en particular no pueden ser efectuados de antemano por el sistema normativo, sino que dicha tarea corresponde al órgano aplicador del derecho, sólo quedando a la dogmática laboral intentar fijar criterios genéricos que permitan encontrar puntos de equilibrio entre los derechos en competencia”, en UGARTE, José Luis. El derecho a la intimidad y la relación laboral. [En línea]

frente a determinadas injerencias de la vida laboral ya que éstas podrían ser invasoras per se del derecho al respeto de la vida privada del trabajador”⁴³.

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

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

Con el objetivo de estudiar las distintas manifestaciones de invasiones al derecho a la privacidad y a la honra de los trabajadores que se producen por parte de los trabajadores en la empresa, en virtud de la ponderación de los intereses en juego a la que se hacía referencia en los párrafos anteriores. El

⁴³ ALARCÓN, M. y LAGARRETA, E. (2004). Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Alicante, Bomarzo, p. 164

debate consiste en hasta qué punto es posible aceptar la vulneración del derecho fundamental de las personas a la intimidad, en favor de las potestades jurídicas con las que cuenta el empleador. En este apartado se expondrá la clasificación que acerca del tema realiza UGARTE (2004) analizando posteriormente sus posibles implicancias en materia de prueba ilícita.

6.5.2.2. Invasiones a la intimidad físico- espacial

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

- Control de la persona, efectos y bolsos

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

En Chile la jurisprudencia administrativa de la Dirección del Trabajo se ha pronunciado en múltiples ocasiones respecto a este tema, señalando en una primera línea argumentativa, que data de 1969, que cualquier forma de ejercer esta clase de control sobre el trabajador estaba vetada por vulnerar su derecho a la intimidad. Sin embargo, en épocas posteriores este organismo adoptó una posición más conciliadora en el contenido de sus dictámenes, aceptando la posibilidad de que se efectúen esta clase de revisiones sobre la persona o efectos del trabajador, pero estableciendo una serie de límites de tal forma de garantizar el respeto a su privacidad y honra. Las restricciones impuestas por la Dirección del Trabajo se vinculan con aspectos tales como que las medidas en cuestión sean idóneas para los objetivos que el empleador persigue, que se encuentren establecidas en el “Reglamento Interno de Higiene y Seguridad” de la empresa y que deben tener un carácter únicamente preventivo⁴⁴.

- Controles médicos

La utilización de los denominados “test médicos” son de masiva aplicación dentro de las empresas, de tal forma de determinar las competencias de los trabajadores para algunas de sus funciones. Una de las principales manifestaciones de la aplicación de este tipo de exámenes en el entorno laboral

⁴⁴ UGARTE, J (2000). El derecho a la intimidad y la relación laboral.

la constituyen las pruebas antidrogas. La “Organización Internacional del Trabajo” se ha pronunciado sobre este tema señalando que se deben aplicar respetando los derechos constitucionales de las personas⁴⁵.

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

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

- Control de la actuación laboral

Dentro de esta categoría se encuentran una serie de prácticas que se desarrollan en la empresa con el fin de que el empleador ejerza su labor de vigilancia, que podrían atentar en contra del derecho a la vida privada y a la honra

⁴⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2010). Tratamiento de cuestiones relacionadas con el alcohol y las drogas en el lugar de trabajo. [En línea] <http://aragon.ugt.org/slaboral/normativa/europea/alcoholydrogas.pdf> (consulta: 21 de Septiembre de 2018)

del trabajador. Esta clase de control se puede efectuar a través de instrumentos de audio, de video o mediante la observación que se la hace al trabajador en forma directa mientras desempeña sus funciones.

La importancia de esta clase de prácticas para la tutela del derecho a la privacidad y a la honra de las personas resulta obvia y ésta se incrementa gracias a la implementación de las nuevas tecnologías dentro de la empresa. Por ejemplo, en lo concerniente a la instalación de cámaras de vigilancia en el lugar de trabajo es posible señalar que se vulneraría esta garantía en sus manifestaciones referentes al derecho a la privacidad y a la propia imagen. Otras violaciones de común ocurrencia en las empresas tienen que ver con las escuchas telefónicas por medio de las cuales se controla a los funcionarios de los *callcenter* o a la utilización de micrófonos.

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

Frente a la aplicación de estas nuevas tecnologías como forma de ejercer su labor de vigilancia, se presenta la interrogante referente a qué clase de faltas en las que incurre el trabajador y que son detectadas por el empleador en virtud de las cámaras de vigilancia pueden acreditarse en juicio presentando, por ejemplo, un vídeo como medio de prueba. En España se ha señalado respecto a este punto que los incumplimientos contractuales que puede detectar el empresario, ejerciendo su potestad jurídica de mando no lo autorizan “para recurrir sin más a la medida de videovigilancia para verificar tales ilícitos contractuales, siendo preciso valorar en todo momento si concurre un interés legítimo relevante y si hay posibilidad de alcanzar los mismos resultados sin recurrir a la videovigilancia, o utilizando otros procedimientos menos intrusivos para la intimidad y dignidad del trabajador”¹⁸. En otras palabras, se deben preferir siempre los medios que vulneren en menor medida las garantías constitucionales del personal, sirviendo las cámaras de vigilancia únicamente para acreditar faltas graves.

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

desconocía de la existencia de estos instrumentos difícilmente los antecedentes podrían merecer la valoración que de ellos podría realizar el tribunal.

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

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

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

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

6.5.2.3. Invasión a la intimidad moral o afectiva del trabajador

La acción de invasión de la intimidad del trabajo no sólo puede estar referida a su dimensión física, sino también a su entorno afectivo y moral, que los sujetos normalmente estiman propios y requieren mantener a salvo de la injerencia de terceros. En el caso del trabajador es posible registrar algunas situaciones problemáticas en la dimensión señalada, y que para muchos forma parte del núcleo positivo de la intimidad.

6.5.2.3.1. Indagaciones de datos del trabajador y tests psicológicos

La indagación laboral, entendida como la conducta del empleador dirigida a conocer datos de la persona del trabajador, presenta un importante problema, en relación, de qué datos de la persona del empleado debe considerarse legítimo el conocimiento del empleador. Lo anterior, pasa por la noción de "datos de relevancia laboral", entendidos como aquellos datos de la persona del trabajador que dicen relación con el servicio o la tarea convenida en el contrato de trabajo, como, por ejemplo: experiencia anterior, ausencia de patologías síquicas graves, referencia de empleadores anteriores, cumplimiento de deberes militares, etc., y cuyo conocimiento por parte del empleador debe entenderse legítimo y no infractor de la intimidad del trabajador, etc.

De este modo, como señalan ALARCÓN Y LAGARRETA (2004), "los datos cuyo acopio se considera justificado, son los relacionados con las condiciones o aptitudes para el cargo a ocupar o con el control de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo"⁴⁶.

Entre los datos de relevancia laboral, asequibles a la potestad de mando del empleador y los que no la tienen, protegidos por el derecho a la intimidad, se

⁴⁶ ALARCÓN, M. y LAGARRETA, E. (2004) Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Alicante, Bomarzo, p. 164

encuentran situaciones de datos de naturaleza problemática, como, por citar un ejemplo, los referidos a la situación económica del trabajador.

La Dirección del Trabajo ha señalado, en Dictamen No 4.589/260, del 4.08.1997, claramente que "la obligación de prestar servicios bajo subordinación y dependencia no supone ni esencial ni naturalmente la de informar sobre un aspecto propio de la vida privada. En efecto, la subordinación y dependencia, en sus dos aspectos, a saber, la potestad de mando y el deber jurídico de obediencia del trabajador, no ponen a este último en el deber jurídico de tener que informar aspectos relativos a su vida privada, sino sólo a aquellos que guardan estricta relación con la especial prestación de servicios a la cual se obligó".

Por otra parte, las indagaciones podrían más que querer conocer las opiniones del trabajador en alguna materia, establecer la normalidad síquica del candidato o del empleado, mediante los denominados test psicológicos laborales.

Dichos exámenes pueden ser un instrumento legítimo para que el empleador busque determinar la capacidad laboral de un candidato o trabajador, pero en no pocas ocasiones con ocasión de su aplicación se pretende acceder al conocimiento de asuntos o hechos propios de la vida íntima del trabajador, que como ya lo señalamos anteriormente, según nuestro legislador nacional,

comprende cuestiones como lo referido, a su ámbito familiar y sexual, sus hábitos personales, etc.

En dichos casos, y si bien no existen en general disposiciones jurídicas en el derecho comparado que regulen esta situación, es posible señalar sin duda que la aplicación de dichos test da origen a una flagrante invasión a la intimidad del trabajador, en su núcleo positivo duro, en donde, como dijimos anteriormente, siempre debe considerarse ilegítima la intromisión de empleador.

6.5.2.3.2. Control extralaboral

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

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

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

6.5.2.4. La inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privados

Está consagrado este derecho en el artículo 19 N°5 de la Constitución y a nivel legal a través del procedimiento de tutela de derechos fundamentales en el artículo 485 inciso primero del Código del Trabajo.

