

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

II. La protección a la intimidad plantea de entrada diversos problemas que no siendo propios de los análisis de la dogmática laboral, son imprescindibles de revisar para conocer la estructura y función de este complejo derecho fundamental. Todos los análisis teóricos preliminares de la intimidad y su protección jurídica giran en torno a resolver algunas cuestiones o interrogantes que, con mayor o menor importancia, se refieren a aspectos como los siguientes: cuál es el origen histórico de la intimidad, cuál es su denominación correcta de este derecho, cómo debe ser conceptualizado, cuál es su contenido y su fundamento. En las líneas que siguen, y sin ser el objeto propio de este artículo, nos referiremos brevemente a estos problemas de la intimidad y su protección jurídica.

A. Algo de historia. Respecto de la historia, cabe señalar que la protección a la intimidad es un "invento" de la modernidad, y más específicamente, de las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII. En efecto, no es posible, tal como la entendemos hoy, concebir en la Edad Media algo parecido a la intimidad, ya que los sujetos se encontraban recíprocamente relacionados por alambicadas y fuertes redes comunitarias organizadas de manera estamental. Así, el deseo de estar solo o la aspiración de aislamiento no vendrá a ser realidad sino con el surgimiento político de la burguesía, que, como explica PEREZ LUÑO (1), buscará "acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos; aspiración que viene potenciada por las nuevas condiciones de vida. Esto explica, agrega dicho autor, su marcado matiz individualista, que se concreta en la reivindicación de unas facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente. Ahora, si bien la idea de intimidad surge asociada con la idea de la propiedad burguesa y como una de sus manifestaciones ("el derecho a estar solo"), pronto recibirá, como lo apunta el autor ya citado, un significativo respaldo teórico de MILL, quien en su obra *On Liberty* (2), sostendrá que sólo se debe responder ante la sociedad por las conductas que afecten a terceros, mientras que en lo que sólo le concierne a él, el individuo no debe responder ante nadie.(3) Desde el punto de vista jurídico, como apunta NOVOA MONREAL(4), el origen cierto del derecho a la intimidad o privacidad, se produce en Estados Unidos, en un clásico ensayo de Samuel Warren y Louis Brandeis, publicado en 1890, en *Harvard Law Review*, donde se sentaron los fundamentos del nuevo "Right to privacy", entendiéndolo como la facultad de estar solo o ser dejado en paz ("to be let alone").

(*) Abogado, Universidad de Chile; profesor Universidad Internacional SEK. (1) PEREZ LUÑO, A. *Derechos Humanos, Estado y Constitución*. Editorial Tecnos. Madrid. (2) MILL, J.S. *On Liberty*. En *Prefaces to Liberty*. Bacon Press. Boston. 1959. P. 251. (3)

