

PRIVACIDAD, INTIMIDAD Y EXPECTATIVAS A PROPÓSITO DE GRABACIONES OCULTAS

SEBASTIÁN SOTO VELASCO – ANDRÉS SOTOMAYOR MORALES

RESUMEN: en estas páginas cuestionamos el razonamiento de la sentencia de la Corte Suprema que admitió como prueba lícita en un litigio por prácticas antisindicales la grabación oculta de una reunión entre un representante del empleador y un grupo de trabajadores. La sentencia considera que, en tal caso, no existía una expectativa de privacidad y que, por lo mismo, la grabación oculta no vulneró garantías constitucionales. Creemos, por el contrario, que la sentencia se equivoca al considerar que solo hay privacidad en ambientes de intimidad, al invocar parcialmente el test Katz de la Corte Suprema de Estados Unidos y al olvidar la relevancia de resguardar la privacidad en ambientes laborales.

PALABRAS CLAVES: Vida privada, Grabaciones ocultas, Expectativa de privacidad, Prueba ilícita.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Descripción de sentencia. 2.1. Hechos. 2.2. Sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo. 2.3. Recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago. 2.4. Corte Suprema. 2.5. Lo que este comentario no abordará. 3. Ámbito de protección del derecho a la privacidad. 4. Las expectativas y test de Katz. 4.1. El test Katz. 4.2. El test Katz y la expectativa de privacidad. 4.2.1. La protección de las expectativas. 4.2.2. ¿Se trata de una expectativa razonable de privacidad? 5. La privacidad en ambientes laborales. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

¿Es legítimo utilizar como prueba en un litigio las conversaciones sostenidas en una reunión que se grabó sin conocimiento de quienes participaban en ella? La Corte Suprema, en abril del año 2018, consideró que sí al resolver un recurso de unificación de jurisprudencia en el contexto de un litigio sobre prácticas antisindicales¹. La discusión se centró en la validez de esa prueba a la luz de lo dispuesto por las reglas de exclusión de artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo.

¹ Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Crédito e Inversiones (2018).

El fallo causó intenso revuelo apenas fue anunciado. Un medio, por ejemplo, tituló: “Corte Suprema abre caja de Pandora”². Menos dramáticamente, el Colegio de Abogados emitió una declaración crítica a la sentencia y afirmó que, si en tales conductas tiene intervención un abogado, “se violan los deberes éticos de nuestra profesión”³. Y es que si futuros fallos mantienen esta tendencia y protegen fórmulas similares a las que se observan en este caso, no cabe duda que la confianza en las relaciones al interior de la empresa se erosionará aún más.

En este comentario analizamos críticamente el razonamiento de la cuarta sala Corte Suprema y desarrollamos los argumentos por los que creemos que la sentencia decide incorrectamente el caso. Para eso, a continuación narramos los hechos y las sentencias que anteceden a la decisión de la Corte Suprema, esto es, la sentencia del Juzgado de Letras y la de la Corte de Apelaciones. Posteriormente entramos a examinar la sentencia de la Corte Suprema analizando el ámbito de protección del artículo 19 N° 4 y 5 de la Constitución Política de la República, y el concepto de “expectativas de privacidad” que la sentencia invoca a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos. Finalmente, nos enfocamos en la protección de la privacidad en ambientes laborales. Todo esto para proponer que la sentencia no protege adecuadamente la privacidad y pondera inadecuadamente los derechos y expectativas en juego.

2. DESCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA

2.1. Hechos

Durante la huelga de un banco comercial en Santiago, desarrollada a mediados del año 2016, un grupo de trabajadores, que habían depuesto la huelga liderada por el sindicato, se reunió con el Gerente

² Diario Financiero (2018): Corte Suprema abre caja de Pandora: escuchas privadas serían pruebas legítimas, 16 de abril de 2018 [disponible en: <https://www.df.cl/noticias/empresas/banca-instituciones-financieras/corte-suprema-abre-caja-de-pandora-escuchas-privadas-serian-pruebas/2018-04-16/170916.html>].

³ Colegio de Abogados de Chile A.G. (2018): Declaración del Consejo acerca del fallo de la Cuarta Sala de la Corte Suprema que admite como prueba válida la grabación de una reunión obtenida sin el consentimiento del interlocutor, 26 de abril de 2018 [disponible en: <http://colegioabogados.cl/wp-content/uploads/2018/04/Declaración-Colegio-de-Abogados-Fallo-Corte-Suprema.pdf>].

de Recursos Humanos del banco. La reunión fue grabada sin el consentimiento o el conocimiento del Gerente y en la grabación se le escuchó emitir opiniones referidas al sindicato de la empresa, tales como la posibilidad de censurar a la mesa directiva y una valoración negativa a la asesoría relativa a los descuentos sindicales.

Estas referencias motivaron una denuncia ante la Dirección Regional del Trabajo Metropolitana y, posteriormente, una denuncia ante el 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, por prácticas anti-sindicales.

2.2. Sentencia del 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago⁴

Ante la denuncia, el banco interpuso un incidente de prueba ilícita en los términos del artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo, alegando que la prueba del audio había sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Dicha norma dispone, en lo pertinente, que “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”.

