

Santiago, dos de octubre de dos mil veinte.

Vistos:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de los fundamentos segundo y quinto, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

Primero: Que don Daniel Jara García dedujo recurso de protección en contra de don Luis Rubén Órdenes y don Dagoberto Cárdenas Orellana, calificando como ilegal y arbitrario el haber sido grabado por los recurridos en forma oculta y sin su consentimiento, empleando posteriormente dicha grabación en su contra mediante su publicación en la red social Facebook, sin dar cuenta del contexto en el que se dio la conversación, causando dañosas consecuencias, correspondientes a reacciones violentas expresadas en su contra y de su familia por diversos usuarios de la señalada plataforma digital; hecho que lo privaría del legítimo ejercicio de las garantías establecidas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, de la forma como detalla en su libelo.

Sostiene que el 26 de marzo de 2020, en el contexto de la ejecución del proyecto de edificios de departamento "Brisas de Azapa" de Arica, varios trabajadores que prestan servicios para la empresa Sociedad Lemat Limitada, para la cual el actor se desempeña como Jefe de Obra, manifestaron su intención de retirarse de la faena, debido a que un



trabajador se encontraba con sospecha de estar infectado con la enfermedad conocida como COVID-19. Ante ello, les explicó a los empleados las medidas de seguridad adoptadas por la empresa, dando cuenta de las razones por las cuales no era procedente que los trabajadores se retiraran para concurrir masivamente a los servicios de urgencia, y los motivos por los que la obra no podía paralizarse, sin perjuicio de la adopción de medidas para evitar contagios.

Refiere que el mismo día reunió a todos los trabajadores y reiteró las antedichas instrucciones, oportunidad en la que fue grabado por los recurridos en forma oculta y sin su consentimiento, grabaciones que posteriormente fueron utilizadas en su contra mediante su publicación en la red social Facebook, enterándose de su existencia al día siguiente a través de terceras personas.

Explica que, al ingresar a su perfil de Facebook, pudo constatar la agresividad con que los usuarios de dicha plataforma se expresaban en su contra, las amenazas directas contra su persona, su familia y contra la obra, además que terceros habían obtenido su imagen, la de su pareja e hijos, para difundirlas en la señalada red social, incluyendo sus datos personales como nombre completo, número de cédula de identidad, lugar de trabajo y domicilio; motivo por el cual tanto él como su pareja se vieron forzados a cerrar sus perfiles en Facebook.



Indica que la publicación fue compartida desde el perfil de Facebook de los recurridos por, al menos 28.000 usuarios, teniendo una enorme difusión, además de 3.270 reacciones de usuarios y 4.309 comentarios sólo en el perfil de unos de los recurridos, además de los comentarios vertidos por aquellas personas que vieron la publicación compartida por las ya señaladas personas. Adicionalmente, la publicación fue replicada en otros perfiles de la misma red social, de amplia difusión y que cuentan con gran cantidad de seguidores.

Por lo anterior, y estimando infringidas las garantías antes referidas, solicitó *"se ordene a los recurridos y a quienes resulten responsables, retirar las publicaciones que tengan por objeto denostar a mi representado o su familia, llamen al odio o violencia contra mi representado, como asimismo aquellas que contengan sus datos personales y fotografías, y abstenerse de incurrir en la misma conducta en lo sucesivo, prohibiéndose asimismo las publicaciones que generen desprestigio, descrédito o afecten la honra de mi representado"* (sic).

Segundo: Que, por su parte, informó el recurrido Dagoberto Cárdenas Orellana, quien sostuvo que el 26 de marzo de 2020, todos los trabajadores concurrieron a conversar con el actor, atendida su calidad de Jefe de Obra, con el objeto de solicitar autorización para



concurrir al Servicio de Salud de Arica a realizar el examen de detección de la enfermedad COVID-19.

Al llegar el recurrente, cerca de las 08:06 horas, señala que recibieron un trato prepotente de su parte, toda vez que les indicó, alzando la voz, "que no querían trabajar y que por qué estaban parando la obra", instante en el cual algunos compañeros, molestos por el trato recibido, comenzaron a decir que podrían grabarlo para tener pruebas del maltrato y menoscabo laboral.

