

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**DERECHO A LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES DEL
TRABAJADOR**

**Análisis del nuevo Artículo 154 bis del Código del Trabajo introducido por
Ley Nº 19.759**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**PAULA JARAMILLO GAJARDO
BÁRBARA SABAJ ABUMOHOR**

Profesor Guía: Ricardo Juri Sabag

SANTIAGO, CHILE

ABRIL 2003

TABLA DE CONTENIDO

	Página
CAPÍTULO I	
Introducción	1
CAPÍTULO II	
La protección de datos personales en el ordenamiento jurídico chileno.....	7
a. Protección constitucional	8
b. Tratamiento legal: marco general	22
CAPÍTULO III	
La importancia de la protección de los datos personales del trabajador para la Organización Internacional del Trabajo (OIT)	43
CAPÍTULO IV	
La protección de los datos personales del trabajador en el Derecho Laboral	61
a. Código del Trabajo: antes de la reforma	61
b. Código del Trabajo: después de la reforma	68

b.1	Análisis crítico del nuevo artículo 154 bis	71
b.2	Análisis exegético del artículo 154 bis del Código del Trabajo	75

CAPÍTULO V

La protección de los datos personales del trabajador en el Derecho Laboral y su relación con otras fuentes legales que abordan la materia	83
a. Código del Trabajo y Ley sobre Protección de la Vida Privada	84
b. Código del Trabajo y Ley de Mercado de Valores	97

CAPÍTULO VI

La protección de datos personales del trabajador en el Derecho Comparado	105
a. Antecedentes generales	106
b. La protección de los datos personales del trabajador en el Derecho Comparado	113

CAPÍTULO VII

Jurisprudencia sobre la protección de datos personales del Trabajador	119
---	-----

a. Jurisprudencia nacional.....	120
a.1 Jurisprudencia judicial	121
a.2 Jurisprudencia administrativa	125
b. Jurisprudencia extranjera	127
CAPÍTULO VIII	
Hipótesis de casos	132
CAPÍTULO IX	
Conclusiones	158
BIBLIOGRAFÍA	164
ANEXO I	
Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo	172
ANEXO II	
Dictamen de la Dirección del Trabajo Ord. N° 0260/0019	196
ANEXO III	
Dictamen de la Dirección del Trabajo Ord. N° 4916/0226	204

RESUMEN

La presente memoria de prueba analiza el tema de la protección de los datos personales del trabajador, dentro de los cuales se encuentran comprendidos aquellos de carácter privado, en los términos consignados por el artículo 154 bis del Código del Trabajo, introducido mediante la Ley N° 19.759 que reformó dicho cuerpo legal, y que se encuentra vigente desde diciembre del año 2001.

Se analiza el referido artículo de manera unitaria y en el contexto del marco regulatorio tanto nacional: constitucional y legal; como internacional: Organización Internacional del Trabajo y Derecho Comparado. Se plantean además, casos prácticos, atendiendo a la jurisprudencia nacional de los Tribunales y administrativa, de la Dirección del Trabajo.

El objetivo perseguido se centra en el estudio de los alcances de la norma comentada, tanto en relación al contexto de la normativa laboral, como del resto del ordenamiento jurídico, especialmente las Leyes N° 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada y 18.045 Sobre Mercado de Capitales, a fin de determinar cómo se protegen los datos personales de que es titular el trabajador y que pudiesen llegar a conocimiento del empleador con ocasión de

la relación laboral; además de hacer patente la desigualdad de tratamiento tanto en cuanto a las sanciones, como a las responsabilidades que caben a uno y otro, además del rigor con que unas y otras normas han abordado la materia, respecto de datos e información vulnerable para las partes integrantes de una relación laboral.

Se concluye que, en el ámbito de la protección de los datos personales del trabajador, la norma contenida en el artículo 154 bis del Código del Trabajo no se basta a sí misma para efectos de su correcta inteligencia y posterior aplicación a los casos que se presentarán, por lo cual será necesaria clarificar a través de nuevas normas cuáles son los derechos y obligaciones anexos que reconoce a las partes de una relación laboral, además de procurar los cauces procesales pertinentes para su adecuado ejercicio.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

En el actual escenario mundial, dominado por modernas tecnologías de la información que buscan simplificar la vida de las personas, sumado a la tendencia de los países a agruparse en bloques económicos y sociales, como sucede en el caso de la Unión Europea y Mercosur; se han producido profundas alteraciones a las formas clásicas de comprender los derechos fundamentales más básicos de las personas. Por ejemplo, hoy en día, la noción de vida privada se ha visto trastocada en sus principales fundamentos; y en ello ha jugado un rol preponderante el valor que se le ha asignado a la información, como fuente de poder para quien la posee.

Estos profundos cambios vivenciados en la época actual se han manifestado en vastos campos de la vida en sociedad, tales como el económico, político, cultural y, por supuesto, en el mundo del trabajo. Es en este último en el cual esta memoria de prueba centrará su análisis, con el fin de determinar cómo le ha impactado el tráfico de información, considerado como un rentable valor de mercado, tanto económico como social.

En el ámbito de las relaciones de trabajo, existe tratamiento de gran

cantidad y variedad de información y datos vulnerables para las partes involucradas en ella. El peligro ínsito que existe en la abundante manipulación de estos, radica en su inescrupulosa utilización y eventual divulgación, lo cual puede redundar en un atentado contra las garantías fundamentales más mínimas de que debe gozar un ser humano, además de la vida misma, cuales son la honra, dignidad, intimidad, vida privada, entre otras, que tienen la virtud de enaltecer la condición humana logrando una mejoría en la calidad de vida.

Así, los seres humanos, como sujetos de Derecho y titulares de las garantías más fundamentales reconocidas, se caracterizan además por su sentido de pertenencia a distintos entes, ya sean estos el país en el que se vive o nace, las agrupaciones sociales en que se participa con fines altruistas o comerciales, y por supuesto también al lugar de trabajo. En este último caso, dicha pertenencia, ha sido denominada en doctrina como “ciudadanía laboral”, la cual consiste en que el trabajador sea considerado como un ciudadano más al interior de la empresa y, por tanto, se deben respetar todos sus derechos básicos, proporcionándole los medios para su efectiva participación, tanto de manera individual como organizada.

Este concepto de origen doctrinario requiere de una implementación efectiva en el mundo laboral, no sólo por lo que comprende en los términos

antedichos, sino por que se adapta a las nuevas características que están adquiriendo las relaciones laborales, en la sociedad contemporánea.

Sin embargo, por otra parte no puede desatenderse la necesidad que existe de reconocer también al empleador algunos derechos fundamentales que lo amparan en el ejercicio de su actividad económica. Para él también existe la vulnerabilidad respecto de información que trata producto del desarrollo de sus funciones, y para resguardar adecuadamente sus negocios puede imponer a los trabajadores, en virtud de su potestad jurídica de mando y del deber de fidelidad que estos tienen para con él, la obligación de mantener reserva de ella.

La legislación nacional ampara de manera efectiva esta situación. En virtud de la normativa laboral vigente, se permite al empleador hacer cumplir a sus trabajadores con esta obligación, ya sea a través de cláusulas introducidas a los contratos individuales o colectivos de trabajo, o en el respectivo reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa. De esta manera, el trabajador que contraviene estas obligaciones puede incurrir en una causal de incumplimiento de contrato, lo que eventualmente podría provocar su despido justificado.

El resto del ordenamiento jurídico también se encarga de regular y proteger al empleador en esta materia, circunstancia que es objeto de un

análisis comparativo en esta memoria de prueba, ya que se proporciona un marco teórico general de nuestra legislación, en el cual ello queda de manifiesto. Especialmente se tratan las situaciones contempladas en las leyes 19.628 sobre Protección de la Vida Privada y 18.045 que regula el Mercado de Valores.

Desde el punto de vista del trabajador, también se encuentra consagrada y protegida la obligación de guardar reserva que recae sobre el empleador de toda la información y datos privados del subordinado, ya que ésta es vulnerable para dicho sujeto, e igualmente le puede impedir el normal desempeño de sus funciones tanto, laborales como personales.

La protección de los datos personales del trabajador es, hoy en día, de vital importancia a la hora de prevenir eventuales situaciones de discriminación, o abusos en general, para las personas que ya se encuentran ocupando un empleo o postulando a él. Lo anterior se ve agravado por los avances de la ciencia, en virtud de los cuales, crear bases de datos, divulgarlas o comercializarlas es muy sencillo, y de gran ocurrencia práctica.

La consagración legal de la protección de información y datos privados del trabajador, ha sido incluida en la normativa del trabajo en el artículo 154 bis del Código del ramo, en virtud de la Ley Nº 19.759 de 5 de octubre de 2001 que

reformó dicho texto. Su ubicación dentro del Título que regula el Reglamento Interno no responde a fundamentos jurídicos y de técnica legislativa del todo claros, ya que este artículo contiene la consagración a nivel legal de garantías de rango constitucional, cuya aplicación debiera ser de carácter general, al igual que sucede, por ejemplo, con la norma relativa a la discriminación, del artículo 2º del Código del Trabajo, y que se ubica en el Título Preliminar.

Si bien, el referido artículo 154 bis del Código del Trabajo utiliza la expresión “información y datos privados del Trabajador”, esto debe entenderse en su acepción amplia, como datos personales, a la luz del análisis efectuado en el capítulo V de esta memoria de prueba.

Por lo anterior creemos necesario analizar estas materias, sobretodo por la inclusión del artículo 154 bis, para lo cual se examina éste de manera unitaria y, en el contexto del marco regulatorio tanto nacional: que comprende lo constitucional y legal; como internacional: Organización Internacional del Trabajo y Derecho Comparado. Se plantean además, casos prácticos, atendiendo a la jurisprudencia nacional de los Tribunales y administrativa, de la Dirección del Trabajo.

La finalidad perseguida a través del estudio emprendido es dejar en evidencia la necesidad que existe de regular de forma más apropiada esta

materia, ya que, el artículo 154 bis del Código del Trabajo, no proporciona las herramientas jurídicas suficientes para el debido resguardo de derechos tan fundamentales para los trabajadores, como la honra y la privacidad, y cuyas reales consecuencias aún no han sido plenamente dimensionadas.

CAPITULO II
LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO CHILENO

El capítulo que a continuación se presenta tiene por objetivo entregar una visión panorámica acerca del tratamiento que se le ha dado a la protección de datos personales en el Derecho chileno, expuesto a través del análisis de los principales cuerpos legales vigentes que abordan la materia, comenzando por la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico: la Constitución Política de la República de 1980, y los principios y derechos fundamentales que la misma reconoce (sub capítulo a).

En el siguiente acápite (sub capítulo b) se abordará el tema desde la perspectiva de las diversas ramas del Derecho que han tratado directamente la materia o inciden en ella tangencialmente, cuales son el Derecho Civil, Comercial, Derecho del Mercado de Capitales, Penal, Administrativo, Procesal, Informático y Laboral.

a. Protección constitucional

Chile es un país en el cual impera el Estado de Derecho, este concepto implica la existencia de ciertos principios que siempre deben ser respetados, tanto por los órganos del Estado como por los particulares. Uno de los más importantes es, sin duda, el de la supremacía constitucional (artículo 6º, Constitución Política), el cual ordena jerárquicamente nuestro ordenamiento jurídico compeliendo al resto de las normas a ajustarse a ella, además de dar aplicación inmediata e imperativa a las normas fundamentales que contiene. En este punto es necesario hacer referencia al artículo 5º, inciso final de la Constitución Política de la República, toda vez que integra dentro de la normativa nacional vigente los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile.

Por otro lado la Constitución, en el mismo artículo 6º, repudia la arbitrariedad practicada por órganos del Estado y las leyes, estableciendo la existencia de responsabilidades y sanciones para tales conductas.

Del análisis de algunas de las normas más destacadas de la Carta Fundamental se colige la importancia que reviste para el Derecho Constitucional el respeto de los principios antes reseñados, que van tomando la forma de garantías específicas.

La Carta Fundamental chilena del año 1980 da comienzo a su texto con el siguiente artículo: “los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (artículo 1º, inciso 1º, Constitución Política de la República de Chile). Se reconocen en él los valores fundamentales que inspiran nuestro ordenamiento jurídico constitucional, cuales son la dignidad de la persona humana, la libertad y la igualdad. El profesor Humberto Nogueira entrega algunas aproximaciones sobre estos conceptos. ¹

La dignidad se entiende como el respeto que merece toda persona por su calidad de tal, lo que impide que sea coaccionada física, mentalmente o discriminada.

La libertad, que como valor se considera inherente al hombre, muestra varias dimensiones: el libre albedrío o libertad inicial para escoger entre diversas alternativas o crear alternativas nuevas frente a las ya existentes; la libertad-participación entendida como la posibilidad de formar parte del Estado y que se concreta en los derechos políticos; y en tercer lugar la libertad-exultación, que consiste en aquella que permite lograr el máximo desarrollo integral como ser humano.

Por último, la igualdad prescribe que todo ser humano no es superior ni inferior a otro, ni en dignidad ni en derechos. Este valor se manifiesta en el principio de no discriminación, es decir, el no establecer diferencias en forma irracional, arbitraria o injusta. La igualdad implica tanto una labor preventiva a través de la eliminación de la discriminación antes de que ella se produzca, como la oportuna intervención ante las situaciones de injusticia que ya se encuentren de manifiesto.