La fórmula de Mill ha sido recogida, con matices por cierto, por diversos textos legales, entre ellos, el artículo 19 de la Constitución de Argentina que señala que "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, no perjudiquen a terceros están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privarlo de lo que ella prohíbe". (4) NOVOA, E. El Derecho a la Vida y Libertad de Expresión. Editorial Siglo XXI. México. Cuarta Edición. México. 1989. P. 26. BOLETIN OFICIAL DIRECCION DEL TRABAJO 2 – Agosto N° 139/2000 A partir de ahí, la jurisprudencia norteamericana comenzará a prestar auxilio a las demandas fundadas en la protección de la privacidad, siendo su punto más destacado el reconocimiento del status constitucional en 1965 del "Right to privacy", en el famoso caso denominado "Griswold vs. Connecticut", al que nos referiremos más adelante. En el siglo XX, los primeros textos de Derecho en reconocer la "privacidad" serán las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos, en especial, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, que habla de "vida privada", expresión que se repetirá en el artículo 17 de la Declaración de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y en los incisos 2º y 3º del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos del Hombre de San José de Costa Rica, de 1969. A partir de este antecedente normativo internacional, los países en el período de postguerra comenzarán a incorporar el derecho a la intimidad a sus cartas constitucionales, así por ejemplo ocurrirá con Venezuela (1961), Bolivia (1967), Ecuador (1967), Egipto (1971), España (1978), Chile (1980). Lo anterior, esto es, la constitucionalización del derecho de intimidad, no se producirá, sin embargo, en los países que, quizás, más han aportado a su desarrollo conceptual tales como Estados Unidos, Alemania, Italia y Francia. Dicha circunstancia, sin embargo, como veremos más adelante, ha sido superada o por la elaboración doctrinaria o por la elaboración jurisprudencial. B. El problema del nombre. Respecto del problema de la denominación, cabe señalar que, además de las diferencias estrictamente idiomáticas, que se manifiestan que en inglés se hable de "right to privacy", en francés "droit à la intimité" o "droit à la vie privée", en italiano de "diritto alla vita privata" o de "diritto alla riservatezza", y en español de "derecho a la intimidad", "derecho a la vida privada" o "derecho a la privacidad", un punto de debate importante es el referido a si en el plano conceptual nos encontramos con un derecho, con diversos nombres, o por el contrario, si se trata de varios derechos distintos pero estrechamente relacionados. Algunos sostienen la tesis que "derecho a la intimidad" y "derecho a la vida privada" se refieren a derechos subjetivos distintos, como para DESANTES, quien señala expresamente que "la protección de la vida privada de la persona y de la familia asegura la protección de todo lo que queda en su interior. En tal interioridad, se encuentra el tema a averiguar: dentro de la vida privada personal –y sólo en cierto modo familiar– hay otra esfera de más pequeño radio, cuyo centro coincide con el núcleo de la personalidad, que es la intimidad".(5) En nuestro país, y para zanjar de partida este problema atendido el objetivo central de estas líneas, daremos a ambas expresiones un mismo sentido, entendiendo que se refieren al mismo objeto jurídico de protección, siguiendo así el

modo en que nuestra doctrina utiliza dichos términos: para NOVOA M. "No se advierte la necesidad de hacer una diferenciación entre lo privado y lo íntimo" (6), y para CEA el artículo 19, número 4, que habla expresamente de "vida privada", busca "asegurar el derecho a la intimidad".(7) (5) DESANTES, J. El Derecho Fundamental a la Intimidad. Revista Estudios Públicos. CEP. 1992. P. 270. (6) NOVOA, E. Op. cit. N° 4. P. 47. (7) CEA, J. L. El Derecho Constitucional a la Intimidad. Revista Gaceta Jurídica N° 194. Editorial ConoSur. 1996. DOCTRINA, ESTUDIOS Y COMENTARIOS N° 139/2000 Agosto – 3 (8) Estas, entre otras definiciones, pueden ser encontradas por NOVOA, op. cit. N° 4, en DESANTES, op. cit. N° 5, y en NUÑEZ, M. et al. Lecciones de Derechos Humanos. EDEVAL. 1997. C. El tema del concepto. En cuanto a la determinación de una definición o de un concepto del "derecho a la intimidad", cabe señalar que como cualquier concepto jurídico fundamental con algún grado de indeterminación, la intimidad presenta una batería de definiciones de diversos autores, con diversos acentos y alcances. De este modo, por ejemplo, la intimidad para