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

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

Respecto al contenido de esta garantía, EVANS DE LA CUADRA (1999) manifiesta que “como regla general, los recintos privados, las comunicaciones y documentos personales, familiares y del trabajo no pueden ser allanados, interceptados, abiertos, registrados o conocidos, salvo que algún texto legal lo autorice”⁴⁷.

Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privados ha sido causa de discusión en los últimos años en el

⁴⁷ EVANS DE LA CUADRA, Enrique (1999): *Los Derechos Constitucionales*, 2a Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo II, p. 221-222.

Derecho del Trabajo, entre otros temas, por lo que ocurre en relación con el correo electrónico y la potestad jurídica de mando del empleador.

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

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

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

En este sentido, GOÑI (2004) expresa que “el acceso al correo electrónico del trabajador por parte del empresario presenta una innegable dimensión constitucional, pues, independientemente de que la conducta pueda venir eventualmente justificada en virtud del ejercicio legítimo de algún interés empresarial, y de cuál sea el ámbito lícito de penetrabilidad en el proceso de comunicación del trabajador con terceros, la incidencia en el aludido derecho constitucional es incontestable”⁴⁸.

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

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

⁴⁸ GOÑI, J (2004). Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos. Alicante, Bomarzo, p.79

La primera hipótesis consiste en que el empleador disponga que el trabajador sólo le otorgue una utilización con fines estrictamente profesionales a su correo electrónico y se traduce en la práctica en que el empleador concede al trabajador una cuenta exclusivamente creada con este fin. Según GOÑI (2004), si la empresa le informa de esta situación, el trabajador otorgaría su consentimiento tácito. Gracias a esta razón y en virtud de su potestad jurídica de mando, el empresario contaría con la facultad de acceder al correo electrónico sin la autorización del trabajador ni de un juez.

Sin embargo, este autor postula que, aun en esta hipótesis, por tratarse de una vulneración a un derecho fundamental se requiere un fundamento objetivo para que el empleador ingrese a la cuenta de correo electrónico del trabajador. En sus propios términos: “él mismo no queda apoderado, ni siquiera en los casos de uso con fin profesional de correo electrónico, para llevar a cabo inspecciones arbitrarias, indiscriminadas, o exhaustivas en los mensajes de correo electrónico enviados por el trabajador”⁴⁹.

La segunda categoría surge en los casos en que el empleador otorga al trabajador una cuenta exclusivamente destinada a su uso personal y no es de común ocurrencia en el mundo empresarial, pero está motivada por el consenso que se crea en algunos lugares de trabajo respecto de que es poco probable que

⁴⁹ Goñi, 2004, op.cit (nº47) p.81.

el trabajador se sustraiga por completo de su vida personal al momento de desempeñar sus funciones. Al otorgarle dos direcciones de correo electrónico, se soluciona el problema que suscita el surgimiento de esta tecnología respecto al respeto a la intimidad, puesto que se delimita con claridad cuáles son los mensajes que el empleador podrá conocer y se protege el secreto de las comunicaciones.

La tercera posibilidad consiste en el uso indiscriminado que realiza el trabajador de su cuenta de correo electrónico, tanto para fines personales como profesionales. Esta es la alternativa que resulta más problemática en lo referente a la inviolabilidad de las comunicaciones. Su causa radica en que gran cantidad de empresas no han definido una política en torno al correo electrónico, por lo que no se inclinan por alguna de las soluciones anteriores. De acuerdo con GOÑI (2004), en esta situación la cuenta del trabajador gozaría, en principio, de inviolabilidad en su totalidad, aun respecto de los mensajes que se hayan enviado y recibido con fines profesionales. Sin embargo, no se puede desconocer del todo el hecho de que se han desarrollado funciones propias del trabajo a través de ese medio de comunicación.

En conclusión, si un empleador presentara correos electrónicos del trabajador en un juicio como medio de prueba, el tribunal debería calificar para determinar si deben excluirse si con su obtención se vulneró el derecho a la

inviolabilidad de las comunicaciones reconocido por el artículo 19 N° 5 o no. Esta decisión, como se expuso en los párrafos anteriores, no está exenta de polémica y dependerá de las consideraciones que el juez realice acerca del caso en particular.

6.6. La prueba ilícita en el derecho comparado

6.6.1. Estados Unidos

Es en los Estados Unidos de Norteamérica donde surge, primero, la regla de exclusión probatoria de prueba ilícita y, posteriormente, la doctrina de los frutos del árbol envenenado. La paternidad de la doctrina sobre la materia debe ser asignada, pues, a la jurisprudencia del gran país del norte.

La evolución jurisprudencial ha transcurrido por una etapa inicial en la que la regla de exclusión se aplicaba de manera absoluta, pasando por la elaboración de la doctrina de los frutos del árbol envenenado por la cual los efectos de la ilicitud se hicieron extensivos a la prueba refleja o derivada, hasta su mediatización paulatina a través de la introducción de una serie de excepciones que permiten valorar prueba ilícitamente obtenida.

En el derecho estadounidense, como en cualquier otro ordenamiento, la cuestión atinente a la prueba es de gran importancia, al punto que rigen las llamadas *Federal Rules of Evidence, FRE* (Reglas Federales de Evidencia) que son de alcance general⁵⁰. Pero de mayor importancia es la elaboración realizada por los jueces en la resolución de los casos sometidos a su consideración,

⁵⁰ MUÑOZ, O (2006). Sistema penal acusatorio de Estados Unidos. Legis Editores S.A., Bogotá.

elaboración a la que, precisamente, se debe la regla de exclusión probatoria de prueba ilícita directa y derivada, así como las múltiples excepciones actualmente vigentes.

Puede afirmarse que la primera etapa de aplicación absoluta de la regla de exclusión comprende como hitos reconocibles lo resuelto en los casos *Boyd vs. US* (1886), pasando por *Weeks vs. US* (1914), hasta los años sesenta del siglo XX en que *Mapp vs. Ohio* (1961) terminó ratificando lo decidido en *Rochin vs. California* (1952) en el sentido que la regla de exclusión debía aplicarse generalizadamente en todos los Estados, sobre la base de la decimocuarta enmienda (*due process clause*).

De allí en adelante se ha producido lo que en palabras de MARTÍNEZ GARCÍA (2003) puede denominarse el desmantelamiento de la regla de exclusión. En *US vs. Ceccolini* (1978) la declaración de un testigo fue admitida, no obstante que el testigo había sido obtenido a través de un registro ilícito, bajo el argumento de la voluntariedad de la cooperación del testigo. En *Michigan vs. De Filippo* (1979) se validó evidencia obtenida por agentes policiales que habían actuado al amparo de una ley que posteriormente fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema. En *US vs. Payner* (1980) se hizo valer prueba obtenida en un registro ilegal contra el tercero no titular del derecho afectado. En *US vs. León* (1984) se introdujo la excepción de la buena fe (*good faith exception*) para otorgar

validez a prueba obtenida durante un registro con autorización inválida, pero aparentemente correcta, es decir, cuando los agentes policiales actuaron en la creencia que la autorización era válida (de buena fe). La *good faith exception* fue ampliada en los fallos recaídos en *Illinois vs Krull* (1987) para dar validez a prueba obtenida por la policía al amparo de una ley posteriormente declarada inconstitucional, así como en *Arizona vs. Evans* (1995), en el que la prueba ha sido obtenida en una actuación policial sobre la base de errores del personal auxiliar del Poder Judicial.

En este proceso de paulatina mediatización de la regla de exclusión de prueba ilícita es de advertirse un cambio de perspectiva de sus fundamentos, de tal modo que se pasó de apoyar la regla en la salvaguarda de derechos constitucionales a entenderla luego únicamente como un remedio que funciona sólo si con la exclusión se produce un efecto disuasorio (*deterrent effect*) entre los agentes de la policía y los jueces. Según MARTÍNEZ GARCÍA (2003) es en este sentido que en 1995 se ha pronunciado el Congreso estadounidense a través de la *Exclusionary Rule Reform Act of 1995* que ampara la generalización de la excepción de la buena fe para las actuaciones policiales.

Similar evolución se ha producido en lo que se refiere a la doctrina de los frutos del árbol envenenado. Así, después de *Silverthorne Lumber Co. vs. US* (1920) y *Nardone vs. US* (1939), casos en los que fue pergeñada la teoría para la

prueba derivada o refleja, fueron estableciéndose las excepciones del *purged taint* o nexo causal atenuado y el descubrimiento inevitable.

Es de esperarse, además, que como consecuencia de los lamentables sucesos del 11 de septiembre de 2001 se ha de producir una mayor flexibilización en materia probatoria, so pretexto de la lucha contra el terrorismo internacional. GASCÓN ABELLÁN (2006) ha denominado a este fenómeno, observable también en ordenamientos pertenecientes a la tradición del *civil law*, como el repliegue hacia la *freedom of proof* (libertad de prueba), “que está muy vinculado al reconocimiento del *deterrent effect* como justificación de la regla de exclusión y que se traduce en la paulatina introducción de limitaciones a su ámbito de aplicación,”⁵¹ pero que está en abierta contradicción con un modelo de proceso respetuoso de los derechos fundamentales.