El Tribunal rechaza el incidente de prueba ilícita promovido y acoge la denuncia deducida por la Dirección del Trabajo. El fundamento para el rechazo radica en que no sería posible argumentar una expectativa de privacidad en el caso concreto, considerando que:

- a) El lugar en el que se dio la reunión correspondía a las dependencias de la empresa, en un contexto de reunión de trabajo, en la cual no se prohibió el ingreso de aparatos electrónicos;
- b) No se hace advertencia alguna por parte de los intervinientes de la reunión sobre la privacidad de las conversaciones; y,
- c) Las temáticas tratadas eran relativas a temas laborales y previsionales, de suerte que no era posible presumir el secreto de la discusión de la reunión.

⁴ Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Crédito e Inversiones (2016).

2.3. Recurso de nulidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago⁵

El reclamado interpuso un recurso de nulidad en contra de la sentencia del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago por infracción a los artículos 477 y 453 N° 4 del Código del Trabajo, y a las garantías constitucionales establecidas en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

La Corte de Apelaciones de Santiago anuló la sentencia y en su sentencia de reemplazo tuvo por vulneradas las disposiciones señaladas, y en particular dispuso que:

- a) La prueba obtenida mediante una grabación subrepticia y clandestina, es un comportamiento que social y moralmente no es tolerable por lo que fue considerada como obtenida por medios ilícitos conforme a lo dispuesto en el 453 N° 4 del Código del Trabajo. Consecuentemente, la prueba carecía de todo valor probatorio;
- b) Se constata una vulneración sustancial al derecho fundamental del debido proceso establecido en el artículo 19 N° 3 de la Constitución; y,
- c) Ordena que se invalide todo el proceso y se retrotraiga a la audiencia preparatoria.

2.4. Corte Suprema⁶

Finalmente, la Dirección del Trabajo interpuso un recurso de unificación de jurisprudencia en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones.

En primer lugar, la Corte Suprema, en sentencia dictada por la Cuarta Sala⁷, sostiene que el artículo 453 N° 4 del Código del Trabajo, ya transcrito, al señalar las pruebas que carecerán de valor probatorio, no puede establecer un criterio de exclusión de mayor alcance que el contemplado en materia penal. Es por eso que la Corte sostiene que no puede sino establecer requisitos copulativos que deben concurrir con-

⁵ Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Crédito e Inversiones (2017).

⁶ Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Crédito e Inversiones (2018).

⁷ Concurren los Ministros Haroldo Brito, Ricardo Blanco y Gloria Chevesich, y el abogado integrante Jean Pierre Matus; y con el voto disidente del abogado integrante Rodrigo Correa.

juntamente para poder excluir la prueba. Es decir, la prueba tiene que haber sido obtenida de forma ilícita y vulnerando los derechos fundamentales para poder ser declarada inválida.

Por otra parte, la Corte vuelve sobre el criterio de expectativa razonable, esbozada por el 1° Juzgado del Trabajo, y entiende que no existe vulneración a la privacidad ya que concurren los siguientes elementos:

- a) La reunión se dio en un contexto confrontacional por lo que no era razonable presumir que había un ambiente de confidencialidad.
- b) El elevado número de asistentes no contribuye a una expectativa de privacidad.
- c) Los temas tratados eran netamente laborales por lo que no se trataba de aspectos privados o íntimos del Gerente de Recursos Humanos.
- d) No se hizo advertencia del carácter reservado de la reunión.

En definitiva, en virtud de estas consideraciones, la Corte Suprema estimó que no se habrían vulnerado los derechos fundamentales por lo que la prueba debe ser considerada como válida.

2.5. Lo que este comentario no abordará

La decisión de la Corte Suprema puede ser cuestionada desde diferentes ámbitos.

En primer lugar, la Corte Suprema hace una aplicación amplia de las causales que justifican la admisibilidad de un recurso de unificación de jurisprudencia. Cabe recordar que este recurso es excepcional, de derecho estricto y formal; y procede solo cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia, conforme al artículo 483 del Código del Trabajo.

Para este caso concreto, se utilizó la sentencia de fecha 28 de abril de 2016 por la Corte de Apelaciones de Valdivia en el recurso ingresado bajo el número 30-2016, que declaró lícito y dio valor probatorio a un audio grabado por una trabajadora en una reunión de la empresa. Cabe señalar que es discutible que se trate de una

interpretación diferente toda vez que el contexto, que resulta fundamental para ambas sentencias, es sustancialmente diferente en uno y otro caso. En la sentencia analizada se trata de una reunión en oficinas de la empresa, mientras que en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, se trata de expresiones proferidas a viva voz en una audiencia o reunión pública.

Otro aspecto debatible de la sentencia radica en la interpretación que hace la Corte Suprema sobre los requisitos exigidos para la exclusión de prueba en el procedimiento laboral. En esta parte, la sentencia de reemplazo desatiende el tenor literal del artículo 453 N° 4 para buscar una interpretación de contexto en relación al proceso penal. De esta manera, concluye que las causales que establece el artículo referido no son causales diferentes sino que requisitos copulativos. La inexistencia de debate de esta norma en la historia de la ley es utilizada por la Corte Suprema para reafirmar su argumentación, en vez de inferir que al no haber debate no es posible conocer la intención del legislador por lo que, sobre ese aspecto, no cabría poner en duda el sentido claro del texto legal.

Cabe señalar que estas dos observaciones están contenidas en el voto disidente del abogado integrante, Rodrigo Correa, pero no son desarrolladas mayormente.