CARBONNIER corresponde al "derecho de tener una esfera secreta de vida, de la que tenga poder de alejar a los demás", DE CUPIS, a su turno, habla de la intimidad como "la exigencia de aislamiento moral, de no comunicación externa, de cuanto concierne a la persona individual", NERSON señala que debe ser entendida como "un sector personal reservado a fin de hacer inaccesible al público, sin la voluntad del interesado, eso que constituye lo esencial de la personalidad", DESANTES la entiende como "aquella zona espiritual del hombre que considera inespecífica, distinta de cualquier otra, independientemente de que lo sea; y por tanto, exclusivamente suya que tan sólo él puede libremente revelar", o en fin, para NUÑEZ corresponde a "esa facultad, de toda persona natural para marginar a los demás de ciertos aspectos legítima y racionalmente reservados de su vida personal". Incluso algunos, van más allá de la búsqueda de una definición, como GARCIA MORENTE, y aventuran representaciones físicas de la intimidad, señalando que "el conjunto de la vida privada puede compararse con un cono, en donde la superficie de la base está todavía en contacto con el mundo de las relaciones públicas; pero a medida que los planos van acercándose al vértice y alejándose de la publicidad, van reduciéndose asimismo de extensión, hasta que, llegado al vértice, la vida privada se condensa y concentra en un punto, en la soledad del yo viviente, a la que nadie más que yo mismo puede tener verdadero acceso".(8) En rigor, quizás, más útil que la búsqueda de una definición lo suficientemente abarcativa y exacta de la intimidad o vida privada, sea la tarea de intentar determinar cuál es el contenido de dicho concepto, esto es, inquirir por las zonas de la vida de una persona que quedan cubiertas por el derecho respectivo. En efecto, si algo en común poseen las definiciones sobre este tema, es que, antes que nada, la intimidad se refiere a una "zona" de la vida de las personas que recibe protección del sistema jurídico, para restringir su acceso por parte de terceros. Surge así, entonces, la inevitable interrogante, más que por el concepto, por la extensión de dicha zona, o lo que es lo mismo, por determinar cuáles son los límites o fronteras ideales que demarcan lo que corresponde a la intimidad o privacidad de las personas.

II. LA INTIMIDAD: EL PROBLEMA DE SU CONTENIDO

¿Cuál es, entonces, el contenido de la intimidad o vida privada? La respuesta puede ir por dos vías: En primer lugar, la denominada posición subjetiva, que comprende a aquellos que entienden que la zona que constituye la vida privada o lo íntimo de una persona viene dada por la propia voluntad del sujeto, de manera tal, que será privado lo que él estime que no debe ser conocido públicamente. BOLETIN OFICIAL DIRECCION DEL TRABAJO 4 – Agosto N° 139/2000 En segundo lugar, la tendencia objetiva, que comprende a todas las concepciones que señalan que, más allá de la voluntad del sujeto, existe una estructura autónoma de lo íntimo que debe ser protegido jurídicamente, y donde es posible ubicar, con matices, a las denominadas teoría de las esferas alemana, las modalidades del aislamiento de Frossini o los torts (agresiones) a la privacidad de Prosser.(9) Ahora, en rigor, cualquiera sea la postura que sobre la demarcación de las fronteras de lo íntimo se adopte, salta a la vista como una nota común a todos estos intentos, el carácter eminentemente relativo de lo "privado" o "lo íntimo", cuestión que ha sido puesto de manifiesto por la doctrina que, como NOVOA MONREAL, ha señalado