Como se desprende claramente de los conceptos antes reseñados, la normativa constitucional reconoce desde un principio a la persona humana como ser digno de protección en atención a sus condiciones de conciencia, racionalidad, afectividad y perfectibilidad y, producto de ello procura su máximo desarrollo de manera integral, garantizándole un trato no discriminatorio. La Constitución como la norma de más alto rango dentro de nuestro ordenamiento jurídico tutela esta situación. A continuación lo harán otras ramas del Derecho, por ejemplo, el Laboral en el Artículo 2º del Código del Trabajo sobre conductas consideradas discriminatorias, y el artículo 154 inciso final del mismo cuerpo legal que propugna el respeto a la dignidad del trabajador específicamente en el uso de sistemas de control dentro del lugar en que se desempeñan las labores.

Ahora bien, en lo propiamente atinente a la protección de datos personales, es el Capítulo III de la Carta Fundamental al tratar “De los derechos

y deberes constitucionales”, en su artículo 19º, el llamado a entregar los lineamientos generales que dicta el ordenamiento jurídico en esta materia.

En primer lugar, se debe hacer hincapié en que el artículo citado comienza diciendo que: “La Constitución asegura a todas la personas...”; la utilización de la voz “asegura” deja claramente establecido que los derechos que más adelante se enuncian poseen el carácter de universales, absolutos, innatos, necesarios, inalienables, inviolables e imprescriptibles, y cuya existencia data incluso desde antes que el Estado mismo. La consagración de este catálogo de derechos esenciales, de carácter no taxativo, busca divulgarlos, reglamentarlos adecuadamente, y garantizar debidamente su ejercicio.

El ejercicio de estos derechos fundamentales puede ser limitado toda vez que ellos están destinados a ser practicados en sociedad, por lo cual se deben evitar eventuales conflictos entre particulares con la sociedad y el Estado, y de particulares entre sí. El fundamento para esta situación lo encontramos en el resguardo de los derechos de terceros o de bienes jurídicos de mayor entidad, ya que su ejercicio pasa necesariamente por el respeto de las normas legales que los regulen.

En atención a los derechos que garantiza el artículo 19º de la Constitución Política, se relacionan con la protección de datos personales los siguientes:

1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica (artículo 19º, N° 1º): Se entiende que al ser humano se le debe brindar protección en cuanto a sus condiciones más básicas, como son la vida, y la integridad, tanto física como síquica, que aseguren un máximo desarrollo integral. Lograr los medios idóneos para el desenvolvimiento de la persona, como la libre expresión de su personalidad en el ámbito de lo privado e íntimo, garantiza esta integridad y consecuencial desarrollo.

2. La igualdad ante la ley (artículo 19º, N° 2º): A través de esta garantía se impide el establecimiento de excepciones o privilegios a favor de personas que se encuentran en las mismas circunstancias. Esta igualdad debe traducirse en una normativa legal ecuánime para los distintos miembros de la sociedad, logrando de esta manera que todos ellos gocen de unos mismos derechos. Sin embargo, esta garantía no es absoluta, presupone una distinción razonable de las diversas condiciones en que pueden encontrarse las personas: la ley debe tratar igualitariamente a aquellos que se encuentran en una posición similar, y debe brindar protección a la parte más desvalida cuando las condiciones de una y otra así lo ameriten. Esta última hipótesis encuentra una

clara manifestación en el rol que se asigna dentro del ordenamiento jurídico al Derecho laboral.

3. El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia (artículo 19º, Nº 4º): Este derecho ha sido recogido en las Constituciones contemporáneas como una reacción al desarrollo vertiginoso de los medios de comunicación que amenazan con invadir la privacidad de las personas.

En cuanto a la protección a la vida privada y pública de las personas, también conocido como derecho a la intimidad, ya a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 12º), se han reconocido como bienes jurídicos dignos de protección la vida privada, la familia, el domicilio, la correspondencia y la reputación.²

La intimidad puede ser definida como “el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho a secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos.”³

Sin embargo este derecho a la intimidad no es absoluto, se encuentran en la doctrina y la jurisprudencia algunas excepciones notables a esta garantía constitucional, es así como tratándose de personas públicas nuestros tribunales

han estimado que la sociedad está en posición de exigirles un mayor conocimiento de sus actos, lo cual no autoriza en caso alguno la imputación de hechos falsos o que le causen daño o descrédito injustificadamente.⁴ Por otro lado se considera que la información respecto de la vida pública de las personas es siempre lícita, toda vez que se encuentran expuestas a la libre crítica. Y por último, otra excepción viene dada por la consideración de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que ha dicho que “no obstante que los hechos por su naturaleza formen parte de la vida privada o familiar, no se incurre en infracción al difundirlos si está envuelto en ello un interés público superior”.⁵

En su segunda parte, el N° 4° del artículo 19° de la Constitución, se refiere a la protección y respeto de la honra de la persona y su familia, lo cual también se conoce como el derecho al honor. Dentro del concepto de honor existen dos acepciones: la subjetiva entendida como el sentimiento de la propia dignidad moral basada en las virtudes y méritos de cada cual; y la objetiva que considera la apreciación y estimación que hacen los demás de las cualidades morales y el valor social de cada sujeto. La lesión de cualquiera de los dos conceptos de honra puede llegar a ser constitutiva de un delito contra el honor como la injuria o la calumnia.

El segundo inciso del artículo en comento trata de prevenir los excesos en que pudiere incurrir algún medio de comunicación social contraviniendo la garantía constitucional del derecho a la intimidad y al honor. Así como también, se otorga otro medio para obtener protección frente a actos u omisiones arbitrarios o ilegales que la afecten, como es el recurso de protección.

4. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (artículo 19º, N° 5º): Esta garantía se encuentra íntimamente vinculada con la contenida en el artículo 19 N° 4, ya que, por una parte, se considera al hogar como una prolongación de la personalidad, a lo cual se le da protección a través de la inviolabilidad del mismo; con las excepciones que se establezcan en resguardo de la rigurosa aplicación de justicia. Por otra parte, y junto con esta garantía, se consagra otra inviolabilidad que es considerada como una manifestación del derecho a la intimidad: la de las comunicaciones privadas en cualquiera de sus formas, esto es, correspondencia epistolar, telefónica y radiográfica.

Toda vez que la norma utiliza la voz “documentos” para delimitar el campo de aplicación de la misma, en las actas de la Comisión de Estudios de la nueva Constitución, se dejó constancia que ella comprende un diploma, carta o cualquier otra cosa que sirva para ilustrar o comprobar algo, incluso grabaciones.⁶ Atendida la amplitud del concepto no se ve limitación alguna para

que no se entiendan incluidos algunos tipos de documentos de data más reciente, tales como el correo electrónico, y mensajes enviados a través de Internet. Confirma lo anterior la constancia que se dejó en las actas de la Comisión de que el precepto comprende e incluye la defensa contra todas las formas modernas que permitan interceptar conversaciones a distancia o captar imágenes, tanto las que existían y eran conocidas a la fecha de la norma, como la que puedan en el futuro llegar a conocerse.

El derecho a la protección de datos personales del trabajador, actualmente consagrado en el nuevo artículo 154 bis del Código del Trabajo, encuentra su sustento constitucional precisamente en los numerales 4º y 5º del artículo 19º de la Carta Fundamental, toda vez que el empleador puede acceder a datos sensibles de su subordinado con motivo de la relación laboral, incluso de manera mucho más sencilla que antaño, a través de controles o filtros aplicados al uso de nuevas tecnologías como Internet y el correo electrónico. El tratamiento que el empleador debe dar a los datos así obtenidos, tanto para su uso propio como en relación a terceros, debe ceñirse estrictamente a las normas legales sobre protección a la vida privada, tratamiento de datos personales, y teniendo siempre presente la normativa constitucional que protege la dignidad y privacidad de toda persona.

5. Derecho a la protección de la salud (artículo 19, Nº 9): La Carta Fundamental asegura en este numeral la “protección a la salud”, en el sentido del acceso a los mecanismos de amparo de este bien protegido. Cabe hacer notar que no se protege directamente el “derecho a la salud” entendido como la reunión de las condiciones físicas y síquicas que permiten el óptimo desempeño de un individuo.

La propia Constitución ha encargado la obligación de velar por el cumplimiento de esta garantía al Estado, el cual es directamente designado como garante del “libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. (Artículo 19º Nº 9º inciso 2º Constitución Política de la República). Se le han asignado al Estado las tareas de coordinación, control y garantía de la ejecución de las acciones de salud.

Las tareas antes mencionadas permiten al Estado, a través de los organismos facultados al efecto, fiscalizar el debido cumplimiento de esta garantía constitucional por parte de los entes sociales, dentro de los cuales deben entenderse incluidos los empleadores, otorgando debido acceso a la protección de la salud a sus trabajadores, proveyéndoles de un ambiente laboral sano, desde un punto de vista físico y síquico, motivo por el cual se ha permitido, en reiteradas ocasiones, al empleador la implementación de medidas

de revisión y control que, sin afectar derechos fundamentales de los trabajadores, sean de resguardo tanto de la integridad del empleado como de la empresa en que éste presta sus servicios.

6. La libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa (artículo 19º, Nº 12): Claramente este derecho es la faz opuesta del derecho a la intimidad, del cual ya se analizaron sus alcances y limitaciones. A pesar de que la Constitución consagra el derecho de expresarse libremente y sin autorización previa, de manera verbal o escrita, este se encuentra limitado a través del principio de la responsabilidad, en virtud del cual quienes incurran en delitos o abusos al opinar o informar faltando a la veracidad deben atenerse a las consecuencias civiles y penales que las leyes establecen para dichas situaciones.

7. La libertad de trabajo y su protección (artículo 19º, Nº 16): Esta norma, en especial sus tres primeros incisos, guardan estrecha relación con el tema de la protección de datos personales, ya que en ella se consagra a continuación de los principios de la libre contratación y libre elección del trabajo, en el inciso tercero, la prohibición de cualquier acto de discriminación en materia laboral, lo cual incluye por supuesto, la utilización indebida de información personal del trabajador en su contra que traiga como consecuencia la no contratación del mismo o su despido basado en iguales argumentos. Lo

anterior se confirma, al indicar la norma constitucional, los límites al principio de no discriminación, los cuales sólo podrán fundarse en la capacidad o idoneidad personal.

8. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica (artículo 19, N° 21): Este consiste en una singularización del principio de igualdad ante la ley, en virtud del cual, se trata de resguardar a todas las personas que desarrollan una actividad económica, comercial o empresarial de las medidas o acciones que adopte el Estado o sus organismos. El fundamento de esta norma es eliminar la posibilidad que la Administración establezca beneficios para personas, entes o actividades determinados, en desmedro de otros de manera arbitraria; ya que los beneficios o gravámenes sólo pueden establecerse por ley. El numerando también consagra la posibilidad de realizar cualquier actividad económica lícita, esto es, “que no sea contraria a la moral, al orden público o la seguridad nacional, y respetando las normas legales que la regulen”. (Artículo 19° N° 21 inciso 1° Constitución Política de la República).

Es en el ejercicio de esta libertad económica que una persona o empresa pueden llegar a tomar conocimiento de datos personales sensibles para su titular, ya sea este un trabajador suyo o un privado cualquiera, llegando a formar bases de datos con dicha información cuyo tratamiento actualmente ha debido ser regulado por la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada,

precaviendo posibles conflictos entre los titulares de los datos y los de las bases; incluso más, previniendo conflictos entre derechos esenciales garantizados en el artículo 19º de la Carta Fundamental, tales como el derecho a la intimidad y honra versus el también garantizado derecho a la información y libertad económica.

El constitucionalista chileno Raúl Bertelssen, por su parte, sostiene que el tratamiento de datos personales debe ser comprendido dentro de las actividades económicas lícitas admitidas en un sistema de economía de mercado como el nuestro, bajo la condición de que estos datos fuesen obtenidos de manera lícita lo cual otorgaría derecho de propiedad sobre los mismos, constituyéndose así la Ley N° 19.628 sobre protección de la Vida privada en el marco legal regulatorio general respecto al tema.⁷

9. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales (artículo 19, N° 24): Este derecho fundamental se caracteriza por reconocer a su titular la plenitud de las facultades que es posible obtener sobre una cosa. Se trata de un derecho real, absoluto e inviolable, pero sin embargo se reconoce que su ejercicio no puede atentar contra la ley o el derecho ajeno. En el ámbito del Derecho Laboral esta garantía es la que ampara a los empleadores en el resguardo de los bienes que

constituyen su empresa. Esgrimiendo de manera aparentemente válida esta garantía muchas veces se vulnera el derecho a la intimidad de los trabajadores.

10. El libre ejercicio de los derechos (artículo 19, N° 26): Esta garantía cierra la enumeración, no taxativa, de derechos contenida en el artículo 19º de la Constitución. Posee un carácter general, ya que su función es proteger a los demás derechos fundamentales de aquella actividad legislativa que pudiese afectarlos, ya sea en su esencia, desfigurándolos a tal punto de hacerlos irreconocibles; o bien a través de la imposición de condiciones, tributos o requisitos que los hiciesen impracticables.