Sin perjuicio de que estos aspectos podrían ameritar comentarios extensos, el objeto de este análisis es enfocarse en la concepción de privacidad que promueve la sentencia de la Corte Suprema y su consideración de las expectativas. Es eso lo que pasamos a hacer a continuación.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD. ¿QUÉ PROTEGE LA PRIVACIDAD? NO SOLO LA INTIMIDAD

La sentencia en análisis señala que la privacidad es un concepto variable en el tiempo y que su definición no es unívoca. Sin duda tiene razón. No solo las nuevas tecnologías sino que la evolución de la vida en sociedad muestran que lo que ayer pudo ser privado, hoy se ventila por las redes sociales; y que ciertas materias típicamente reservadas a ámbitos de intimidad, hoy llenan páginas y minutos al aire de los medios de comunicación.

Con todo, el punto jurídico que debe abordarse no es este. Lo relevante es definir el contenido del derecho a la vida privada que aplica en el caso concreto. La sentencia lo hace desde la doctrina. Así, citando a Alan Westin, relaciona la privacidad con la “soledad, intimidad, anonimato y reserva”. También, siguiendo el fallo esta vez a José Luis Ugarte, lo entiende como un espacio de autonomía vedado para terceros. Y finalmente, de la mano de Humberto Nogueira, transforma la privacidad en intimidad (considerando cuarto).

Sin embargo, el contenido del derecho que intenta dibujar el fallo es limitado o, al menos, no alcanza a todas las facetas en que se despliega. Para apreciarlo, lo primero que debe hacerse es revisar el 19 N° 4 y 5 de la Constitución. Ambos constituyen derechos fundamentales de larga tradición en el constitucionalismo y ambos, interpretados conjuntamente, fijan los contornos de aquello que es privado y no puede divulgarse, salvo ciertos casos excepcionales.

El artículo 19 N° 4, en lo que interesa, asegura “el respeto y protección a la vida privada”. Para la doctrina nacional, como ha mostrado con especial dedicación Rodolfo Figueroa, la privacidad toma tres posibles facetas: el secreto, ser dejado solo y contar con espacios de autonomía. En este sentido, continúa Figueroa, los autores destacan una o más de estas facetas cuando desarrollan el contenido del derecho⁸. Lo relevante para estas páginas, con todo, es que cualquiera sea la faceta que se elija, los espacios protegidos por la privacidad no se vinculan necesariamente con espacios de intimidad, como sugiere la sentencia.

En efecto, la jurisprudencia y la doctrina reconocen que puede haber también vulneraciones a la privacidad en el espacio público, como ocurre por ejemplo, cuando, sin fundamento suficiente, se captan y divulgan imágenes obtenidas de cámaras de vigilancia o cuando se afecta el derecho a la propia imagen. Incluso más, el derecho al olvido (esto es, el derecho a que transcurrido cierto tiempo las informaciones verdaderas pero perjudiciales respecto de una persona sean eliminadas de los servidores de internet) que ha sido reconocido jurisprudencialmente, es un derecho implícito que emana de la privacidad; esto a pesar de no vincularse directamente con un espacio de intimidad. Lo que en definitiva buscamos plan-

⁸ FIGUEROA (2014), pp. 128-129.

tear es que la privacidad puede reclamarse incluso en espacios que no son propiamente de intimidad⁹.

Y si esto último parece algo difuso en la argumentación de la sentencia en comento, la referencia al artículo 19 N° 5 se encuentra completamente olvidada; de hecho, ni siquiera es citado. Como sabemos, este numeral asegura la “inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada”. Luego, agrega que las comunicaciones pueden interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

Como escribe Silva Bascuñán, tal numeral “protege aquella forma de comunicación que dirige el emisor al receptor con el propósito de que únicamente él la reciba y ambos sepan su contenido; por lo tanto, se prohíbe a otras personas imponerse de este, a menos que el receptor consienta en que ello ocurra”¹⁰. Y, con mucha mayor claridad para el caso que se analiza, Ángela Vivanco anota que las comunicaciones privadas son aquellas “restringidas entre dos o más personas y, por tanto, no están destinadas al dominio público. Así, más que el medio empleado, prevalece la intención de privacidad. Incluso ello alcanza a las comunicaciones que son en lugares públicos en la medida que la comunicación sea privada”¹¹. Ambas citas permiten deducir que las comunicaciones privadas son también parte integrante de la privacidad de la persona y que su registro o divulgación está sometido a requisitos estrictos contemplados en la ley.

Esta perspectiva no fue abordada por el fallo o lo fue solo tangencialmente ya que no existe mención alguna al artículo 19 N° 5 y a la eventual vulneración de tal garantía. Hay, por lo mismo, un absoluto silencio respecto a si en este caso había o no una comunicación privada, en los términos de la Constitución. Todo indica que la había pues se trataba de una reunión que fue grabada solo porque se ocultó tal hecho y en que las partes conversaban entre ellas sin intención de destinar sus dichos a nadie más que a los presentes en la propia reunión.

Pero, adicionalmente, la aproximación del fallo al artículo 19 N° 4 y a la privacidad que este protege la reduce exclusivamente a ámbitos

⁹ Sobre esto puede verse, en esta misma colección, VIVANCO (2016).

¹⁰ SILVA BASCUÑÁN (2006), p. 205.

¹¹ VIVANCO (2006), p. 364.

de intimidad o, lo que es lo mismo, a espacios propios del individuo en que se despliegan facetas de la vida personal. Pero esa concepción de la privacidad, según hemos visto, es reducida e incorrecta.