que no existe "concepto absoluto de vida privada, con límites y contenidos fijos e inmutables. Es preciso aceptar, por consiguiente, que se ha de trabajar con un concepto multiforme, variable e influido por situaciones contingentes de la vida social". (10) Pero para efectos prácticos ¿cómo debe operarse, entonces, para determinar qué hecho o parte de la vida de una persona en concreto, incluido el trabajador, se encuentra adentro de la frontera de lo íntimo o privado? A nuestro juicio esa es una tarea de aplicación del derecho que, más allá de las disquisiciones conceptuales y dogmáticas sobre la intimidad, debe llevar al operador del derecho, incluidos los del ámbito laboral, por el siguiente camino: En primer lugar, lo íntimo corresponde a aquellos conceptos que, en palabras del inglés HART, se conocen como de "textura abierta", esto es, un término que presenta varias dimensiones: una serie de objetos a los que indubitadamente se les aplica (núcleo positivo de referencia), una serie de objetos o conductas a los que claramente no se les aplica (núcleo negativo de referencia) y una zona intermedia, donde es dudosa su aplicación (zona de penumbra). (11) En segundo lugar, y continuando la idea anterior, la intimidad tiene un núcleo positivo de referencia, determinado por ciertos hechos o aspectos de la vida de una persona que nadie duda pertenece a dicha zona. Efectivamente del uso normal del lenguaje, y de la propia literatura jurídica sobre el tema, se sigue que algunos aspectos son decididamente parte de la intimidad de una persona: vida conyugal, vida sexual y relaciones familiares. En tercer lugar, frente al núcleo positivo, se encuentra el núcleo negativo de referencia, esto es, aquellas conductas o aspectos de la vida de una persona, respecto de los cuales existe coincidencia en entenderlo como no integrantes de la intimidad del sujeto, por pertenecer a la vida pública del mismo. En esta zona "no íntima" (pública) se encontrarían, el desempeño o ejercicio de una función pública, el desempeño de una tarea laboral o económica, actos con compromiso real del interés público, etc. (9) La doctrina alemana distingue entre la esfera privada (Privatsphäre), la confidencial (Vertrauenssphäre) y la esfera del secreto (Geheimsphäre). Frossini, en Italia, a su turno, distingue cuatro modalidades del aislamiento: la soledad, la intimidad, el anonimato y la reserva. Por último, W. Prosser, en la doctrina norteamericana distingue los siguientes torts a la privacidad: intrusión en la vida privada, divulgación de actos privados, divulgación de hechos que originan una falsa imagen pública y apropiación indebida para provecho propio del nombre o imagen ajena. Al respecto ver: NOVOA, E. Op. cit. N° 4, PEÑA, C. Op. cit. (10) NOVOA M. Op. cit. N° 4. (11) HART, H. L. A. El concepto de derecho. Editorial Abeledo - Perrot. 1963. P. 159. DOCTRINA, ESTUDIOS Y COMENTARIOS N° 139/2000 Agosto – 5 En cuarto y último lugar, en el medio de los núcleos señalados, se encuentra una "zona de penumbra", constituida por ciertos actos o aspectos de la vida de una persona donde el carácter privado o íntimo es problemático, y suscitándose duda acerca de donde, en definitiva, deben ser ubicados en este esquema espacial de la intimidad. Para la decisión acerca de donde se sitúa el umbral de lo íntimo en estos "casos de penumbra", el órgano aplicador del derecho debe, a nuestro juicio, siguiendo a NOVOA MONREAL, tomar en cuenta el siguiente elemento: si el conocimiento por extraños del hecho o aspecto de la vida a que se refiere el problema, suscita en el afectado "turbación moral

, por afectarse sus sentimientos "de recato y pudor", entonces, debe entenderse como integrante de su intimidad. Dicho en otras palabras, el límite de la intimidad, entendida como zona ideal de protección, en estos casos difíciles, se determina utilizando una suerte de evaluación del riesgo moral: si el acceso por extraños o terceros a dicho hecho o aspecto de la vida, cuyo carácter íntimo está en duda, genera perturbación afectiva en el titular, entonces, dicho hecho o aspecto está dentro de la frontera de lo íntimo. Ahora, la turbación moral del afectado debe medirse, según un criterio de sujeto tipo o medio, como si a cualquier persona normal, atendida la concepción ética dominante en la sociedad acerca del recato y pudor, la invasión a dicha zona de la vida le hubiere producido una perturbación moral o afectiva. En ese sentido, la determinación de lo íntimo queda más bien entregada a un criterio mixto: por una parte, objetivo en cuanto a

los núcleos positivos y negativos de la intimidad, y subjetivo en cuanto a la zona de duda o penumbra, donde debe atenderse a cada situación y cada sujeto para determinar la extensión de lo privado, sin perjuicio que en este último caso no debe atenderse a la mera opinión del afectado, sino que debe operarse con un criterio tipo o estándar como, por ejemplo, al que alude el Código Civil cuando habla del hombre ordinario que cuida sus negocios (artículo 44). Este mismo esquema zonal de la intimidad, como veremos más adelante, será aplicable a la relación laboral, ya que existen ciertas cuestiones de la vida del trabajador que deben quedar definitivamente fuera del alcance del empleador (intimidad), como por ejemplo, sus inclinaciones sexuales o religiosas, y otras que nadie duda pueden ser objeto de control, y, por tanto, de invasión del empleador, como por ejemplo, el control de la productividad del trabajador. En el medio, se encuentra la zona problemática que será objeto de nuestra atención en el final de este artículo y donde se producen los verdaderos problemas del derecho a la intimidad dentro de la relación laboral, como por ejemplo, las revisiones corporales, los tests médicos, y los controles visuales al trabajador.