Para resguardar las garantías constitucionales mencionadas la propia Carta Fundamental, en su artículo 20, concede acción de protección para el caso en que cualquier persona que se vea afectada por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que vulneren los derechos y garantías que el mismo artículo enumera, pueda ocurrir ante los Tribunales de Justicia para requerir que se restablezca el imperio del Derecho. De todas las garantías analizadas en este párrafo sólo dos no se encuentran cubiertas por esta acción constitucional, ellas son las del numeral 9º, que solo se protege en su inciso final; y 26º, ambas consagradas en el artículo 19.

b. Tratamiento Legal: marco general.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional, el tratamiento y reserva de datos personales, ha sido objeto de una no tan escasa pero variada regulación, atendiendo a distintos principios jurídicos y finalidades, a través de los cuales se pretende respetar los derechos fundamentales de las personas garantizados por la Constitución Política de la República y fundamentalmente el Estado de Derecho.

Cada una de las ramas del Derecho, tiene como fuente distintos principios básicos y fundamentales, que les son propios, los cuales se consagran y protegen a través de la normativa vigente; y es desde esta perspectiva que cada una de las ramas del ordenamiento jurídico regula el tratamiento de la información y la protección de una amplia gama de datos.

De esta manera, haciendo un análisis de la legislación nacional, respecto a la protección de datos personales, tanto en el ámbito del Derecho Público como Privado, se encuentran normas que regulan de una u otra manera la materia en comento; siendo el Decreto Ley N° 950 del Ministerio de Hacienda publicado en el Diario Oficial de 28 de marzo de 1928, el primer vestigio de protección de estos datos, que obligaba a las oficinas de toda la República que

allí se indicaban a enviar diariamente a la Cámara de Comercio de Chile, información de carácter financiero de las personas.

Sin embargo, es la Ley N° 19.223 que Tipifica Figuras Penales Relativas a la Informática, publicada en el Diario Oficial de 7 de Junio de 1993, el primer cuerpo normativo que regula la protección de datos y sistemas de tratamiento de información; tipificando a través de sus cuatro artículos, los delitos que pudieran cometerse en contra de estos sistemas, los datos contenidos en él y los productos provenientes de la utilización de ambos. Tal como lo expresa Alejandro Vera Quilodrán en su libro “Derecho e Informática”: “este cuerpo legal, crea un nuevo bien jurídico protegido, cual es la calidad, pureza e idoneidad de la información contenida en los sistemas de tratamiento de la misma, así como de los productos provenientes de la operación de dichos sistemas. Las normas penales creadas por esta ley son necesarias y razonables frente al gran avance que ha tenido la informática en nuestro medio”.⁸

Sin perjuicio de lo anterior, es la Ley 19.628 Sobre Protección De La Vida Privada, publicada el 28 Agosto de 1999, el primer texto legal que trata de manera orgánica la protección y utilización de datos de carácter personal. Es así, como en su artículo 1° inciso 2°, establece que: “Toda persona puede efectuar el tratamiento de datos personales, siempre que lo haga de manera

concordante con esta ley y para las finalidades permitidas por el ordenamiento jurídico. En todo caso deberá respetar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los titulares de los datos y de las facultades que esta ley les reconoce.”

A partir de este artículo se analizarán las principales ramas del Derecho y sus respectivos cuerpos legales, en lo que se refieran al tratamiento y protección de datos personales.

1. Derecho Civil: Es un Derecho privado común y general, cada una de sus instituciones gobierna o se refleja en todas las disciplinas especiales. El Derecho Civil es supletorio, se aplica en todos aquellos casos en que no exista una regulación especial. Dentro del Código Civil, no existen normas que se refieran específicamente al tratamiento y protección de datos personales, pero en virtud de las características de éste, es importante tener presente el Título XXXV, que trata de los delitos y cuasidelitos.

Dentro de este Título, es importante destacar el artículo 2329 inciso 1º, el cual contempla una hipótesis general de responsabilidad extracontractual; por tanto, toda persona que por malicia o negligencia en el tratamiento de datos personales cause daño, sea este moral o material, debe indemnizar los perjuicios que correspondan de acuerdo a Derecho. Sin perjuicio de ello, el

artículo 2331 del Código Civil, establece que: “las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria, a menos de probarse daño emergente o lucro cesante, que pueda apreciarse en dinero; pero ni aún entonces tendrá lugar la indemnización pecuniaria, si se probare la verdad de la imputación.”

Estas normas contienen la sanción civil aplicable también para el caso de divulgación indeseada o maliciosa de datos personales, cuando no exista una norma especial que regule estas hipótesis.

Por su parte los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, contemplan casos de responsabilidad por hecho ajeno estableciendo el último de ellos la responsabilidad de los amos por la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones, cayendo de lleno en el ámbito de lo que constituye una relación laboral.

Por otra parte el Derecho Civil regula en el Libro IV, Título XII que lleva por epígrafe “Del efecto de las obligaciones”, otro tipo de responsabilidad, la contractual, a la que es necesario referirse debido a que dentro de la ley del contrato no sólo se obliga a las partes a lo expresamente estipulado, sino también a lo que por la naturaleza, la ley o la costumbre pertenecen a ella, principio consagrado en el artículo 1546 del Código Civil y conocido en doctrina

como “integración del contrato”; éste junto al principio de buena fe establecido en el mismo precepto, constituyen, en el ámbito contractual, las normas de aplicación general y supletorias que gobiernan todo el ordenamiento jurídico nacional y por tanto también al contrato de trabajo.

2. Derecho Comercial: Este es un Derecho privado y especial, de manera que el Código del ramo, en su artículo 1º, establece las obligaciones que se rigen por dicho cuerpo legal; sin perjuicio de ello, en materia comercial existe una extensa legislación especial, en la cual el tratamiento y protección de datos personales no es un tema ausente.

Así, encontramos en la Ley N° 18.046 Sobre Sociedades Anónimas, en sus artículos 43 y 50, la obligación de los directores de estas sociedades y de los gerentes y personas que hagan sus veces, de guardar reserva respecto de los negocios de la sociedad y de la información social a que tengan acceso en razón de sus cargos y que no haya sido divulgada oficialmente por la compañía.

Esta misma ley, en su artículo 135, establece que cada sociedad deberá llevar un registro público que contenga información social indicativa de sus presidentes, directores, gerentes o liquidadores, especificándose en el artículo 106 del Decreto Supremo N° 587 que aprueba el Reglamento de Sociedades

Anónimas, los datos personales de presidentes, directores, gerentes o liquidadores, que debe contener el referido registro público.

3. Derecho del Mercado de Capitales: La Ley N° 18.045 De Mercado de Valores, contiene una serie de normas que versan sobre el tratamiento y protección de los datos personales, consagrando en el artículo 10, la obligación para las entidades inscritas en el registro de valores de proporcionar a la Superintendencia de Valores y Seguros y al público en general la misma información a que están obligadas las sociedades anónimas abiertas, que ya fue mencionada en el acápite anterior.

Por su parte, el artículo 68 de la Ley de Mercado de Valores establece la obligación para la Superintendencia de Valores y Seguros de llevar un registro público de presidentes, directores, gerentes y liquidadores de las entidades sujetas a su vigilancia. Ambos artículos obligan a llevar un registro público que contiene datos personales de los miembros más importantes de este tipo de sociedades.

Este mismo cuerpo legal, en su artículo 32 letra a), establece la obligación de llevar los libros y registros que prescribe la ley y los que determine la Superintendencia de Valores y Seguros, los que deberán ser preparados de acuerdo a sus instrucciones. La letra e) del mismo artículo, obliga a los

corredores de bolsa y agentes de valores a proporcionar todos los datos necesarios para mantener actualizada la información del registro anteriormente señalado.

Es importante hacer referencia al Título XXI, de la Ley 18.045, que tiene por epígrafe “De la información privilegiada”. Aún cuando el concepto de esta información difiere del de datos personales, es necesaria esta mención, debido a que se contemplan dentro de esta normativa situaciones que influyen en relaciones de carácter laboral, en las cuales el trabajador está obligado a guardar reserva respecto de información privilegiada de la empresa, siendo sancionado incluso penalmente.

Es así, como los artículos 165 y 167 del mismo cuerpo legal, obligan a cualquier persona que en razón de su cargo, posición o actividad tenga acceso a información privilegiada, como también a los directores, gerentes, administradores, asesores que presten servicios a la sociedad, a guardar estricta reserva de ella. En el artículo 166 se enumera a las personas que la ley presume tienen acceso a información privilegiada; contemplándose aquí una hipótesis de presunción de culpabilidad basada en la existencia de vínculos de carácter laboral.

El artículo 60 letra e), del mismo cuerpo legal, sanciona con pena de presidio menor en cualquiera de sus grados a las personas señaladas en el artículo 166 que efectúen transacciones u operaciones de valores de oferta pública, de cualquier naturaleza en el mercado de valores o en negociaciones privadas, para sí o para terceros, directa o indirectamente, que usaren deliberadamente información privilegiada; esto sin perjuicio de las responsabilidades civiles y administrativas impuestas por la Superintendencia del ramo, que correspondan.

4. Derecho Penal: El Código Penal, contiene diseminadas una serie de normas que dicen relación con el tratamiento y protección de datos personales, protegiendo a su vez distintos bienes jurídicos, siendo el de la vida privada el que tiene una relación más directa con ellos.

Dentro del párrafo 5 del Título III del Libro II del Código Penal, denominado “De los delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia”, el artículo 161 A establece: “Se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 50 a 500 Unidades Tributarias Mensuales al que, en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio, capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o

reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público.

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

“En caso de ser una misma la persona que los haya obtenido y divulgado, se aplicarán a ésta las penas de reclusión menor en su grado máximo y multa de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

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

En virtud de esta norma se protegen de manera efectiva, tanto la obtención como utilización de los datos personales referidos a la vida privada de las personas y su familia.

Otro delito que está muy relacionado con el tratamiento y protección de datos personales es el consagrado en el artículo 146 del Código Penal, la

violación de correspondencia. Delimitar el concepto de correspondencia en la época actual, es una ardua tarea, debido a las nuevas formas de comunicación, por ejemplo, se ha discutido en la doctrina, si este término comprende al correo electrónico.

Se protegen, además en el Código Penal, los datos personales al aplicar las penas establecidas en el artículo 247 inciso 1° a las personas que, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.

El Código Penal, dentro del título VI del libro II, párrafo 7 que consagra los crímenes y simples delitos relativos a la industria, al comercio y a las subastas públicas, en el artículo 284 establece que: “El que fraudulentamente hubiere comunicado secretos de la fábrica en que ha estado o está empleado, sufrirá la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio o multa de once a veinte sueldos vitales”.

Ley N° 19.733 Sobre Libertades de Opinión e Información y el Ejercicio del Periodismo: Dentro del ámbito del Derecho Penal, es importante referirse a esta ley, publicada el 4 de Junio de 2001, debido a que tipifica una serie de conductas delictivas en relación con la información y datos personales.

Esta ley consagra en su artículo 1º, la libertad de emitir opinión que tienen todas las personas, sin censura previa, como a su vez el derecho de los periodistas a que no se les modifique el material informativo sin su consentimiento, sin perjuicio del derecho de rectificación y aclaración del afectado, consagrado en el Título IV, de este cuerpo legal.

Acoge el derecho al secreto profesional respecto de las fuentes informativas, incluso ante instancias judiciales, pero como contrapartida obliga a los periodistas a asumir la responsabilidad penal por los delitos que cometieren en la difusión de la información, tales como injurias y calumnias que puedan perpetrarse a través de los medios de comunicación, regulando bajo ciertas circunstancias la excepción de verdad para exculparse de estos ilícitos.

Esta mal llamada Ley de Prensa, sanciona en su artículo 31 con multas, conductas delictivas referentes a transmisiones y publicaciones discriminatorias u odiosas, como también, prohíbe en el artículo 33 la divulgación de la identidad de menores de edad involucrados en delitos, protegiendo por tanto, su integridad y vida privada.

Por otra parte, esta ley obliga llevar a los medios de comunicación un registro de libre acceso al público de los datos personales de sus propietarios,

controladores directos o indirectos, arrendatarios, comodatarios o concesionarios, sean estas personas naturales o jurídicas.

5. Derecho Administrativo: Esta rama del Derecho contiene normas que versan sobre la protección de datos personales en la Ley N° 18.834 que Aprueba el Estatuto Administrativo. Una de ellas y por lo demás fundamental, esta contenida en el artículo 55 letra j), el cual establece dentro de las obligaciones de los funcionarios públicos la de proporcionar con fidelidad y precisión los datos que la institución le requiera relativos a situaciones personales o de familia, cuando ello sea de interés para la Administración Pública, debiendo ésta guardar debida reserva de los mismos.

Esta norma combina principios básicos en interés de una u otra parte, por un lado, el derecho de la Administración del Estado de tener conocimiento de datos de carácter personal de sus funcionarios, para efectos de velar por el adecuado funcionamiento del servicio respectivo; y por otra el derecho de los funcionarios públicos de que sus datos personales sean guardados bajo reserva.

En el mismo artículo 55 en su letra h), se contempla la obligación de los funcionarios públicos de guardar secreto en los asuntos que revistan el carácter de reservados de acuerdo a la ley, al reglamento, su naturaleza o por

instrucciones especiales, conocido como secreto funcionario. El incumplimiento de esta obligación está sancionado, además, en el Código Penal en sus artículos 246 y 247 inciso 1°.