Tan claro es que la sentencia hace sinónimos la privacidad de la intimidad que los argumentos que utiliza para descartar la vulneración tienen sentido, si alguno, en contextos de intimidad. Así, el fallo sostiene que no se ha vulnerado la intimidad por el contexto, por el número de asistentes y por no haber advertido *ex ante* que no podía grabarse la conversación. Y es cierto: una conversación en un ambiente laboral de huelga prolongada donde participan varios trabajadores interesados entrega pocos espacios de intimidad. Pero, por el contrario, estas características no son obstáculo para reclamar espacios de privacidad porque esta puede darse en lugares públicos, en los que se encuentran varias personas y aún en contextos de apertura o libre tránsito, según hemos visto.

Entonces, nuestra primera crítica a la sentencia es que se construye sobre un concepto de privacidad excesivamente reducido, que lo asemeja incorrectamente a la intimidad. Al hacerlo interpreta parcialmente las normas constitucionales que configuran el derecho a la vida privada. Esto no solo por un entendimiento parcial del artículo 19 N° 4 sino también por un olvido inexcusable del artículo 19 N° 5 que protege toda forma de comunicación privada.

No queremos decir que, haciendo un análisis más exhaustivo sobre este punto, la Corte hubiera cambiado su decisión, pero esta concepción limitada y, a nuestro juicio, equivocada, determina la lógica que sigue la sentencia. Incluso, es posible que la Corte hubiese llegado al mismo resultado, pero argumentando desde una concepción más acabada de la privacidad y entregando a los operadores jurídicos una interpretación conocida de qué entienden los jueces sentenciadores por comunicaciones privadas.

4. LAS EXPECTATIVAS Y EL TEST KATZ

Un segundo punto que merece reflexión es el tratamiento que hace la sentencia de la protección de las expectativas y, en particular, de la expectativa de privacidad que alega tener la parte afectada.

A continuación analizaremos este tema en dos partes. Primero, describiremos el test Katz de la Corte Suprema de Estados Unidos

que la decisión chilena invoca como argumento y estándar. Luego, examinaremos el que a nuestro juicio es el correcto estándar de protección de las expectativas en este caso concreto.

4.1. El test Katz

Solo podemos celebrar que la sentencia recoja doctrina y jurisprudencia de cortes extranjeras y dialogue con los estándares propios del derecho constitucional global. En ese sentido, la sentencia es un aporte, pues incentiva a jueces y operadores jurídicos a observar con ojos distintos las contiendas nacionales.

En lo que interesa, la sentencia utiliza el llamado test Katz. Este nació en 1967 en el caso *Katz v United States* (389 U.S. 347), específicamente en una prevención a la sentencia del juez Harlan. Los hechos son simples: Charles Katz se dedicaba a las apuestas ilegales y, en una época sin celulares o WhatsApp, llevaba adelante todo su negocio a través de un teléfono público ubicado en alguna calle de su barrio. El FBI logró la condena de Katz sobre la base de grabaciones a esas llamadas. Sin embargo, para hacer las grabaciones, el FBI no obtuvo orden judicial y Katz planteó a la Corte Suprema que, por lo mismo, se había vulnerado la cuarta enmienda¹².

La Corte Suprema de Estados Unidos, por 7 votos contra 1, acogió el reclamo de Katz y consideró que en este caso se había realizado una “pesquisa” (*search*) sin orden judicial. Hasta antes de la sentencia, para vulnerar tal enmienda se requería “intromisión física” (ej. “pinchar” un teléfono). A partir de la sentencia, se impuso el test Katz, esto es, un test de dos pasos en virtud del cual primero debía verificarse si existe una expectativa subjetiva de privacidad; y luego, determinar si esa expectativa individual es una que la sociedad esté en condiciones de reconocer como razonable o legítima. Este test ha sido aplicado desde entonces por la Corte Suprema en al menos veinte sentencias¹³.

¹² Esta reconoce el “derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias” y agrega que “no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento (...) y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”. Traducción tomada de <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>

¹³ Harvard Law Review (2018), p. 357.

La cita de Katz en la sentencia en análisis, merece al menos dos comentarios. El primero es que en Estados Unidos este test nace bajo el amparo del derecho penal y, específicamente, de los límites y garantías frente a la persecución criminal del Estado. Sabemos que el caso que se analiza no dice relación con el ámbito penal y, por lo mismo, regularmente las garantías procesales son algo más tenues. Invocar este test puede, por lo mismo, elevar el escrutinio sobre las medidas invasivas, cuestión que, con todo, la Corte Suprema no aborda en el fallo.

La segunda reflexión dice relación con el contenido y protección de las expectativas. Es esto lo que analizaremos a continuación.

4.2. El test Katz y la expectativa de privacidad

La Corte Suprema de Chile invoca el test Katz al tratar la noción de legítima expectativa de privacidad. Esto, pues, al igual que en el caso de Charles Katz, el señor Valdés (la parte afectada del caso concreto que se aborda en este comentario por ser víctima de la grabación) sostuvo que se había vulnerado sus expectativas de privacidad.

