

ESTUDIOS

Las grabaciones subrepticias del trabajador en la empresa: Un análisis de su licitud como medio de prueba en los procedimientos laborales

The surreptitious recordings of the worker in the company: An analysis of its legality as a means of proof in labor procedures

Fernando A. Daller Gutiérrez

Abogado, Chile

RESUMEN El presente trabajo intenta exponer argumentos que permiten descartar los principales fundamentos que se esgrimen para considerar prueba ilícita a las grabaciones subrepticias del trabajador de las cuales sea partícipe. Para ello, partiremos de la consideración del derecho a la prueba integrante del derecho a defensa, luego analizaremos lo resuelto por la Corte Suprema en el denominado caso BCI sobre la restricción de las causales de ilicitud a la obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Analizaremos después los principales argumentos distintos de la vulneración al derecho a la vida privada que se invocan a favor de la ilicitud, para, finalmente, analizar la posible vulneración del derecho a la privacidad y la fórmula que la Corte Suprema utilizó en el caso BCI para la correcta resolución de estos casos, centrada en la doctrina de las legítimas expectativas de privacidad. Por último, analizaremos la posibilidad de predicar la licitud de la grabación aun en presencia de una legítima expectativa de privacidad.

PALABRAS CLAVE Grabaciones subrepticias, derecho a la prueba, prueba ilícita, privacidad, principio de proporcionalidad.

ABSTRACT The present work tries to expose arguments that allow to discard the main arguments that are put forward to consider the surreptitious recordings of the worker of which he is a participant as illicit evidence. To do this, we will start from the consideration of the right to evidence that is part of the right to defense, then we will analyze what was resolved by the Supreme Court in the so-called BCI case on the restriction of the causes of illegality to that obtained with violation of fundamental rights. We will then analyze the main arguments other than the violation of the right to privacy that are invoked in favor of illegality, to finally analyze the possible violation of the right to privacy and the formula that the Supreme Court used in the BCI case. for the correct

resolution of these cases, centered on the doctrine of legitimate expectations of privacy. Finally, we will analyze the possibility of predicating the legality of the recording even in the presence of a legitimate expectation of privacy.

KEYWORDS Surreptitious recordings, right to proof, illicit evidence, privacy, proportionality principle.

Debido proceso, derecho a defensa y derecho a la prueba

¿Es lícito que el trabajador grabe subrepticamente una conversación con su empleador o sus representantes, en la empresa, y luego incorpore dicha grabación como medio de prueba en juicio?

A nuestro juicio, cualquier análisis sobre la licitud de las grabaciones subrepticias como medio de prueba debe partir por recordar que, en último término, tras las normas de exclusión probatoria se encuentra comprometido el derecho fundamental al debido proceso. Para nuestro Tribunal Constitucional, una de las garantías del justo y racional procedimiento o debido proceso es precisamente «la producción libre de pruebas en conformidad a la ley».¹

Por su parte, diversos tratados internacionales sobre derechos humanos consagran de manera directa un derecho a la producción de pruebas. Como señala a este respecto Verdugo Jaña, «los instrumentos internacionales relevantes son la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El primero, en el contexto interamericano, lo consagra en el artículo 8.2² y el segundo, a nivel mundial, en su artículo 14.3»³ (Verdugo, 2018: 112).

Por «medios adecuados para la preparación de la defensa» (artículo 8.2 de la Convención) no es posible ver otra cosa que la referencia a los medios de prueba. A su vez, como puede apreciarse de su redacción, estas disposiciones ya dan cuenta de lo que Picó i Junoy denomina «relación de instrumentalidad» entre el derecho a la prueba y el derecho a defensa, «en la medida en que es necesario para que los litigantes puedan desvirtuar las alegaciones de la parte contraria, o justificar las propias, y en último término, hacer efectivo el derecho a la tutela judicial» (citado por Verdugo, 2018: 112).

1. Sentencia del Tribunal Constitucional, 14 de junio de 2011, recaída en requerimiento de inaplicabilidad rol 1.718-2010.

2. Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.2: «Medios adecuados para la preparación de su defensa».

3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3: «A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección».

Esta conexión entre el derecho a la prueba y el derecho a defensa conecta al primero, en último término, al derecho al debido proceso. Así lo ha ratificado nuestra Corte Suprema, señalando que el derecho a la prueba del particular se encuentra implícito dentro de la garantía del debido proceso.⁴

De esta forma, sea que se lo considere un derecho autónomo o bien como integrante del derecho a defensa o del debido proceso, es indiscutible la jerarquía constitucional de este derecho (Jara Bustos, 2011: 115-116).⁵

A nuestro juicio, la condición de fundamentalidad del derecho a la prueba por su conexión de instrumentalidad con el derecho a defensa y la tutela judicial efectiva justifica el principio de libertad probatoria consagrado en material procesal laboral, al cual nos referiremos someramente a continuación.

El principio de libertad probatoria en el procedimiento laboral y la prueba ilícita como límite: Interpretación restringida

El artículo 453 número 4 inciso primero del Código del Trabajo consagra el principio de libertad probatoria al establecer que, para probar los hechos controvertidos fijados por el tribunal, las partes pueden valerse de todas las pruebas reguladas en la ley, pudiendo ofrecer también cualquier otro elemento de convicción que, a juicio del tribunal, fuese pertinente (Verdugo, 2018: 114). La regla general, entonces, es que todo hecho controvertido puede ser probado por cualquier medio de prueba, aun cuando no esté regulado expresamente en la ley.⁶

Luego de consagrar la regla general de libertad probatoria, el mismo artículo contiene las hipótesis de exclusión: pertinencia, utilidad e ilicitud (Verdugo, 2018: 114). Por la extensión de este artículo, solo nos referiremos a esta última.

4. La Corte Suprema efectúa el reconocimiento precisamente al evidenciar lo que veremos al final de este trabajo, la colisión entre derechos fundamentales en casos de exclusión de prueba por ilicitud: «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». Sentencia del caso *Dirección Nacional del Trabajo con Banco Crédito Inversiones*, Corte Suprema, rol 35.159-2017, 12 de abril de 2018, considerando tercero.

5. Para Jara Bustos (2011: 115-116), «el derecho a la prueba debe entenderse como garantía autónoma o como integrante de otra, como es el derecho a la defensa. Su definición es relativamente pacífica, y en suma consiste “en el derecho de influir sobre el convencimiento del juez”. De este modo, debe permitirse a las partes utilizar cada medio de prueba del que dispongan en el entendido de que la verdad es una condición importante para la justicia de una resolución, y que el restringir pruebas será principalmente restricción de justicia. Por esta gran importancia, se reconoce que se trata, en suma, de una condición *del debido proceso adjetivo* de impronta constitucional».

6. Para Palomo Vélez y Matamala (2012: 250), el principio de libertad probatoria, dada su amplitud, justifica incluso que el tribunal admita la declaración de parte como medio de prueba.

La idea de sancionar con la ineficacia probatoria a aquellas pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales surge en Estados Unidos, inspirada en la denominada *exclusionary rule*. Según Jequier:

Se trata de una regla jurisprudencial elaborada por la Corte Suprema de ese país, en virtud de la cual las fuentes de prueba (*evidence*) obtenidas por las fuerzas del orden público en el curso de una investigación criminal que violenten derechos y garantías procesales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado (Jequier, 2007: 460).⁷

El hecho de que el Código del Trabajo consagre el principio de libertad probatoria en los procedimientos laborales tiene claras implicancias en la interpretación de las normas de exclusión. Maier llega al punto de sostener que «la libertad probatoria [...] reza: mientras una regla jurídica no especifique lo contrario, todo hecho es susceptible de ser probado y se lo puede verificar por cualquier medio de prueba [...] por esta razón se habla siempre de las prohibiciones probatorias como una excepción a la regla general de permisión» (Correa, 2016: 111).

No solo la regla general de permisión de los medios de prueba justifica que la interpretación de las causales de exclusión —que constituyen excepciones a dicha regla general— sea restrictiva. A nuestro juicio, abona esta tesis la jerarquía constitucional del derecho a la prueba,⁸ lo que justifica que aquellas normas que limiten la concreción de este derecho sean interpretadas de esa manera.

Este criterio ha sido fundamental para establecer la que, a nuestro juicio, es la correcta interpretación de la norma de exclusión por ilicitud en nuestro ordenamiento procesal laboral, que podemos resumir así: si el derecho a la prueba es uno de rango constitucional, entonces solo puede ser limitado por un derecho de la misma jerarquía normativa. Sin embargo, es innegable que, *a priori*, la norma de exclusión en materia laboral se presentaba como la regla de ilicitud más amplia de todo nuestro ordenamiento jurídico.

7. «Esta regla fue creada en 1914 en el caso *Weeks con United States*, de aplicación restringida a los Tribunales Federales, por lo que hubo que esperar a la resolución del caso *Mapp. con Ohio*, 367, US, 643 (1961), fundado en la Decimocuarta Enmienda y en su cláusula del *due process of law*, para que la *exclusionary rule* fuera extensiva a todos los tribunales estatales» (Jequier, 2007: 460).

8. En España, Pico i Junoy sostiene que, en virtud del derecho a la prueba, la norma que haría referencia a la doctrina de los frutos del árbol prohibido (artículo 11 inciso primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial) debe interpretarse en forma restrictiva, conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional de ese país, por lo que niega que dicha norma establezca la doctrina del efecto reflejo de la prueba ilícita (Jara Bustos, 2011: 125).

La amplitud de regla de exclusión probatoria por ilicitud en materia laboral

El legislador de la Ley 20.087, luego de consagrar el principio de libertad probatoria en el inciso primero del artículo 454 número 4 del Código del Trabajo, estableció en su inciso final la siguiente regla de exclusión:⁹ «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».

De inmediato, la doctrina reparó en la amplitud de esta norma (Jara Bustos, 2011: 113), ya que su tenor literal sugería que las hipótesis de ilicitud eran dos, la obtención por medios ilícitos y la obtención con violación de derechos fundamentales (Academia Judicial de Chile, 2018: 84), estableciendo así una norma de exclusión por ilicitud más amplia incluso que en materia procesal penal, la cual limita la exclusión únicamente a la prueba obtenida con «inobservancia de garantías fundamentales» (artículo 276 inciso tercero del Código Procesal Penal) (Verdugo, 2018: 148).¹⁰

De acuerdo con la regulación legal, según el *Manual de juicio del trabajo* de la Academia Judicial de Chile (2018: 84):

Constituye prueba ilícita toda aquella obtenida con infracción de una norma jurídica, incluso la que afecte a los principios generales del derecho. Una especie en la tipología de la prueba es aquella que se haya obtenido dentro o fuera del proceso con violación a derechos fundamentales. Nuestra ley procesal laboral acoge tanto el concepto amplio como el restringido de la prueba ilícita.

En este mismo sentido se pronuncia José Francisco Castro, para quien la prueba ilícita en el procedimiento laboral «debe ser entendida en sentido amplio, esto es, comprendiendo la prueba obtenida a través de actos que impliquen vulneración o inobservancia de derechos fundamentales, por una parte, pero además incluyendo aquella prueba que se hubiere obtenido “por medios ilícitos”, por otra» (citado por García, 2013: 46).

9. No es pacífica la conclusión de que trata de una norma de exclusión, pues su tenor literal sugeriría que se trata más bien de una norma de valoración de la prueba, al utilizar las expresiones «carecerán de valor probatorio» y «no podrán ser apreciadas por el Tribunal», que suponen un medio de prueba que ha sido previamente incorporado al proceso. Por la extensión de este trabajo, no es posible detallar las distintas posturas sobre la naturaleza de la prohibición de la norma (admisión frente a valoración) (García, 2013: 55).

10. Verdugo constata lo anterior en los siguientes términos: «La regla laboral se ve bastante más amplia que la solución penal, la cual es prevista para situaciones de suma gravedad (en último término, vulneración de derechos fundamentales), mientras que la norma del artículo 453, en lo relativo a la causal de medios ilícitos y según los criterios asentados en la jurisprudencia, llegaría incluso a regular situaciones de admisibilidad general de los medios de prueba, lo que es innecesario, puesto que es obvio que al analizar su incorporación debe efectuarse en conformidad con las normas legales» (Verdugo, 2018: 148).

Adhiriendo a la tesis amplia en material laboral, encontramos también a García Suárez, para quien, con la expresión *medios ilícitos* «se introduce un concepto amplio de la prueba ilícita, comprensiva tanto de la legalidad ordinaria como de los derechos fundamentales» (García, 2013: 48). Para este autor, una posible razón de amplitud de la norma sería la intención del legislador de privilegiar al trabajador «toda vez que, en general, en las relaciones de poder asimétricas, quien obtiene pruebas ilícitamente es la parte que tiene más poder (y medios de control), como por ejemplo el Estado en el proceso penal o el empleador en el laboral» (García, 2013: 48).¹¹ Con todo, García Suárez advierte rápidamente que, en no pocas ocasiones, es el empleador el que alega la ilicitud de la prueba ofrecida por el trabajador (García, 2013: 48).