6.6.2. España

El artículo 11.1 de la LOPJ española reza: “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas,

⁵¹ GASCÓN, M (2006) El cuestionable debilitamiento de la regla e exclusión de la prueba ilícita”, en AA.VV., Estudio sobre la prueba, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 86.

directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.”
Esta es la regla de exclusión de prueba ilícita positivizada en el país ibérico.

Sin embargo, la elaboración fue primeramente jurisprudencial, a través de la sentencia STC 114/1984 de 29 de noviembre, dictada por el Tribunal Constitucional español en un recurso de amparo interpuesto en un caso de origen laboral. La acción había sido presentada por un redactor de un periódico de Alicante que fue despedido, en vista que en el proceso laboral que se siguiera a su instancia se consideró como prueba de la causal de despido una grabación fonográfica de una conversación por él mantenida con un funcionario del Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Dicha grabación había sido efectuada por su interlocutor, sin conocimiento del accionante. Éste alegó que se había vulnerado su derecho constitucional al secreto de las comunicaciones. El Tribunal Constitucional ibérico denegó el amparo solicitado, pero estableció las líneas iniciales básicas de la doctrina sobre la prueba ilícita en dicho país.

En la sentencia examinada el Tribunal Constitucional español estableció por primera vez que la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su inviolabilidad, aun cuando también señaló la inexistencia de un derecho fundamental autónomo a la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida. Es interesante anotar que meses antes, el mismo Tribunal, en la

sentencia 289/1984 de 16 de mayo, había denegado por completo la aplicación de la teoría de la prueba ilícita argumentando que no existía regulación alguna al respecto en la Constitución ni en la legislación ordinaria y que en ese momento se trataba únicamente de una aspiración de *lege ferenda*, por lo que se estableció como criterio que nada impedía a los jueces admitir y valorar pruebas cualesquiera que fuese su origen⁵². De allí que el caso español sea también una muestra de evolución paulatina a partir de la propia realidad y no como consecuencia absoluta de una importación irreflexiva. ASECIO (1989) ya anunciaba que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de su país se encontraba en una primera fase de profundización y depuración en la materia que nos ocupa, situación que nuestros operadores no deben perder de vista si es que se quiere desarrollar una dogmática y una jurisprudencia racionales y apegadas a nuestra propia realidad en materia de prueba ilícita.

Según da cuenta MARTÍNEZ GARCÍA (2003) después de la inicial STC 114/1984, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha ido recogiendo las mismas excepciones de la jurisprudencia estadounidense en materia de pruebas derivadas. Así, la doctrina de la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el nexo causal atenuado no han estado ausentes de las sentencias

⁵² ASECIO, J.M (1989). Prueba prohibida y prueba preconstituida. Editorial Trivium S.A. Madrid.

tanto del Alto Tribunal en materia constitucional como de las del Tribunal Supremo⁵³.

Pero es a partir de la STC 81/98 de 2 de abril que se produce un cambio fundamental en la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre las pruebas ilícitas. En ella el Alto Tribunal elabora el concepto de conexión de antijuridicidad para permitir la admisión y valoración de prueba derivada de otra de origen ilícito. En el Fundamento Nro. 4, la sentencia dice:

“En consecuencia, si desde la perspectiva natural las pruebas de que se trate no guardasen relación alguna con el hecho constitutivo de la vulneración del derecho fundamental sustantivo, es decir, si tuviesen una causa real diferente y totalmente ajena al mismo, su validez y la consiguiente posibilidad de valoración a efectos de enervar la presunción de inocencia sería, desde esta perspectiva, indiscutible”.

La conexión de antijuridicidad entre el resultado de la violación y la prueba obtenida quedaría roto si es que a partir de una perspectiva interna y una perspectiva externa resultara que la prueba refleja es jurídicamente ajena a la vulneración del derecho (perspectiva interna) y, adicionalmente, que la tutela del

⁵³ MARTÍNEZ, E (2003). Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, p.85-94

derecho no viene exigida por necesidades esenciales relacionadas con su realidad y efectividad (perspectiva externa). En realidad lo que el Tribunal Constitucional español ha hecho es establecer que, a pesar del origen de ciertas pruebas en la lesión de un derecho fundamental (causalidad natural), excepcionalmente pueden ser valoradas en el proceso debido a una presunta independencia o desconexión jurídica⁵⁴. En virtud a este fallo se ha restringido la garantía de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida y se ha debilitado el efecto reflejo, coincidiendo doctrina autorizada en la artificiosidad de la diferenciación entre independencia natural e independencia jurídica. La desconexión jurídica, según el Alto Tribunal, se presenta cuando de manera inevitable, sin vulnerar derecho fundamental alguno, también se hubiera llegado al mismo resultado. Adicionalmente, ya en el ámbito de la pretendida perspectiva externa, será imprescindible examinar la necesidad de tutela del derecho fundamental sustantivo vulnerado, para lo cual se deberá tener en cuenta la magnitud o intensidad de la violación, la entidad del resultado y la presencia o ausencia de dolo, la importancia del bien jurídico protegido, entre otros factores.

El desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional, posterior a la STC 81/98 de 2 de abril, ha sido secundada por el Tribunal Supremo ibérico, tal y conforme indica DE URBANO CASTILLO (2005), siendo necesario mencionar,

⁵⁴ DÍAZ, J. A & MARTÍN, R (2001). La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Civitas, Madrid, p. 91

en tal sentido, el fallo STS 498/2003, de 24 de abril y especialmente la STS 250/2004, de 26 de febrero, en la que la detención de los imputados y la incautación de la droga que llevaban a bordo de un vehículo fueron producto de interceptaciones telefónicas ilícitas; sin embargo, investigaciones anteriores a las escuchas telefónicas ya habían detectado la actividad ilícita de los acusados, lo que, conjuntamente con la declaración de estos, sirvió para la condena, por considerarse una actividad probatoria desconectada jurídicamente de la ilícita⁵⁵.

6.6.3. Argentina

En el ordenamiento nacional argentino no existe norma positiva que explicita la regla de exclusión de prueba ilícita, razón por la cual HAIRABEDIÁN (2002) sostiene que en esta materia puede hablarse de una laguna jurídica cuya solución pasa por entender que las exclusiones probatorias son una consecuencia implícita de normas constitucionales, aun cuando se prohíbe expresamente la declaración del imputado obtenida bajo el influjo de la violencia⁵⁶. En cambio, ordenamientos provinciales como el de Córdoba sí tienen prevista norma expresa de prohibición de la prueba ilícita, a partir del artículo 41 de su Constitución que reza: “Los actos que vulneren garantías reconocidas por

⁵⁵ URBANO E (2005). “Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de prueba ilícita, y en particular, la conexión de antijuridicidad”, Madrid, p.131

⁵⁶ HAIRABEDIÁN, M (2002). Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, Ad´Hoc. Buenos Aires.p189-190.

esta Constitución carecen de toda eficacia probatoria”, disposición que es reproducida en el artículo 194 del Código Procesal Penal (Hairabedián, op.cit; p.220). Igualmente el Código Procesal Penal de la provincia de Buenos Aires, en su artículo 211, prescribe una regla general de inadmisibilidad de prueba ilícitamente adquirida, del mismo modo que el artículo 148 del Código Procesal Penal de la provincia de Chubut⁵⁷.

La jurisprudencia argentina ha tenido un desarrollo importante, al punto que algunos sostienen que las exclusiones probatorias se habrían originado en el caso conocido como “Charles Hnos.” resuelto por la Corte Suprema nada menos que en 1891, produciéndose una suerte de silencio jurisprudencial hasta 1981 en que esta línea fue retomada en el caso “Montenegro.” Así, al igual que en los Estados Unidos de Norteamérica, en Argentina ha sido en el seno de la jurisprudencia que ha surgido la elaboración conceptual sobre la prueba ilícita.

6.6.4. Colombia

Regula expresamente la regla de exclusión de prueba obtenida ilícitamente. El artículo 23 del Código Procesal Penal – Ley 906 de 2004 - establece lo

⁵⁷ GUARIGLIA, F (2005). Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 119-120.

siguiente: “Toda prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal. Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia.” Como puede apreciarse, el legislador colombiano excluye expresamente tanto la prueba ilícita directa como la derivada o refleja.

Por su parte el artículo 455 del mismo cuerpo normativo reza: “Para los efectos del artículo 23 se deben considerar, al respecto, los siguientes criterios: el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.” Resulta claro que el legislador colombiano ha regulado expresamente la posibilidad de utilizar las excepciones denominadas doctrina del “*purged taint*” o del nexos causal atenuado, fuente independiente, el descubrimiento inevitable y, en cláusula abierta, cualquier otra que pueda ser establecida por la ley. Al respecto, CASTRO (2005) considera que esta norma se refiere a la prueba derivada o refleja, pues, “una interpretación diferente conduciría a que fuera ineficaz el sentido garantista que tiene la causal de exclusión”⁵⁸.

