



Departamento Jurídico y Fiscalía
Unidad de Pronunciamientos,
Innovación y Estudios Laborales
E32283(1165)2020

2706- 053

DICTAMEN N°: _____/_____

MATERIA:

Contratación laboral. Datos sensibles. Existencia de enfermedad por COVID-19.

RESUMEN:

No resulta jurídicamente procedente que en el proceso de contratación laboral se efectúen consultas al postulante acerca de su estado de salud, y en particular, si padece la enfermedad COVID-19. Lo anterior, por tratarse de datos sensibles que forman parte de su privacidad y, en consecuencia, condicionan su contratación laboral a la ausencia de dicha enfermedad. Tal procedimiento resultaría discriminatorio de acuerdo con lo establecido en los incisos 4° y 6° del artículo 2° del Código del Trabajo, sin que exista una norma excepcional de la autoridad sanitaria que lo autorice.

ANTECEDENTES:

- 1) Instrucciones de 19.08.2021, de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales.
- 2) Pase N°1336, de 03.12.2020, de Directora del Trabajo.
- 3) Instrucciones de 24.11.2020 de Jefa de Departamento Jurídico y Fiscal (S).
- 4) Pase N°66, de 16.10.2020, de Subdirectora del Trabajo.
- 5) Instrucciones de 11.09.2020 de Jefa de Unidad de Pronunciamientos, Innovación y Estudios Laborales
- 6) Presentación de 19.06.2020, de Sra. Ximena Rubat Margas, Gerente Legal & Compliance SGS Chile Limitada.

FUENTES:

Constitución Política de la República, artículo 19 N°16, inciso 3°, de la Constitución Política de la República.
Código del Trabajo, artículos 2° y 5°.
Ley N°19.628, sobre protección de datos personales, artículos 2°, 4° y 10°.

CONCORDANCIAS:

Dictámenes N°1116/004, de 06.03.2020, N° 3840/194, de 18.11.2002, y N° 2856/162, de 30.08.2002.

29 NOV 2021

DE: DIRECTORA DEL TRABAJO

**A: SRA. XIMENA RUBAT MARGAS
GERENTE LEGAL & COMPLIANCE SGS CHILE LIMITADA**

Mediante documento citado en el antecedente 6), se requiere un pronunciamiento de este Servicio respecto del proceso de contratación de trabajadores, cuando estos se encuentren dentro de los denominados grupos de riesgo frente a la enfermedad COVID-19. Al respecto consulta específicamente lo siguiente:

1. Si resulta procedente incluir, en el proceso de contratación de trabajadores que ejercen sus labores en faenas, preguntas referidas a su estado de salud, en atención a que actualmente no se están realizando los exámenes preocupacionales.

2. Si podría establecerse este antecedente como un elemento determinante para la respectiva contratación sin que ello pueda estimarse una discriminación arbitraria, sino una medida de protección respecto de quienes pudieren verse expuestos al contagio de la enfermedad COVID-19, debido a que por su trabajo se desempeñarán fuera de su domicilio o lugar de residencia.

Sobre el particular, cumplo con informar a Ud. que este Servicio mediante Dictamen N°1116/004 de 06.03.2020, ha establecido criterios y orientaciones respecto del impacto que en materia laboral puede generar una emergencia sanitaria como la enfermedad COVID-19, determinando que los empleadores, en virtud de la obligación de velar por la seguridad y salud de sus trabajadores, deberán preocuparse de implementar todas las medidas de prevención tendientes a colaborar en la eventual emergencia sanitaria que pudiere producir en la población trabajadora la propagación de la señalada enfermedad en los lugares de trabajo, las cuales no podrán importar una vulneración de los derechos que garantiza la ley, ni del principio de estabilidad en el empleo que inspira el orden público laboral.

Precisado lo anterior y en el contexto de las consultas formuladas, reviste especial importancia el artículo 19 N°16, inciso 3°, de la Constitución Política de la República, que dispone: *"Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la idoneidad o capacidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos."*

De igual forma, cabe destacar que el artículo 2° del Código del Trabajo incorpora dicha prohibición en sus incisos tercero y cuarto, en los siguientes términos:

"Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación."

"Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, maternidad, lactancia materna, amamantamiento, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación".

Las disposiciones anteriores se enmarcan dentro de las normas internacionales vigentes en Chile sobre la materia, específicamente, las contenidas en el Convenio N°111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre discriminación en el empleo, ratificado por Chile el 20.09.1971.

De lo anterior se sigue que, en el sistema jurídico vigente en nuestro país, las personas se encuentran dotadas de un derecho constitucional en el ámbito laboral, que les garantiza no ser objeto de discriminaciones arbitrarias, esto es, según señala el precepto anotado, impide a

su respecto, cualquier discriminación que no diga relación con la idoneidad o capacidad personal (Dictamen 3840/194, de 18.11.2002).

En este sentido, la existencia de la garantía constitucional en referencia, a través de la cual se prohíbe toda discriminación que no se base en la idoneidad o capacidad laboral, en armonía con lo preceptuado en el referido inciso 4° del artículo 2° del Código del Trabajo, determina la improcedencia jurídica de incluir en el proceso de contratación preguntas referidas al estado de salud de los postulantes. Dicha situación ha sido establecida expresamente como acto discriminatorio en el inciso 6° de la misma norma legal, en los siguientes términos: *"Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por el empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto"*.