El punto había sido abordado, primeramente, por el Juez que conoció de la causa en primera instancia. En su decisión sostuvo que, como ya se ha dicho, no había una expectativa de privacidad por el lugar donde se había obtenido la grabación, porque no había habido advertencia alguna respecto al carácter reservado de la reunión y por las temáticas tratadas que, en ningún momento, “abordaron temas que guarden relación con la esfera de privacidad o intimidad de alguno de los partícipes a la reunión”¹⁴. La Corte de Apelaciones, por su parte, no abordó directamente el asunto. Y la Corte Suprema descarta la legítima expectativa de privacidad invocando el test Katz.

A continuación, nos detendremos brevemente en la protección de las expectativas en el derecho para pasar luego a preguntarnos si, en el caso concreto, estamos o no ante una expectativa razonable de privacidad.

¹⁴ Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Crédito e Inversiones (2016).

4.2.1. *La protección de las expectativas*

La cuestión controvertida permite destacar un punto asumido desde hace ya bastante tiempo: las expectativas son también un espacio que el derecho debe atender y que, en ocasiones, exige resguardar. La protección del derecho entonces no aborda únicamente situaciones jurídicas consolidadas sino que, en ciertas circunstancias especialísimas, también expectativas.

El tema es complejo y evidentemente requiere de un desarrollo mucho mayor, que aquí no se hará. Por ahora, basta con señalar que la complejidad del debate está dada porque la aspiración de objetividad tan común en la aplicación del derecho no conversa fluidamente (o simplemente colisiona) con la subjetividad propia de las expectativas. ¿Cuándo una expectativa tiene tal nivel de fuerza jurídica que el derecho debe protegerla? ¿Es una expectativa que nace del sujeto que alega titularidad sobre el derecho (o su apariencia) o es una expectativa que nace de la percepción de la comunidad respecto a tal titularidad?

Aun así, el derecho público ha ido paulatinamente protegiendo expectativas. Tal vez la más invocada es la que sirve de base al denominado principio de confianza legítima donde es la expectativa de una fijeza regulatoria lo que permite reconocer un derecho o una situación jurídica. O, más precisamente, como ha recientemente acotado el Tribunal Constitucional, el principio “previene el ejercicio abusivo de la potestad legislativa, en cuanto pueda comprometer posiciones jurídicas subjetivas consolidadas”¹⁵ (el subrayado es nuestro).

Visto así, la pregunta que sigue es si, en abstracto, esta es una de aquellas situaciones en las que el derecho debe proteger una eventual expectativa, que en este caso es de privacidad. No nos preguntamos aquí todavía si esta era una expectativa razonable; simplemente queremos abordar el paso previo, esto es, si debe el derecho conceder valor a la eventual expectativa de privacidad. Y creemos que sí.

La razón está esbozada en la sentencia de la Corte de Apelaciones cuando cuestiona la ilicitud de grabar clandestina y subrepticamente una conversación. Agrega “un comportamiento de esa índole

¹⁵ Requerimiento de Inaplicabilidad de Isapre Consalud S.A. (2017).

no es social ni moralmente tolerable. Si así fuera, se tornaría insostenible la vida en sociedad, se anularía la libertad, la espontaneidad y la sinceridad en las relaciones sociales” (considerando sexto). Aunque la sentencia de la Corte de Apelaciones utiliza este argumento para sostener que la prueba se obtuvo por un medio ilícito, nos parece que sirve también para argumentar que, por las razones que destaca, el derecho debe conceder valor y resguardar las expectativas de aquellos que, interviniendo en una reunión, se expresan con libertad y espontaneidad en un ambiente de relaciones sociales que, no obstante el contexto conflictivo, pueden ser sinceras.

Por lo demás, cabe hacer dos consideraciones adicionales sobre esta apreciación de la Corte de Apelaciones. El caso, como ya se ha dicho, se da en el contexto de una relación laboral, de suerte que hay dos principios uniformadores que son aplicables.

En primer lugar, la buena fe; y esta en una doble vertiente. Ante todo, como creadora de deberes especiales de conducta para las partes de un contrato, conforme a la cual el empleador y el trabajador se desarrollan bajo la expectativa de ciertas conductas recíprocas, más allá de la letra del contrato y las regulaciones internas, y que dicen relación también con las buenas costumbres como parte de la autonomía de la voluntad¹⁶. Adicionalmente, y aquí la segunda vertiente, desde una perspectiva constitucional donde, siguiendo en esto a David Pozen y su artículo “Mala Fe Constitucional”, hay variedades subjetivas y objetivas de mala fe constitucional que no pueden pasar desapercibidas para los juzgadores pues no atender a ellas puede degradar la deliberación constitucional, la cooperación y la comunidad¹⁷.

Y, en segundo lugar, el contrato de trabajo tiene un contenido ético jurídico en virtud del cual se exige del trabajador un cierto deber de lealtad con el empleador. Es decir, al igual que en el caso de la buena fe, el contrato se desenvuelve bajo una exigencia que supone un comportamiento determinado y bajo el cual actúan las partes. Por lo tanto, el empleador tiene una fundada expectativa de lealtad, la que en el caso contrario se ve contrariada por la grabación clandestina de una reunión.

¹⁶ BOETSCH (2015), pp. 97-101.

¹⁷ POZEN (2016).

Estos conceptos adicionales, propios del contrato de trabajo, permiten razonablemente fortalecer la idea de privacidad de la reunión o al menos de la legítima expectativa de dicha privacidad.