⁵⁸ CASTRO, S (2005). Cinco estudios sobre el sistema acusatorio. Universidad Externado de Colombia, Lima.

El artículo 29 de la Constitución colombiana consagra el debido proceso como derecho fundamental y como parte de él el derecho a la prueba, disponiendo al final que “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

La Corte Constitucional de dicho país ha tenido oportunidad de pronunciarse, en la Sentencia C-591 de 9 de junio de 2005, sobre la constitucionalidad de ciertas disposiciones del nuevo Código Procesal Penal relativas a los efectos de la prueba derivada del registro y allanamiento con orden viciada y a las excepciones a la regla de exclusión expresamente consagradas. Al respecto debe señalarse que el artículo 232 del Código establece que si la orden de registro y allanamiento expedida por parte del fiscal, se encuentra viciada por carencia de alguno de los requisitos esenciales previstos en aquella, generará la invalidez de la diligencia, por lo que los elementos materiales probatorios y evidencia física que dependan directa y exclusivamente del registro carecerán de valor, serán excluidos de la actuación y sólo podrán ser utilizados para fines de impugnación. La Corte interpretó que la expresión “directa y exclusivamente” vulnera la Constitución que, en su artículo 29, como ya se ha explicado líneas arriba, prescribe la nulidad de pleno derecho de la prueba obtenida con violación del debido proceso, es decir, no solamente aquellas que dependan directa y exclusivamente. Por estas consideraciones dicha expresión fue declarada inexecutable por la Corte.

Finalmente, en cuanto al texto del artículo 455 del Código Procesal Penal, consagra expresamente la aplicabilidad de las excepciones del vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y las demás que establezca la ley, la Corte Constitucional colombiana, con base en la Sentencia SU-159 de 2002 (Manuel José Cepeda Espino), ha declarado que no vulnera la Constitución por cuanto los criterios precedentemente señalados “lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto.” Por tales fundamentos el mencionado artículo fue declarado exequible.

La Corte Suprema de Justicia de Colombia, según da cuenta Parra, también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la prueba ilícita, pudiendo citarse el caso de una juez que fue condenada por concusión sobre la base de una grabación de conversación telefónica efectuada por la propia víctima. La Corte Suprema sostuvo que “cuando una persona, como en el caso concreto, es víctima de un hecho punible y valiéndose de los adelantos científicos, procede a preconstituir la prueba del delito, para ello de modo alguno necesita la autorización de autoridad competente, precisamente porque con base en ese documento puede

promover las acciones pertinentes. Éste por cuanto quien graba es el destinatario de la llamada”⁵⁹.

6.6.5. Chile

En Código Procesal Penal no desarrolla de una manera explícita y sistemática la cuestión de la prueba ilícita. Sin embargo, el tercer párrafo del artículo 276 (Exclusión de pruebas para el juicio oral) reza: “Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.

En la doctrina chilena, la carencia de un desarrollo sistemático de la institución en el cuerpo del Código Procesal Penal no significa que la regla de exclusión de prueba ilícitamente obtenida no tenga aplicación en el sistema chileno, pues ella se deriva de la situación privilegiada que ocupan las normas iusfundamentales dentro del ordenamiento constitucional⁶⁰. DÍAZ (2003) señala

⁵⁹ PARRA, J. “Pruebas ilícitas”, en *Ius et Veritas*, Año VIII, Nro. 14, p. 43

⁶⁰ DÍAZ I. (2003) *Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, en AA.VV., *La prueba en el nuevo proceso penal oral*, Rodrigo Coloma Correa (Ed.), LexisNexis, Santiago.

que, en definitiva, la ilicitud de una prueba deviene de su disconformidad con los derechos fundamentales o con las normas iusfundamentalmente necesarias.

En tal sentido, el cuarto párrafo del artículo 1° de la Constitución Política establece: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

En cuanto a las excepciones a la regla de exclusión de prueba ilícita, el artículo 215 (objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado) del Código Procesal Penal contiene una disposición interesante, a saber: “Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos serán conservados por el fiscal.” El precepto pareciera validar la excepción del hallazgo casual, pero a través de un posterior mandato judicial y la conservación por parte del fiscal de los objetos o documentos casualmente hallados.

Realizado el análisis comparado de la prueba ilícita, a continuación, se presenta el método de investigación utilizado, como sustento y viabilidad de la propuesta investigativa.

7. Método de Investigación

Partiendo de la premisa que el método jurídico de acuerdo a CORRAL (2008), se define como “la suma de procedimientos lógicos para la investigación de las causas y fines del Derecho, para el conocimiento e interpretación de sus fuentes”⁶¹, la presente investigación se considera de tipo jurídico ya que tiene como objetivo la indagación y revisión de la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema en materia de prueba ilícita.

El método a utilizar para responder a la pregunta y objetivos de investigación corresponde al dogmático considerando textos “que contienen enunciados normativos que se suponen como jurídicos y vinculantes”⁶²

Por lo anterior, para abordar de mejor manera el análisis sobre la prueba ilícita, se utiliza la documentación bibliográfica, a través de fuentes primarias - cuerpos legales involucrados- como también fuentes secundarias (Jurisprudencia, Doctrina, libros, sentencias, revistas electrónicas, entre otras).

De acuerdo a lo mencionado, la investigación tiene un doble carácter. Por un lado, describir el fenómeno, buscando especificar la información de manera

⁶¹ CORRAL, H (2008) Como hacer una tesis en derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. p.54

⁶² CORRAL (2008) op.cit (n°61), p.58

detallada sobre la prueba ilícita en materia laboral, y por otro lado analizar el fallo de la Corte Suprema, en torno a la prueba ilícita, en el caso escuchas banco BCI.

A su vez, a través del método analítico, se analizará la prueba ilícita en su totalidad, desde el ámbito penal hasta el ámbito laboral, descomponiendo en sus partes todos y cada uno de los elementos que intervienen para poder tener una mejor claridad de ella y así lograr responder los objetivos de investigación. Finalmente, para lograr realizar conclusiones a las premisas planteadas en relación a la prueba ilícita, se utiliza en apoyo al método analítico, la deducción.

**8. Presentación fallo de la Excelentísima Corte Suprema. ROL
Nº35.159-2017. Exclusión de Prueba Ilícita-Grabaciones**

El caso se remite al juicio entre la Dirección del Trabajo (DT) y el Banco de Crédito e Inversiones (BCI) por prácticas antisindicales y desleales en la negociación colectiva en contra del Sindicato N° 1 de Trabajadores de dicha empresa. Los hechos sucedieron así: antes que terminara la última negociación colectiva, que involucró una huelga de 58 días, un ejecutivo Asistente de Relaciones Laborales del Banco sostuvo reuniones con socios del sindicato que se habían descolgado del paro. El objetivo de éstas sería abordar -a petición de los interesados- la situación contractual y previsional en que quedarían a raíz del descuelgue. Sin embargo, según consta en el juicio de primera instancia, el representante de la empresa formuló también fuertes críticas y acusaciones al sindicato, su directiva y asesoría, e instó a los socios descolgados a organizarse para censurar la directiva, pedir rendición de cuentas y reclamar las multas que les estaban aplicando. El contenido de esa conversación fue grabado por uno de los asistentes.

En una sentencia de unificación de jurisprudencia, la sala especializada de la Suprema anuló un fallo previo de la Corte de Apelaciones de Santiago, que dio la razón a BCI, y ahora descartó ilicitud de la grabación obtenida por representantes de los trabajadores.

8.1. Fallo presentado en la sala especializada de la Corte Suprema

Santiago, doce de abril de dos mil dieciocho. Vistos:

En autos número de RIT S-90-2016, caratulados “Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Crédito e Inversiones”, seguidos ante el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, por sentencia de uno de febrero de dos mil diecisiete se rechazó el incidente de prueba ilícita promovido por la demandada y se acogió la denuncia, declarándose que el Banco de Crédito e Inversiones incurrió en prácticas antisindicales y desleales en la negociación colectiva en contra del Sindicato N°1 de Trabajadores de dicha empresa, a través de actos de injerencia sindical que afectaron su autonomía.

La demandada dedujo recurso de nulidad, que fundó en la causal contemplada en el artículo 477 del Código del Trabajo, en la hipótesis de vulneración de derechos fundamentales, en relación a los numerales 3, 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República y al artículo 453 N°4 del Código del Trabajo, aduciendo la conculcación de los derechos fundamentales al debido proceso, vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones, que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha nueve de junio de dos mil diecisiete, invalidándolo y retrotrayendo la causa a la etapa de realizar

una nueva audiencia de juicio, sin considerar la prueba ilícita, ante el juez no inhabilitado que corresponda.

En contra de dicha decisión el denunciante y el tercero coadyuvante deducen sendos recursos de unificación de jurisprudencia, respecto de los cuales se ordenó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, en forma previa, del análisis de los recursos incoados se observa que ambos guardan similitudes relevantes que aconsejan su análisis conjunto, puesto que someten a conocimiento de esta Corte análoga materia de derecho y fundamentan la divergencia interpretativa con la misma sentencia de referencia o cotejo.