6. Derecho Procesal: Dentro de esta rama, específicamente respecto a los medios de prueba, encontramos normas que se refieren a datos personales, es así como el artículo 360 del Código de Procedimiento Civil, respecto de la prueba testimonial, establece en su número 1°, que no están obligadas a declarar las personas amparadas por el secreto profesional, y en su número 2° se establece que quienes están siendo interrogados no están obligados a declarar respecto de hechos que afecten su honor o el de su familia, o que importen un delito de que pueda ser criminalmente responsable el declarante o su familia. Con esta norma se trata de evitar la autoincriminación.

Con respecto a la prueba confesional, para que ésta tenga eficacia, debe versar sobre hechos pertenecientes al juicio, los cuales pueden ser personales o no personales. Respecto al valor probatorio de este medio de prueba, las consecuencias jurídicas son distintas según se trate de una u otra clase de hechos; ambos producen plena prueba, pero la confesión sobre hechos personales no admite prueba en contrario.

7. Derecho Informático: Debido al gran avance que han experimentado las tecnologías de la información en la última década, las cuales han invadido todas las áreas de la sociedad moderna, se ha abierto un nuevo campo de estudio en el Derecho que ha sido recogido tanto en legislaciones nacionales como internacionales. Hoy en día el fenómeno informático en el Derecho Comparado está provisto de una amplia regulación.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, estas materias han ido adquiriendo la importancia necesaria como para llegar a conformar una rama autónoma conocida como Derecho de la Informática. Es así, como la Ley N° 19.223 que Tipifica Figuras Penales Relativas a la Informática, establece los delitos que pueden cometerse con respecto a la protección de datos y sistemas de tratamiento de información, a la cual se hizo referencia al comienzo de este sub capítulo.

La Ley N° 19.628, Sobre protección de la vida privada, es en definitiva el texto legal que reglamenta específicamente y de manera orgánica la protección de datos de carácter personal, proporcionando definiciones de conceptos básicos de aplicación general; regulando además la utilización de esta clase de datos, así como también, especialmente, los que emanan de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial; los derechos de los

titulares de los datos; el tratamiento que de ellos hagan los organismos públicos y las responsabilidades por infracción a esta ley.

La Ley N° 19.812 que modifica la Ley 19.628, Sobre protección de la vida privada, publicada el 13 de Junio de 2002, introduce modificaciones importantes respecto de los registros y bancos de datos personales en lo relativo a obligaciones comerciales y económicas. Esta derogó el Boletín Histórico, por tanto, quien paga una deuda debe ser eliminado del registro DICOM y/o Boletín Comercial. Lo mismo sucede respecto de quienes no pagan sus deudas una vez transcurridos cinco años desde que la obligación se hizo exigible.

Esta Ley prohíbe comunicar la información relacionada con las deudas contraídas con empresas públicas o privadas que proporcionen servicios básicos.

8. Derecho Laboral: Con respecto a la utilización y protección de datos personales el Código del Trabajo, hasta antes de la reforma del año 2001, no contenía una norma expresa respecto de esta materia, por tanto su regulación quedaba entregada de lleno a los principios básicos que informan esta rama del Derecho, tales como, el principio de no discriminación, respeto a la persona y dignidad del trabajador, deber general de protección que tiene el empleador respecto de éste, así como el deber de lealtad y fidelidad del

trabajador. Todo ello sin perjuicio de lo establecido por leyes especiales y por la Constitución Política de la República.

Para hacer efectiva esta protección de los datos personales de los trabajadores, no existiendo norma expresa al respecto, la única posibilidad que otorgaba el ordenamiento jurídico era recurrir a cláusulas introducidas a los contratos de trabajo por negociación de las partes, en virtud de las cuales se establecían los derechos y obligaciones para cada una de ellas en la relación laboral. De frecuente uso eran las cláusulas que imponían al trabajador la obligación de guardar reserva de información sensible para la empresa; siendo escasas aquellas que protegieran los datos personales del trabajador, ello producto de la desigualdad intrínseca existente entre las partes en una relación de trabajo.

La Ley N° 19.759 que modifica el Código del Trabajo, introduce como una novedad en el Derecho Laboral el artículo 154 bis, el cual establece: “El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral“. De esta manera, este Código hoy en día contempla una norma expresa que regula la protección de los datos personales del trabajador, la cual debe ser interpretada y aplicada de acuerdo tanto, con las directrices internacionales dadas por la Organización Internacional del Trabajo; como en concordancia con el resto de

la legislación laboral de nuestro país, y siempre respetando el ordenamiento jurídico vigente.

El Código del Trabajo, contempla normas que influyen tangencialmente con respecto a la protección de datos personales del trabajador. El artículo 2° modificado por la Ley N° 19.759, establece el principio de no discriminación, el cual es de vital importancia al momento regular esta materia.

Por su parte, el artículo 5° inciso 1° del Código del Trabajo, señala que: “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”. Esta norma recoge a nivel legal y expresamente garantías de índole constitucional, que constituyen los límites que el empleador debe respetar a la hora de ejercer su potestad jurídica de mando; todo lo anterior constituye el fundamento sobre el cual descansa la protección de los datos personales del trabajador.

El inciso 2° del mismo artículo establece el principio de la “irrenunciabilidad de los derechos laborales”, el cual deja de manifiesto el carácter protector del Derecho del Trabajo frente a las desigualdades que pudieran producirse en el marco de una relación laboral, es por este mismo motivo que se establecen en el Código del ramo los derechos mínimos de que debe gozar el trabajador

dependiente, a los cuales el precepto mencionado les otorga el carácter de irrenunciables, por lo tanto el establecimiento de cláusulas en los contratos de trabajo que contravengan estas normas mínimas carecen de todo valor jurídico.

El número 5º del artículo 154 del Código del Trabajo, establece que el reglamento interno deberá contener las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores en el desempeño de sus funciones. Respecto de esta norma, la Ley N° 19.759, introduce un inciso final el cual establece que: “Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5º de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador”.

Por otra parte y específicamente en lo relativo a datos personales del trabajador, que provengan de obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial la Ley N° 19.812 que modifica la Ley 19.628, Sobre protección de la vida privada, introduce cambios en el artículo 2º del Código del Trabajo, en el sentido que ningún empleador podrá condicionar la contratación a la ausencia de dichas obligaciones que, conforme a la ley, puedan ser comunicadas por los responsables de registros o bancos de datos personales; ni exigir para dicho fin declaración ni certificado alguno.

Sin embargo, se contemplan excepciones en las cuales es lícito exigir una conducta comercial intachable, ello sucede respecto de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador o al menos de facultades generales de administración y de aquellos que tengan a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o valores de cualquier naturaleza.

La ley N° 19.733 Sobre Libertades de Opinión e Información y el Ejercicio del Periodismo, por su parte, establece una causal adicional de terminación del contrato de trabajo por incumplimiento de las obligaciones del empleador, cuando éste intente obligar a sus periodistas a actuar contra las normas éticas generalmente aceptadas en la profesión, las cuales incluyen el tratamiento de datos personales.

De esta manera, una vez analizados de forma general los principales cuerpos legales de nuestro ordenamiento, a partir de la Carta Fundamental, y pasando por las distintas ramas del Derecho; se ha entregado el marco jurídico que regula los datos personales, su tratamiento y protección.

Citas bibliográficas

¹ Basado en el texto de VERDUGO MARINKOVIC, M., PFEIFFER URQUIAGA, E. Y NOGUEIRA ALCALÁ, H. 1997. Derecho constitucional. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, 366. Págs. 110-114.

² DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, artículo 12º “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques”.

³ GARCIA SAN MIGUEL, LUIS. 1992. Reflexiones sobre la intimidad como límite a la libertad de expresión.

⁴ C.S., 17-10-1998, R., t. 85, sec. 5ª, p. 283; C.S., 16-8-1989. R., t. 86, sec. 5ª, p. 126. Nuestros tribunales han dicho “los hechos que se desarrollan en lugares públicos o abiertos no pueden considerarse como parte de la vida privada de una personas, porque esa circunstancia indica que la presunta afectada no los considera privados y sobre el particular su voluntad aparece en este aspecto decisoria”.

C.S., 7-7-1988, R., t. 85, sec. 5ª, p. 119 “determinar cuándo debe entenderse lesionada la vida privada de una persona es materia reservada a la jurisprudencia de los tribunales de justicia, ya que no podría la ley, y menos la Constitución, entrar a determinar casos y circunstancias en que ello puede tener lugar”.

⁵ Diario de Sesiones del Senado, Legislatura 320, ordinaria, Sesión 7, 13 junio 1990, págs. 573-594. Aprobado por unanimidad.

⁶ Sesión 129, pág. 23. Comisión de Estudios.

⁷ TRATAMIENTO DE DATOS personales y protección de la vida privada. Estudios de la Ley 19.628 sobre protección de datos de carácter personal.

2001. Por Raúl Bertelssen Repetto y otros. Santiago, Chile. Cuadernos de Extensión Jurídica 5 (2001). Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes.

⁸. VERA QUILODRÁN, ALEJANDRO A. 1996. Delito e Informática (La Informática como Fuente de Delito). Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas “La Ley”. pp 189.

CAPITULO III

LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES PARA LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su calidad de organismo especializado de las Naciones Unidas para la promoción del trabajo digno y decente en el mundo, se ha encargado desde hace ya bastante tiempo del tema de difundir los derechos fundamentales del trabajador, tales como la no discriminación y también la protección de la intimidad del mismo, entendida esta como un derecho.¹

Aún cuando la Organización no ha sido prolífica en la adopción de Convenios y Recomendaciones sobre el tema, sí lo ha sido en el aporte doctrinario a través de textos publicados en la Revista Internacional del Trabajo por destacados profesores del ámbito internacional. Además de lo anterior, es posible encontrar un Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT publicado por la Oficina Internacional del Trabajo con sede en Ginebra, Suiza, relativo a la protección de los datos personales de los trabajadores. Si bien este texto no tiene el carácter de vinculante, es una valiosa aproximación a la materia, que sin duda estimulará a los países miembros de la Organización para abordar el tema de manera más clara y directa.

Chile como país miembro de esta Organización está obligado a tomar en consideración estas directrices, y propender a su aplicación a través de la adecuación de la legislación laboral nacional. Así, la incorporación del artículo 154 bis a la normativa del trabajo es una manifestación de lo anterior, toda vez que se protege la intimidad del trabajador estableciendo la reserva de los datos privados e información de que tome conocimiento el empleador con ocasión de la relación laboral. Sin embargo, esta norma, a pesar de ser muy novedosa dentro del ordenamiento jurídico laboral, corre el serio peligro de quedar reducida a una mera declaración de voluntad del legislador, ya que no se regulan aspectos importantes como conceptos, alcances y sanciones ante la contravención del imperativo legal impuesto.

En el plano internacional, aún cuando no existe consenso respecto de qué debiera entenderse por privacidad o intimidad, la tendencia se inclina hacia la noción de que existe un ámbito de la vida que es íntimo, personal, dentro del cual la persona tiene derecho a tomar sus propias decisiones y expandir a gusto su personalidad. Esta intimidad se manifiesta de diversas formas, una de ellas es la de los datos personales; entendidos como aquella información que se refiere a una persona determinada o determinable que queda comprendida en la esfera de lo privado, sin que terceros lleguen a conocerla y/o divulgarla sin su consentimiento, o eventualmente mal utilizarla.

Este derecho emana de la garantía fundamental a la privacidad o intimidad que se consagra en la mayoría de las Cartas Fundamentales del mundo, y que se encuentra recogido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de Naciones Unidas de 1948, además de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que data de igual año. A continuación se harán algunas precisiones en cuanto a la protección de la intimidad del trabajador: ²

1. En cuanto a los términos “intimidad” y “privacidad” se ha logrado establecer que la mayoría de las legislaciones nacionales los consideran como equivalentes, sin embargo en el caso de Chile se utiliza mayoritariamente la voz “privacidad”.

2. La delimitación del derecho a la privacidad se presenta como una tarea extremadamente ardua, ya que gran parte de su contenido responde a concepciones subjetivas como son la apreciación, la sensibilidad, y el criterio personal del sujeto afectado. Es muy difícil determinar la magnitud de un atentado contra el derecho a la privacidad ya que cada persona puede considerarse como afectada de distinta manera según sea su concepto del pudor. Las reacciones y criterios de cada persona son necesariamente distintos, y por lo mismo son todos ellos dignos del mayor respeto.

3. El derecho a la intimidad del trabajador y su protección es susceptible de colisionar con otros igualmente valederos, como el poder disciplinario del empleador que deriva de su poder de dirección dentro de la empresa, y de su derecho de propiedad sobre los bienes existentes dentro de ella.

4. También a raíz de los convenios colectivos se pueden presentar problemas entre la protección a la intimidad del trabajador y el derecho de información, ya que se obliga a la empresa a suministrar datos de algunos de sus trabajadores que no desean que estos sean difundidos.

5. Existe una tendencia generalizada a relacionar la protección de la intimidad con la dignidad del trabajador. Si bien ambos conceptos emanan de la especial valoración que se tiene del ser humano, sus alcances son distintos. Se sostiene en la doctrina internacional del trabajo que, si bien es cierto que todo atentado a la intimidad lo es también a la dignidad del trabajador, a la inversa no siempre es de esta manera.