Respecto a la causal de la prueba obtenida por medios ilícitos se ha dicho que «esta causal puede invocarse cuando se han presentado medios probatorios prohibidos por la ley, o cuando no se han observado las formalidades pertinentes en su obtención y práctica» (Verdugo, 2018: 133).

Por nuestra parte, no conocemos casos de regulación legal prohibitiva de algún medio de prueba específico en materia laboral, ni tampoco normas que establezcan formalidades legales para la obtención de un determinado medio de prueba,¹² en contraposición a la rendición de la prueba en juicio, que sí está regulada legalmente. Además, la norma en materia laboral se refiere exclusivamente a la obtención del medio de prueba por medios ilícitos, no a la omisión de formalidades legales en su

11. Concordando en que es más probable que el empleador vulnere derechos fundamentales del trabajador en la obtención de pruebas (Gamonal, 2015: 104).

12. Sin embargo, Verdugo entrega ejemplos jurisprudenciales en que se habría excluido prueba por la hipótesis de obtención por medios ilícitos: i) certificaciones notariales presentadas por una de las partes, por estar suscritas por notarios, pero no realizadas por ellos, lo que contraviene el tenor del artículo 401 del Código Orgánico de Tribunales, faltando, por tanto, uno de los requisitos establecidos en la ley para su confección; ii) grabaciones en las que hay expresiones del profesor demandado en base al artículo 161 A del Código Penal, que sanciona tales intromisiones sin la debida autorización, y también a partir del reglamento del instituto en el que la grabación tuvo lugar; iii) tres capturas de pantalla de correos electrónicos —los cuales, por lo demás, fueron adulterados— en virtud del mismo artículo 161 A del Código Penal (Verdugo 2018: 138). Sin embargo, creemos que ninguno de estos ejemplos corresponde a casos de regulación legal de la obtención de un determinado medio de prueba. Si bien el primero podría considerarse *a priori* que sí, la regulación legal que se estima infringida solo impide considerar al documento como uno autorizado ante notario, mas no obsta a que el documento sea ofrecido e incorporado como medio de prueba en el procedimiento laboral, por regir la valoración conforme a las reglas de la sana critica (artículo 456 del Código del Trabajo). Respecto de los dos restantes, si bien la jurisprudencia trata la ilicitud por la posible comisión de algún delito tipificado en el artículo 161 A del Código Penal, como una hipótesis de prueba ilícita por obtención a través de medios ilícitos (infracción legal), es evidente que, por el bien jurídico protegido (privacidad) la comisión de dichos delitos en la obtención de un medio de prueba configura una hipótesis de obtención con vulneración de derechos fundamentales.

rendición, para lo cual, estimamos, existe la posibilidad de promover el correspondiente incidente de nulidad procesal.¹³

Subsistiría entonces, como hipótesis que configuraría la causal de obtención de prueba por medios ilícitos, aquella obtenida en contravención a principios generales del derecho. Sin embargo, adelantando nuestra posición, concordamos con la Corte Suprema en que no basta una mera infracción legal, desconectada de una efectiva vulneración a un derecho fundamental para excluir prueba en materia laboral. Por ende, salvo que el principio general del derecho de que se trate tenga jerarquía constitucional, por mera jerarquía normativa, no podría invocarse un principio general del derecho como limitación a un derecho fundamental.

Con todo, si fuese cierto que el legislador estableció dos causales de exclusión por ilicitud, entonces efectivamente estaríamos en presencia de la norma de exclusión más amplia de nuestro ordenamiento jurídico, en aquellos procedimientos en que se regula el tema de la exclusión por ilicitud. Sería más amplia que la establecida en materia penal, que ya vimos, y que la establecida en materia de familia, que ordena al juez de excluir solo las pruebas que «hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales» (artículo 31 de la Ley 19.968).

Sin embargo, por vía de la interpretación sistemática, nuestra Corte Suprema ha colocado la norma del artículo 453 número 4 del Código del Trabajo a tono con las normas del procedimiento penal y de familia, según veremos a continuación.

La Corte Suprema y el caso BCI: Restringiendo la ilicitud a la hipótesis de obtención con vulneración de derechos fundamentales

La sentencia de la Corte Suprema del 12 de abril de 2018, dictada en causa rol 35.159-2017 y caratulada *Dirección Nacional del Trabajo con Banco Crédito Inversiones*, es la sentencia más importante sobre prueba ilícita en materia laboral.

En lo que interesa en este acápite, el mayor aporte doctrinal de la sentencia fue acotar las hipótesis de exclusión de prueba del artículo 453 número 4 inciso final del Código del Trabajo únicamente a la obtenida con vulneración de derechos fundamentales. La Corte lo hizo con sólidos argumentos, sobre todo a través de una interpretación sistemática de las distintas normas sobre prueba ilícita de nuestro ordenamiento jurídico, y a un argumento al que hemos denominado «dogmático». En palabras de la Corte Suprema:

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 contra-

13. Al respecto, el artículo 443 del Código del Trabajo dispone: «Los incidentes de cualquier naturaleza deberán promoverse preferentemente en la audiencia respectiva y resolverse de inmediato. Excepcionalmente, el tribunal podrá dejar su resolución para la sentencia definitiva».

vención a una norma de derecho 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 4-350, del 23 de septiembre de 2003, contenida en el inciso cuarto del artículo 458 del proyecto, es idéntica a la finalmente aprobada y que corresponde actualmente al artículo 453 número 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 solo en aquellos casos en que exista una efectiva violación de derechos fundamentales.

El primer aspecto que queremos relevar de la sentencia es su argumento dogmático. Cuando la Corte Suprema señala que no hay rastro en la historia fidedigna del establecimiento de la ley de que el legislador haya querido «innovar en el tratamiento de la exclusión de pruebas», entendemos que la referencia no es solo al tratamiento que el derecho positivo ha dado a la materia, plasmado en las normas pertinentes en materia penal y de familia que hemos revisado, acotadas únicamente a la hipótesis de

obtención de la prueba con vulneración de derechos fundamentales, ya que, además, ese es precisamente el sentido tradicional del instituto de la prueba ilícita.

En efecto, cuando se habla de prueba ilícita, la doctrina mayoritaria se inclina por un concepto restringido,¹⁴ comprensivo únicamente de la vulneración de algún derecho fundamental en su obtención. Para Picó i Junoy, «el legislador a veces induce a confusión, pero la prueba ilícita no es la prohibida por la ley, sino la obtenida y practicada con vulneración de derechos fundamentales, pues “el derecho a utilizar los medios probatorios pertinentes para la defensa obliga a mantener un concepto de prueba ilícita lo más restrictivo posible”» (citado por Colás-Nelila y Yélamos Bayarri, 2018: 2).

En sede penal, donde la prueba ilícita ha tenido su mayor desarrollo doctrinal, existe cierto consenso en doctrina extranjera, como apunta Carocca Pérez,

que por prueba ilícita debe entenderse solo aquella que para su existencia como tal vulneró derechos o garantías fundamentales consagradas en un ordenamiento constitucional. Si bien se han planteado diversas categorías de pruebas irregulares o antijurídicas, con diferencia en cuanto a sus efectos valorativos o de admisión, el punto central de acuerdo es que la llamada ilícita es la que afecta garantías fundamentales, lo que merece la reacción más enérgica de los sistemas de regulación de admisión o valoración probatoria de cada país (Correa, 2016: 116).

En el mismo sentido en la doctrina nacional, comprensivo únicamente de aquella prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, argumentan el mismo Carocca Pérez, Sabas Chahuán, María Inés Horvitz y Julián López.¹⁵

A su vez, Hernández Basualto destaca que no basta con la infracción de ley en la obtención de la prueba para entender configurada una inobservancia de garantías fundamentales, «sino que además se requiere que la infracción pueda vincularse de modo tal con una garantía fundamental que pueda conceptualizarse como una afectación de la misma» (citado por Correa, 2016: 117).

Por su parte, en España, la prueba ilícita hace referencia a la obtención del medio de prueba con vulneración de derechos fundamentales, sin que esté limitada exclusivamente al ámbito penal, extendiéndose el mismo concepto al ámbito laboral (Jequier, 2007: 460).

14. En contra, por un concepto amplio de prueba ilícita, véase Alberto Montón y Hernando Devis, citados por García (2013: 16).

15. Así, por ejemplo, Alex Carocca define a la *prueba ilícita* como «aquella obtenida con infracción de cualquier derecho fundamental, reconocido a nivel constitucional en nuestro país, ya sea directamente o por remisión a los tratados internacionales sobre derechos humanos». La misma postura restringida siguen María Inés Horvitz y Julián López al definirla sucintamente como «aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales». En un sentido similar, Sabas Chahuán la define como «aquella prueba obtenida o producida con infracción de derechos fundamentales o de garantías constitucionales de carácter procesal» (García, 2013: 17).

Parece razonable, entonces, atendido este consenso doctrinal previo, que la Corte Suprema utilice la inexistencia de referencias en la historia de la ley sobre la intención de ampliar las hipótesis de exclusión por ilicitud como argumento para descartar que aquella haya sido la intención del legislador.

En cuanto al argumento sistemático, la Corte Suprema compara la norma de exclusión por ilicitud del Código del Trabajo con la del Código Procesal Penal recurriendo al argumento de reducción al absurdo,¹⁶ al señalar que, de seguir la tesis amplia —es decir, dos causales de ilicitud—, se estaría asumiendo que la norma en materia laboral, en un ámbito de eficacia horizontal de los derechos fundamentales, es más amplia que en materia penal, caso típico de eficacia vertical, por lo que tal predicamento llevaría al absurdo de tener «que 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».¹⁷

Tesis restringida y las finalidades de la prueba ilícita

No podemos sino adherir a la tesis de la Corte Suprema y sus argumentos. A mayor abundamiento, es dable señalar que, a nuestro entender, ninguna de las teorías que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado en materia penal sobre la finalidad de la prueba ilícita dan sustento a la interpretación contraria —amplia— de la norma exclusión por ilicitud en materia laboral.

Estas teorías son: i) prevención, ii) integridad judicial e iii) igualdad ante la ley. Las revisaremos someramente.

Respecto a la *prevención*, esta finalidad

tiene relación con lo que la jurisprudencia norteamericana denomina el efecto disuasivo de la regla de exclusión (*deterrent effect*), según el cual el fin de la exclusión de la prueba ilícita es desalentar a los agentes gubernamentales encargados de la persecución penal (Ministerio Público, Policía), de conculcar los derechos y garantías de las personas al momento de recolectar evidencias (Horvitz y López, citados por García, 2013: 23).

El descarte de este fundamento es inmediato. En materia laboral, de ordinario, los litigantes serán dos particulares y, cuando uno de ellos es el Estado a través de sus distintos organismos, no se produce intervención de ninguno de los organismos de persecución penal en esos juicios, al menos no en ese carácter.

Respecto a la *integridad judicial*, esta finalidad

16. José Luis Ugarte, «Corte Suprema, privacidad y prueba laboral», *El Mercurio Legal*, 20 de diciembre de 2018, disponible en <https://bit.ly/3xkS7uQ>.

17. Sentencia del caso *Dirección Nacional del Trabajo con Banco Crédito Inversiones*, considerando tercero.

supone que el Estado, ya sea en su papel de juez o de parte (*v.gr* Ministerio Público), no puede justificar su decisión en, o valerse de, medios que infrinjan la ley que ellos mismos están llamados a respetar, resguardar y promover. De este modo, si el juez utiliza como elemento de convicción una prueba obtenida con infracción de derechos fundamentales, se convierte en partícipe de tal violación (al avalar y otorgar el efecto jurídico deseado por el autor del hecho ilícito), cayendo en una contradicción insalvable que socava toda la integridad del proceso (y de los órganos estatales involucrados en él) como un método justo de resolución de conflictos (Horvitz y López, citados por García, 2013: 23).

Si bien esta teoría tiene la ventaja de ser aplicable a los particulares (García, 2013: 23), creemos que tampoco podría sustentar una ampliación del concepto de prueba ilícita a todo tipo de infracciones de mera legalidad, ya sean extra o intraprocerales (para estas últimas, además, existen otros remedios procesales). La integridad judicial como valor del sistema debe también considerar el derecho a la prueba de los particulares, de rango constitucional, de modo que un adecuado equilibrio exige imponer un límite al derecho a obtener pruebas por parte de los particulares del mismo rango; en otras palabras, únicamente el respeto a los derechos fundamentales de las demás personas.

Por último, respecto a la *igualdad ante la ley*,

con la exclusión de prueba ilícita se buscaría preservar «la igualdad de armas dentro del proceso, que se vería quebrantada cuando uno de los litigantes utiliza una prueba que no fue obtenida conforme a la Constitución, toda vez que ella constituye una ventaja indebida al situarse al margen de las reglas del juego (Ferrada, citado por García, 2013: 24).