Los recurrentes señalan, en lo sustancial, que el fallo impugnado determinó – erradamente, en su concepto - que la única prueba incorporada para acreditar los actos de injerencia sindical, consistente en una grabación de las expresiones vertidas por un representante de la empresa hecha sin su conocimiento, constituye una prueba ilícita, prohibiendo su incorporación al juicio. Explican que los jueces fundamentan su decisión en que ha existido una afectación relevante del debido proceso, de momento que se incorporó a la audiencia de juicio una

prueba de grabación de audio, obtenida por medios ilícitos, razonando específicamente en el motivo sexto que:

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

viene refiriendo fue obtenida “por medios ilícitos”, marcada por su carácter subrepticio y clandestino”⁶³.

Luego, indican que la materia de derecho que proponen consiste en determinar que la grabación de las expresiones vertidas por un representante de la empresa en el ejercicio de sus facultades disciplinarias, sin que tenga conocimiento del hecho de ser grabado, constituye un medio lícito en tanto no forma parte de un ámbito personal, íntimo o privado, ni existe una expectativa de privacidad que permita sostener que los dichos tuvieran el carácter de secretos o reservados.

Explican que es errónea la línea jurisprudencial del fallo que impugnan, por cuanto, tal como reconoció el juez del grado, el lugar, contexto y temática de la conversación grabada, dan cuenta de que no existe una expectativa de privacidad que permita concluir que se han vulnerado garantías fundamentales. Advierten que el registro de audio se obtuvo desde las dependencias de la empresa, en el marco de una reunión de trabajo entre un agente del empleador y los trabajadores descolgados de la huelga, donde se abordaron únicamente cuestiones laborales.

⁶³ Fallo Corte Suprema ROL N°35.159-2017

Sostienen, enseguida, que la correcta interpretación de la materia de derecho propuesta pasa por desestimar la alegación de ilicitud promovida por la denunciada; postura adoptada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, por sentencia de 28 de abril de 2016 que, frente a similares fundamentos fácticos, declaró lícito y dio valor probatorio a un audio grabado por una trabajadora en una reunión de la empresa que da cuenta de los dichos de un representante de ésta, razonando:

“Octavo: Que, sobre la base de los hechos señalados, no resulta posible estimar vulnerada la esfera de la intimidad personal de la demandada, ya que dicha grabación no implicó una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal del administrador, pues las aseveraciones y demás expresiones corresponden a lo manifestado por éste, 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 demás.

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

privacidad de lo que en ese momento se decía tuviera el carácter de reservado o secreto.

No se vislumbra tampoco que la grabación importe una intromisión en una conversación privada, pues quien grabó era una de las tantas trabajadoras a quienes precisamente iba dirigida la comunicación, mediante la cual se daba a conocer la posición de la empresa frente a un conflicto laboral vigente, de lo que dimana que no existió en la obtención de la probanza en cuestión una afectación a la vida privada, ni se produjo una vulneración del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, pues el contenido de la conversación en el contexto que se produjo, no tuvo dicho carácter...”⁶⁴

Solicitan, en definitiva, se acoja el recurso y se anule el fallo impugnado, dictando el correspondiente de reemplazo que, en lo pertinente, rechace el recurso de nulidad deducido contra el del grado.

Segundo: Que, comparando lo que se expresa en el recurso con el tenor tanto de la sentencia impugnada como de la invocada como contraste, se aprecia que es efectivo que las reflexiones de cada una son las que se consignaron en el motivo anterior; lo que autoriza concluir que se da el presupuesto que establece

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Valdivia, recurso ingresado, número 30-2016

el artículo 483 del Código del Trabajo para unificar la jurisprudencia sobre la materia propuesta, esto es, la existencia de interpretaciones diversas sobre una cuestión jurídica adoptadas en sentencias firmes dictadas por tribunales superiores de justicia.

En efecto, el fallo que motiva el recurso propugna un concepto amplio de prueba ilícita, incluyendo en él no sólo la evidencia obtenida con vulneración de derechos fundamentales, sino también la generada a través de medios reñidos con un imperativo legal, moral o incluso atentatorio de las buenas costumbres, resolviendo que la grabación subrepticia de una conversación, es decir, aquella efectuada sin el conocimiento del emisor de las locuciones, es un comportamiento que no resulta tolerable y que constituye un medio ilícito, marcado por su carácter clandestino, por lo que la incorporación al juicio de la prueba obtenida en tales circunstancias afecta el derecho al debido proceso y, por ende, debe ser excluida del procedimiento; mientras que en la acompañada para su cotejo se decidió de manera diferente, enfocando el problema desde la óptica de la intimidad, estimando, de acuerdo a las circunstancias de los comentarios y su contenido, que quien las emitió no tenía una legítima expectativa de que lo dicho en ese momento tuviera el carácter de reservado o secreto, descartando así la vulneración de algún derecho fundamental.

Corresponde entonces determinar cuál postura es la correcta.

Tercero: Que, para esa finalidad resulta pertinente, en primer lugar, recordar que en el Código del Trabajo, prescribe:

“El juez resolverá fundadamente en el acto sobre la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes, pudiendo valerse de todas aquellas reguladas en la ley. Las partes podrán también ofrecer cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente.

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

Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”⁶⁵.

De manera preliminar, cabe señalar que, a diferencia de lo que afirma la sentencia recurrida, a juicio de esta Corte no existen argumentos para entender que la regla de exclusión en el orden laboral incorpora dentro de la noción de prueba ilícita aquella obtenida en abierta contravención a una norma de derecho

⁶⁵ Código del Trabajo, artículo 453 numeral 4.

o a un imperativo moral socialmente aceptado, con independencia de la inobservancia de garantías constitucionales, como propugna el fallo en análisis. Si bien la redacción del precepto es confusa, ya que parece proponer dos hipótesis distintas de no valoración, una relativa a aquella evidencia obtenida directa o indirectamente por medios ilícitos y otra atinente a violación de derechos fundamentales, lo cierto es que no existe constancia en la historia legislativa de que se haya pretendido innovar en el tratamiento de la exclusión de pruebas, más allá de lo que se ha entendido por parte de la doctrina como una consagración legal de la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, que por lo demás, desde un inicio ha tenido plena aplicación jurisprudencial en materia penal. La norma de exclusión propuesta por el Mensaje No 4- 350, de 23 de septiembre de 2003, contenida en el inciso 4o del artículo 458 del proyecto, es idéntica a la finalmente aprobada y que corresponde actualmente al artículo 453 No 4 del Código del Trabajo, sin que en la discusión del proyecto de ley se generara un debate en torno a las hipótesis de exclusión de prueba ilícita.

Por otra parte, la posición planteada por el fallo impugnado implicaría, necesariamente, sostener que la regla de exclusión consagrada en el Código del Trabajo tiene un alcance mayor que aquellas contempladas en el Código Procesal Penal y en la Ley de Tribunales de Familia y de paso entender que, en la esfera del derecho laboral, en un ámbito de eficacia horizontal de las garantías fundamentales, debe aplicarse un criterio de exclusión más amplio que aquel

vigente en el proceso penal, que constituye el ejemplo más puro de eficacia vertical de los derechos humanos. Tal predicamento llevaría a concluir, como consecuencia, que el legislador ha impuesto a los particulares un estándar de respeto más alto que el exigido al propio Estado, lo que resulta evidentemente contra la intuición. 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 proceso.

De lo anterior fluye que 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 necesariamente relacionarse con la inobservancia de una garantía constitucional, operando sólo en aquellos casos en que exista una efectiva violación de derechos fundamentales.

Cuarto: Que, en consecuencia, la decisión de exclusión probatoria debe ser revisada únicamente desde la perspectiva de los derechos constitucionales posiblemente amagados. En este caso, el debido proceso, la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Empero, cabe constatar desde ya que la vulneración al debido proceso se ha fundamentado precisamente en la

incorporación de prueba espuria al juicio, por lo que cabe examinar si la grabación cuestionada tiene tal calidad y para ello deben analizarse previamente las nociones de intimidad y vida privada.

Pues bien, el concepto de privacidad es variable en el tiempo y no se observa en la doctrina una concepción unívoca de este derecho; sin embargo, es posible afirmar que está relacionado con la preservación de determinados actos en una esfera íntima, con el derecho a replegarse en esta esfera al amparo de toda intromisión, con una autonomía de decisión en cuanto a excluir a otras personas de este ámbito reservado y con la facultad de controlar la información a ser revelada. Así, el autor norteamericano WESTIN (1967) al intentar conceptualizar la privacidad, ha señalado que ésta incluye cuatro estados: soledad, intimidad, anonimato y reserva⁶⁶.

Siguiendo al profesor UGARTE (2011), es posible distinguir dos aspectos claves que el derecho a la privacidad debe reflejar: 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 otros⁶⁷.