6. También se vincula a la privacidad con el principio de no discriminación, ambos conceptos no se encuentran necesariamente ligados ya

que apuntan a bienes jurídicos distintos. Es perfectamente posible discriminar a un trabajador sin haber necesariamente invadido su privacidad.

7. Otro nexo usual se produce entre los conceptos de protección de la privacidad y abuso del derecho. Sin embargo se debe hacer presente que no siempre se atenta contra la privacidad como una consecuencia del exceso en el ejercicio de un derecho.

En el contexto internacional existe conciencia de la poca regulación normativa en cuanto a la protección que debe darse a la intimidad del trabajador, por lo mismo se han sindicado como esenciales para resolver este punto las disposiciones y principios constitucionales generales, además del decisivo papel que compete a la jurisprudencia para entregar pautas y limitaciones en la materia.

Como se ha indicado anteriormente una de las materializaciones que adopta la protección de la intimidad a que tienen derecho todas las personas, y también los trabajadores en su calidad de tales, es la de los datos personales.

El Repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT reconoce la importancia que tienen los datos que los empleadores recaban de sus trabajadores, incluso desde que se presentan sólo en calidad de postulantes a

un cargo dentro de la empresa. Además se sostiene que la relación laboral, debido a su complejidad y duración en el tiempo, es una de las fuentes más prolíficas de datos, por lo cual resulta de vital importancia para la dignidad de los trabajadores como personas, su calidad de vida y ambiente laboral, normar la forma en que ellos son obtenidos y su tratamiento, entendido este último como su acopio, comunicación, utilización, modificación y eventual destrucción, a través de medios manuales o escritos, como también de forma electrónica.

El Repertorio de recomendaciones de OIT aporta una definición de “datos personales” que contribuye a delimitar los alcances de la materia. Se entiende por datos personales “todo tipo de información relacionada con un trabajador identificado o identificable.”³ Respecto de la voz “trabajador” la OIT tiene un concepto considerado como amplio a la luz de la normativa nacional, ya que además de designar a toda persona que presta servicios para un empleador en lo inmediato, también incluye a ex trabajadores e incluso a los candidatos a un empleo, haciéndose cargo del tratamiento de todos los datos de que pudiese tomar conocimiento un empleador antes, durante y después de terminada la relación laboral.

Al desarrollar la materia del tratamiento de los datos personales del trabajador, la OIT se ha encargado de dictar los principios fundamentales que deben regirla, a saber:⁴

1. La obtención de los datos debe hacerse mediante una forma ecuánime y lícita, esto implica que el trabajador debe estar enterado del acopio de datos y consentir en él, debe tener acceso a los datos que sobre su persona ha almacenado el empleador. Incluso sostiene la OIT que se le deben entregar al trabajador los medios para acceder a la información sobre su persona que se encuentra en poder del empleador, a fin de poder representarla en caso de existir errores o inexactitudes, solicitar la eliminación de los datos obtenidos ilícitamente, y manifestar su consentimiento o rechazo a la difusión de ellos a terceros.

2. La finalidad que persigue la recolección de datos debe guardar relación con el trabajo y con el funcionamiento de la empresa.

3. La OIT reconoce al trabajador el derecho de mantener reserva sobre sus datos personales, ello como una manifestación del derecho fundamental a la intimidad o privacidad. Es más, se concluye, que el trabajador tiene derecho no tan sólo a reservarse la entrega de dichos datos, sino incluso, también de guardar silencio o contestar equivocadamente acerca de ellos, ya que no debe ser compelido de forma alguna a entregar información que invada su intimidad.

4. El empleador tiene obligación de garantizar a sus trabajadores que la información que posee no será utilizada para fines incompatibles con lo que inicialmente motivaron la recopilación de datos. Además se considera que los empleadores, trabajadores y sus representantes deben cooperar en la protección de los datos elaborando políticas de empresa que sean respetuosas de la vida privada de los trabajadores.

5. El tratamiento de datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo u ocupación. Respecto de la discriminación y empleo la OIT adoptó el año 1958 el Convenio 111, que se complementa con la Recomendación del mismo número y año, ambos textos afirman que el término discriminación comprende (artículo 1º, letra b del Convenio y Recomendación 111) “cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.⁵ y ⁶ Los mismos textos dejan claramente establecido que el principio de no discriminación no posee el carácter de absoluto, toda vez que se encuentran definidas algunas conductas no constitutivas de esta situación en el artículo 5º del Convenio y 6º de la Recomendación, relativas a medidas particulares que tiendan a satisfacer

necesidades específicas de las personas que necesiten de protección o asistencia especial en razón de su sexo, edad, invalidez, cargas de familia o nivel social o cultural. La OIT insta, a través de estos documentos, a los países miembros a sumarse al esfuerzo de promoción de los derechos de los trabajadores, a través de la formulación y puesta en práctica de políticas nacionales que promuevan la igualdad de oportunidades en el empleo, eliminando las discriminaciones. Cabe hacer presente, en este punto, que Chile ratificó la Convención 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, con fecha 20 de septiembre de 1971, encontrándose vigente a nivel internacional desde el 15 de junio de 1960.

A través de los principios anteriormente señalados se busca infundir cierto equilibrio en el tema del tratamiento de datos personales. Por una parte, se reconoce el derecho que tiene para el empleador de tomar conocimiento de los datos del trabajador y de los candidatos a un empleo para efectos de contratar a la persona más idónea, dar cumplimiento a la normativa laboral vigente en el país respectivo, contar con un sistema de ascensos y promociones equitativo, salvaguardar la seguridad personal y laboral, además del control de la calidad y del servicio que se presta a su clientela. Este derecho encuentra su fuente en el poder de dirección que tiene el empleador en su calidad de organizador de los medios materiales e inmateriales que conforman su empresa. Como contrapeso de lo anterior, se hace necesario el

reconocimiento al trabajador del derecho a la intimidad respecto de sus datos personales.

La Organización Internacional del Trabajo se ha referido a algunas situaciones en que el acopio y tratamiento de datos personales relativos al trabajador es materia sensible:

1. Selección de personal: Cuando se trata de un postulante, que aún no detenta la calidad de trabajador dentro de una organización, se postula que deben recolectarse sólo los datos necesarios y adecuados para una óptima selección del personal. El empleador, si bien tiene derecho a conocer suficientemente a los candidatos a un empleo, para así no incurrir en negligencia en la toma de personal, no por ello tiene el derecho de guiar la entrevista de trabajo hacia materias que no guarden estrecha relación con los antecedentes laborales que el puesto requiera. En la práctica, el resguardo de estos equilibrios no es sencillo ya que los distintos métodos de selección de personal, como entrevistas, pruebas grafológicas, exámenes psicológicos y médicos, suelen derivar en el análisis de otros aspectos que el postulante puede considerar como parte de su vida privada. Incluso, se ha determinado en el ámbito internacional, que el aspirante tendría derecho a ocultar circunstancias ajenas al contrato que pudieran originar una discriminación laboral futura.

Existen algunos datos que son objeto de especial prohibición en la mayoría de los países asociados a la Organización, como los referidos a información genética, y los obtenidos mediante el uso de polígrafos.

En cuanto a los antecedentes penales, las soluciones dadas por los distintos países son variables, ya que cada uno ha establecido sus propias normas al respecto.

La destrucción de los datos recopilados, es un punto que regularmente no se encuentra normado en las legislaciones nacionales, en gran parte porque los interesados (postulante y empleador) no tienen mayor interés en ello, toda vez que la conservación de dicha información es considerada como útil para un concurso futuro; sin embargo persiste en este punto el problema del tratamiento de los datos que quedan en poder del empleador.

Existe otro tipo de selección de personal, relativa a aquellas personas que ya detentan la calidad de trabajadores dependientes, y que postulan dentro de un concurso de promociones y ascensos. En este caso la conservación y acopio de mayores datos del trabajador reviste un carácter esencial, ya que serán estos los antecedentes a considerar, además del desarrollo profesional

dentro de la empresa, al momento de determinar quien conseguirá finalmente el puesto de trabajo.

2. Control de la actuación laboral: Dentro de esta categoría se encuentran:

a. Control visual: este se efectúa a través de pantallas, circuitos cerrados de televisión y vidrios transparentes de un solo lado. La generalidad los considera lícitos, siempre que no menoscaben la dignidad e intimidad del trabajador, o den lugar a prácticas discriminatorias.

b. Control auditivo: se concreta en el uso de micrófonos que cubren espacios generales. Su uso es considerado lícito, siempre que los trabajadores que se encuentran en esos espacios estén advertidos previamente de su existencia.

c. Inspecciones a las personas y sus pertenencias: el fundamento de estas revisiones se encuentra en el derecho que ampara al empleador de proteger sus bienes frente a la ocurrencia de actos ilícitos. Particularmente en Chile, el artículo 154 reformado del Código del Trabajo, permite estas revisiones sujetas a ciertas condiciones, como son el que figure en el reglamento interno

de la empresa, y el que deban efectuarse con criterios generales y objetivos que no menoscaben la dignidad del trabajador.

d. Examen y tratamiento médico: en este punto se ve involucrada información extremadamente sensible para el trabajador, sobre todo cuando se trata de enfermedades que pueden ser consideradas vicios, como la drogadicción y el alcoholismo, que perfectamente pueden manifestarse sólo en el ámbito de la vida privada y que no interfieren con el correcto desempeño laboral; o de otras que, sin ser contagiosas, no se manifiestan con síntomas evidentes que afecten el trabajo, como el cáncer o el SIDA.

En relación a los exámenes médicos existe aún mucha controversia e interrogantes sin respuesta, por ejemplo: ¿se puede obligar al trabajador a someterse a exámenes médicos, ya sean estos antes de obtener el puesto laboral, periódicamente mientras desempeña sus funciones, o eventualmente en caso de epidemias?.

Por otra parte, ¿puede o debe conocer la empresa los resultados de los exámenes médicos practicados al empleado?. Se sostiene que el trabajador enfermo tiene derecho a que no se difunda la información sobre su condición de salud; si él mismo consiente o comunica directamente este estado a su empleador, éste debe guardar reserva, salvo en el caso que se trate de

enfermedades contagiosas, en el cual, deberá comunicarlo a la autoridad sanitaria.

En tercer lugar, existe la duda acerca de si el trabajador debe o no someterse al tratamiento ante una enfermedad que le aqueja. La OIT sostiene que este es uno de los temas en que existe más controversia, y la multiplicidad de soluciones nacionales varía enormemente, desde la libertad más absoluta del trabajador para someterse a tratamiento, hasta constituir justa causa de despido por no seguir las indicaciones médicas.

En cuanto al control de la duración de la enfermedad, para evitar abusos respecto de su condición por parte del trabajador, éste es generalmente permitido, siempre que no exceda los límites llegando a convertirse en una verdadera invasión a la privacidad; por ello en la mayoría de los países el seguimiento se ha dejado en manos de instituciones de servicio social.

En el único punto en que existe una mayor convergencia de opiniones de los países es en la cuestión de las pruebas de embarazo. Se rechaza de manera casi unánime que el empleador pudiese obligar a una trabajadora a someterse a uno de estos exámenes, a menos que ella misma quisiera impetrar un beneficio derivado de esta condición, como sucede en el caso del Derecho chileno con el fuero materno.

3. Vida de trabajo: Aquí encontramos temas como:

a. El respeto de la intimidad que se deben los compañeros de trabajo, entre sí, dentro del ambiente laboral, debiendo el empleador hacer respetar este derecho a través de la imposición de sanciones, de ser ello necesario.

b. El acoso sexual también se encuentra en este acápite, ya que constituye un atentado manifiesto contra la vida privada de la víctima, que por su gravedad debe ser evitado dentro de una empresa, y que en países como Canadá se ha equiparado a la violación del secreto profesional o la consulta no autorizada de datos confidenciales.

c. El vestuario y presentación personal son otro punto que atañe generalmente a la individualidad de los sujetos, constituyéndose en una expresión de la libertad personal. Sin embargo se permite la injerencia del empleador en estas materias toda vez que motivos de salud, seguridad e imagen de la empresa lo hagan necesario y pertinente.

d. Otras materias, como el uso de los servicios higiénicos, teléfono, uso y decoración que se hace del lugar de trabajo, no se encuentran

mayormente limitados. Las únicas restricciones vienen dadas por las normas elementales de conducta y los eventuales abusos que pudiesen producirse por parte del trabajador

4. Temas extralaborales: Son aquellos que necesariamente deben quedar fuera de la órbita de la empresa, tales como:

a. Las indagaciones y eventuales discriminaciones basadas en opiniones políticas, religiosas y sindicales. Cabe hacer la salvedad que puede preguntarse acerca de las tendencias ideológicas siempre que las tareas a desempeñar tengan igualmente finalidades de este tipo.

b. En el ámbito familiar está permitido tomar conocimiento del estado civil de la persona, ya que forma parte de los datos que la identifican. El límite está dado en cuanto no debe profundizarse en el estado de las relaciones dentro de la familia, y con menor razón se le puede imponer al trabajador la obligación de contraer matrimonio o la prohibición de hacerlo con otra persona que pertenezca a la misma empresa o a otra de la competencia.

c. Por último, en lo pertinente a la conducta personal, el principio general es que el comportamiento extralaboral no puede ser controlado por el empleador, ya sean estos vicios como el alcohol, droga, juegos y conducta

sexual, mientras no repercutan con el desempeño laboral; si ello ocurriese se permite excepcionalmente ejercer algún control.