Como se ve, la formulación doctrinaria de esta finalidad de la prueba ilícita indica que la igualdad de armas puede romperse con la admisión de una prueba que ha sido obtenida de manera «no conforme a la Constitución», más no a la mera legalidad (Nogueira, citado por García, 2013: 24).¹⁸

En conclusión, la Corte Suprema ha devuelto a la prueba ilícita su sentido dogmático tradicional: la vulneración de derechos fundamentales. Estamos en condiciones entonces de comenzar el análisis de la problemática de la prueba ilícita y las grabaciones subrepticias en material laboral.

18. En el mismo sentido argumenta Humberto Nogueira, para quien la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales vulnera el derecho a una investigación y a un procedimiento racional y justo con todas sus garantías y el derecho de igualdad de las partes en el proceso (citado por García, 2013: 24).

El problema de las grabaciones subrepticias

Las grabaciones subrepticias, es decir, aquellas efectuadas sin conocimiento de quien es grabado, representan uno de los casos más complejos de resolver en relación con la prueba ilícita, cuando quien graba es a su vez partícipe de la comunicación.¹⁹

Si el tema de la prueba ilícita en materia laboral ya es complejo, tanto por la deficiente redacción de la norma del artículo 453 número 4 inciso final del Código del Trabajo, como por la ausencia de referencias en la historia de la ley y su falta de desarrollo doctrinal, tenemos que añadir la complejidad de las grabaciones subrepticias, derivada del derecho fundamental que se alegará vulnerado en estos casos: quien es grabado sin su conocimiento dirá que el medio de prueba obtenido (la grabación de audio o video) vulnera su derecho fundamental a la privacidad, o bien, en menor medida, a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada.

Sobre el derecho fundamental a la privacidad, se ha dicho, con razón, que definir su contenido o en qué consiste no es un asunto sencillo —más bien todo lo contrario—, al punto que se ha llegado a sostener que «nadie parece tener una idea muy clara de que es» (Figueroa, 2014b: 107).²⁰ Por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional, como revela Álvarez Valenzuela (2018: 12), «el derecho a la vida privada (que es la forma utilizada por la Constitución para referirse al derecho a la privacidad) y la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas han sido objeto de una discusión doctrinal discreta y un desarrollo jurisprudencial menor».²¹

Para Figueroa (2014b: 105), existirían al menos tres estrategias conceptuales para intentar responder a la pregunta de qué es la privacidad. La primera sería definir la privacidad a partir de aquello que las normas y las Cortes protegen cuando la invo-

19. Sin ir más lejos, en el caso BCI, la Corte Suprema resolvió sobre un caso de ilicitud de una grabación efectuada por un trabajador, de una reunión en que participó junto a un grupo de trabajadores y un representante de la empresa.

20. «¿En qué consiste el derecho a la privacidad o cuál es su contenido? Este asunto no es sencillo, al punto que Judith Thomson ha señalado que nadie parece tener una idea muy clara de qué es» (Figueroa, 2014b: 107). Para los efectos de este trabajo, entenderemos las expresiones *privacidad* y *vida privada* como sinónimas. Para un análisis en profundidad sobre la distinción terminológica entre *privacidad*, *vida privada* e *intimidación*, véase Figueroa (2014b: 107).

SIN perjuicio de lo anterior, es posible rastrear el origen del derecho a la privacidad en el derecho norteamericano, en el célebre trabajo de Warren y Brandeis titulado «The right to privacy». «Tal como señala Guerrero, “el gran aporte de esta obra se aprecia en las bases que se sentaron para atribuir entidad propia a la intimidad, argumentando la necesidad de proteger a la persona en tanto individuo frente a cualquier intromisión injustificada del poder público o de la prensa en su ámbito personal”» (Escobar, 2017: 413).

21. En el mismo artículo, este autor se refiere a complejidad del derecho a la privacidad, ya que «responder la pregunta acerca de qué es la privacidad suele sacarnos a pasear por consideraciones de tipo social, cultural, históricas, antropológicas e, incluso, religiosas» (Álvarez Valenzuela, 2018: 14).

can, identificando tres «bienes jurídicos» objetos de protección: el cuerpo, objetos personales y lugares. La segunda consiste en definir la privacidad a través de otros conceptos asociados con ella, como secreto, tranquilidad o autonomía. Y una tercera consistiría en individualizar tipos de conductas o acciones que vulneran y han sido identificadas en casos concretos por la jurisprudencia (Figuroa, 2014b: 107 y ss.).

Sin perjuicio de reconocer la complejidad que supone caracterizar este derecho, por ser la idea más simple y extendida de privacidad —y, a su vez, suficiente para entender por qué alguien puede alegar que ser grabado sin su conocimiento vulnera su privacidad—, nos centraremos en la concepción tradicional de este derecho, asociada a la idea de secreto. Como bien señala Figuroa García-Huidobro: «Todos sabemos que tenemos un derecho a la vida privada y muchas veces hemos usado la expresión “esto es privado”, con la cual queremos significar que algo es reservado, que los demás no tienen derecho a conocerlo» (Figuroa, 2014b: 15). Novoa Monreal había expresado la misma idea con anterioridad, profundizando sobre el fundamento de este derecho como estrategia adecuada para intentar una definición:

Nuestra cultura actual reconoce que existe un ámbito de la vida de cada persona que solamente concierne a esta y que queda reservado para los demás. Este ámbito es la consecuencia de la individualidad, de la autonomía y de la libertad que se admiten como propias de todo ser humano. Es de allí de donde se desprende el derecho de todo hombre de mantener secretas e inviolables ciertas manifestaciones de su vida. Sin su expreso consentimiento nadie puede inmiscuirse dentro de ese ámbito (Novoa, 1979: 35).

A nuestro entender, en esta concepción tradicional del derecho a la privacidad, lo relevante para determinar si algo es privado es verificar si el derecho reconoce al titular la potestad para excluir a terceros del conocimiento de un determinado aspecto propio. Así lo entiende Fernando Rodríguez, para quien «el derecho a la privacidad precisamente consiste en mantener una parte de nuestras vidas fuera del acceso y del conocimiento del resto de las personas, ejerciendo un control constante y efectivo sobre la información relativa a esa parte de nuestras vidas» (citado por Pavez, 2016: 6). En la misma línea, el Tribunal Constitucional español ha destacado que el derecho a la intimidad confiere a su titular «el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (entre otras, SSTC196/2004, de 15 de noviembre, fundamento jurídico 2; 206/2007, de 24 de septiembre, fundamento jurídico 5; y 70/2009, de 23 de marzo, fundamento jurídico 2)».²²

Pero antes de analizar si la grabación subrepticia de una comunicación por uno de

22. Sentencia del Tribunal Constitucional de España, rol STC 12/2012, 30 de enero de 2012, disponible en <https://bit.ly/3NxxhPmM>.

los partícipes vulnera la privacidad del interlocutor que desconoce esa circunstancia, nos detendremos para descartar otros argumentos que suelen esgrimirse en tribunales para señalar que la grabación así obtenida es prueba ilícita.

No hay vulneración al derecho fundamental a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada cuando quien graba es partícipe de la comunicación

Uno de los derechos que suele alegarse vulnerado en casos de grabaciones subrepticias es el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas,²³ reconocido en Chile por el artículo 19 número 5 de la Constitución. Respecto a este derecho, más que intentar una definición, parece importante destacar que lo protegido por el derecho es la comunicación en sí misma, tanto con independencia del soporte a través de la cual se materializa, como del contenido de la comunicación (Álvarez Valenzuela, 2018: 16),²⁴ aunque esta última conclusión no es pacífica en doctrina.²⁵

La protección de este derecho, sin embargo, solo alcanza a terceros ajenos a la comunicación. En efecto, cuando quien graba es un partícipe de esta, no existe vulneración a este derecho, pues lo que la norma excluye es la intromisión de terceros ajenos a la comunicación.

Esta es la doctrina del Tribunal Constitucional español, inaugurada en su ya célebre sentencia 114-1984, del 29 de noviembre de 1984,²⁶ doctrina que ha sido recogida por nuestra Corte Suprema para descartar la comisión del tipo penal del artículo 161

23. De hecho, en el caso BCI, el demandado alega vulnerado, entre otros, el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. Para algunos autores, como Álvarez Valenzuela (2018: 13), en nuestro país, tanto la inviolabilidad de las comunicaciones privadas como la vida privada, junto con el derecho a la protección de datos personales, la inviolabilidad del hogar y la inviolabilidad de los documentos privados, son derechos perfectamente diferenciables entre sí, que forman parte del sistema de protección de la privacidad.

24. Para Álvarez Valenzuela, «la regla vigente recoge la experiencia acumulada en los doscientos años de historia constitucional chilena, utilizando la estructura que la Constitución de 1833 propuso para la protección de la correspondencia epistolar, ampliando el ámbito de aplicación al concepto genérico de *comunicación privada*, que reconoce al acto comunicativo en sí mismo como objeto de amparo constitucional, con independencia del soporte utilizado para materializar tal acción comunicativa y, lo que resulta más importante, con prescindencia del contenido de la comunicación» (Álvarez Valenzuela, 2018: 16). Por su parte, el Tribunal Constitucional también se pronuncia por la irrelevancia del contenido de la comunicación, por cuanto la inviolabilidad protege la comunicación en sí misma, independiente de su contenido, «constituyendo una presunción *iuris et de iure* de que lo que se transmite es parte de la privacidad de las personas, por lo que la revelación de ello, independientemente de su contenido, vulnera el derecho de la privacidad» (Álvarez Valenzuela, 2018: 19).

25. Para Figueroa (2014a: 183), el calificativo *privada* impide considerar que estemos en presencia de una garantía formal.

26. Sentencia del Tribunal Constitucional de España, rol 114-1984, 29 de noviembre de 1984, disponible en <https://bit.ly/3mqk7YW>.

A del Código Penal —según veremos en el siguiente acápite—, cuando quien graba es un partícipe de la comunicación. Uno de los aspectos más relevantes de esta sentencia es que se pronunció sobre un caso conocido por la judicatura laboral, cuando fue en esta área del derecho donde se dictó la primera sentencia en materia de prueba ilícita por parte del Tribunal Constitucional español (Jequier, 2007: 460).

En resumen, en el caso en comento, el trabajador, a la sazón editor de un periódico, fue despedido por faltas laborales, para cuya acreditación el empleador aportó como medio de prueba la grabación subrepticia de una conversación telefónica entre el trabajador y quien ocupaba entonces el cargo de consejero técnico del gabinete del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de ese país. En la comunicación, el trabajador pretendía alterar sus condiciones de trabajo en beneficio propio, presionando para ello con medios extraprofesionales y contrarios a la ética e impulsando a su interlocutor para coadyuvar a sus propósitos.

En ese contexto, el trabajador alegó vulnerado, entre otros, su derecho al secreto de las comunicaciones, consagrado por la Constitución española en su artículo 18.3, que reza: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Al respecto el Tribunal Constitucional español resolvió lo siguiente: «Como conclusión, pues, debe afirmarse que no constituye contravención alguna del secreto de las comunicaciones la conducta del interlocutor en la conversación que graba esta».²⁷

Para arribar a dicha conclusión, el Tribunal razonó de la siguiente manera:

El derecho al «secreto de las comunicaciones [...] salvo resolución judicial» no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición a todos del «secreto»— la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo) [...]

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proce-

27. Sentencia del Tribunal Constitucional de España, rol 114-1984, p. 19, fundamento jurídico 8.

so de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

No hay «secreto» para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje.

Esta doctrina ha sido recogida por el Tribunal Supremo español, pudiendo observarse, por ejemplo, en las siguientes sentencias: resolución 652/2016, del 15 de julio de 2016; resolución 517/2016, del 14 de junio de 2016; resolución 298/2013, del 13 de marzo de 2013; resolución 298/2013, del 13 de marzo de 2013; resolución 682/2011, del 24 de junio de 2011; resolución 1051/2009, del 28 de octubre de 2009; resolución 2081/2001, del 9 de noviembre de 2001; resolución 2008/2006, del 2 de febrero de 2006, y resolución 1051/2009, del 28 de octubre de 2009.

También la doctrina española mayoritaria²⁸ sostiene la tesis de que la protección de este derecho solo alcanza a los terceros ajenos a la comunicación, por lo que no habría vulneración a este derecho con la grabación subrepticia de un partícipe, sin perjuicio de la postura que se tenga sobre la posible vulneración del derecho a la privacidad.

Si bien la disposición pertinente de la Constitución chilena (artículo 19 número 5) agrega el calificativo de «privada»²⁹ a las comunicaciones protegidas, ello no genera mayor problema en casos de grabaciones subrepticias, pues «para efectos del numeral quinto del artículo 19 de la Constitución, lo “privado” es aquello que no va dirigido al público» (Álvarez Valenzuela, 2018: 17), por lo que no hay problema en homologar ambas disposiciones en este caso.