4.2.2. *¿Se trata esta de una expectativa razonable de privacidad?*

La sentencia analizada enuncia que la expectativa que debe ser protegida por el test Katz tiene una faceta subjetiva y otra objetiva. Como explica Kerr, para la época del fallo ambos pasos atendían a requisitos distintos. Por eso, “para establecer la protección de la Cuarta Enmienda, el individuo necesitaba mostrar tanto que el gobierno invadió un espacio protegido bajo el test objetivo como que el espacio no estaba abierto a extraños bajo el test subjetivo”¹⁸.

Sin embargo, la pregunta que varios han intentado resolver respecto al test Katz es si el paso subjetivo depende: i) de la expectativa que tenía las personas; o ii) de la que construye la Corte para el caso concreto. Algunos han teorizado que el juez Harlan se habría enfocado en lo primero, es decir, en verificar el espacio de privacidad que subjetivamente construye el afectado por la intervención¹⁹. Sin embargo, en la práctica judicial se ha impuesto la segunda, esto es, que la Corte Suprema sea la que decida si se trata o no de un espacio razonable con cierta independencia de la subjetividad que acompaña al afectado. Eso lo resume particularmente bien el comentario que alguna vez anotó el Juez Scalia: “en mi opinión, la única cosa que las tres últimas décadas han establecido acerca del test Katz, es que sin mayor sorpresa, las razonables expectativas de privacidad tienen un extraño parecido con aquellas expectativas de privacidad que esta Corte considera razonables”²⁰.

Lo interesante para el caso concreto es que, a nuestro juicio, cualquiera sea la perspectiva que se siga, la Corte Suprema chilena debió haber fallado distinto. Veamos en detalle algunos criterios que pudieron servir de base a una argumentación que condujera a un resultado distinto.

¹⁸ KERR (2015), p. 122. Cabe señalar que en este artículo Kerr cuestiona tanto teóricamente como en su aplicación el test Katz.

¹⁹ Ver por ejemplo, BLANKE (2018). pp. 8-9.

²⁰ *Minnesota v. Carter*. 525 U.S. 83 (1998). Concurrencia de Scalia y Thomas. p. 97.

i) La expectativa subjetiva del afectado

Desde la perspectiva subjetiva del afectado, no puede haber duda de que el señor Valdés intentó establecer un ámbito de privacidad por medio de una reunión en un espacio cerrado con algunos trabajadores en la que se intercambiaron opiniones y comentarios propios de una conversación informal y reservada. El hecho de que la grabación haya sido efectuada de manera oculta corrobora que la expectativa de privacidad de los asistentes era un supuesto compartido que una grabación a vista de todos hubiera modificado.

Pero esta reflexión no persuade a la Corte. Si bien reconoce en sus razonamientos que el emisor tenía una expectativa subjetiva de privacidad (“el emisor de las comunicaciones, si bien subjetivamente tenía la expectativa de que sus dichos no serían grabados y luego diseminados...”) acto seguido descarta que esa expectativa tenga valor ante el derecho pues no sería razonable para los estándares de la Corte (“... aquella no puede ser calificada, objetivamente, como una razonable”). Y para descartar la razonabilidad de la expectativa de los asistentes, la Corte se aleja de la subjetividad para proponer ciertos criterios. Con esto, la sentencia nos dice que la expectativa de privacidad tiene un límite, y ese límite está dado por criterios o estándares ajenos a aquellos que comparten los sujetos que participan en el espacio supuestamente privado. Los estándares correctos son los de la Corte: ellos son los que dan o niegan razonabilidad a esa expectativa.

Lo dicho no es particularmente cuestionable. En ocasiones es sensato alejarse de la pura subjetividad de los intervinientes y ponderarla con criterios externos que puede construir la Corte sobre la base de una rigurosa argumentación. Debe ser rigurosa porque siempre estos criterios intentan dialogar con la razonabilidad de la opinión común, los precedentes u otros criterios similares. Ello para evitar que a la mera subjetividad de la persona se imponga la subjetividad de los jueces que fallan el caso. El derecho, entonces, exige en alguna medida que cuando los jueces descartan lo subjetivo por no ser razonable, argumenten sólidamente aquello que sí sería razonable.

ii) Contexto, relaciones intergrupales y falta de noticia previa: tres criterios insuficientes

El fallo nos propone tres criterios de razonabilidad que no son contundentes. Ya hemos enunciado más arriba que el primero es el con-

texto: se trata de una “huelga prolongada” lo que permite suponer que “la conversación se desarrollaría en un clima más bien confrontacional”. El segundo es que asistieron varias personas por lo que se aumenta el riesgo de que “cualquiera de ellas divulgara el tenor de lo discutido”. El tercero es que no se advirtió que se trataba de una conversación de carácter reservado (considerando séptimo).

Sin embargo, a nuestro juicio, ninguno de estos criterios es suficientemente razonable para imponerse sobre la subjetividad legítima de quien participa de una reunión privada que, según espera, no será grabada.

El contexto de huelga no puede generar la impresión del “todo vale”. Por el contrario, la Corte debe procurar que aun en situaciones de tensión y conflicto el derecho siga imponiéndose sobre las vías de hecho o las ilegalidades, sobre todo si se considera el contenido ético-jurídico que debe informar la relación laboral, como señalábamos en el apartado anterior. La Corte parece abierta a que, en situaciones de conflicto, el derecho se retraiga y se imponga una suerte de autotutela. Nada más lejano al deber de quien está llamado a resguardar la ley y el derecho.