Como corolario de este capítulo sobre la importancia que reviste la protección de los datos personales del trabajador en el concepto de la Organización Internacional del Trabajo, podemos decir que se ha analizado la materia desde la perspectiva de los derechos esenciales del ser humano y, comparativamente a la luz de las principales legislaciones internacionales. Aún quedan muchas interrogantes por resolver, y principios y criterios que consolidar y difundir.

Son los países miembros de la Organización los llamados a recepcionar lo que ya existe sobre el tema, como en el caso de Chile a través de la inclusión del artículo 154 bis del Código del Trabajo, norma que necesita de un amplio complemento doctrinario, nacional e internacional, además de jurisprudencial, para lograr su óptima aplicación.

Citas bibliográficas

¹ OIT. 1958. Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.
<<http://www.oit.org/public/spanish/standards/decl/declaration/text/index.htm>>.
[consulta: 10 enero 2003].

². Basado en parte del texto del profesor uruguayo AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ. 1995. Protección de la intimidad del trabajador: La situación en las Américas. Revista Internacional del Trabajo, 114 (3): 337-355.

³. Recomendación 3.1. Pág. 2. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO GINEBRA. 1997. Protección de los datos personales de los trabajadores. 1ª edición. Ginebra, Suiza, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. 53p.

⁴. Basado en el texto de la OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO GINEBRA. 1997. Protección de los datos personales de los trabajadores. 1ª edición. Ginebra, Suiza, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. 53p.

⁵. OIT. 1958. Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación). [en línea]. <<http://ilolex.ilo.ch:1567/spanish/convdisp1.htm>>. [consulta: 10 enero 2003].

⁶. OIT. 1958. Recomendación 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación). <<http://ilolex.ilo.ch:1567/spanish/recdisp1.htm>>. [consulta: 10 enero 2003].

CAPÍTULO IV
LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR EN
EL DERECHO LABORAL

En este capítulo se abordará el tema de la protección de los datos personales del trabajador en el ámbito del Derecho Laboral chileno. Para ello presentaremos una visión de la evolución que ha tenido la materia en este campo, considerando como hito diferenciador la aparición del artículo 154 bis, introducido a través de la reforma de 2001 efectuada al Código del Trabajo, mediante la Ley N° 19.759. En atención a estas consideraciones se desarrollan dos sub capítulos con los contenidos respectivos.

a. Código del Trabajo: antes de la reforma.

Hasta antes de la reforma introducida al Código del Trabajo mediante la Ley N° 19.759, no existía una norma específica de índole laboral que contemplara expresamente la protección de los derechos fundamentales del trabajador relativos a sus datos personales. Ante esta situación la regulación del tema quedaba entregada de lleno a las normas generales, como son aquellas relativas a las garantías reconocidas por la Constitución Política de la República, los principios formativos del Derecho del Trabajo y demás leyes

especiales referidas a la materia, como es el caso de la Ley 19.628, Sobre Protección de la Vida Privada.

La aplicación particularizada en el Derecho Laboral de los principios fundamentales que inspiran la Constitución Política de la República, tales como la igualdad y dignidad de las personas y el trato no discriminatorio, tienen como fundamento que todo trabajador en su condición de persona, es un sujeto digno de respeto y protección. Este es el llamado “principio de la vinculación directa” de la Constitución, que puede ser definido como la plena vigencia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, no por encontrarse estos incorporados en la ley, sino por un efecto horizontal de los mismos.¹

Estos principios formativos de carácter constitucional no son absolutos, reconocen como límite el ejercicio de otros principios tales como la buena fe, la moral, el orden público y el bien común, que atraviesan todo el ordenamiento jurídico.

Derechos fundamentales como la intimidad, vida privada, dignidad y honra de las personas reconocidas en el artículo 19º, números 4º y 5º de la Constitución, de forma amplia, protegen también a los trabajadores. De esta manera, la Dirección del Trabajo de forma categórica, reiterada y uniforme ha

sostenido en numerosos dictámenes que: “tanto la revisión de los efectos personales como la inspección corporal de los trabajadores pueden atentar contra su honra y dignidad, toda vez que con ello es posible infringir el artículo 19º, N° 4º de la Constitución Política de la República”.²

No obstante lo anterior, la misma Dirección del Trabajo ha sostenido que no todo control que realice el empleador es contrario a Derecho, ya que le reconoce ciertas prerrogativas derivadas de su poder de dirección sobre la empresa, que encuentran su sustento en normas de rango también constitucional cuales son los numerandos 1º, 9º y 24º del mismo artículo 19º.

En atención a la situación descrita es factible colegir que, si por regla general, constituyen infracción a la norma constitucional tanto la inspección corporal del trabajador, como la revisión de sus efectos personales; el tratamiento inadecuado que pudiese dar el empleador a los datos personales de aquél también lo es.

La Constitución ha contemplado como una forma de hacer efectivas las garantías reconocidas en su artículo 19º, una acción constitucional conocida como recurso de protección (artículo 20º, C.P.R.), en virtud del cual es posible ocurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva, en caso de privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías que

se indican, incluyéndose entre estos los numerales 1º, 4º, 5º, 9º inciso final y 24º.

En lo tocante al rol que le correspondía al Derecho Laboral en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, hasta antes de la reforma de 2001, era difícil encontrar normas que abordaran el tema.

El artículo 2º del Código del Trabajo trataba, y aún hoy lo hace con mayor profundidad, la discriminación en materia laboral, indicando las situaciones que configuraban la conducta, y señalando expresamente que ellas eran “contrarias a los principios de la leyes laborales”.³

Al no encontrarse consagrada expresamente una norma que amparara directa y específicamente al trabajador en cuanto a la protección de sus datos personales, se debía recurrir, precisamente en este caso, a esos principios laborales que emanan de las características propias de esta rama del ordenamiento jurídico. Así el Derecho Laboral, que es de orden público por encontrarse comprometido el interés general de la comunidad y ser sus normas de carácter irrenunciable, es además, finalista en cuanto a la protección de los derechos de los trabajadores, ya que considera que sus principios formativos son la base sobre la cual se debe estructurar toda la normativa, teniendo como

trasfondo la desigualdad económica existente entre las partes en una relación laboral.

La legislación del ramo frente a esta desigualdad económica evidente, debe otorgar la debida protección y amparo jurídico a la parte más débil, el trabajador, tanto en la creación como en la interpretación de la norma, aplicando principios tales como: la regla de la norma más favorable, la condición más beneficiosa y el principio pro operario.

Otro principio del Derecho del Trabajo que tiene vital injerencia en el tema de la protección de los datos personales, antes de la reforma introducida por la Ley N° 19.759, es el de la integridad normativa del contrato de trabajo, en virtud del cual, aún cuando no se expresen, se entienden incorporadas como cláusulas del contrato de trabajo, los principios constitucionales y legales del ordenamiento jurídico, la normativa vigente y los convenios internacionales ratificados por Chile.

Así, como se ha señalado, al no existir norma expresa que regulara la protección de los datos personales del trabajador, ésta quedaba entregada de lleno a la aplicación de los principios antes referidos, por tanto cualquier cláusula que se incorporara en un contrato individual de trabajo o en los

reglamentos internos de las empresas que vulneraran estos derechos, debían ser considerados como jurídicamente improcedentes.

Por su parte, y como complemento a estos principios del Derecho Laboral, el llamado “contenido ético-jurídico del contrato de trabajo”, señala los derechos y obligaciones de cada una de las partes en una relación laboral. El empleador debe respetar la persona y dignidad del trabajador y tiene deber de protección general respecto de él, dentro de los cuales estaría contenida la protección de sus datos personales, ya que no solo debe preocuparse por la persona y bienes del trabajador a través de la implementación de las medidas de seguridad necesarias para el trabajo a realizar, sino que también debe resguardar los legítimos intereses de sus subordinados.

Goza además el empleador de potestad jurídica de mando, la que emana de las garantías reconocidas en la Constitución Política de la República. Esta potestad le otorga una serie de facultades o prerrogativas que tienen por objeto dotar al empresario de poder de iniciativa económica para el buen desarrollo de su negocio. Pero dichos poderes no pueden ejercerse de manera arbitraria, contraria a la ley, ni de manera tal que importen la comisión de un delito; de forma que el legislador debe regular el ejercicio legítimo de este poder en virtud de normas mínimas que sean irrenunciables para las partes.

La relación contractual de trabajo es personalísima, crea un vínculo entre personas, es por ello que el trabajador tiene, frente a la potestad jurídica de mando del empleador como contrapartida, el deber de respetar tanto a la persona del empleador, como de serle fiel y leal a él y a la empresa en que presta sus servicios; deber de secreto profesional y uno de diligencia y colaboración.

Estas obligaciones, tanto del empleador como del trabajador, que componen el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo, más que ser de la naturaleza o accesorias a éste, son fundamentales y esenciales, dando así una mayor amplitud a lo que se consagra en el artículo 1546 del Código Civil, como la buena fe en materia contractual, que es perfectamente congruente y aplicable junto con las normas y principios del Derecho Laboral.

Al estar incorporadas al contrato de trabajo estas obligaciones, aunque no se hayan expresado, su infracción podría constituir incumplimiento grave de las obligaciones impuestas en éste, por tanto el trabajador podría haber sido despedido sin derecho a indemnización alguna, invocándosele la causal contenida en el artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo; y por otro lado permitiría que se configurara una acción de despido indirecto consagrada en el artículo 171 del mismo cuerpo legal, basada en la misma causal, cuando fuera

el empleador el infractor. Esta situación no se ha visto modificada producto de la reforma introducida al Código del Trabajo.

De esta manera, la protección de los datos personales del trabajador gozaba de un resguardo constitucional, además de la aplicación de principios generales del Derecho, como la buena fe en materia contractual, y particulares de la rama competente. Es por ello que las sanciones aplicables a los casos en que se vulneraran éstas, correspondían a las derivadas de la aplicación de normas generales y, en determinadas circunstancias, incluso ajenas al propio Derecho del Trabajo, como era el caso del recurso de protección, que por su gravedad era de escasa ocurrencia y; desde el año 1999 con la dictación de la Ley 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada, quedó la vía franca para la interposición de la acción judicial de Habeas Data en los casos que ella fuera aplicable.

b. Código del Trabajo: después de la reforma.

El Código del Trabajo cuyo texto original entró en vigencia en 1987, fue recientemente sometido a una última reforma cuyo proceso comenzó en Noviembre de 2000, cuando el Presidente de la República don Ricardo Lagos Escobar envió al Congreso Nacional el mensaje que contenía los tópicos que el Ejecutivo deseaba fueran discutidos.

Los objetivos planteados en el mensaje presidencial que inspiran el proyecto de ley original enviado al Congreso, fueron los siguientes:

1. Perfeccionamiento de normas sobre organizaciones sindicales de trabajadores y de protección contra prácticas antisindicales. Este objetivo comprende el derecho de sindicación y su protección; fuero y representación sindical; autonomía, constitución, afiliación, fusión y disolución de organizaciones sindicales; entre otros.

2. Perfeccionamiento del régimen de capacitación laboral.

3. Nuevas modalidades de contratación tales como el contrato a tiempo parcial, contrato de promoción al empleo juvenil y trabajo a distancia.

4. Posibilitar relaciones laborales armónicas en un mundo globalizado. Para ello se entrega un nuevo concepto de empresa; se profundiza la regulación en materias como la existencia del contrato de trabajo, horas extraordinarias, duración de la jornada laboral, trabajo de temporada y multas administrativas.

5. Mejoramiento del respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores. Se busca en este punto reconocer y promover estos derechos, evitar la discriminación laboral, y además se introduce la necesidad de consignar en el reglamento interno medidas que afecten derechos fundamentales de los trabajadores.

En relación a este último objetivo, es preciso tener presente que los antecedentes jurídicos de carácter internacional considerados en la materia fueron el Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y la Declaración de OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo; ambos ratificados por Chile y que a través de esta reforma fueron efectivamente consagrados dentro de la legislación nacional.

Este proyecto de ley, que finalmente reformó el Código del Trabajo, traduciéndose en la Ley N° 19.759 publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de octubre de 2001, y que consta de un artículo único que comprende cien numerandos y ocho disposiciones transitorias, no estuvo exento de controversias en su tramitación. El debate se centró en las diversas posturas tanto jurídicas como ideológicas de los distintos actores involucrados, tales como empresarios, trabajadores, Gobierno y parlamentarios.

Con fecha 16 de noviembre de 2000, el Ejecutivo dio inicio al proceso de reforma laboral a través de un mensaje enviado al Legislativo, que contenía las propuestas a discutir. El 28 de noviembre del mismo año, el proyecto original pasó a la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado para su estudio. Este texto primigenio fue objeto de modificaciones introducidas a través de indicaciones sustitutivas formuladas por el Ejecutivo con fecha 20 de marzo de 2001, que a su vez fueron morigeradas por 15 nuevas indicaciones, debido al impacto producido en la opinión pública por el contenido de las primeras y por la necesidad de lograr un rápido consenso de las mismas. El Senado aprobó en Comisión y en sala la reforma con estas indicaciones de manera muy expedita gracias a la suma urgencia con la cual se tramitó el proyecto. En la Cámara de Diputados ocurrió algo similar, por lo cual el texto definitivo quedó afinado para su promulgación y publicación por parte del Ejecutivo a mediados del mes de septiembre de 2001.

b.1 Análisis crítico del nuevo artículo 154 bis.