Refiere que, posteriormente, el recurrente se dirigió al sector de la obra donde estaban todos los trabajadores reunidos y se subió al techo de un vehículo, señalando que no autorizaba a nadie para realizar el examen porque no había contacto directo con el tercer contagiado, contestando el recurrido señor Cárdenas Orellana que "(...) era un derecho, que sólo queríamos permiso para realizar el examen ya que en ese lugar compartimos vasos, no contábamos con las medidas básicas necesarias para combatir el virus" (sic).

Expresa que, debido al maltrato recibido de parte del actor, el recurrido y un grupo de trabajadores concurren a la Inspección del Trabajo a interponer una denuncia, pero no se les permitió ingresarla. Al sentirse impotentes, abandonados y sin apoyo del organismo fiscalizador, se dirigieron al servicio de urgencia para realizar los exámenes correspondientes, siendo ese el momento en que



"decidieron subir el video, con la finalidad de que lo sucedido llegara a las autoridades locales y recibir orientación".

Destaca que los videos fueron grabados con conocimiento del recurrente y que los comentarios y amenazas de terceras personas son responsabilidad de quienes las emiten y no representan en ningún caso su intención, puesto que el objetivo del video era su difusión y contar con un medio de prueba o respaldo en caso de ser desvinculados, cuestión que efectivamente sucedió, además de buscar apoyo y orientación ante la desesperación de perder su fuente laboral en período de crisis sanitaria.

Subraya que, en la grabación, se observa que el recurrente no fue agredido de ninguna manera, no se muestra su rostro, ni se entrega información personal, como su nombre ni domicilio, pero sí se puede escuchar la forma en que se refiere a los trabajadores a su cargo, a quienes menoscaba, degrada y humilla directamente, razón por la cual la Inspección del Trabajo inició de oficio una investigación por vulneración Derechos Fundamentales, precisamente al imponerse del video cuestionado en estos autos.

Concluye señalando que, sin perjuicio de todo lo expuesto, la publicación fue eliminada desde la red social Facebook de los recurridos, precisando que la publicación del video fue realizada el día 26 de marzo, por una vez, y



ya no existe, por lo que solicitó el rechazo de la acción constitucional.

Tercero: Que, lo primero que se ha de destacar, es que el recurrente no acompañó ninguno de los videos que, supuestamente, se habrían grabado de manera oculta y sin su consentimiento. Sin embargo, atendido que el recurrido Dagoberto Cárdenas reconoció en su informe un comportamiento consistente en "*(...) subir el video, con la finalidad de que lo sucedido llegara a las autoridades locales y recibir orientación*", es menester examinar la legalidad y razonabilidad de dicha conducta para los efectos de resolver la presente acción cautelar.

Cuarto: Que, de lo expuesto por las partes y los antecedentes incorporados al expediente electrónico, apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, resulta posible concluir que el día 26 de marzo de 2020, en horas de la mañana, el actor fue grabado por uno o más trabajadores de la empresa Sociedad Lemat Limitada, para la cual presta servicios en calidad de Jefe de Obra, siendo, por tanto, representante del empleador ante los trabajadores, dos de los cuales son recurridos en estos autos.

Asimismo, el día 26 de marzo fueron subidos a la plataforma digital Facebook una serie de videos, según consta de las capturas de pantalla acompañadas por el recurrente, en una de las cuales un usuario denominado



"Rubén Órdenes", a las 09:09 horas del día 26 de marzo de 2020 publicó un video acompañado de la frase "*Por favor ayuden a difundir Lemat arica*" (sic); y a las 11:21 horas del mismo día comparte en su perfil una publicación, esta vez, de un usuario llamado "Grafito Napolitano DH Feria de las pulgas Arica", que contiene tres videos relativos a los hechos de autos.