Conforme con lo precedentemente expuesto, la doctrina de este Servicio, contenida, entre otros pronunciamientos, en el Dictamen N°2856/162 de 30.08.2002, ha establecido que el respeto al derecho a la no discriminación constituye uno de los objetivos más importantes para el legislador laboral, pues configura, en su calidad de derecho fundamental, *"...una expresión jurídica tangible y concreta de la dignidad de la persona humana, por cuanto se constituye en un verdadero derecho subjetivo, en tanto ampara y tutela los espacios de libertad de los ciudadanos, garantizando un verdadero "status jurídico" para los mismos, irrenunciable e irreductible"*.

Así, la doctrina de este Servicio ha manifestado que los derechos fundamentales de los trabajadores tienen el carácter de límites infranqueables respecto de las potestades del empleador, en particular, en cuanto al derecho a su dignidad, honra, vida privada, inviolabilidad de toda forma de comunicación privada y al derecho a no ser discriminado(a) arbitrariamente.

Cabe agregar que lo señalado es consecuencia directa del mandato contenido en el inciso 1° del artículo 5° del Código del Trabajo, que establece: *"El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos"*.

En armonía con dicha protección, el inciso 1° del artículo 4° de la Ley N°19.628, sobre protección de la vida privada, ha dispuesto que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse cuando la referida ley u otras disposiciones legales lo autoricen, o el titular consienta expresamente en ello.

La citada Ley N°19.628, en su artículo 2° letra f), dispone que debe entenderse por datos personales *"los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables"*.

Asimismo, el artículo 10° del cuerpo legal en análisis sostiene que no pueden ser objeto de tratamiento los datos sensibles; vale decir, aquellos datos personales que, de acuerdo al artículo 2° letra g) de la normativa citada, se refieren a las *"características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual"*, salvo cuando la ley lo autorice, exista consentimiento del titular o sean datos necesarios para la determinación u otorgamiento de beneficios de salud que correspondan a sus titulares.

Acorde con lo señalado, en el contexto laboral el legislador ha incorporado la protección de los datos personales de modo expreso en el artículo 154 bis del Código del Trabajo, cuyo texto dispone: *"El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral"*.

Corroborando lo expuesto, la doctrina contenida en Dictamen N°8.113, de 20.04.2020, de la Contraloría General de la República, actualmente vigente, que determinó la improcedencia de que el Ministerio de Salud comunicara los datos sensibles de salud relativos a pacientes de COVID-19, a las municipalidades. Dicho pronunciamiento, interpretando el artículo 12 de la Ley N°20.584, que "Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con las acciones vinculadas a su atención de salud", a la luz de lo dispuesto por el artículo 19, N° 4° de la Constitución Política de la República, concluye que toda información que surja, tanto de la ficha clínica del paciente como de los demás estudios y documentos en que se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidos las personas, serán considerados como datos sensibles de conformidad con lo previsto en la letra g) del artículo 2° de la citada Ley N°19.628. Por tanto, que solo puede ser comunicado total o parcialmente a solicitud expresa de las personas y organismos que taxativamente indica, esto es, al respectivo titular; su representante legal; sus herederos; los tribunales de justicia, los fiscales del Ministerio Público y los abogados, previa autorización del juez competente.

El pronunciamiento en comento concluye señalando: "*Luego, y considerando que ni la referida ley N° 20.584 -que no admite otras excepciones que las descritas- ni otro texto legal vigente, autorizan expresamente a las municipalidades o sus respectivos alcaldes para realizar el tratamiento de datos sensibles, no resulta procedente la entrega a tales entidades o autoridades de información de salud relativa a los pacientes que hayan sido diagnosticados con el denominado COVID-19, sin su consentimiento. Cualquier medida en contrario requerirá de la aprobación de la correspondiente ley modificatoria que así lo permita.*"

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales y constitucionales citadas, jurisprudencia administrativa invocada y consideraciones formuladas, cumpro con informar a Ud. que no resulta jurídicamente procedente que en el proceso de contratación laboral se efectúen consultas al postulante acerca de su estado de salud y, en particular, si padece la enfermedad COVID-19. Lo anterior, en razón de tratarse de datos sensibles que forman parte de su privacidad y, en consecuencia, condicionan su contratación laboral a la ausencia de dicha enfermedad, lo cual resultaría discriminatorio de acuerdo con lo establecido en los incisos 4° y 6° del artículo 2° del Código del Trabajo, sin que exista una norma excepcional de la autoridad sanitaria que la autorice.

Saluda atentamente a Ud.,


Lilia Jerez Arevalo
LILIA JEREZ AREVALO
ABOGADA
DIRECTORA DEL TRABAJO



JDT/LBP/CRL

Distribución

- Jurídico
- Partes
- Boletín Oficial
- Departamentos y Oficinas del Nivel Central
- Subdirectora
- XVI Regiones
- Inspecciones Provinciales y Comunes
- Ministra del Trabajo y Previsión Social
- Subsecretario del Trabajo