Aún después de haber entrado en vigor esta reforma a la normativa del trabajo el 1º de diciembre de 2001, ésta sigue siendo objeto de las más diversas críticas. Las posiciones se agrupan en tres corrientes principales:³ la primera de ellas rechaza en el fondo y en la forma el proyecto en sus disposiciones esenciales, ya que considera que representa un profundo retroceso que puede

crear efectos muy perjudiciales al sistema económico, sobretodo en cuanto a la contratación de trabajadores.

Una segunda tendencia, en cambio, considera que la nueva ley significa un avance moderado en materia de protección al trabajador, pero que a la vez es insuficiente, ya que debe continuar un proceso de reforma, por cuanto aún existe un desequilibrio muy fuerte entre los actores en una relación de carácter laboral.

Por último, existen posiciones eclécticas o intermedias, las cuales consideran que la nueva ley posee avances interesantes y que realmente mejoran una serie de aspectos en materia de relaciones laborales, pero que sin embargo, posee defectos de forma y de técnica legislativa que pueden crear dificultades en su aplicación práctica.

No obstante lo anterior, existe consenso entre la gran mayoría de los involucrados en considerar como uno de los aspectos positivos a destacar dentro de la reforma, el reconocimiento explícito a la vigencia de los derechos fundamentales en materia laboral, tales como el respeto a la honra, intimidad y vida privada de los trabajadores, normas que impiden la discriminación, y limitaciones al ejercicio de la potestad jurídica de mando del empleador (artículos 2º, 5º, 154 y 154 bis del Código del Trabajo). Un sector de la doctrina

destaca como francamente positiva la inclusión de este tipo de normas de rango constitucional dentro de la normativa laboral, sin hacer mayores reparos en la forma en que estas fueron consagradas en los artículos referidos. Pero para otros autores, si bien esta inclusión es un avance en la materia, no consideran que el tratamiento de la misma haya sido el más afortunado, ya que temen que se trate sólo de una declaración simbólica que no otorga los cauces procesales idóneos y específicos en sede laboral para ejercer dichos derechos. En este sentido se pronuncia el abogado José Luis Ugarte al señalar que “el desafío futuro no es seguir dictando normas sustantivas que reconozcan o regulen los derechos fundamentales del trabajador, sino cosa distinta: intentar superar el evidente déficit en la existencia de mecanismos de tutela efectiva de dichos derechos.”⁴

El defecto normativo señalado anteriormente queda de manifiesto en el propio artículo 154 bis del Código del Trabajo, ya que si bien cumple con la función de consagrar en materia laboral la protección de información y datos privados del trabajador, resguardando su honra, vida privada e intimidad, corre serio riesgo de convertirse sólo en una norma pragmática, de escasa aplicación práctica e impacto en el mundo del trabajo.

En efecto, el texto del artículo 154 bis establece que: “El empleador deberá mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador

a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral”, reconociendo de esta manera derechos fundamentales de raíz constitucional, pero sin complementarla con una norma adecuada para su íntegro ejercicio, sin perjuicio de aquellas situaciones que pudiesen quedar comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Ley 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada.

Es más, aún cuando el texto original de esta norma no corresponde al vigente en la actualidad, igualmente no se consideraban los cauces procesales necesarios para el debido resguardo de estos derechos fundamentales consagrados en la norma laboral en comento.

Además del defecto antes señalado, se denota uno de técnica legislativa: la ubicación dentro del Código del Trabajo del artículo 154 bis dentro del Libro I, Título III que lleva por epígrafe “Del Reglamento Interno”, no obedece a fundamento jurídico alguno, ya que se desprende del contenido de la disposición que ésta es de aplicación general, toda vez que consagra derechos básicos y fundamentales del trabajador de raigambre constitucional. Es por este motivo que habría sido más apropiado incluir esta norma dentro de las disposiciones contenidas en el Título Preliminar del Código del ramo.

La actual ubicación de la norma en comento produce un quiebre en la armonía del texto del Título III del Libro I, ya que existe una fuerte ligazón entre

lo establecido por los artículos 154 y 155, remitiéndose expresamente este último al primero de ellos. Así, la inclusión amañada del artículo 154 bis entre las dos normas aludidas conllevó la necesaria modificación del artículo 155, para conservar el nexo existente entre las dos normas.

b.2 Análisis exegético del artículo 154 bis del Código del Trabajo.

La norma comienza determinado quienes son los sujetos que quedan subsumidos a ella. El empleador es el sujeto pasivo, quien se encuentra obligado a guardar reserva de la información y datos privados referidos en el artículo. En tanto, el trabajador, queda en la calidad de sujeto activo o titular del derecho fundamental contenido en la norma.

A continuación se consagra el derecho en sí mismo, utilizando el artículo 154 bis como verbo rector el vocablo “deberá”, estableciéndose de esta manera una obligación para el sujeto pasivo empleador. Lo anterior, necesariamente implica que como contrapartida exista un derecho del cual es titular el trabajador, siendo el contenido de éste la honra, dignidad, intimidad y vida privada.

Los bienes jurídicos, protegidos en esta disposición, son de tal envergadura que el legislador tal vez debió consagrarlos en términos más

categoricos, lo cual se logre utilizando otras expresiones que refuerzan el carácter de obligatoriedad de una norma jurídica, tales como “el empleador estará obligado”, o “el trabajador tendrá derecho”, seguido ello generalmente de la determinación de la sanción correspondiente a la infracción de la misma, situación que no se observa en el contenido del artículo 154 bis del Código del Trabajo.

La obligación que establece este artículo consiste en “mantener reserva” de la información y datos privados del trabajador. “Reserva”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁵, consiste en la “guarda o custodia que se hace de algo, o prevención de ello para que sirva a su tiempo; prevención o cautela para no descubrir algo que se sabe o piensa; discreción”. Lo anterior implica que se exige la guarda, silencio y custodia de la información y datos privados del trabajador, pero siempre en atención a un fin último, que en este caso es la protección de los derechos fundamentales de los mismos, ya que como se ha señalado con anterioridad, esta norma es una manifestación legal de un principio establecido con anterioridad en la Carta Fundamental, cual es la dignidad, honra y vida privada de las personas.

En cuanto al límite temporal que cabe a esta mantención de reserva de información relativa al trabajador, el artículo 154 bis del Código del Trabajo no es claro, toda vez que no señala el período durante el cual se encuentra

obligado el empleador a dicha reserva. El texto de este artículo contenido en el proyecto original enviado al Parlamento, parecía entregar luces en cuanto a la duración de esta obligación, al señalar que se debe mantener reserva de esta información obtenida “con ocasión del inicio, vigencia y término de la relación laboral”.

Sin embargo, durante la tramitación del Proyecto en la Comisión de Trabajo y Previsión Social del Senado, se formuló una indicación (Nº 150), por parte de los Honorables Senadores señores Bombal, Díez, Pérez, Stange y Urenda, solicitando la supresión de la expresión “del inicio, vigencia y término”. Dicha indicación fue aprobada por la unanimidad de los miembros de la Comisión, quedando de esta forma aprobado el artículo con la consecencial modificación, para su posterior discusión general en la Cámara de Senadores, en la cual no se formuló reparo alguno.⁶

El objeto de la obligación de mantener reserva recae sobre “toda la información y datos privados del trabajador”, esta expresión es bastante amplia, ya que se establece sin lugar a dudas que se trata de “toda” la información, sin excepción alguna. Además, del propio concepto de “información” que entrega la Real Academia de la Lengua Española⁵ cual es: “toda comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada”, se refuerza esta característica de

amplitud, haciendo incluso redundante en la norma la utilización de la expresión “toda”, ya contenida en la misma definición del vocablo “información”.

Por su parte, la otra expresión utilizada en la norma es la de “datos privados del trabajador”. Según la Real Academia de la Lengua Española⁵ se entiende por “dato”: el “antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de algo o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho.” De esta definición se puede establecer que existe una íntima conexión entre los conceptos de “dato” e “información”. Tal como lo sostiene en su libro “Delito e informática” el autor Alejandro Vera Quilodrán, “técnicamente los datos son hechos o cifras en bruto que son procesadas para obtener información”; el dato, es la materia prima, la representación de un hecho o idea, que al ser manipulado y al asignársele un valor dará lugar a la información.

El artículo 154 bis del Código del Trabajo utiliza la expresión “datos privados del trabajador”, sin señalar cuál es el contenido o qué debe entenderse por ella. Según el Diccionario de la Real Academia⁵ “privado” significa: “que se ejecuta a vista de pocos, familiar y doméesticamente sin formalidad ni ceremonia alguna; particular y personal de cada uno”. No existiendo una definición legal de “dato privado”, debe estarse a la más próxima cual es la señalada por la Ley N° 19.628 sobre Protección de la vida privada, que en su artículo 1°, letra f) entrega una definición de “datos de carácter personal o datos personales”,

entendiendo por ellos “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”. Aún más, este mismo cuerpo normativo define datos relativos a las personas que son especialmente susceptibles, conocidos como “datos sensibles”, que consisten en “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada e 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”.

No obstante estas definiciones, la Ley 19.628 distingue variadas categorías de datos, en atención a sus propios fines especiales, como son los datos personales que provengan o se recolecten de fuentes accesibles al público, los datos personales en general –datos privados-, y datos personales sensibles; clasificación que puede ser confusa a la hora de interpretar la norma contenida en el artículo 154 bis del Código del Trabajo.

El empleador debe “tener acceso” a la información y datos privados del trabajador, con ocasión de la relación laboral. Tener acceso es la acción de “llegar o acercarse; entrar o pasar”, por tanto implica tomar conocimiento de la mencionada información y datos privados, ya sea por un “acercamiento” motivado en el propio interés del empleador por conocer a sus subordinados, o

porque estos le comunican a su superior la existencia de alguna información que estimen relevante. En todo caso la norma no discrimina, por lo que, cualquiera sea la forma en que el empleador tenga acceso a la información y datos privados del trabajador debe mantener reserva de ella, bajo la única condición de que esto se produzca “con ocasión de la relación laboral”.

Relativo a este punto, la expresión “con ocasión” debe entenderse como oportunidad, causa o motivo, lo cual implica que la información y datos privados del trabajador a que tiene acceso el empleador, los obtiene por una situación casual, circunstancial, fundada en el hecho de existir una relación laboral, aún cuando esta obtención no haya sido conciente, querida y orientada a un fin específico.

Del análisis de esta locución, no queda claro si la información y datos obtenidos por el empleador en la etapa precontractual o de selección de personal a un cargo o empleo, quedan protegidos por la disposición legal, ni cual es el tratamiento apropiado que debe brindárseles, lo cual constituye una omisión del legislador.

La situación que genera la obligación del empleador de guardar reserva es la existencia de una relación jurídica de carácter laboral, entendida ésta como los vínculos personales y patrimoniales recíprocos que se constituyen,

modifican o extinguen entre los sujetos a quienes afectan, reconociéndoles derechos, imponiéndoles deberes de carácter moral y económico y, que tienen por base el trabajo que libremente se presta por cuenta de otra persona.

Durante la vigencia de la relación laboral no existe duda alguna que rige plenamente la obligación establecida en el artículo 154 bis del Código del Trabajo, sin embargo no se hace referencia alguna en ella al tratamiento que debe darse a la información y datos privados del trabajador una vez que ha finalizado la correspondiente relación de trabajo.

Una vez analizado el proceso de reforma al Código del Trabajo, en lo general y en lo pertinente al artículo 154 bis; y habiéndose realizado un exhaustivo análisis exegético de éste, se puede concluir que esta norma no se basta a sí misma para efectos de su aplicación, ya que, como se señalará en el capítulo siguiente es necesaria una concordancia y complementación de esta materia con otros cuerpos normativos vigentes en el ordenamiento jurídico nacional, además de los principios de Derecho tanto constitucionales como legales y doctrinarios siempre atingentes, para lograr un tratamiento armónico y sistemático de la protección y utilización de la información y datos privados del trabajador.

Citas bibliográficas

1. Basado en el texto de LIZAMA, L Y UGARTE, J L. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Editorial Conosur, Santiago, 1998.
2. Dictamen de la Dirección del Trabajo 4842/300 de 15 de Septiembre de 1993, en relación a los dictámenes 4440 de 6 de Septiembre de 1984; 252/15 de 13 de Enero de 1988; 7572/255 de 15 de Noviembre de 1991 y 4958/219 de 28 de Agosto de 1992.
3. Basado en el texto de WALKER E., FRANCISCO Análisis de algunos aspectos relevantes de la reforma laboral. [en línea]. <<http://www.internetlaboral.cl/publicaciones/ed34/franciscowalker.htm>>. [consulta: 06 de Enero de 2003].
4. UGARTE, JOSE LUIS. La reforma laboral. Luces y sombras. Revista Laboral Chilena. Nº 101. Noviembre, 2001.
5. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. [en línea]. <<http://buscon.rae.es/diccionario/drae.htm>>. [consulta: 03 de Marzo de 2003].
6. BOLETÍN DE DIARIO DE SESIONES DEL SENADO 2626-13. Indicación Nº 150.