Quinto: Que, como se aprecia, la contienda se centra en la denominada "expectativa legítima o razonable de privacidad" invocada por el recurrente y, más específicamente, la protección de la privacidad de las personas en internet.

Desde luego, se trata de un asunto que ha sido abordado antes por la doctrina y la jurisprudencia, tanto en el ámbito del derecho interno como en la legislación comparada. A nivel dogmático, la expectativa de privacidad es definida como la convicción "de que las comunicaciones se desarrollan dentro de un ámbito de protección y confianza que no alcancen más allá de los participantes del diálogo. El 'derecho a estar solo' debe entenderse como la expectativa a no ser interferidos por terceros frente a nuestra voluntad de compartir aquello que deseamos que sea conocido por otros. En lo que respecta a las comunicaciones privadas, ello implica que -aunque parezca una obviedad- la interacción se limita únicamente a los participantes, y no a terceras personas" (Sebastián Zárate R. "Expectativa de



privacidad y grabaciones ocultas: A propósito de un fallo de la Excm. Corte Suprema", Sentencias Destacadas año 2013 (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo), N° 10, enero de 2014, página 105).

Por su parte, otros autores sostienen que "estaremos ante una expectativa legítima de privacidad cuando el sujeto pueda, razonablemente y sobre la base de antecedentes concretos y objetivos, considerar que su conducta o situación tienen el carácter de privado. En otras palabras, se requerirá determinar si la expectativa de la persona afectada, de mantener algo como privado, se puede calificar como razonable y justificada en consideración a las circunstancias específicas del caso en cuestión. En determinados casos nuestra Constitución presume la existencia de una expectativa legítima de privacidad, tal como acontece respecto del contenido de las comunicaciones y al domicilio. En los demás casos, la concurrencia de una expectativa legítima de privacidad se deberá determinar en la situación concreta de que se trate" (Javier Escobar V. "¿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 N° 3-2017 de la Corte Suprema", Estudios Constitucionales, Año 15, N° 1, 2017, página 415).



En cuanto a la jurisprudencia, esta Corte ha sostenido que: "[...] la noción de legítima expectativa de privacidad, ampliamente utilizada hoy en día por la jurisprudencia nacional, surge ligada al ámbito penal, en una de las prevenciones del fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos *Katz v. United States* (1967), como un test para determinar si la conducta de un agente estatal implicaba una violación a la Cuarta Enmienda 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. 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 está en condiciones de reconocer como razonable o legítima, esto es, no cualquier expectativa de privacidad merece protección constitucional, pues debe ser objetivamente justificada acorde a las



circunstancias del caso. Cabe aquí traer a colación lo resuelto posteriormente por la misma Corte en *Rakas v. Illinois* (1978), también un caso penal, en el cual se plantea que una legítima expectativa de privacidad, por definición, significa mucho más que la expectativa subjetiva de no ser descubierto, ejemplificando, en palabras muy simples, que aquél que ingresa a robar a una casa de veraneo, fuera de la temporada estival, tiene una intensa expectativa de privacidad al interior de esa morada ajena, más evidentemente no es una que la sociedad pueda reconocer como legítima" (CS Rol N° 35.159-2017, considerando 5°).

Sexto: Que, como se advierte, no basta con alegar expectativa de privacidad; es necesario que ésta sea "legítima" y/o "razonable", cuestión que ha de resolverse caso a caso, sin perjuicio que tanto la doctrina como la jurisprudencia han elaborado, a lo menos, tres criterios esenciales que sirven de orientación, especialmente en la esfera de protección de la privacidad en internet y en las plataformas digitales como Facebook:

- a) Grado de configuración del perfil en cuestión;
- b) Cantidad de contactos;
- c) Si acaso el perfil se encuentra indexado a motores de búsqueda.

A rasgos generales, la expectativa de privacidad será mayor cuando el perfil del sujeto tenga una configuración



privada, el número de contactos sea reducido y no esté indexado a algún motor de búsqueda (Javier Escobar, op. Cit., página 419).