La participación de varias personas tampoco elimina la expectativa de privacidad. Ya dijimos que lo privado puede darse en contextos colectivos e, incluso, en espacios abiertos. Reducir la expectativa de privacidad a relaciones interpersonales y no intergrupales individualiza el ejercicio de un derecho que también tiene una faceta colectiva propia de la vida en sociedad. Pero la Corte además confunde dos conceptos: una cosa es que el contenido de una conversación pueda ser divulgado y otra distinta es que una conversación sea grabada. En el caso que se analiza estamos en la segunda hipótesis que implica interferir por medio de actos positivos en la privacidad de una conversación (ej. grabaciones). Para el derecho, esta hipótesis es más grave que divulgar el contenido de una conversación. De hecho, solo en casos muy específicos regulados en la ley, hay prohibición de divulgación de contenidos (ej. secreto profesional).

Dicho de otra forma, lo que aquí se discute no es la conformidad a derecho de divulgar el contenido de una conversación. Nadie duda que los asistentes luego podrían haberlo hecho e incluso el juez de la causa podría haber sancionado por los mismos hechos a la empresa si es que los trabajadores hubieran testificado en tal sentido. Lo cues-

tionable es otra cosa: el uso de un medio prohibido que vulnera la privacidad. Esto último es lo que se debate; sin embargo, la Corte en su argumentación mezcla ambos temas y supone que no hay un espacio de privacidad que proteger porque había una probabilidad alta de que lo ocurrido en ese espacio trascendiera. Si este criterio se extiende nada sería privado pues siempre que hay dos personas hay una probabilidad —alta o baja según quienes sean esas personas— de que el contenido de lo ahí ocurrido trascienda.

Y el último criterio utilizado para descartar la razonabilidad es el más pobre. Se argumenta que no se advirtió a los asistentes que la reunión era privada; que no existía “ni expresa ni implícitamente ninguna prohibición de ingresar con aparatos que permitan obtener grabaciones”. A nuestro juicio la pregunta correcta es otra. ¿Qué es más razonable? ¿Tener que advertir al inicio de cada reunión que lo que sigue se trata de una conversación privada o considerar que hay ciertos supuestos que permiten deducir que se trata de una conversación privada? ¿Tener que llenar de advertencias y reglas que prohíban grabar conversaciones privadas o considerar que es razonable suponer que ciertos comportamientos ocultos están proscritos?

iii) El artículo 161 A del Código Penal e interés público

Con lo anotado más arriba, hemos cuestionado los fundamentos utilizados por la Corte para sostener que no había en este caso una expectativa razonable de privacidad. A estos argumentos se suma otro que, creemos, inclina la balanza en favor de la privacidad. El artículo 161A del Código Penal, sin excepción alguna, sanciona “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”.

Ya discutimos más arriba que, si bien para la Corte esta no es una conversación de carácter privado porque no se vincula con “algo reservado a su ámbito más íntimo”, para nosotros sí constituye una comunicación privada, pues la privacidad no solo resguarda la intimidad sino un ámbito más amplio de la persona. Lo relevante ahora es desnudar la contradicción de la Corte que descarta una expectativa subjetiva de privacidad a pesar de que, para el derecho penal, la grabación de conversaciones en recintos que no son de libre acceso

al público es un delito. ¿Por qué no es una expectativa razonable y digna de protección suponer que una conversación no se está grabando si, para el derecho penal, grabarlas es un delito? ¿No entrega el artículo señalado una muy razonable expectativa de que lo que ocurre en esa reunión no será grabado porque es privado?

Como es de suponer, no es primera vez que la Corte Suprema se enfrenta a casos vinculados con grabaciones ocultas. Uno de esos casos, que Sebastián Zárata ha comentado en esta misma colección, muestra que la Corte razona en torno al interés público comprometido para no aplicar el artículo 161A²¹. Si bien el autor cuestiona la densidad del razonamiento, al menos hay un intento por incorporar una variable que pudiera haber interactuado con la expectativa de privacidad y con la norma que prohíbe grabaciones ocultas. Como se ha visto, nada de eso hace la sentencia.

En definitiva, los argumentos esgrimidos más arriba nos permiten sostener que, en el caso específico, hay buenas razones para afirmar que había una razonable expectativa de privacidad que el derecho y los jueces debieron resguardar.

5. LA PRIVACIDAD EN AMBIENTES LABORALES

La sentencia también puede cuestionarse desde otra perspectiva. La argumentación de los ministros desatiende un criterio transversal en materia laboral y parece insinuar que ciertos derechos ceden en el contexto laboral.

Al respecto, se encuentra asentado el concepto de ciudadanía laboral que, en términos simples, supone que la relación laboral no es inmune a las garantías constitucionales. En materia legal, este principio fue recogido en la Ley N° 19.759, que incorporó al Código del Trabajo la noción de que las facultades del empleador tienen como límite el respeto de las garantías constitucionales. En la interpretación marco de esta disposición, formulada por la Dirección del Trabajo, el ente administrativo señaló que “los derechos fundamentales actúan, en nuestro sistema jurídico-laboral, como verdaderos ejes modeladores y conformadores de la idea de la ciudadanía en la empresa”²².

²¹ ZÁRATE (2014).

²² Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2856/0162 de 30 de agosto de 2002.