28. En la doctrina española «es mayoritaria la posición que excluye las conversaciones cara a cara del ámbito del secreto de las comunicaciones, ubicando su protección en el terreno del derecho a la intimidad. En este sentido, Montero Aroca, “La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal”, cit., p. 37; Jiménez Campo, J. “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, cit., pp. 49-50; Montero Aroca, “La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal”, cit., pp. 37-42; Elvira Perales, A., *Derecho al secreto de las comunicaciones*, Iustel, Madrid, 2007, p. 16; Fernández Rodríguez, J.J., “Secreto e intervención de las comunicaciones en internet”, cit., p. 95. En contra, Ráfols Llach, “Autorización para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado”, en *La prueba en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 1992, p. 564; Noya Ferreiro, L., *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Valencia, 2000» (Vegas, 2015: 5).

29. Para Figueroa, el calificativo *privada* impide considerarla una garantía formal, es decir, independiente del contenido de la comunicación (Figueroa, 2014a: 183).

No se configura el delito tipificado en el artículo 161 A del Código Penal cuando quien realiza la conducta típica es partícipe de la comunicación:
Doctrina y jurisprudencia mayoritaria

Otro argumento a favor de la ilicitud que se ha observado en la jurisprudencia laboral es la tipificación de la conducta de quien graba sin conocimiento de su interlocutor, como constitutiva del ilícito penal contemplado en el artículo 161 A del Código Penal.³⁰ Dicho precepto establece que

se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 unidades tributarias mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

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

En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a esta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 unidades tributarias mensuales.

Esta disposición no es aplicable a aquellas personas que, en virtud de ley o de autorización judicial, estén o sean autorizadas para ejecutar las acciones descritas.

Para Ramírez, el bien jurídico protegido por esta norma es la vida privada o privacidad de las personas (citado en Politoff, Matus y Ramírez, 2005: 233). En mismo sentido, para Díaz Tolosa (2007: 294):

30. En este sentido, las siguientes sentencias: Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, RIT T-182-2019 dictada en audiencia preparatoria del 16 de octubre de 2019; Corte de Apelaciones de Temuco, rol laboral 636-2020, 14 de septiembre de 2020; Primer Juzgado de Letras de Coronel, RIT T-12-2018, 6 de noviembre de 2018; Juzgado de Letras del Trabajo de Puerto Montt, RIT O-305-2013, 12 de diciembre de 2013. Es necesario prevenir que la jurisprudencia que hace alusión a esta norma para fundar la ilicitud de la prueba la trata como un supuesto que configuraría la causal de «obtención por medios ilícitos», lo que autorizaría a descartarla de inmediato sobre la base de la tesis restringida de la prueba ilícita. Sin embargo, como dijimos antes, no es difícil advertir que los tipos penales contemplados en la norma protegen la privacidad, por lo que la eventual comisión de alguno de dichos delitos infringe a su vez el derecho fundamental a la privacidad de la víctima, motivo por el cual consideramos necesario analizarla de todas maneras (véase Verdugo, 2018: 138 y ss.). Véanse las sentencias: Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, RIT T-182-2019 dictada en audiencia preparatoria del 16 de octubre de 2019; Corte de Apelaciones de Temuco, rol laboral 636-2020, 14 de septiembre de 2020; y Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT S-47-2016, 2 de noviembre de 2016. En este último caso, se trató de la captación y reproducción de un correo electrónico por parte de un tercero ajeno a la comunicación.

El artículo 161 A del Código Penal protege jurídicamente la vida privada de las personas. En el inciso primero, se castiga, en general, a quienes, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte conversaciones o comunicaciones, documentos o instrumentos, imágenes o hechos de carácter privado. Mientras, el inciso segundo sanciona a quienes difundan el material obtenido de aquella forma.

Muchos son los problemas interpretativos que ha generado la redacción de esta norma.³¹ El principal, para los efectos de este trabajo, dice relación con la determinación del sujeto activo del delito, ya que, a este respecto, «no es claro si es punible la comisión del delito efectuada por uno de los intervinientes en la comunicación o actuación de “carácter privado”» (Díaz Tolosa, 2007: 293).

Para Díaz Tolosa, la respuesta dependerá de quién es el sujeto afectado en su intimidad con las conductas punibles. Si el afectado es el trasmisor de la información, pareciera ser que no es posible no sancionar al interlocutor, pues se dejaría impune una vulneración al bien jurídico protegido de quien es grabado subrepticamente (Díaz Tolosa, 2007: 298).

Bascuñán, en tanto, no tiene una postura concluyente en uno u otro sentido. Para este autor, todo dependerá de si se considera al acto de grabar subrepticamente como uno abarcado por las prohibiciones de intromisión, a pesar de que el acceso al conocimiento de la información fue consentido por el afectado, caso en que sería punible, o se la considera sujeta al estatus de mero acto preparatorio de un atentado de indiscreción impune, con lo que es posible argumentar en uno u otro sentido, debido a que la grabación subreptica por parte del interlocutor no tiene en Chile un estatus definido, ni constitucional, ni penalmente (Bascuñán, 2014: 72).

Por el contrario, Politoff, Matus y Ramírez (2005: 239) concuerdan con la doctrina del Tribunal Constitucional español, el cual ha resuelto que la grabación de una conversación por uno de los sujetos de esta no conculca el derecho a la privacidad. Para estos autores, además, el concepto de privacidad de las conversaciones y comunicaciones de este tipo penal difiere del sentido constitucional, pues, a diferencia de esta última, no se refiere a la soberanía de la persona para escoger al receptor de la

31. Sistematizando las críticas, «la protección a la intimidad del artículo 161 A del Código Penal contiene una confusa redacción que denota imprecisiones de política legislativa y, que generan dificultades interpretativas en su aplicación, v.g. se regulan distintos tipos penales que exigían un tratamiento autónomo; sin justificación quedan desprotegidas las intrusiones no autorizadas en la vida privada de alguien, realizadas en lugares públicos; no es claro si es punible la comisión del delito efectuada por uno de los intervinientes en la comunicación o actuación de “carácter privada”, pues este último concepto no ha sido determinado, quedando aquella labor en manos del intérprete, en última instancia del juez; la causal de justificación contemplada en el inciso cuarto del artículo no indica el parámetro utilizado para la autorización de la conducta; entre otras críticas» (Díaz Tolosa, 2007: 292 y ss.).

comunicación, sino que atiende a la naturaleza del diálogo o comunicado (Politoff, Matus y Ramírez, 2005: 236), es decir su contenido. Como consecuencia, aunque el sujeto activo capte sin autorización una conversación en un recinto particular, dicha conducta es atípica si su contenido no es propio de la esfera íntima del sujeto. Por lo tanto, se trataría aquí de un concepto material (Politoff, Matus y Ramírez, 2005: 236).

Una interesante aproximación al problema la provee Pavez Farías. Para este autor, lo determinante para que se configure el tipo penal es la forma en que se obtuvo la información, independiente de si el sujeto activo es o no partícipe de la conversación o comunicación. Para esta determinación, antes se debe distinguir entre actos de intromisión y actos de fijación de la información lícitamente obtenida. A este respecto,

el profesor Bascuñán, citando a Günther Arzt, expresa que el interlocutor que graba una conversación no realiza un acto de obtención de conocimiento de la información comunicada no consentido por el afectado, como lo son los actos de intromisión, sino un acto no consentido de fijación del conocimiento que fue obtenido con consentimiento del afectado, para su aseguramiento (Bascuñán, citado por Pavez Farías, 2016: 19).

En otras palabras, para Pavez Farías, aun cuando el interlocutor grabe la conversación, conducta descrita en el inciso primero del artículo 161 A del Código Penal, la conducta es atípica si la información fue obtenida con consentimiento del afectado. Este es el caso típico de grabaciones subrepticias, en las que lo que se reprocha al interlocutor es el acto de grabar, ya que en la obtención de la información no hay ilícito alguno, desde que la información grabada es entregada voluntariamente por el presunto afectado. De este modo, la conducta de grabar (acto de fijación de la información) solo será penalmente relevante cuando, antes, la información ha sido obtenida de forma ilícita por el sujeto activo, lo que, de ordinario, no ocurrirá tratándose de un interlocutor.³²

Ahora bien, siguiendo la línea de Pavez Farías, cabe preguntarse en qué caso po-

32. Para Bascuñán (2014: 56), «la pregunta consiste, por lo tanto, en resolver si el estatus normativo de la grabación no consentida como peculiar modo de fijación del conocimiento debe asemejarse al estatus normativo de los actos de obtención no consentida de conocimiento —la intromisión— o al estatus normativo de cualquier otro acto de fijación del conocimiento. La Corte Suprema federal norteamericana siempre ha afirmado lo segundo, aunque en votación dividida, en su jurisprudencia relativa a la Cuarta Enmienda de la Constitución federal. Como dijo el juez White en una opinión concurrente a uno de esos precedentes: “Cuando un hombre habla a otro asume todo el riesgo que es por lo usual inherente a hacer eso, incluyendo que el hombre con quien habla vaya a hacer público lo que ha escuchado. La Cuarta Enmienda no protege contra compañeros que no son de fiar (o que cumplen la ley) [...] No es más que una extensión lógica y razonable de este principio que un hombre asuma el riesgo de que su interlocutor, libre de memorizar lo que escucha para posteriores repeticiones literales, se encuentra en cambio grabándolo o transmitiéndolo a otro”».

dría un interlocutor que graba incurrir en el tipo penal del artículo 161 A del Código Penal. Partiendo de la base de que este derecho «consiste en mantener una parte de nuestras vidas fuera del acceso y del conocimiento del resto de las personas, ejerciendo un control constante y efectivo sobre la información relativa a esa parte de nuestras vidas». (Bascañán, citado por Pavez Farías, 2016: 6),³³ para este autor, la correcta interpretación del tipo penal supondría desglosar la privacidad en dos conceptos fundamentales: Exclusividad (Bascañán, citado por Pavez Farías, 2016: 6)³⁴ y control. La exclusividad refiere a los aspectos de la vida donde se puede excluir al resto (por lo general, vida familiar, vida sexual, condición de salud, etcétera), en tanto que el control dice relación con el derecho a determinar qué información de la vida privada se da a conocer y a quién. Pavez Farías destaca que, «para que ese control sea efectivo y constante, será imprescindible que la persona conozca las circunstancias fácticas del momento en que decide expresar aspectos de la intimidad» (Bascañán, citado por Pavez Farías, 2016: 7). Este conocimiento de las circunstancias fácticas es el factor relevante para responder a la pregunta inicial. Sobre este punto, Pavez Farías apunta que «el conocimiento de estas circunstancias fácticas no es necesario que sea total, sino suficiente para que la persona pueda asumir una postura que le permita proteger ese ámbito de exclusividad a través del control» (Bascañán, citado por Pavez Farías, 2016: 20).

Desde luego, uno de los aspectos irrelevantes de conocimiento —para determinar la licitud de la obtención de la información— es la circunstancia de que el interlocutor esté grabando. En palabras de Pavez Farías:

Si el supuesto afectado tuvo el control sobre la información que estaba entregando y sobre el destinatario, ese interlocutor obtiene la información de forma legítima, lo que implica que la supuesta víctima renuncia a la expectativa de privacidad, asumiendo el riesgo de indiscreción por parte de su interlocutor. El no saber que está siendo grabado, no supone que no tuviera control sobre su privacidad, sino solamente que el potencial acto de indiscreción será más creíble conforme a nuestros estándares de valoración. En consecuencia, la mera grabación no es una vulneración a la intimidad, es solo una forma de fijar la información válidamente obtenida (Bascañán, citado por Pavez Farías, 2016: 27).

Nos parece que la reflexión de Pavez Farías, sobre la eficacia de la grabación como medio para que el potencial acto de indiscreción sea más creíble, devela uno de los

33. El autor indica que tomó el concepto de Fernando Rodríguez Marín.

34. Las personas poseen aspectos de su vida donde se excluye al resto. Estos aspectos de la vida, por lo general, dicen relación con cuestiones familiares, de condición sexual, problemas de salud, etcétera. Este ámbito de exclusividad dependerá de las valoraciones sociales imperantes, por ende, es relativo. Además, puede modificarse en virtud del control efectivo y constante que realiza cada persona (Bascañán, citado por Pavez Farías, 2016: 6).

principales —y menos explicitados— motivos para reprochar dicha conducta. Que el emisor no sepa que está siendo grabado no implica que se esté afectando su privacidad, pues dicha garantía no protege a quien libremente emite un mensaje de la potencial indiscreción de su interlocutor. Lo que subyace al reproche, en nuestra opinión, es el temor a que aquello que se afirma a un trabajador al interior de la empresa «en privado», y que luego no se está dispuesto a reafirmar —o que incluso se niega— quede en evidencia ante la judicatura.