III. LA INTIMIDAD Y EL SISTEMA JURIDICO

La recepción del derecho a la intimidad o vida privada por parte de los sistemas jurídicos, como ya señalamos, es reciente, y data fundamentalmente de este siglo. Dicha recepción se ha producido, en lo normativo, a través de dos fuentes formales del derecho: la Constitución y la ley. En el plano constitucional, el modo de reconocimiento ha sido distinto: En primer lugar, se encuentran los países que, siguiendo las Declaraciones Internacionales de Derechos, expresa y nominalmente han reconocido en sus textos fundamentales el BOLETIN OFICIAL DIRECCION DEL TRABAJO 6 – Agosto N° 139/2000 derecho a la intimidad o a la vida privada, como los casos ya citados, de Ecuador (artículo 19), Honduras (artículo 76), España (artículo 18,1), Chile (artículo 19, numero 4) y Brasil (artículo 5 X). En segundo lugar, se encuentran aquellos países que sin referirse expresamente al derecho a la intimidad o a la vida privada, reconocen manifestaciones específicas o determinadas de dicho derecho (inviolabilidad del domicilio o de las comunicaciones, protección contra registros, etc.), como Italia, Uruguay o Canadá (12), cuestión que ha llevado a las doctrinas y jurisprudencias respectivas ha entenderlo implícitamente reconocido. En este último caso está Estados Unidos, ya que pese a constituir el país de origen doctrinario de este derecho, su Declaración de Derechos no se refiere ni garantiza expresamente el denominado "Right to privacy". Sin embargo, el continuo desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre la materia, perfiló y estructuró este derecho, cuya existencia, como destaca SCHWARTZ (13), será definitivamente reconocida por la Corte Suprema, a partir del caso *Griswold vs. Connecticut* (14), señalándose que dicho derecho "estaba bajo la penumbra protectora de las garantías específicas de la Declaración de Derechos". Quizás, cabría agregar, que la falta de un texto constitucional más explícito en esta materia, lejos de representar una desventaja, ha constituido un desafío que las comunidades dogmáticas de estos países han enfrentado con solvencia, y cuyo resultado es, como ya se describió, que las más sofisticadas teorías sobre el alcance de la intimidad provengan de sus autores, como, por ejemplo, la teoría de las esferas alemana o la norteamericana de los atentados a la

privacidad. IV. DERECHO A LA INTIMIDAD Y SISTEMA JURIDICO CHILENO La situación de Chile es algo peculiar, ya que mientras se encuentra dentro de los países que expresamente reconocen en su Constitución el derecho a la vida privada (artículo 19, número 4), no se dispone de una regulación legal de este derecho fundamental de manera sistemática y general, sino que de regulaciones parciales y sectorizadas, que más bien responden a modelos tradicionales del tratamiento de la materia, y que no permiten obtener con mediana claridad un concepto más preciso sobre qué debe comprender la intimidad en Chile. Así, en el orden penal, nuestro Código del ramo contempla los tipos penales tradicionales en esta materia, a saber: violación de domicilio, allanamiento ilegal, apertura y registro de correspondencia y papeles, figuras ilícitas a las que debe agregarse, de acuerdo a la Ley N° 19.423, el nuevo tipo contemplado desde 1995, referido a las escuchas telefónicas, y agregado al Código Penal. A su turno, en el ámbito civil, al igual que el resto de los Códigos del siglo anterior, el Código Civil chileno carece de regulación referida en general a los denominados derechos de la personalidad, y en particular, al derecho a la intimidad. En este último caso, al no existir disposición (12) Ver NOVOA, E. Op. cit. N° 4. (13) SCHWARTZ, B. Algunos Artífices del Derecho Norteamericano. Abeledo-Perrot. 1985. P. 194. (14) En 1965 la Corte Suprema de Estados Unidos consideró inconstitucional una ley estatal que prohibía el uso de anticonceptivos, en razón de que infringía el derecho a la privacidad marital.