Este concepto y su posterior desarrollo han sido utilizados para resolver situaciones cotidianas como la revisión y control de correos electrónicos, la instalación de cámaras de vigilancia al interior de empresas y otras medidas de control. En todos estos casos, tanto la jurisprudencia administrativa como la judicial han sostenido que a pesar de las facultades del empleador, y a pesar de tratarse de recintos y bienes de su propiedad, prima el respeto a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones. Por lo tanto, se han rechazado estas medidas de control por considerarlas excesivamente intrusivas, o bien se ha exigido una regulación adicional pero limitada, en reglamentos internos y otros instrumentos²³.

En este contexto es razonable preguntarse cómo hubiese fallado la Corte Suprema si las posiciones hubiesen sido inversas. Es decir, si el representante del empleador hubiese grabado clandestinamente una conversación con miembros del sindicato y luego lo hubiese utilizado como prueba²⁴. Si hubiese seguido el mismo criterio de la Sentencia, la Corte Suprema probablemente hubiese validado la prueba con los mismos argumentos. Pero, si hubiese aplicado el concepto de ciudadanía laboral, hubiese rechazado la prueba por considerar que se trataba de un medio intrusivo, no regulado y que, en consecuencia, violaba las garantías del trabajador.

Ahora bien, cabe preguntarse si esta consideración, tan extendidamente otorgada al trabajador, protege también al empleador. Si bien la legitimidad activa de la acción de tutela, mecanismo procesal para asegurar el respeto a derechos fundamentales, corresponde exclusivamente al trabajador, ello no implica que el empleador quede impedido de ejercer sus derechos constitucionales por mediar un contrato de trabajo o un contexto laboral, como parece sugerir la sentencia en comento. Por lo tanto, el mismo tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia le han otorgado a las garantías constitucionales del trabajador, debe ser aplicado para el empleador y debió primar en la sentencia.

²³ Así por ejemplo, el Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2328/130 del 19 de julio de 2002, latamente reiterado, señalaba a propósito de la legalidad de sistemas de vigilancia mediante cámaras, que toda medida de control debía ser conocida por el trabajador, “*es decir, no pueden tener un carácter clandestino*”.

²⁴ Un caso en tal sentido es comentado por COVARRUBIAS (2007).

6. CONCLUSIONES

La Sentencia de la Corte Suprema, si bien eleva el estándar de argumentación utilizando jurisprudencia comparada, sienta un mal precedente para la comprensión de las garantías constitucionales y el desarrollo de las relaciones laborales.

En primer término, la sentencia analizada utiliza un limitado concepto de privacidad excesivamente atado a la intimidad. Además, obvia toda mención a la garantía que protege la inviolabilidad de las comunicaciones. Luego, desestima la existencia de una legítima expectativa de privacidad utilizando criterios insuficientes y desatendiendo principios que informan el contrato de trabajo y que deben ser promovidos en la vida en sociedad. Finalmente, la sentencia se desentiende del estándar de protección de las garantías constitucionales en el ámbito laboral. Por todo eso, a nuestro juicio, se trata de una decisión que no debiera reiterarse.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BLANKE, Jordan (2018): Top ten reasons to be optimistic about privacy (Idaho Law Review 54).
- BOETSCH, Cristián (2015): La Buena Fe Contractual (Santiago, Ediciones UC).
- COVARRUBIAS, Ignacio (2007): Derecho a la intimidad en el trabajo: Lo importante no es quién mira sino qué es lo que se mira. Sentencias Destacadas 2006. (Santiago, Ediciones LyD).
- FIGUEROA, Rodolfo (2014): Privacidad (Santiago, Ediciones UDP).
- HARVARD LAW REVIEW (2018). The Supreme Court. Leading Cases. Collins v. Virginia.
- KERR, Orin (2015): Katz Has Only One Step: the Irrelevance of Subjective Expectations. (The University of Chicago Law Review 82).
- POZEN, David (2016): Constitutional Bad Faith (Harvard Law Review 129, N° 4).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2006): “Tratado de Derecho Constitucional”, Tomo XI (Santiago, Editorial Jurídica).

- VIVANCO, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo II (Santiago, Ediciones UC).
- VIVANCO, Ángela (2016): El derecho al olvido y el eventual poder que tenemos sobre nuestra propia historia. En *Sentencias Destacadas 2016* (Santiago, Ediciones LyD).
- ZÁRATE, Sebastián (2014): “Expectativas de privacidad y grabaciones ocultas: A propósito de un fallo de la Corte Suprema”. *Sentencias Destacadas 2013* (Santiago, Ediciones LyD).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Crédito e Inversiones* (2018): Corte Suprema, 12 de abril de 2018 (unificación de jurisprudencia), rol N° 35.159-2017.
- Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Crédito e Inversiones* (2017): Corte de Apelaciones, 9 de junio de 2017 (recurso de nulidad), rol N° 353-2017.
- Dirección Nacional del Trabajo con Banco de Crédito e Inversiones* (2016): 2° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 1 de febrero de 2017 (tutela laboral), rol N° S-90-2016.
- Requerimiento de Inaplicabilidad de Isapre Consalud S.A. (2017): Tribunal Constitucional, 27 de marzo de 2019 (inaplicabilidad por inconstitucionalidad), rol N° 3.498-17.
- Minnesota v. Carter*. 525 U.S. 83 (1998): Corte Suprema de los Estados Unidos.

NORMATIVA ADMINISTRATIVA

- Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2856/0162 de 30 de agosto de 2002.
- Dictamen de la Dirección del Trabajo N° 2328/130 del 19 de julio de 2002.