Volviendo entonces a la pregunta sobre cuándo el interlocutor que graba puede lesionar el bien jurídico protegido (privacidad), la respuesta de Pavez Farías sería: cuando hay engaño del interlocutor, ya que el engaño no permite al emisor controlar la información que emite, al representarse que se encuentra ante determinadas circunstancias fácticas, cuando en realidad se encuentra ante otras desconocidas, deviniendo en una obtención ilícita de información por parte del interlocutor que engaña y graba (Bascuñán, citado por Pavez Farías, 2016: 23).³⁵ El ejemplo que al efecto entrega Pavez Farías es clarificador:

Un periodista, dolosamente, se hace pasar por empadronador del censo, presentándose como tal y vistiendo una polera y una credencial de la institución competente, logrando que el dueño de casa lo haga ingresar a su domicilio, ganándose la confianza del afectado. El afectado piensa que conversa con una persona autorizada a requerirle información sobre aspectos de su vida privada, desarrollándose una conversación donde ventila asuntos de carácter privado. El afectado se representa que su interlocutor es un censista, en circunstancias que se trata de un periodista. Además, el periodista, sin autorización del afectado, graba la conversación sostenida (Bascuñán, citado por Pavez Farías, 2016: 23).

En suma, siguiendo a Pavez Farías, podemos concluir que, si el interlocutor que graba no ha incurrido en engaño respecto de las circunstancias fácticas relevantes en las que se desarrolla la comunicación, el sujeto pasivo se encuentra en posición de controlar la información que proporciona, excluyéndose la comisión del tipo penal.³⁶

35. «El engaño produce en el afectado un error, una equivocación en el análisis de las circunstancias fácticas que rodean el momento en que la persona decide emitir una información de carácter privado, pues piensa que está ante un escenario material determinado, en circunstancias que está en otro. El error en que dolosamente se hace caer al sujeto pasivo conlleva una falta de conocimiento de la realidad, que no le permite controlar efectivamente la información que emite, lo que transforma esa obtención de contenido en ilícita» (Bascuñán, citado por Pavez Farías, 2016: 23).

36. Respecto al engaño, Pavez Farías agrega que debe cumplir con los requisitos de ser idóneo y determinante, lo que explica de la siguiente manera: «Ejemplo: Un sujeto activo de 18 años, con apariencia de adolescente, en estado de ebriedad, llega hasta la oficina de un abogado penalista, diciéndole que es psicólogo del colegio de su hija y que deben conversar sobre asuntos privados de la niña; el abogado accede, se desarrolla una conversación, hablan sobre asuntos privados y el joven graba, en circunstancias que claramente no era psicólogo ni mucho menos. En este caso, consideramos que no se dan los requisitos

Más allá de observar algunas discrepancias y algunos matices en doctrina, la jurisprudencia reciente y uniforme de la Corte Suprema se ha decantado por la tesis de la imposibilidad de comisión del ilícito del artículo 161 A del Código Penal por quien es interlocutor, reservando el reproche penal solo a los terceros ajenos a la conversación o comunicación.

Esta doctrina fue inaugurada con el conocido caso de la doctora María Luisa Cordero. En ese caso, periodistas de un programa de televisión se hicieron pasar por pacientes que concurrieron a la consulta de la médico siquiatra María Luisa Cordero con el objeto de obtener licencias médicas por parte de dicha profesional, ante denuncias previas de emisión de licencias fraudulentas por su parte, para luego grabar, sin conocimiento de la emisora, la consulta médica con estos «pacientes ficticios». Los periodistas fueron sometidos a proceso (antiguo proceso penal) por la posible comisión del delito del artículo 161 A del CP. La Corte Suprema, en sentencia dictada en causa rol CS-8393-2012, del 21 de agosto de 2013, resolvió:

Octavo: Que como resultó acreditado en el proceso, no existió intromisión no autorizada en la vida privada de alguna persona, porque el registro, captación o grabación de la comunicación no fue realizada por un tercero ajeno capaz de actuar como titular de la acción intrusiva, por lo que su difusión también permanece al margen del reproche penal. No hay, en consecuencia, observadores ilegítimos de la información revelada, sino interlocutores titulares de la conversación y dueños de su contenido, por ello, cualquiera de los participantes excluidos de la obligación de secreto, podía reproducirla, como efectivamente aconteció.

de idoneidad del engaño para entender configurada una obtención ilícita de la información, condición *sine qua non* de las conductas de intromisión. En este escenario, al no ser idóneo el engaño, estimamos que el supuesto afectado tuvo información suficiente para controlar su ámbito de exclusividad, lo que no realizó por circunstancias que no ameritan la protección penal de esta conducta. Sin perjuicio de lo anterior, será necesario analizar caso a caso si se dan las circunstancias fácticas para estimar si estamos en presencia de una obtención ilícita de la información, la que sabemos es la condición esencial para la eventual configuración del delito contemplado en el artículo 161 A del Código Penal. Para esto, tendremos presente también que cada persona es la primera que debe proteger su intimidad, porque precisamente los sujetos ejercen su derecho a la privacidad excluyendo al resto del conocimiento de esa información (exclusividad). Si decido, durante conversaciones, entregar información privada a desconocidos, al interior de mi domicilio o en un recinto privado o de no libre acceso al público, difícilmente se podrá otorgar relevancia a un eventual engaño que se produzca al ingreso del recinto, pues el engaño no sería lo determinante para la obtención de la información, sino simplemente un elemento accesorio de la decisión controlada del afectado de expresar asuntos de su vida privada con desconocidos. Por lo tanto, aparte de que el engaño sea idóneo, es necesario que sea determinante al momento de la obtención de la información, pues si lo determinante fue el propio control del afectado, no existiría conducta de intromisión» (Bascuñán, citado por Pavez Farías, 2016: 24 y ss.).

Noveno: Que en tal entendimiento no puede haber una afectación a la privacidad e intimidad protegidas por la norma del artículo 161 A del Código Penal.³⁷

Esta doctrina fue refrendada por la Corte Suprema al poco tiempo, por sentencia dictada en causa rol 12.279-2013, del 2 de enero de 2014, y volvió a ser invocada en sentencia dictada en autos rol 38.159-2016, del 11 de agosto de 2016. En esta última sentencia, la defensa de los imputados es desechada, entre otros motivos, porque a diferencia del caso de la Dra. Cordero, quienes grabaron la conversación de carácter privada tenían la calidad de terceros en la comunicación.

De esta manera, observamos que, mientras que en la sede penal la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha decantado últimamente a favor de la tesis de la imposibilidad de comisión del delito por un partícipe de la comunicación, en sede laboral aún se dictan sentencias que excluyen grabaciones subrepticias efectuadas por trabajadores basadas en la posible comisión de algún tipo penal del artículo 161 A del Código Penal.³⁸

Ahora bien, más allá de la discusión sobre el sujeto activo en materia penal, existen dos dificultades adicionales a la hora de excluir una grabación subrepticia en un procedimiento laboral por la posible comisión del delito en comento. La primera dice relación con el hecho de que los jueces, cuando han excluido grabaciones subrepticias por este motivo, lo han hecho sin que exista una sentencia penal condenatoria firme que declare que el trabajador ha cometido el delito en la obtención de la grabación,³⁹ lo cual pugna con el tenor literal del artículo 453 número 4 inciso final de Código del Trabajo, cuya redacción, deficiente en otros aspectos, no deja dudas respecto a que la exclusión procede cuando efectivamente se haya obtenido la prueba con vulneración de derechos fundamentales, y no cuando el Tribunal se represente como posible que se haya obtenido de esa forma, lo que exige, como mínimo, algún grado de comprobación judicial.

En segundo lugar, observamos que, en la práctica, cuando se ha excluido prueba tachada de ilícita por la posible comisión de algún delito del artículo 161 A del Có-

37. En virtud de lo razonado, la Corte Suprema acoge el recurso de casación interpuesto por los imputados en ese caso, y al dictar sentencia de reemplazo, en lo que interesa en esta causa, señala expresamente: «Cuarto: Que por otro lado, como se razonó en el fallo de casación, los autores Politoff, Matus y Ramírez señalan, en cuanto a la acción de grabar conversaciones en que se participa, que concuerdan con la doctrina del Tribunal Constitucional español, el cual ha resuelto que la grabación de una conversación por uno de los sujetos de la misma no conculca el derecho a la intimidad. [...] En concepto de esta instancia superior hispana, el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida (STC 114-1984, del 29 de noviembre de 1984)». Sentencia de reemplazo causa rol 8393-2012.

38. Véase la nota 31.

39. Es lo que se observa en los casos de las sentencias citadas en nota 31.

digo Penal, los jueces del Trabajo han omitido efectuar la denuncia penal respectiva, obligación establecida para los funcionarios públicos al tenor de lo dispuesto en el artículo 175 letra b) del Código Procesal Penal. Esta omisión, a nuestro juicio, es sintomática de la incongruencia sistémica de excluir un medio de prueba por la posible comisión de un delito cuando ello todavía no ha sido establecido en la sede jurisdiccional correspondiente.

En suma, existen buenos argumentos para sostener que el trabajador que graba una conversación con su empleador o sus representantes, de la que es partícipe, no incurre en ningún tipo penal del artículo 161 A del Código Penal, ya sea que se descarte de plano la posibilidad de que interlocutor sea sujeto activo del delito, o bien, aceptando dicha posibilidad, en la medida que el trabajador no ejecute engaños idóneos y determinantes para que el empleador entregue información de carácter privado que en conocimiento de las condiciones fácticas reales no entregaría.

Grabaciones subrepticias y su potencial vulneratorio de la privacidad

Descartada la vulneración del derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y la tipificación de la conducta en análisis como constitutiva de algún delito del artículo 161 A del Código Penal, queda por resolver la pregunta central: ¿vulnera el derecho a la privacidad el trabajador que graba una conversación o comunicación con su empleador de la que es partícipe o destinatario?

En virtud de lo analizado hasta aquí, estamos en condiciones de descartar dos posiciones extremas que pueden observarse en la jurisprudencia y en alguna doctrina: ni el carácter subrepticio de la grabación determina *per se* que se vulnera la privacidad del interlocutor,⁴⁰ ni la circunstancia de ser un partícipe de la conversación quien graba excluye *per se* tal vulneración. En otras palabras, el carácter subrepticio de la grabación es condición necesaria, mas no suficiente, de la ilicitud, tal como la circunstancia de ser un partícipe quien graba es condición necesaria más no suficiente para predicar su licitud. Esto último, puesto que, como vimos, puede haber vulneración a la privacidad si el interlocutor que graba ha efectuado antes engaños idóneos y determinantes sobre las circunstancias fácticas en que se desarrolla la comunicación.

Antes de analizar la postura de la Corte Suprema, es necesario aludir a un hecho que suele ser pasado por alto, pero que reviste la mayor trascendencia. Este hecho es la ausencia de regulación legal respecto a las grabaciones subrepticias y la consecuen-

40. Esta postura se observa en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, en causa rol laboral 636.2019, del 14 de septiembre de 2020. La sentencia cuenta con un voto de minoría que adhiere a la doctrina expresada por la Corte Suprema en la sentencia del caso BCI. En doctrina, adhiere a esta postura Héctor Humeres, «El fin no justifica los medios», Colegio de Abogados de Chile, 23 de abril de 2018, disponible en <https://bit.ly/3mzCj2a>. Este autor estima que, además, la conducta es constitutiva del ilícito penal de artículo 161 A del Código Penal.

cia de dicho vacío normativo a la luz del principio de libertad probatoria. Bascuñán constata lo anterior en los siguientes términos:

La transmisión o grabación subrepticia de una conversación por un interlocutor no tiene un estatus explícito en la Constitución ni en el Código Penal. De i) se deduce que debe decidirse interpretativamente si a) se la considera abarcada por las prohibiciones de intromisión a pesar de que el acceso al conocimiento de la información fue consentido por el afectado, o si b) se la considera sujeta al estatus de mero acto preparatorio de un atentado de indiscreción impune» (Bascuñán, 2014: 72).

Lo cierto es que no existe norma alguna del ordenamiento jurídico chileno que prohíba grabar de forma subrepticia las comunicaciones de las que se es partícipe. Este solo hecho, siguiendo la formulación del principio de libertad probatoria propugnada por Maier (véase Correa, 2016: 111), determina que dichas grabaciones deben, *prima facie*, ser admitidas como medios de prueba. Por otra parte, existen legislaciones que sí han proscrito las grabaciones subrepticias, incluso tipificando dicha conducta como delito. Es el caso del Código Penal del estado de California, que expresamente tipifica como delito la acción de grabar conversaciones confidenciales sin el consentimiento de los demás partícipes.⁴¹ No es este último el caso de Chile. Al no existir regulación legal sobre el tema de las grabaciones subrepticias de los interlocutores de una comunicación, la discusión sobre su admisibilidad como medio de prueba sigue abierta.