⁶⁶ WESTIN, A, 1967, *Privacy and Freedom* citado por Solove and Schartz, *Information Privacy Law*, Editorial Wolters Kluwer, 2015, pp 46-49

⁶⁷ UGARTE CATALDO, J.L, 2011, *Privacidad, Trabajo y Derechos Fundamentales*, en *Estudios constitucionales*, año 9 (1), p. 13-36

También se ha señalado por otro autor nacional que:

“La vida privada en un círculo o ámbito más profundo lleva al concepto de intimidad. La intimidad es el ámbito reservado del individuo que no desea ser develado al conocimiento y acción de los demás, el cual aparece como necesario para mantener un mínimo de calidad de vida humana. El derecho a la intimidad es la facultad de la persona para evitar las injerencias de terceros en el ámbito de su privacidad, salvo la autorización de tal develamiento de la intimidad por el propio afectado. La intimidad de la persona es una zona intrínsecamente lícita, que merece respeto y protección a nivel constitucional”⁶⁸.

Quinto: Que, por su parte, la noción de legítima expectativa de privacidad, ampliamente utilizada hoy en día por la jurisprudencia nacional, surge ligada al ámbito penal, en una de las prevenciones del fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos *Katz v. United States* (1967), como un test para determinar si la conducta de un agente estatal implicaba una violación a la Cuarta Enmienda aún cuando no existiera, en los hechos, una intromisión física en un lugar constitucionalmente protegido. Tal elucubración se hacía necesaria por cuanto,

⁶⁸ NOGUEIRA, H (1998). El Derecho a la Privacidad y la Intimidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno, en *Ius et Praxis*, año 4 N° 2, p.64-65

a diferencia de nuestro ordenamiento, la Constitución de Estados Unidos no contempla, explícitamente, un derecho fundamental a la privacidad. También porque, hasta ese momento, los casos paradigmáticos de violación a la Cuarta Enmienda se habían construido en torno a la “trespass” doctrine, que resultaba inaplicable a aquellas situaciones en que, tal como en Katz, la intromisión se realizaba por medios tecnológicos.

Es necesario puntualizar que este estándar, tal como fue concebido en sus orígenes requiere del juzgador un doble análisis: 1) determinar si existe una expectativa subjetiva de privacidad y 2) determinar si esta expectativa individual es una que la sociedad esté en condiciones de reconocer como razonable o legítima, esto es, no cualquier expectativa de privacidad merece protección constitucional, pues debe ser objetivamente justificada acorde a las circunstancias del caso. Cabe aquí traer a colación lo resuelto posteriormente por la misma Corte en *Rakas v. Illinois* (1978), también un caso penal, en el cual se plantea que una legítima expectativa de privacidad, por definición, significa mucho más que la expectativa subjetiva de no ser descubierto, ejemplificando, en palabras muy simples, que aquel que ingresa a robar a una casa de veraneo, fuera de la temporada estival, tiene una intensa expectativa de privacidad al interior de esa morada ajena, más evidentemente no es una que la sociedad pueda reconocer como legítima.

Sexto: Que, ya explicitado el marco teórico, conviene recordar las circunstancias en que los demandantes obtuvieron la prueba tachada de ilícita, de acuerdo a la determinación fáctica hecha por el juez del grado: - La grabación fue obtenida en el contexto de una reunión realizada en dependencias de la empresa denunciada, a propósito de un requerimiento de trabajadores descolgados del proceso de huelga con el fin de obtener información de sus respectivas situaciones laborales, las que fueron respondidas por el Sr. Valdés Hernández, mandatado por la denunciada para dar respuestas a las inquietudes de los referidos trabajadores.

- En dicho contexto, uno de los asistentes procede a grabar la reunión sin conocimiento del mencionado Sr. Valdés, dando origen a la evidencia impugnada.
- En las dependencias de la empresa no existe ni expresa ni implícitamente ninguna prohibición de ingresar con aparatos que permitan obtener grabaciones como lo son los teléfonos móviles.
- No se hizo advertencia por ninguno de los partícipes a la reunión que ésta tuviera un carácter de reservada.
- Solamente se abordaron temas laborales relativos a la situación que enfrentaban los trabajadores descolgados del proceso de huelga.

Por otra parte, si bien no es un hecho fijado en la sentencia, de acuerdo a lo reconocido por el propio demandado en su recurso de nulidad, en la reunión participaron “no más de ocho trabajadores”.

Finalmente, no existe controversia respecto a que la huelga se inició el 30 de mayo de 2016 y se extendió hasta el 26 de julio del mismo año, fecha en que se suscribió entre la empresa y el sindicato un contrato colectivo de trabajo.

Séptimo: Que, analizadas las circunstancias en que fue obtenida la grabación es posible establecer que, al igual que en la sentencia de contraste, el emisor de las comunicaciones, si bien subjetivamente tenía la expectativa de que sus dichos no serían grabados y luego diseminados, aquella no puede ser calificada, objetivamente, como una razonable.

En efecto, cabe atender en primer lugar al contexto en que se desarrolla la conversación; en el marco de una huelga prolongada, con la empresa y sus trabajadores sumidos en un grave conflicto, sin que, pese a lo extenso de la paralización, lograran acercar posiciones. Ello daba luces de que la conversación se desarrollaría en un clima más bien confrontacional o, al menos, no de confianza. Desde luego, los interlocutores eran trabajadores aún pertenecientes al sindicato, que recientemente habían depuesto la huelga y requerían información de la empresa respecto de su situación laboral.

A la reunión asistieron varias personas, magnificando el riesgo de que cualquiera de ellas divulgara el tenor de lo discutido en ella, más aún cuando lo que se comunicaría era de índole netamente laboral y, por ende, resultaba de interés para el resto de los integrantes de la entidad sindical, circunstancia que se ve ratificada al observar que ésta fue una de varias reuniones que sostuvo el representante de la empresa con distintos grupos de trabajadores en similar situación.

De igual forma, no se advirtió a los asistentes que se trataba de una conversación de carácter reservado – y por su tenor, claramente no lo era – sino que, por el contrario, se trataba de una reunión “informativa” que, de un momento a otro, tomó el cariz de un acto de flagrante injerencia en la autonomía sindical por parte de quien personalizaba en ese momento los intereses de la empresa.

De ahí que la creencia equivocada del representante del empleador de que todas las expresiones que profirió en el mencionado encuentro no serían reproducidas a terceros por alguno de sus interlocutores, no resulta suficiente para estimar que tenía una razonable expectativa de privacidad respecto de que sus dichos no trascenderían de la reunión, y que ninguno de los trabajadores que fueron parte del diálogo – que, valga la pena reiterar, se desarrolló en medio de un proceso de huelga – podría tomar la precaución de registrar, sin advertencia previa, lo comunicado por la empresa.

Por último y sólo a mayor abundamiento, no puede omitirse del análisis el contenido relevante de la garantía que se denuncia vulnerada, el derecho a la intimidad y el respeto a la vida privada, de acuerdo a los conceptos esbozados en el motivo quinto de este fallo. Contrastadas tales nociones con las expresiones subrepticamente grabadas, resulta evidente que éstas últimas no dicen relación con la esfera privada de quién las emitió ni constituyen, en caso alguno, el develamiento de algo reservado a su ámbito más íntimo y, en consecuencia, aún de estimar como razonable la expectativa de privacidad alegada, no podría considerarse que la grabación ha implicado una afectación sustancial a las garantías individuales ya mencionadas, presupuesto indispensable para que una alegación de exclusión probatoria por ilicitud pueda prosperar.

Octavo: Que, por lo reflexionado, los sentenciadores de la Corte de Apelaciones de Santiago yerran al excluir prueba obtenida por medios que, si bien reñidos con lo socialmente esperado, no pueden ser calificados de ilícitos, desde que en su obtención no se vulneraron, directa o indirectamente, garantías fundamentales, siendo correcta la posición sustentada en la sentencia de cotejo, en tanto la grabación no implicó una intromisión ilegítima en la esfera de intimidad del representante de la empresa, pues lo manifestado por éste, en el marco de un conflicto laboral, fue precisamente en su condición de agente de la misma, transmitido a un grupo de varias personas, atingente a materias propias de la relación laboral y fijado en un soporte de audio por uno de los participantes de la

conversación, circunstancias que llevan a esta Corte a determinar que la expectativa de privacidad esgrimida no es una que pueda ser reconocida como razonable.

Noveno: Que, en esas condiciones, y habiéndose determinado cuál es la interpretación correcta respecto de la materia de derecho objeto del juicio propuesta por la parte demandante, el recurso que se analiza debe ser acogido e invalidada la sentencia de la Corte de Apelaciones, procediendo a dictar, acto seguido y en forma separada, la correspondiente de reemplazo.

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y de conformidad, además, con lo preceptuado en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia deducido por la parte demandante respecto de la sentencia de nueve de junio del año dos mil diecisiete dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que acogió el de nulidad interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de veintitrés de agosto de dos mil dieciséis emanada del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago en la causa RIT S-90-2016, RUC 1640041327-8, y se declara que ésta es nula, debiendo dictarse acto seguido y sin nueva vista, pero separadamente, la respectiva sentencia de reemplazo en unificación de jurisprudencia.