Séptimo: Que, establecido el marco teórico, para resolver el asunto sometido a examen resulta esencial atender a las circunstancias de hecho en que se produjo la grabación. Si bien las partes difieren en algunos aspectos menores, existe consenso que el día 26 de marzo de 2020, en horas de la mañana, desempeñando el actor funciones de Jefe de Obra, y siendo los recurridos trabajadores para el empleador Sociedad Lemat Limitada, del giro empresa constructora, uno o más empleados que se encontraban reunidos con los demás trabajadores de la obra, al aire libre y en un espacio abierto, procedieron a grabar al actor en los instantes en que éste negaba lugar a la petición de los empleados de concurrir masivamente al Servicio de Salud de Arica o a otros recintos asistenciales, para realizarse las pruebas de COVID-19, por haber tenido contacto estrecho con otro trabajador de la misma empresa, quien habría dado positivo en las pruebas de detección de la enfermedad. Luego, el mismo día, los recurridos subieron a sus perfiles de la red social Facebook uno o más videos que darían cuenta de la situación antes mencionada.

Octavo: Que, asentados los hechos en la forma señalada precedentemente, es manifiesto que la expectativa de



privacidad alegada por el recurrente no puede ser calificada como razonable, desde que no se acreditó que se haya obtenido la grabación de manera oculta o subrepticia, y el actor no acompañó el video correspondiente. Sin embargo, las partes están contestes en su efectividad, siendo por tanto una acción indubitada que el actor emitió las expresiones a los trabajadores, al interior de la empresa y en circunstancias que todos los empleados de la faena se encontraban reunidos al aire libre; finalmente, el contexto público en que se desarrollan los acontecimientos (en la obra misma, al aire libre y en un espacio abierto), además de la relación de dependencia entre el recurrente y los recurridos (atendida su calidad de jefe de obra y, por tanto, representante para estos efectos del empleador), permite desestimar cualquier pretensión de privacidad razonable, atendiendo a los hechos objetivos antes reseñados.

En efecto, el actor no puede alegar una expectativa de privacidad razonable si, se dirige a los trabajadores en la obra misma, al aire libre, en un espacio abierto y sin ninguna advertencia previa sobre el particular. Por el contrario, de los antecedentes de autos aparece que el recurrente convocó a todos los trabajadores de la obra, luego de haber hablado con los representantes de la empresa, razón por la cual puede inferirse que el propósito de la reunión no era otro que explicar las razones por las



que se negaba el permiso solicitado por los trabajadores, circunstancia expresamente reconocida en el libelo.

Noveno: Que, habiéndose descartado la concurrencia de una expectativa legítima de privacidad, cabría preguntarse, como último punto, si sería posible apreciar una infracción al derecho a la propia imagen. La respuesta de esta Corte, en sede de protección, es negativa, toda vez que el derecho citado prohíbe la captación, reproducción y publicación de la imagen del sujeto afectado, sin su consentimiento, siendo ése es el campo de protección del derecho a la propia imagen, y no otros. En la especie, no se logró acreditar que la grabación haya sido realizada de manera oculta o subrepticia (el recurrido señaló en su informe que se dio aviso al actor de que sería grabado) y, adicionalmente, la publicación fue eliminada desde el perfil de Facebook del recurrido en forma coetánea al desarrollo de los acontecimientos, el mismo día 26 de marzo de 2020.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las acciones que el recurrente estime del caso impetrar por la divulgación de sus datos personales, comportamiento que no cabe endosar a los recurridos, puesto que no se les ha atribuido esa conducta.

Décimo: Que, por todo lo razonado, el recuso de apelación interpuesto por la parte recurrente no puede prosperar.



Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo prevenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se confirma** la sentencia apelada de once de mayo de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Arica.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Muñoz.

Rol N° 62.887-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Ángela Vivanco M., y los Abogados Integrantes Sr. Pedro Pierry A., y Sr. Julio Pallavicini M. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante Sr. Pallavicini por estar ausente. Santiago, 02 de octubre de 2020.



En Santiago, a dos de octubre de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