A este respecto, la Corte Suprema ha establecido que, para que la grabación subrepticia efectuada por un partícipe sea considerada prueba ilícita, es imprescindible que el afectado pueda esgrimir una legítima expectativa de privacidad vulnerada con tal conducta.

La Corte Suprema y la doctrina de las legítimas expectativas de privacidad

La sentencia del caso BCI aborda la compleja relación entre el derecho a la prueba y el derecho a la privacidad. Para nuestro máximo tribunal, el concepto de *privacidad* es variable en el tiempo, postura a la que adherimos, pero que no es unánime en la

41. Sección 632 letra a) del Código Penal del estado de California: «Cualquier persona que, intencionalmente y sin el consentimiento de todos los partícipes en una conversación confidencial, mediante cualquier dispositivo electrónico que amplifique o grabe, escuche o grabe la conversación confidencial, ya sea que la comunicación se lleve entre los partícipes en su presencia o mediante un telégrafo, teléfono u otro dispositivo, salvo la radio, será sancionado con una multa no superior a 2.500 dólares, o prisión en la cárcel del condado no superior a un año, o en la prisión estatal, o con ambas penas» (citado por Bascuñán, 2014: 58).

jurisprudencia⁴² ni en la doctrina.⁴³ Luego, la Corte hace alusión a la percepción mayoritaria sobre la privacidad, a la cual hemos adherido en este trabajo, al expresar que «está relacionada 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».⁴⁴

La situación fáctica en el caso BCI era la siguiente: un grupo de trabajadores descolgados de una huelga se reúnen, a instancias del empleador, con un representante de la empresa, dentro del recinto de esta. En la reunión, de forma subrepticia uno de los trabajadores graba el audio con su teléfono celular, registrando las declaraciones del representante del empleador, las cuales se estiman constitutivas de prácticas antisindicales. Sobre la base de esos hechos, la Corte debía resolver si el registro de audio captado por el trabajador vulneraba algún derecho fundamental del representante del empleador.

Para resolver, la Corte acudió a la doctrina de las legítimas expectativas de privacidad proveniente de la Corte Suprema de Estados Unidos,⁴⁵ comenzando por consignar su origen:

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 con United States* (1967), como un test para determinar si la conducta de un agente estatal implicaba una violación a la Cuarta Enmienda aun cuando no existiera, en los hechos, una intromisión física en un lugar constitucionalmente protegido. Tal elucubración se hacía necesaria por cuanto, 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 (considerando quinto).⁴⁶

42. Cfr. sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, rol laboral 636-2029, 14 de septiembre de 2020. En esta sentencia, la Corte de Temuco señala que «el concepto de privacidad no es uno variable en el tiempo» (considerando quinto). La sentencia tiene un voto de minoría que adhiere a la tesis de la Corte Suprema en el caso BCI.

43. Véase Humeres, «El fin...».

44. Sentencia del caso *Dirección Nacional del Trabajo con Banco Crédito Inversiones*, considerando cuarto.

45. La doctrina de las legítimas expectativas de privacidad también ha tenido acogida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase la sentencia del caso *P. G. y J. H. con Reino Unido*, 25 de septiembre de 2001, y sentencia del caso *Peck con Reino Unido*, 28 de enero de 2003, citadas por el Tribunal Constitucional español en sentencia rol STC 12/2012, del 30 de enero de 2012.

46. Algunas sentencias de la Corte Suprema en que se alude a esta doctrina: rol 38.159-2016, rol 8.393-2012 y rol 12.279-2013. Todas sentencias dictadas en materia penal, a raíz del análisis del artículo 161 A

Luego, la Corte detalla cuáles son los pasos que exige esta doctrina:

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 con 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, mas evidentemente no es una que la sociedad pueda reconocer como legítima.

Sometiendo las circunstancias fácticas del caso BCI al doble análisis propuesto por esta doctrina, la Corte concluye que, si bien el representante del empleador «subjetivamente tenía la expectativa de que sus dichos no serían grabados y luego diseminados, aquella no puede ser calificada, objetivamente, como una razonable» (considerando séptimo). Para dicha determinación, la Corte toma en especial consideración el contexto en que se produce la grabación, «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, logran acercar posiciones. Ello daba luces de que la conversación se desarrollaría en un clima más bien confrontacional o, al menos, no de confianza» (considerando séptimo).

A este contexto de conflicto sindical, se agrega la cantidad de asistentes a la reunión, que amplificaba el riesgo de que alguno grabara sin advertencia, y, por último, se alude a que el representante del empleador tampoco advirtió a los partícipes que la reunión tenía el carácter de reservada, agregando la Corte que, «por su tenor, claramente no lo era» (considerando séptimo). Por tal motivo, descarta que la grabación efectuada por un trabajador en ese contexto sea prueba ilícita.

La decisión de la Corte Suprema generó opiniones divididas en doctrina,⁴⁷ no solo en cuanto a la corrección de la postura de la Corte sobre prueba ilícita en materia laboral, sino también sobre un punto anterior: la pertinencia de revisar cuestiones procesales en un recurso que fue concebido para la unificación de materias sustantivas

del Código Penal.

47. Valorando positivamente la sentencia: Ugarte, «Corte Suprema...». Criticándola: Humeres, «El fin...», y Cecily Halpern en Cristóbal Miranda Ríos, «Experta cuestiona uso de grabaciones ocultas en juicios laborales», Universidad de Santiago de Chile, 19 de abril de 2018, disponible en <https://bit.ly/3xA2iga>.

o de fondo («la materia de derecho objeto del juicio» al tenor del artículo 483 inciso segundo del Código del Trabajo). Lamentablemente, por el alcance de este artículo, no podemos referirnos a ellas.⁴⁸

Sin embargo, la doctrina de las legítimas expectativas de privacidad, que, según vimos, venía usándose con anterioridad en material penal,⁴⁹ continuó siendo replicada en sentencias laborales posteriores en que hubo pronunciamiento sobre grabaciones subrepticias, tanto de Tribunales de instancia como de Cortes de Apelaciones.

Así lo hizo la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 11 de enero de 2019, dictada en causa rol laboral 1.641-2018. En dicho caso, se estableció que la grabación de una conversación entre un trabajador y su empleadora, realizada por el primero sin el conocimiento de esta última, vulnera su derecho a la privacidad, ya que, «analizadas las circunstancias en que fue obtenida la grabación, es posible establecer, dentro de la normalidad en que discurren los acontecimientos de esta índole, que respecto a una llamada privada que se realiza a una persona determinada, el emisor de la misma tenía la razonable expectativa de que sus dichos no serían grabados» (considerando segundo).

Con posterioridad, el Juzgado de Letras del Trabajo de Antofagasta, en sentencia del 5 de abril de 2019, dictada en causa rol T-356-2018, declaró también que la grabación subrepticia de una conversación entre dos personas por uno de los interlocutores, respecto del emisor, «quebranta la razonable expectativa de que sus dichos no serían grabados ni expuestos (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 1.641-2018), por lo que la creencia de saberse conversando con una persona en un ámbito de privacidad le permitió expresarse con libertad que tal vez no hubiera tenido de saberse grabado, por lo que razonablemente se vulneró el derecho a la privacidad» (considerando décimo).

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Temuco, en sentencia del 14 de septiembre de 2020, dictada en causa rol laboral 636-2029 (voto de mayoría), respecto de la grabación subrepticia de una trabajadora a una conversación que sostuvo con un representante del empleador al interior de la empresa, señaló que «no es posible estimar que ese acto no vulnera la garantía de la privacidad y que no afecta un debido proceso, cuando dicha prueba es incorporada y valorada en un juicio laboral. En efecto, el carácter de privado de la conversación registrada no depende de lo conversado en la reunión, sino de las condiciones pragmáticas en que ella tuvo lugar, respecto de las cuales el afectado podía tener una razonable expectativa de privacidad».

Como vimos, todos estos fallos hacen alusión a las legítimas expectativas de pri-

48. Para una postura crítica respecto a la decisión de la Corte Suprema de unificar materias de procedimiento, véase Jorge Arredondo, «Dirección Nacional del Trabajo con Banco Crédito e Inversiones: Jorge Arredondo Pacheco», Derechopedia, disponible en <https://youtu.be/P1Cy2mi7AIQ>.

49. Véase Corte Suprema, rol 38.159-2016, rol 8.393-2012 y rol 12.279-2013.

vacidad para estimar vulnerado ese derecho en casos de conversaciones en que uno de los interlocutores graba al otro de forma subrepticia.

Sin embargo, hay un aspecto de la sentencia del caso BCI sobre el cual la doctrina y las sentencias recién transcritas no repararon mayormente, cuyas consecuencias, sin embargo, creemos son de la mayor trascendencia, por lo que nos referiremos a él a continuación.

¿Puede considerarse prueba lícita la grabación subrepticia, aun existiendo una expectativa legítima de privacidad del interlocutor?

La sentencia del caso BCI dejó meridianamente claro a los operadores del sistema, que los casos de prueba ilícita por vulneración al derecho a la privacidad deben ser resueltos de acuerdo con el doble test que propone la doctrina de las legítimas expectativas de privacidad. Sin embargo, para fundamentar su decisión en el caso BCI, a mayor abundamiento la Corte Suprema entregó el siguiente argumento:

Por último y solo 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 estas últimas no dicen relación con la esfera privada de quien las emitió ni constituyen, en caso alguno, el develamiento de algo reservado a su ámbito más íntimo y, en consecuencia, aun 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.

Esta reflexión de la Corte introduce un tercer factor a considerar a la hora de determinar si una grabación subrepticia por un partícipe vulnera el derecho a la privacidad del emisor. En efecto, no bastaría solo con establecer que el emisor tenía una expectativa subjetiva de no ser grabado y que dicha expectativa es una que la sociedad está en condiciones de respaldar como razonable o legítima, ya que, además, debe analizarse el contenido de la comunicación.⁵⁰

50. Esta misma idea ya había sido esbozada en la sentencia de contraste del caso BCI, sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol reforma laboral 30-2016, 28 de mayo de 2016, considerando octavo: «No resulta posible estimar vulnerada la esfera de la intimidad personal de la demandada, ya que dicha grabación no implicó una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal del administrador, pues las aseveraciones y demás expresiones corresponden a lo manifestado por este, precisamente en su condición de representante del empleador, en el ejercicio de sus facultades disciplinarias y no a un ámbito propio y reservado que no puedan conocer los demás».

¿Por qué debe analizarse este contenido? Para la Corte Suprema, ello es necesario para determinar si se ha vulnerado de manera «sustancial» el derecho a la privacidad.

La necesidad de revisión del contenido de la comunicación también ha sido relevada por el Tribunal Supremo español, que declaró lícita la grabación obtenida de forma subrepticia por dos de cuatro copartícipes de una reunión llevada a cabo en el despacho profesional de uno de ellos, debido a que la conversación no decía relación con aspectos integrantes del núcleo esencial del derecho a la intimidad, ya que,

si bien la divulgación a terceros del contenido de la grabación podría vulnerar el derecho a la intimidad, para ello sería preciso que la conversación tuviera un contenido que afectara al núcleo esencial del derecho a la intimidad, ya sea en su ámbito personal o en el familiar.⁵¹

Si bien es cierto que esta sentencia se dictó en un procedimiento penal, es relevante notar que el espacio físico en que tuvo lugar era uno de carácter laboral:

La entrevista convenida se desarrolló en el despacho profesional de uno de los interlocutores y no tenía nada que ver con el ámbito de la intimidad personal en ninguna de sus modalidades, sino con un tema empresarial que aparecía contaminado por una actuación previa ilícita consistente en la petición de dinero por parte de los acusados [y] a los dos denunciados que estaban al frente del Grupo La Raza. Se trataba, pues, de grabar una conversación sobre temas y cuestiones que nada tenían que ver con cualquier ámbito de la intimidad personal o familiar de los recurrentes.

Si el lugar (despacho profesional) y el contenido (temas empresariales) son considerados como ajenos al núcleo esencial de la intimidad por el Tribunal Supremo español, no divisamos argumentos para sostener que, en Chile, una conversación «en la empresa» y sobre «temas laborales» sí forma parte de dicho núcleo.

Sin perjuicio de ello, si se acepta que el límite o barrera para limitar válidamente el derecho a la privacidad de un particular, en favor del derecho a la prueba, es el «contenido esencial» de la privacidad, es menester analizar someramente las distintas concepciones doctrinarias sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales.