Acordada con el voto en contra del abogado integrante señor Correa, quien fue de opinión de rechazar el recurso por las siguientes consideraciones:

1. La materia de derecho sometida a unificación exige desentrañar el sentido del inciso tercero del artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo: “Con todo, carecerán de valor probatorio y, en consecuencia, no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”;
2. La citada disposición contiene dos hipótesis: medios ilícitos o actos que impliquen violación de derechos fundamentos;
3. En relación con la primera hipótesis, el artículo 161 A del Código Penal sanciona la grabación de conversaciones de carácter privado hecha sin autorización del afectado en lugares que no sean de libre acceso al público. No está en discusión que la grabación fue hecha sin conocimiento del afectado en un lugar que no es de libre acceso al público.
4. El carácter privado de la conversación registrada no depende del contenido de lo conversado, sino únicamente de si las condiciones pragmáticas en que la conversación tuvo lugar son tales que el afectado podía tener una razonable expectativa de privacidad.
5. Tales consideraciones pragmáticas difieren en las sentencias contrastadas. En la que se impugna por el presente recurso, la conversación tuvo lugar

con pequeños grupos de trabajadores y la sentencia concluyó que existía una razonable expectativa de privacidad. En la que se ha traído como contraste, se trató de una alocución a viva voz ante una audiencia numerosa y el fallo estimó que no había una razonable expectativa de privacidad.

6. El disidente estima que siendo distintas las circunstancias relevantes en uno y otro caso, no existe una dispersión interpretativa que requiera unificación. Por esta razón, fue de opinión de rechazar el recurso por no concurrir en la especie los requisitos que el inciso segundo del artículo 483 exige para su interposición.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores Haroldo Brito C., Ricardo Blanco H., señora Gloria Ana Chevesich R., y los Abogados Integrantes señores Jean Pierre Matus A. y Rodrigo Correa G. No firman los Abogados Integrantes señores Matus y Correa, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ausente el primero y por haber cesado de sus funciones el segundo.

Santiago, doce de abril de dos mil dieciocho.

9. Análisis fallo de la Excelentísima Corte Suprema. ROL N°35.159-2017

En este apartado se aborda un análisis de la sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema que, en votación dividida, validó una grabación oculta como prueba en un juicio por prácticas antisindicales que involucró a BCI y sus trabajadores en 2016. El afectado fue el empleador.

El fallo del máximo tribunal establece, entre otros asuntos, que la exclusión probatoria, en materia laboral, no puede justificarse únicamente en una noción amplia de ilicitud, sino que debe necesariamente relacionarse con la inobservancia de una garantía constitucional. De acuerdo a esto, es que el fallo permite abrir la discusión sobre la noción de prueba ilícita en los procedimientos del ámbito laboral.

En primer lugar, La Corte Suprema para admitir la grabación oculta como prueba plantea una interpretación doblemente restrictiva y discutible. Restrictiva ya que por un lado y en contra de la literalidad del artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo, señala que solo procede la exclusión en caso de vulneración de derechos fundamentales (y no de las pruebas obtenidas por medios ilícitos sin afectación de dichos derechos). Y por otro, restringe el criterio de la razonabilidad de la expectativa de privacidad, básicamente, porque se trataba de un grupo de

trabajadores y las expresiones grabadas se referían a aspectos laborales y no eran propias de la vida doméstica o privada del declarante (empleador). Así, la grabación oculta de una conversación por parte de uno de los interlocutores no es un atentado directo contra la intimidad del otro, pero por la fijación que implica la grabación, por hacer permanente lo destinado a ser efímero, se le suele reconocer un estatus especial, más delicado que el de la mera indiscreción de quienes estuvieron presentes, como una irradiación del derecho a la intimidad. Discutible y contradictorio, ya que en algunos casos en Chile es considerado una práctica delictiva y otras veces no lo es.

El carácter contradictorio y restrictivo antes señalado, permite plantear la poca rigurosidad o laxitud de la interpretación de la prueba ilícita, ya que ésta, recogida en los tribunales laborales, es estricta al señalar los medios ilícitos que no pueden aportarse en un juicio. La Corte Suprema en este punto y retomando el fallo, toma a la prueba ilícita situándola erradamente, ya que, al hablar de privacidad, queda totalmente viciada al señalar que ésta tiene una calidad variable y que debe ser apreciada de acuerdo a las circunstancias del caso.

Es posible afirmar, por ende, bajo la laxiva interpretación de la prueba ilícita la poca integración de la admisibilidad o no y fiabilidad o no de la prueba, tradicionalmente estudiadas como aspectos integrados, siendo que en el fallo de

la Corte Suprema es posible solo observar una parte, lo que permite argumentar la incompletud de éste.

En Chile existe legislación en materia de privacidad. El artículo 161 A del Código Penal es claro a la hora de hablar de hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares. Habiendo un hecho de carácter privado en un recinto particular no se puede grabar sin autorización de los participantes.

Por lo anterior, es que se debe revisar el criterio que apunta a la intimidad de las personas y a la posibilidad de usar este medio de prueba en el contexto de un hecho ilícito. De no ser así se genera un campo de incertidumbre gigantesco, no solo para la empresa (BCI), sino que también para los trabajadores, sentándose de esta manera una suerte de flexibilidad absoluta para tener pruebas a través de medios no consentidos.

Finalmente, la Corte Suprema formula una precisión jurídica donde se plantea que existe una distinción entre una subjetiva expectativa de privacidad frente a una que es objetiva, dando cuenta que este tema es uno que se manifiesta en una doble dimensión. En el caso analizadas las circunstancias en que fue obtenida la grabación es posible establecer que el emisor de las comunicaciones, si bien subjetivamente tenía la expectativa de que sus dichos

no serían grabados y luego diseminados, aquella no puede ser calificada, objetivamente, como una razonable.

Conclusiones

La sentencia analizada, en términos puramente procesales confiere la calidad de medio de prueba, al considerarla expresamente como un medio de prueba lícito para resolver la contienda jurídica habida entre las partes.

La conversación registrada sin el consentimiento de uno de sus emisores, de acuerdo a lo planteado por El artículo 161 A del Código Penal, vulnera un derecho fundamental en materia de privacidad.

El hecho de saber que una conversación será grabada o potencialmente lo sea, produce un efecto inhibitor entre los partícipes de la misma, precisamente a comunicarse, esto es, a expresarse en forma absolutamente libre, espontánea y con verdadera naturalidad⁶⁹.

En este mismo sentido, si aquellos que no forman parte de la comunicación acceden a su contenido se violenta la presunción *iuris et de iure*, lo que permite concluir que si terceros toman conocimiento mediante la reproducción de aquello capturado en un dispositivo, su revelación independientemente de su contenido, permite afirmar que se quebrantan los derechos fundamentales de todos sus

⁶⁹ JIMÉNEZ, J (1987), "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, N°20, mayo-agosto, p. 51.

partícipes, no teniendo significación alguna si lo registrado forma parte o no del ámbito de la privacidad o no⁷⁰.

La grabación realizada tendrá siempre validez probatoria, pero al mediar condiciones exógenas, como que la obtención sea injusta o afecte derechos fundamentales, el sentenciador al tiempo de resolver no podrá considerarlas, lo que como puede ser apreciado no dice relación con su valor, sino que con otro aspecto como es la ilicitud de la misma.

Desde la perspectiva sustantiva, la sentencia analizada circula sobre la base de plantear la existencia de un aspecto subjetivo y un aspecto objetivo al tiempo de analizar el derecho fundamental denominado privacidad.

En términos concretos, la Excelentísima Corte Suprema fija como norte para declarar como lícita la grabación cuestionada, que el representante del banco BCI en las reuniones sostenidas durante el mes de julio del año 2016, no gozaba de una legítima expectativa de privacidad⁷¹.

Al respecto vale decir, que esta expresión fue acuñada originariamente en el sistema penal estadounidense, derivada de un voto concurrente del juez J.

⁷⁰ NOGUEIRA, H (2007), "Derechos fundamentales y garantías constitucionales", Editorial Librotecnia, Santiago, p. 538.

⁷¹ CORTE SUPREMA, recurso de unificación de jurisprudencia, "Dirección del Trabajo contra Banco de Crédito e Inversiones", rol ingreso N°35.159-2017, abril 12 de 2018, considerando quinto.

Harlan en el proceso “Katz contra US”, según la cual sólo existe una zona de privacidad garantizada por la Cuarta Enmienda y esta es, si la persona ha actuado conforme a una real expectativa de privacidad y si tal expectativa la sociedad está preparada para reconocerla como razonable⁷². Así esta expresión es una construcción jurisprudencial que requiere el conocimiento de una serie de decisiones que le dan cuerpo al concepto actual⁷³.

La legítima expectativa de privacidad⁷⁴, se traduce en la situación en una persona se encuentra razonablemente consciente, sobre la base de elementos delimitados - como el contexto específico en el que se encuentra - y bajo criterios objetivos, de la posibilidad cierta de representarse que la información que transmite⁷⁵ reviste la calidad de privada o reservada y en ese contexto lo entienden los que participan y reciben dicha información. Así entonces se logra entender que la Excelentísima Corte Suprema, reconozca que existe una dimensión dual en esta situación: una expectativa subjetiva de privacidad y una objetiva.