El contenido esencial de un derecho fundamental: Teoría absoluta, relativa y mixta

Los términos *contenido relevante* y *afectación sustancial* que ocupa la Corte Suprema parecerían evocar la idea de «contenido esencial» del derecho fundamental y, en consecuencia, a la denominada cláusula del contenido esencial como límite a las

51. Sentencia del Tribunal Supremo de España, rol 652/2016, 15 de julio de 2016.

restricciones de los derechos fundamentales.⁵² Según Ugarte, existen dos maneras de entender este límite a las restricciones de los derechos fundamentales, una teoría absoluta y otra relativa. La absoluta nos dice que en cada derecho fundamental «existe un área de protección de intereses y posiciones que conforman su núcleo o centro y que no admite restricciones de ninguna naturaleza» (Ugarte, 2018: 308), de modo que «las restricciones que caen bajo ese núcleo duro, están prohibidas definitivamente desde el punto de vista constitucional». Esta teoría presupone que dicho núcleo duro está predefinido, constituido por «aquellas características determinantes del derecho, cuya desaparición determina per se una trasmutación de este, que dejaría de ser lo que era, para pasar a ser algo distinto» (Parejo, citado por Ugarte, 2018: 309).

Por el contrario, la teoría relativa nos indica que «el contenido esencial es aquello que queda después de la ponderación. Las restricciones que son acordes con el principio de proporcionalidad no vulneran la garantía del contenido esencial, aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad» (Alexy, citado por Ugarte, 2018: 310). Por ende, «la garantía del contenido esencial se limitaría a exigir que cualquier restricción que se efectúe sobre un derecho fundamental esté suficientemente justificada, siendo el test que se aplica para examinar esta justificación el principio de proporcionalidad» (Martínez-Pujalte y Domingo, citado por Ugarte, 2018: 310).

Las consecuencias de seguir una u otra teoría son de la mayor importancia.⁵³ Siguiendo la tesis absoluta, la restricción al derecho a la privacidad del interlocutor nunca podrá afectar su contenido esencial. Es decir, la restricción nunca podría implicar la revelación de información sobre ámbitos de su «esfera privada», o aquello reservado a su ámbito más íntimo, en los términos que ocupa la Corte Suprema en el caso BCI. En cambio, si se sigue la teoría relativa, incluso esa «esfera privada», o «aquello reservado a su ámbito más íntimo», puede verse afectado si la restricción resulta acorde con el principio de proporcionalidad.

La doctrina ha indicado que cabe una tercera posibilidad para salvar la compati-

52. En Chile, dicha cláusula está establecida en el artículo 19 número 26 de la Constitución, que asegura a todas las personas «la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio».

53. Como apunta Ugarte, la compatibilidad entre la teoría del contenido esencial y el principio de proporcionalidad dependerá de que tesis se siga respecto al contenido esencial. Si se sigue la tesis relativa, la compatibilidad es absoluta, ya que, precisamente, el contenido esencial será aquello que quede luego de la ponderación. Si, en cambio, se sigue la tesis absoluta, entonces son incompatibles, «porque supone un ámbito irreductible *a priori* y de protección definitiva de un derecho fundamental, sin considerar ni permitir su eventual restricción por la existencia de exigencias derivadas de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales, que es lo que constituye precisamente la ponderación» (Ugarte, 2018: 310).

bilidad entre el contenido esencial absoluto y la proporcionalidad: sostener una tesis mixta del contenido esencial. Para Ugarte, «la idea central de esta posición es reconocer un contenido esencial como núcleo del derecho que no puede ser objeto de restricción alguna, y un contenido “no esencial” o “accidental” que podría ser motivo de limitaciones bajo las exigencias del principio de proporcionalidad» (Ugarte, 2018: 313). Así, las restricciones a los derechos fundamentales deben superar «los juicios de adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad en sentido estricto; y finalmente, aun cuando la restricción sea, en efecto, proporcionada, debería resolverse si la misma ha de declararse inconstitucional por afectar, no a una facultad o posibilidad de actuación integrante del contenido normal del derecho, sino constitutiva del absolutamente intangible contenido esencial» (Medina, citado por Ugarte, 2018: 313).

Para Gamonal y Guidi (2020: 142), esta última tesis es la adoptada por el legislador en el artículo 485 inciso tercero del Código del Trabajo. Cabe apuntar que esta última tesis cuenta con el respaldo normativo apuntado por estos autores —por lo menos cuando de limitar la privacidad del trabajador se trate—, ya que la norma del inciso tercero del artículo 485 dispone que se entenderán vulnerados los derechos fundamentales del trabajador cuando el ejercicio de las facultades del empleador limite su «pleno ejercicio», «sin justificación suficiente, en forma arbitraria o desproporcionada, o sin respeto a su contenido esencial».

Ciertamente, la Corte Suprema no señala explícitamente a qué concepción de la cláusula de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales adhiere en el caso BCI, lo que no impide saludar como un gran avance el esquema propuesto para la resolución de este tipo de incidentes de exclusión probatoria. Queda por ver cómo aplicarán los tribunales esta última parte de la doctrina del caso BCI cuando se presente un caso en que se configure una legítima expectativa de privacidad en quien alegue la ilicitud de la grabación.

Esquema de la Corte Suprema para resolver la colisión entre el derecho a la prueba y el derecho a la privacidad

De esta forma, el procedimiento establecido por la Corte Suprema para resolver incidentes de exclusión de prueba por ilicitud de grabaciones subrepticias, cuando se alegue una vulneración al derecho a la vida privada, sería el siguiente:

Se debe analizar si la persona grabada sin conocimiento de tal circunstancia tenía la legítima expectativa de privacidad de no ser grabado. Lo cual exige un doble análisis:

1. Se debe determinar si el emisor tenía subjetivamente la expectativa de no ser grabado.
2. Establecido lo anterior, se debe determinar si esta expectativa individual es una que la sociedad esté en condiciones de reconocer como razonable o legítima.
3. Establecida la existencia de una legítima expectativa de privacidad, deben con-

trastarse las expresiones subrepticamente grabadas para ver si dicen o no relación con la esfera privada de quien las emitió, pues, para que la alegación de exclusión pueda prosperar, debe existir una afectación sustancial de la garantía afectada, lo que solo ocurrirá cuando lo revelado diga relación con algo reservado a su ámbito más íntimo.

A la fecha, ya existe jurisprudencia de Juzgados de Letras del Trabajo en que se han resuelto incidentes de exclusión probatoria por vulneración del derecho a la privacidad del interlocutor de una comunicación, siguiendo este esquema de resolución propuesto por la Corte Suprema.

Así lo hizo el Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en sentencia del 13 de marzo de 2020, dictada en causa RIT O-2039-2020 y en sentencia de la misma fecha, dictada en causa RIT O-2831-2019. En ambos casos, el Tribunal descarta que la persona grabada en forma oculta haya tenido una legítima expectativa de privacidad.⁵⁴

Importancia del contenido de la conversación o comunicación: Necesidad de ponderación

Más allá de las dudas que subsisten en la materia, principalmente respecto al tercer paso del esquema, en que no queda claro si lo que se debe hacer es someter al acto de grabar subrepticamente al principio de proporcionalidad para determinar si, en el caso concreto, debe prevalecer el derecho a la prueba del trabajador o la privacidad del empleador, o bien, determinar si el contenido de la grabación afecta o no el «contenido esencial» del derecho a la privacidad, de acuerdo a la tesis absoluta, o si quizás una mezcla de ambas cosas, es indudable que el esquema propuesto por la Corte Suprema es un gran avance para la comprensión y resolución del conflicto sobre ilicitud probatoria en materia laboral.

Esta tercera etapa en el esquema de resolución de incidentes de exclusión por ilicitud de grabaciones subrepticias revela, además, el que a nuestro entender es el problema de fondo: detrás de cada decisión sobre ilicitud de un medio de prueba hay un conflicto de derechos fundamentales, en el caso de análisis de este trabajo, entre el derecho a la prueba del trabajador y la privacidad del empleador o sus representantes. En materia penal, la doctrina ha relevado este conflicto en forma clara. Para Basso, «todo el proceso de admisibilidad probatoria es una constante colisión de derechos que debe resolverse mediante el principio de proporcionalidad y su auxiliar de inexi-

54. Pese a que en ambos se descarta la existencia de una legítima expectativa de privacidad, el Tribunal sigue con el tercer paso del esquema del caso BCI, descartando que las expresiones subrepticamente grabadas digan relación con aspectos íntimos. Aun cuando a nuestro juicio era innecesario, luego somete las grabaciones al test de proporcionalidad.

gibilidad de otra conducta, lo anterior independiente de cuál sea la parte que ofrece la prueba» (Basso, citado por Correa, 2016: 126).

Lo dicho por Basso es perfectamente aplicable a los procedimientos laborales, en que el principio de proporcionalidad se utiliza de manera corriente en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales del trabajador.⁵⁵ Sostenemos que la correcta resolución del conflicto que animó este trabajo, en tanto no exista regulación legal sobre las grabaciones ocultas de los partícipes,⁵⁶ exige que, una vez que se ha establecido que la parte que pide la exclusión tenía una legítima expectativa de privacidad de no ser grabado, se recurra al célebre principio de proporcionalidad,⁵⁷ con sus tres subprincipios: adecuación o idoneidad,⁵⁸ necesidad⁵⁹ y proporcionalidad en sentido estricto,⁶⁰ a fin de determinar si, dadas las circunstancias concretas en que se produjo la grabación, ella vulnera o no el derecho a la privacidad del empleador o sus representantes.

En este conflicto tendremos, por un lado, el derecho a la prueba del trabajador y, por el otro, el derecho a la privacidad del empleador o sus representantes. La medida intrusiva a analizar es la grabación del trabajador de una conversación o comunicación, de la que es partícipe o destinatario, con su empleador o sus representantes. El limitado alcance de este trabajo no nos permite tratar aquí en profundidad todos los temas atinentes a la recepción del principio de proporcionalidad en materia laboral. Por ello, solo enunciaremos algunos aspectos importantes a tener en cuenta si se decide aplicar el test de proporcionalidad en este particular conflicto respecto a los primeros dos pasos del test: idoneidad y necesidad, los que sin duda requerirán *a posteriori* un desarrollo doctrinal mayor.

Respecto del principio de idoneidad, es posible señalar que la grabación de una conversación o comunicación de la que se es partícipe o destinatario, hecha con la finalidad de proveerse un medio de prueba para un eventual juicio, es, en un doble

55. Para Gamonal y Guidi (2020: 141), las condicionantes contempladas por el legislador en el artículo 485 del Código del Trabajo plasman en plenitud el principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

56. La aplicación del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones laborales supone la inexistencia de regulación legal que regule autoritativamente el conflicto entre derechos fundamentales (Ugarte, 2018: 249 y ss.).

57. Según Ugarte, el núcleo de este principio está representado en la simple fórmula de la ley de la ponderación de Alexy: «Cuanto mayor es el grado de afectación de uno de los derechos en juego, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro» (Ugarte, 2018: 239).

58. La medida debe ser apta para el fin perseguido (Gamonal y Guidi, 2020: 142).

59. La medida restrictiva del derecho fundamental es necesaria cuando no existe otra que, consiguiendo los mismos objetivos, resulte menos gravosa para el derecho fundamental restringido (Ugarte, 2018: 263).

60. La medida que limite el derecho fundamental debe ser racional en sus efectos y puede expresarse en la ley de la ponderación de Alexy (Gamonal y Guidi, 2020: 142).

sentido,⁶¹ idónea. Lo es en el sentido de perseguir un fin constitucional legítimo, en este caso, proveerse un medio de prueba; y en el sentido de contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho, en este caso, la concreción del derecho a la prueba, mediante la obtención de un medio de prueba de gran fiabilidad.

Respecto al juicio de necesidad, a la hora de analizar si existen otros medios de prueba menos invasivos de la privacidad del empleador, se debe tener en especial consideración el «escenario probatorio hostil» (Ugarte, 2018: 67)⁶² que enfrenta al trabajador en juicio, por la mayor proximidad y control de las fuentes de prueba por parte del empleador. Escenario que se vuelve aún más difícil cuando se trata de juicios de tutela de derechos fundamentales, debido al «carácter manifiestamente hundido de las conductas lesivas de derechos fundamentales, las que se suelen encubrir en conductas aparentemente lícitas y no lesivas» (Ugarte, 2018: 67).

Es esta desigualdad probatoria la que nos anima a tratar el tema de las grabaciones subrepticias desde la óptica del trabajador, por lo que resulta imperiosa una mayor atención de la doctrina,⁶³ pues no serán pocos los casos en que, a pesar de la rebaja del estándar probatorio que existe en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales,⁶⁴ la grabación subrepticia sea la única prueba que el trabajador podrá proveerse para poder acreditar indicios suficientes de la vulneración denunciada. Piénsese, por ejemplo, en los siguientes casos hipotéticos:

Una trabajadora sufre conductas de acoso sexual por parte de su jefe, de las cuales este se preocupa de no dejar rastro escrito ni testigos. La trabajadora, cansada de estos actos y en preparación de una futura demanda, decide grabar con su teléfono celular cuando su jefe entra a su oficina e incurre en estas conductas, obviamente sin conocimiento de este último.

61. Para Bernal, el juicio de idoneidad se compone de dos elementos: legitimidad constitucional del fin buscado y adecuación de la medida, es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho fundamental o bien jurídico relevante (citado por Gamonal y Guidi, 2020: 142).

62. Esta inferioridad probatoria en que se encuentra el trabajador respecto al empleador ha sido ampliamente descrita en doctrina (Ugarte, 2018: 67).

63. Con énfasis en el derecho a la prueba, ya en el 2011, Francisco Jara advertía la falta de análisis doctrinal sobre el tema: «En la literatura nacional dedicada a la justicia laboral estas preocupaciones sobre la relevancia del derecho a prueba parecen ser inexistentes a la hora de analizar la norma del artículo 453 del Código del Trabajo. De esta manera podemos ver que mayoritariamente el análisis de la disposición legal no repara en el punto ni se pronuncia a favor o en contra de la regla, o bien la incorporación de prohibiciones probatorias es recibida positivamente. Excepcionalmente el profesor Christian Melis se refiere a la tensión entre el respeto a los derechos fundamentales y la averiguación de la verdad, respecto de la proporcionalidad del medio empleado, como parámetro de admisibilidad» (Jara Bustos, 2011: 115-116).

64. Artículo 493 del Código del Trabajo. Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Un trabajador ha escuchado rumores fiables de que será prontamente despedido. Citado a una reunión con su empleador, decide concurrir y grabar subrepticamente la conversación. En ella no solo es despedido, sino que, además, y sin mediar provocación alguna de su parte, al hacerlo, el empleador le profiere una serie de insultos e improprios que no se condicen con la dignidad humana.

Esperamos haber evidenciado que la respuesta sobre la licitud de estas grabaciones como medio de prueba en un juicio laboral, ocurridas en contextos como los descritos, exige, a lo menos, un grado de análisis y fundamentación superior a la simple constatación de la falta de autorización del interlocutor para poder predicar su ilicitud.

Conclusiones

A raíz del análisis precedente, es posible sostener que existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho a la prueba, sea que se lo considere un derecho autónomo del derecho a defensa o como integrante de este último, pero, en cualquier caso, de rango constitucional por su conexión al derecho fundamental al debido proceso.

Con influencia de este derecho a la prueba, en los procedimientos laborales rige el principio de libertad probatoria (artículo 453 número 4 inciso primero del Código del Trabajo), en cuya virtud, todo hecho controvertido puede ser probado en juicio a través de cualquier medio de prueba, aun cuando no esté expresamente regulado en la ley. El principio de libertad probatoria y el rango constitucional del derecho a la prueba exigen que la interpretación de las causales de exclusión de las pruebas ofrecidas por las partes, entre ellas la de ilicitud, sea restrictiva.

La correcta interpretación de la norma de exclusión por ilicitud consagrada en el artículo 453 número 4 del Código del Trabajo es la señalada por la Corte Suprema en el caso BCI, restringida únicamente a la hipótesis de obtención de la prueba con vulneración de derechos fundamentales, con este como el sentido dogmático tradicional de la prueba ilícita.

Las grabaciones subrepticias en la empresa como medio de prueba han sido objetadas como prueba ilícita, principalmente, por los siguientes motivos: infracción al derecho fundamental a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, configuración de algún tipo penal contemplado en el artículo 161 A del Código Penal y vulneración al derecho fundamental a la privacidad. De estos fundamentos, la posible vulneración del derecho a la privacidad es la objeción de mayor peso. Determinar si estas grabaciones vulneran el derecho a la privacidad es sumamente complejo, por la dificultad que representa para la doctrina la determinación de su contenido.

Las grabaciones subrepticias efectuadas por un partícipe de la comunicación grabada no están reguladas ni en la Constitución, ni en el Código Penal, ni en el Código del Trabajo. No existe norma prohibitiva alguna a su respecto en nuestro ordena-

miento jurídico. Por ende, a la luz del principio de libertad probatoria, deben, *prima facie*, considerarse prueba lícita.

En España, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y la doctrina mayoritaria estiman que el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones solo es susceptible de ser vulnerado por terceros ajenos a la comunicación, sin que sea oponible a los partícipes de esta. En Chile, esta doctrina ha sido suscrita en materia penal por la Corte Suprema.

En materia penal, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema estiman que la correcta interpretación del artículo 161 A del Código Penal es aquella que reserva el reproche penal únicamente a terceros ajenos a la comunicación, descartando la autoría por parte de sus partícipes.

Respecto a la colisión entre el derecho a la prueba y el derecho a la privacidad, a raíz del caso BCI, la Corte Suprema ha acudido a la doctrina de las legítimas expectativas de privacidad para determinar si, en un caso concreto, la grabación subrepticia en la empresa efectuada por un partícipe de la comunicación vulnera la privacidad del interlocutor que desconoce el hecho de estar siendo grabado. Dicha doctrina exige un doble análisis: se debe determinar si el emisor tenía subjetivamente la expectativa de no ser grabado y, establecido lo anterior, se debe determinar si esta expectativa individual es una que la sociedad esté en condiciones de reconocer como razonable o legítima.

No es posible configurar la ilicitud sin revisar el contenido de la grabación. La sentencia del caso BCI estableció, de manera acertada, que la sola determinación de que al emisor de las expresiones subrepticamente grabadas le asistía la legítima expectativa de no ser grabado no es suficiente para estimar que se vulnera de su derecho a la privacidad, ya que es indispensable, además, analizar el contenido de la grabación. Ello, para determinar si las expresiones subrepticamente grabadas dicen relación con la esfera privada del sujeto, ya que, de no ser así, no se afecta de manera sustancial el derecho a la privacidad, al ser último un requisito esencial para que la solicitud de exclusión por ilicitud pueda prosperar.

Esta última reflexión de la Corte remite a la idea del *contenido esencial* de los derechos fundamentales. En doctrina existen tres teorías para entender este límite a las restricciones de los derechos fundamentales: absoluta, relativa y mixta. Sin embargo, no queda claro a qué concepción de la idea del contenido esencial adscribe la Corte Suprema.

El esquema entregado por la Corte Suprema en el caso BCI para la resolución de estos casos es el siguiente:

- Se debe determinar si el emisor tenía subjetivamente la expectativa de no ser grabado.

- Establecido lo anterior, se debe determinar si esta expectativa individual es una que la sociedad esté en condiciones de reconocer como razonable o legítima.
- Establecida la existencia de una legítima expectativa de privacidad, deben contrastarse las expresiones subrepticamente grabadas para ver si dicen o no relación con la esfera privada de quien las emitió, pues, para que la alegación de exclusión pueda prosperar, debe existir una afectación sustancial de la garantía afectada, lo que solo ocurrirá cuando lo revelado diga relación con algo reservado a su ámbito más íntimo.

Este último paso implica la necesidad de someter la medida de grabar subrepticamente al principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Ello, a fin de determinar si, en las circunstancias del caso, debe primar el derecho a la prueba del trabajador o el derecho a la privacidad del empleador o sus representantes. A la hora de aplicar el test de necesidad, es imprescindible considerar la desigualdad probatoria entre las partes ampliamente descrita por la doctrina, caracterizada por el escenario probatorio hostil en se encuentra el trabajador, agravado en el procedimiento de tutela por «el carácter manifiestamente hundido» (Ugarte, 2018: 67) de las conductas vulneratorias de derechos fundamentales. Por ende, la respuesta a la pregunta de si tal medida vulnera la privacidad del empleador o sus representantes quedará supeditada, en último término, al resultado del test de proporcionalidad.

Referencias

- ACADEMIA JUDICIAL CHILE (2018). *Manual de juicio del trabajo*. Santiago.
- ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel (2018). «Privacidad en línea en la jurisprudencia constitucional chilena». *Revista de Derecho Público* (Universidad de Chile), 89: 11-32. DOI: [10.5354/0719-5249.2018.52027](https://doi.org/10.5354/0719-5249.2018.52027).
- BASCUÑÁN, Antonio (2014). «Grabaciones subrepticias en el derecho penal chileno: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Chilevisión II*». *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, 41 (3): 43-74. Disponible en <https://bit.ly/3O1WstB>.
- COLÁS-NELILA, Eusebi y Estela Yélamos Bayarri (2018). «Prueba digital ilícita y calificación del despido: La constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad». En XXIX Jornades catalanes de Dret Social, «Noves tecnologies i relacions laborals», 8 y 9 de marzo de 2018, Barcelona. Disponible en <https://bit.ly/3xBIbyr>.
- CORREA, Claudio (2016). «La prueba ilícita de los particulares: De cargo y descargo». *Política Criminal*, 11 (21): 104-139. DOI: [10.4067/S0718-33992016000100005](https://doi.org/10.4067/S0718-33992016000100005).
- DÍAZ TOLOSA, Regina (2007). «Delitos que vulneran la intimidad de las personas: Análisis crítico del artículo 161 A del Código Penal chileno». *Ius et Praxis*, 13 (1): 291-314. DOI: [10.4067/S0718-00122007000100011](https://doi.org/10.4067/S0718-00122007000100011).

- ESCOBAR, Javier (2017). «¿Se vulnera el derecho a la privacidad si la policía utiliza, para efectos de una investigación criminal, fotografías del imputado obtenidas desde Facebook? Comentario a la sentencia rol 3-2017 de la Corte Suprema». *Estudios Constitucionales*, 15 (1): 407-424. Disponible en <https://bit.ly/3NHl5vO>.
- FIGUEROA, Rodolfo (2014a). «Inviolabilidad de correos electrónicos: Comentarios al fallo 2153-2011 del Tribunal Constitucional». *Anuario de Derecho Público*, 1: 173-186.
- . (2014b). *Privacidad*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- GAMONAL, Sergio (2015). «El derecho procesal del trabajo, sus caracteres y el principio de igualdad por compensación». *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 3 (1): 89-120.
- GAMONAL, Sergio y Caterina Guidi (2020). *La tutela de derechos fundamentales en el derecho del trabajo*. Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial. Santiago: Der.
- GARCÍA, Ignacio (2013). «La prueba ilícita en el nuevo procedimiento laboral». *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 1 (2): 13-74.
- JARA BUSTOS, Francisco (2011). «La prueba ilícita en materia laboral: La regla de exclusión más amplia del derecho chileno». *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2 (3): 113-128. DOI: [10.5354/rdtyss.v2i3.42929](https://doi.org/10.5354/rdtyss.v2i3.42929).
- JEQUIER, Eduardo (2007). «La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno». *Revista Chilena de Derecho*, 34 (3): 457-494. DOI: [10.4067/S0718-34372007000300006](https://doi.org/10.4067/S0718-34372007000300006).
- NOVOA, Eduardo (1979). *Derecho a la vida privada y libertad de información: Un conflicto de derechos*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- PALOMO VÉLEZ, Diego y Pedro Matamala (2012). «Prueba, intermediación y potestades en el proceso laboral: Observaciones críticas y apelación al equilibrio». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 19 (2): 237-274. DOI: [10.4067/S0718-97532012000200008](https://doi.org/10.4067/S0718-97532012000200008).
- PAVEZ FARÍAS, Denys (2016). «Interlocutores en el tipo penal contemplado en el artículo 161 A del Código Penal: Análisis crítico de la sentencia del denominado “Caso de la doctora Cordero”». Tesis para postular al grado de magíster en Derecho, con mención en Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible en <https://bit.ly/3mzFt6g>.
- POLITOFF, Sergio, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez (2005). *Lecciones de derecho penal chileno, parte especial*. 2.ª edición actualizada. Santiago: Jurídica de Chile.
- UGARTE, José Luis (2018). *Derechos fundamentales, tutela y trabajo*. Santiago: Thomson Reuters.
- VEGAS, Jaime (2015). «Sobre el alcance del secreto de las comunicaciones». En Cristina Hermida del Llano y José Antonio Santos Arnaiz (coordinadores), *Una filo-*

sofía del derecho en acción: Homenaje al profesor Andrés Ollero (pp. 1.609-1.626).
Madrid: Departamento de Publicaciones del Congreso de los Diputados.
VERDUGO, Álvaro (2018). «La prueba ilícita en el actual procedimiento laboral chileno». *Ius Novum*, 11 (1): 107-152.

Sobre el autor

FERNANDO A. DALLER GUTIÉRREZ es abogado de la Universidad Católica de Temuco, Chile. Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social UAI. Su correo electrónico es f.dallergut@gmail.com.

La *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* es una publicación semestral del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y que tiene por objetivo el análisis dogmático y científico de las instituciones jurídico-laborales y de seguridad social tanto nacionales como del derecho comparado y sus principales efectos en las sociedades en las que rigen.

DIRECTOR

Luis Lizama Portal

EDITOR

Claudio Palavecino Cáceres

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Eduardo Yañez Monje

SITIO WEB

revistatrabajo.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

pyanez@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)