⁷² SUPREME COURT (1967) “Katz contra US”, 389 U.S. 347, 361 (Harlan, J., concurring).

⁷³ GUERRERO, O (2011) “La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Volumen XXXII N°92, enero-junio 2011, p. 55-84.

⁷⁴ GUTIERREZ, A (2014), “El derecho a la intimidad en la era de la tecnología de las comunicaciones: una reflexión desde el derecho constitucional”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 31, julio-diciembre, p. 239-245.

⁷⁵ SETENCIA TRIBUNAL EUROPEO DERECHOS HUMANOS “P.G. y J.H. contra Reino Unido”, septiembre 25 de 2001, numeral 57 y “Peck contra Reino Unido”, enero 28 de 2003, numeral 58.

La primera, debe ser entendida en cuanto a que nadie puede abrigar expectativas razonables, cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, participa en actividades que por las circunstancias especiales que las rodean, probablemente puedan ser objeto de registro, captura o grabación y la segunda, si la expectativa subjetiva de privacidad se enmarca en aquellas conductas que cualquier sociedad, estaría dispuesta a proveer de protección constitucional, como por ejemplo, las conversaciones desarrolladas en la oficina de un profesional.

Así entonces, la fórmula de resolución propuesta por el máximo tribunal, se basa en que la naturaleza privada o reservada de una conversación no depende que así lo haya entendido uno de sus partícipes, ya que ello puede arribar a grados de subjetividad imposibles de delimitar.

Entonces, la Excelentísima Corte Suprema al definir que la grabación que en definitiva resolvió el asunto controvertido no era ilícita, lo que asentó fue que una legítima expectativa de privacidad se basa en lo que la sociedad está efectivamente dispuesta a proteger desde una perspectiva netamente objetiva y no la determinación individual de aquello que se entiende por privacidad.

Finalmente, parece relevante el efectuar una consideración diferenciada [*Yo preferiría que pudiéramos seguir confiando en que nuestras interacciones se rijan por la buena fe de los intervinientes y que no se nos grabará ... sin nuestro conocimiento, ni tampoco se utilizarán dichas grabaciones con posterioridad. Creo que una lectura integral del ordenamiento jurídico permite afirmar que el legislador tenía la misma aspiración. La Corte Suprema ha resuelto lo contrario*]⁷⁶.

⁷⁶ PIÑA, J (2018) "Privacidad laboral", en *El mercurio legal*, abril 23 de 2018, <http://www.elmercurio.com/blogs/2018/04/23/59702/Privacidad-laboral.aspx>, [Fecha de consulta: diciembre 28 de 2018].

Bibliografía

- ARIAS, A y RUBIO, F. (2006). El derecho de los trabajadores a la intimidad. Navarra. Cizur Menor.
- ALARCÓN, M. y LAGARRETA, E. (2004). Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo, Alicante, Bomarzo.
- ALVAREZ UNDURRAGA, G. (2002). Metodología de la investigación jurídica: hacia una nueva perspectiva. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Central.
- ARMENTA DEU, T. (2009). La prueba ilícita (Un estudio comparado). Madrid, España: Marcial Pons.
- ASECIO, J.M. (1989). Prueba prohibida y prueba reconstituida. Editorial Trivium S.A. Madrid.
- BERNARDETTE MINVIELLE (1987). La prueba ilícita en el Derecho Procesal Penal. Editora Marcos Lerner, Córdoba.
- BORGARELLO, S. (1996). El derecho a la imagen. Córdoba. Marcos Lerner Editora.
- CABEZAS PINO, R. (2010). Aspectos relevantes de la prueba en el nuevo proceso laboral. Tesis (para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

- CAMÁS, Ferrán. La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral. En: CARNELUTTI, F. (1982). La Prueba Civil. Segunda Edición. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 1982. 275 p.
- CAROCCA, A. (1998) “Una primera aproximación al Tema de la Prueba Ilícita en Chile”, en: *Ius et Praxis*, vol. 4, N° 2. Talca: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca.
- CASTRO, S. (2005). Cinco estudios sobre el sistema acusatorio. Universidad Externado de Colombia, Lima.
- CORRAL, H. (2008). Cómo hacer una tesis en derecho, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- DIAZ CABIALE & MORALES (2001). La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Madrid: Civitas.
- DÍAZ I. (2003) Derechos fundamentales y prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, en AA.VV. La prueba en el nuevo proceso penal oral, Rodrigo Coloma Correa (Ed.), LexisNexis, Santiago.
- DÍAZ, J. A & MARTÍN, R (2001). La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida, Civitas, Madrid.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (2002) citado por, MIDÓN, M. Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y Jurisprudencial, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza.

- ECHEVERRÍA, I. (2010). Los derechos Fundamentales y la Prueba Ilícita. Con especial referencia a la prueba ilícita aportada por el querellante particular y por la defensa. Santiago, Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- EVANS DE LA CUADRA, E. (1999): Los Derechos Constitucionales, 2a Edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile). Tomo II.
- FERRADA, F (2009). La prueba ilícita en sede civil. Tesis (para optar al grado de Magíster en Derecho) Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- FERRAJOLI, L. (1998). Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta.
- GAMONAL, S. (2004). Ciudadanía en la empresa o los derechos fundamentales inespecíficos. Montevideo. Fundación de la cultura universitaria.
- GUERRERO, O. (2011). “La expectativa razonable de intimidad y el derecho fundamental a la intimidad en el proceso penal”, en Revista Derecho Penal y Criminología, Volumen XXXII N°92.
- GUARIGLIA, F. (2005). Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- GUTIERREZ, A. (2014). “El derecho a la intimidad en la era de la tecnología de las comunicaciones: una reflexión desde el derecho constitucional”, en Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 31.

- HUMERES NOGUER, H. (2018). La prueba ilícita en Sede Laboral, en Revista Laboral Chilena.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H. (2002). La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno. Santiago, Chile: Colección de investigaciones jurídicas Universidad Alberto Hurtado.
- HAIRABEDÍAN, M. (2002). Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal, Ad´Hoc. Buenos Aires.
- HORVITZ LENNON, M.I. y LÓPEZ MASLE, J. (2004). Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- JIMÉNEZ, J. (1987). “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 7, N°20, mayo-agosto.
- MARTÍNEZ, E. (2003). Eficacia de la prueba ilícita en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MELIS VALENCIA, C. (2009). Los derechos fundamentales de los trabajadores como límites a los poderes empresariales. Santiago: Abeledo-Perrot, Legal Publishing.
- MIDÓN, M. (2002). Pruebas Ilícitas. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2002.
- MIRANDA ESTRAMPES, M. (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal. Barcelona, España: J. M. Bosch Editor.

- MUÑOZ, O. (2006). Sistema penal acusatorio de Estados Unidos. Legis Editores S.A., Bogotá.
- NOGUEIRA, H. (1998). El Derecho a la Privacidad y la Intimidad en el Ordenamiento Jurídico Chileno, en *Ius et Praxis*, año 4 N° 2.
- NOGUEIRA, H. (2007). “Derechos fundamentales y garantías constitucionales”, Editorial Librotecnia, Santiago, p. 538.
- PACHECO, M. (1990) “Teoría del derecho”. Cuarta edición. Editorial Jurídica de Chile.
- PELLEGRINI, A. (1995). Pruebas ilícitas. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 7, N° 10.
- PIÑA, J. (2018). “Privacidad laboral”, en *El mercurio legal*, abril 23 de 2018, <http://www.elmercurio.com/blogs/2018/04/23/59702/Privacidad-laboral.aspx>. [Fecha de consulta: diciembre 28 de 2018]
- POZO SILVA, Nelson. (2006). “Presunción de Inocencia o Estado de Inocencia en el Nuevo Proceso Penal”, en *Gaceta Jurídica* N° 313.
- RUIZ DE LA FUENTE, M. (2005). La prueba ilícita civil. Tesis (Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Facultad de Derecho.
- SÁNCHEZ AGESTA, L. (1984) “El derecho a la tutela jurisdiccional. Comentario al Libro de Jesús González Pérez”, en *Revista española de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, No 10.
- SILVA MELERO, V. (1963). La prueba Procesal, Editorial Edersa, Madrid.
- VERDUGO, M. (1997) *Derecho Constitucional*. 2da edición. Santiago.

- UGARTE, J. (2000). El derecho a la intimidad y la relación laboral. [en línea]<http://www.dt.gob.cl/1601/articles-65179_recurso_1.pdf> [consulta: 20 de septiembre de 20018].
- UGARTE, J. (2011). Privacidad, Trabajo y Derechos Fundamentales, en Estudios constitucionales, año 9 (1), p. 13-36.
- URBANO E. (2005). “Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de prueba ilícita, y en particular, la conexión de antijuridicidad”, Madrid.
- WESTIN A. (1967) Privacy and Freedom, citado por Solove and Schartz, Information Privacy Law, Editorial Wolters Kluwer, 2015, p. 46-49.
- ZAPATA GARCÍA, M. (2004). La Prueba Ilícita. Santiago, Chile: LexisNexis.