CAPÍTULO V

**LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR EN
EL DERECHO LABORAL Y SU RELACIÓN CON OTRAS FUENTES
LEGALES QUE ABORDAN LA MATERIA**

En el capítulo que a continuación se emprende se analizarán las relaciones existentes entre la norma laboral, relativa a la protección de la información y datos privados del trabajador, a que hace alusión el recientemente incorporado artículo 154 bis del Código del Trabajo, y otras normas contenidas en diversas fuentes legales vigentes en el ordenamiento jurídico nacional, como son la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada (sub capítulo a) y la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores (sub capítulo b).

Las razones en atención a las cuales se han escogido estos dos cuerpos normativos para ser comparados con la actual norma del artículo 154 bis del Código del Trabajo, han sido de índole netamente laboral. Así, se ha tomado la Ley N° 19.628 para efectuar un análisis de sus normas generales, en cuanto a conceptos aplicables en todo el ámbito del Derecho, como también aquellas que dicen relación con las sanciones en ella contenidas. Se enfatizará en el artículo 7° que trata específicamente de la situación a que queda sometido el

trabajador dependiente que manipula datos personales, con ocasión de las labores que desempeña para el titular de la base o registro de datos.

En cuanto a la Ley de Mercado de Valores, el análisis comparativo tiene por finalidad principal dejar en evidencia la desigualdad de sanciones que existen para las partes involucradas en una relación laboral (empleador y trabajador) en cuanto a la infracción de la obligación de guardar reserva de información considerada delicada para uno u otro sujeto, ya se llame a esta “información privilegiada” o “información y datos privados del trabajador”.

No obstante todo lo anterior, cabe recordar que tal como se ha reseñado en el Capítulo II de esta memoria de prueba, la norma introducida al Código del Trabajo referente a la información y datos privados del trabajador se relaciona en sus distintas aristas con múltiples cuerpos legales, tales como normas generales sobre responsabilidad civil contractual y extracontractual, contenidas en el Código Civil; normas sobre responsabilidad penal contenidas en el Código del ramo; leyes especiales y disposiciones de rango constitucional, entre otras.

a. Código del Trabajo y Ley sobre Protección de la Vida Privada.

La Ley N° 19.628, contiene normas que se relacionan estrechamente con la protección de la información y datos privados del trabajador, es así como este

cuerpo normativo proporciona la regulación general en cuanto al tratamiento de datos de carácter personal, pero sólo cuando este se efectúe de manera organizada en registros o bancos de datos, tal como lo indica claramente el artículo 1º de la referida ley, en relación al artículo 2º letras m) y o). Este mismo artículo 2º proporciona definiciones legales de aplicación general, siendo necesaria la utilización de algunas de ellas para la correcta interpretación de la norma laboral contenida en el artículo 154 bis del Código del Trabajo.

De acuerdo a la redacción de la ley N° 19.628, se puede inferir que su aplicación es amplísima: según los conceptos que define quedan subsumidas a la norma las más diversas situaciones. Así, de la definición que se da de “tratamiento de datos” pareciera ser que no es posible concebir la noción de datos personales sin su correspondiente tratamiento, entendido como la utilización de los mismos en cualquier forma, a más de los allí expresamente enumerados. Se puede colegir que los conceptos de “tratamiento” y “dato” están necesariamente ligados y dependen el uno del otro, debido a que, al tomar conocimiento de un dato personal un sujeto cualquiera, éste necesariamente va a efectuar un tratamiento del mismo, de acuerdo a lo que la ley preceptúa.

Sin embargo, en términos generales y, específicamente también en el ámbito de las relaciones laborales, podrían presentarse hipótesis que no

quedaran comprendidas dentro de las situaciones contempladas en la Ley 19.628, ya que ésta exige para su aplicación que el tratamiento de datos se efectúe en un “registro o banco de datos”, definiendo el texto legal este último, como el conjunto organizado de datos de carácter personal; por tanto si no se encuentra el elemento organización, estos casos quedan fuera del ámbito de aplicación de la Ley 19.628, debiendo procurarse la debida protección de estos por otras vías jurídicas, tales como el recurso de protección, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades civiles y penales que pudieran configurarse.

Precisamente, a partir del ámbito de aplicación de la Ley N° 19.628 se pueden formular dos hipótesis: una de ellas tiene como premisa que el artículo 154 bis del Código del Trabajo es una materialización de esta Ley sobre Protección de la Vida Privada en el Derecho Laboral; por su parte la segunda plantea la supletoriedad de la Ley 19.628 en aquellos casos en que la norma laboral sea insuficiente.

La primera hipótesis enunciada parte del supuesto de que la Ley 19.628 es aplicable a todas las situaciones en que exista un tratamiento de datos de carácter personal, incluyéndose entre éstas las del ámbito laboral. Lo anterior emana de la amplitud de los conceptos utilizados y situaciones contempladas en esta Ley.

Desde esta perspectiva, la inclusión del artículo 154 bis en la normativa laboral, sólo correspondería a una manifestación en una rama específica del ordenamiento jurídico de los derechos de aplicación general contenidos en la Ley sobre Protección de la Vida Privada. Es así como, la inclusión de este artículo en la normativa laboral, no habría implicado innovación alguna dentro del ordenamiento jurídico, y su interpretación y aplicación quedarían entregadas de lleno a las de la Ley Nº 19.628.

Por tanto, la responsabilidad que cabe al empleador y las sanciones aplicables por la infracción del artículo 154 bis del Código del Trabajo, estarían dadas también, por las normas contempladas en la Ley sobre protección de la vida privada, produciéndose una dicotomía respecto de materias tan fundamentales como el Tribunal competente para conocer de estas causas y si resultase competente el Tribunal Civil, podrían vulnerarse tanto las normas procesales protectoras de los trabajadores como principios fundamentales del Derecho Laboral.

La hipótesis de la supletoriedad, en tanto, considera que la norma del artículo 154 bis es novedosa dentro del ordenamiento jurídico, convirtiéndose en una expresa manifestación legal de los principios del Derecho del Trabajo, Constitucional e Internacional. Para su aplicación se considera que ésta no se basta a sí misma, debido a lo escueto de su redacción, por lo cual debe ser

suplida por otras normas del ordenamiento. Así, deberá aplicarse la Ley sobre Protección de la Vida Privada cuando exista tratamiento organizado de datos personales e información relativa al trabajador; y deberán aplicarse las normas generales sobre responsabilidad civil y penal, además de hacer efectivas garantías de orden constitucional, toda vez que no exista tratamiento sistematizado de los mismos.

En este caso, cuando se considera que la Ley N° 19.628 es supletoria en la aplicación del artículo 154 bis del Código del Trabajo, subsanando las omisiones del legislador en esta materia, debe entenderse que los conflictos que se susciten en relación a la infracción de estas normas, sobre protección de información y datos privados del trabajador en el contexto de una relación laboral, generalmente serán accesorios a la discusión principal entre las partes, tales como la terminación de la prestación de servicios fundada ya sea en un despido eventualmente injustificado y/o en prácticas discriminatoria, entre otras, o el pago de prestaciones adeudadas, lo cual implicará que su invocación se realizará en sede laboral, y bajo los principios que rigen este Derecho.

En cualquiera de las dos hipótesis, materialización o supletoriedad, cuando sea aplicable la Ley sobre Protección de La Vida Privada, la responsabilidad y las sanciones a que se verá expuesto el responsable del registro o banco de datos, con motivo de la infracción de las obligaciones que

esta Ley le impone, son aquellas establecidas en los artículos 16 y 23 de este cuerpo normativo, el cual consagra responsabilidades civiles, además de la acción conocida en doctrina como Habeas Data. Debe considerarse que la norma laboral en materia de protección de información y datos privados del trabajador (154 bis Código del Trabajo), no se ha encargado de establecer sanción alguna para el caso de su contravención, por lo cual o se entenderá que es plenamente aplicable la Ley 19.628 (hipótesis de la materialización); o que lo será sólo en algunos casos: cuando exista tratamiento organizado de datos personales del trabajador (hipótesis de la supletoriedad), y en caso contrario las responsabilidades corresponderán a las civiles y penales del ordenamiento de aplicación general, además de la posibilidad de obtener el resguardo de los derechos de rango constitucional vulnerados, a través de la interposición del recurso de protección consagrado en el artículo 20 de la Carta Fundamental.

La Ley 19.628 contempla varios cauces procesales para hacer efectiva la responsabilidad por incumplimiento de sus normas:

1. Habeas Data: Recurso especial de amparo que se interpone, por regla general, ante el juez de letras en lo civil del domicilio del responsable del registro o banco de datos, y por excepción deberá deducirse directamente ante la Corte Suprema, cuando se trate de denegar alguna solicitud del titular de los

datos basados en las causales de seguridad de la Nación o interés nacional. La acción de Habeas Data procede, toda vez que se infrinjan normas sobre utilización de datos personales relativos a obligaciones de carácter económico, financiero, bancario o comercial o se vulnere el deber de pronunciarse sobre la solicitud de entrega de información, modificación, eliminación, o bloqueo de datos. Con el ejercicio de esta acción la persona afectada, el titular de los datos personales, puede obtener el cumplimiento de la obligación contenida en la norma vulnerada, además de la imposición de multas o suspensión del cargo a los responsables. (Artículos 16 y 19 Ley Sobre Protección de la Vida Privada).

2. Acciones civiles: Dentro de estas hay que distinguir una acción civil de carácter residual, que compete a la persona afectada para reclamar a través de demanda en juicio sumario especial, de todas aquellas infracciones que no se encuentren contempladas en los casos en que es procedente el Habeas Data. Sin perjuicio de ésta, se puede interponer una acción civil para hacer efectiva la responsabilidad extracontractual de la persona u organismo a cargo del registro o banco de datos, quien deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare con el tratamiento indebido de los datos personales. (Artículo 23 Ley Sobre Protección de la Vida Privada).

Ambas clases de acciones pueden ser interpuestas de manera conjunta o separada, surgiendo la interrogante de saber qué ocurre con el ejercicio de

éstas en el ámbito del Derecho del Trabajo. Respecto al Habeas Data aún persiste la duda de lo que sucederá al momento de entablarse esta acción de amparo en sede laboral, ¿será acogida por los Tribunales especiales del Trabajo al considerar que la norma sobre Protección de la Vida Privada es supletoria del artículo 154 bis del Código del Trabajo? o, estos Tribunales ¿se declararán incompetentes en razón de que la Ley 19.628 establece que estas materias son de competencia del juez de letras en lo civil, o en casos especiales de la Corte Suprema, siguiendo por tanto la hipótesis que hemos llamado de la materialización?. Podría acaecer también el caso a la inversa, esto es que el propio juez en lo civil se declare incompetente para conocer de un Habeas Data cuando los sujetos involucrados ostenten la calidad de empleador y trabajador, en razón del artículo 420, letra a) del Código del Trabajo, que otorga competencia sobre estas materias a los juzgados especiales del trabajo existentes en algunas jurisdicciones de la República. Obviamente, el problema pierde relevancia, en aquellos territorios jurisdiccionales en que existe competencia común de los Tribunales.

En cuanto a las acciones civiles, que contempla la Ley 19.628, la situación es similar a la del Habeas Data. Aún es muy difícil determinar cuál será la tendencia en la aplicación que se dará a la norma del artículo 154 bis del Código del Trabajo, y cuál será el alcance de los conflictos que a raíz de ella se suscitaran, toda vez que ésta es de reciente incorporación al ordenamiento

jurídico laboral (diciembre de 2001) y ya que, debido a la vulnerabilidad de las relaciones de trabajo, probablemente su aplicación en la práctica se reduzca sólo a servir de antecedente complementario en el caso de una relación ya terminada y, difícilmente se conocerá de casos en que un trabajador en funciones solicite amparo al Tribunal, para obtener el resguardo de su derecho a la protección de información y datos privados.

En atención al carácter especialísimo del Derecho laboral y de sus principios y normas esencialmente protectoras del trabajador, considerado como la parte económicamente débil dentro del marco de una relación de trabajo, parece ser más conveniente que estas acciones queden radicadas bajo el conocimiento de los tribunales especiales del trabajo, en los lugares en que ellos existen, con el objeto de otorgar mayores garantías tanto sustanciales como procesales a los trabajadores.

Además, del conflicto práctico recientemente señalado, se presenta otro problema más bien de carácter conceptual, esto es, qué debe entenderse por la expresión “datos privados del trabajador” que utiliza el artículo 154 bis del Código. Como queda de manifiesto, las relaciones de esta norma con la Ley sobre Protección de la Vida Privada son estrechas, sin embargo, esta última utiliza otra terminología que suscita dudas para efectos de interpretar acertadamente la norma laboral en comento.

La Ley 19.628 define la noción de datos de carácter personal o datos personales en su artículo 2º letra f), como “los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables.” Este concepto es bastante amplio y de aplicación general, es la única definición legal cercana a lo que debe entenderse por la noción de datos privados. Por otra parte, dentro de la categoría de datos personales esta ley regula distintas clases de ellos, según su índole y procedencia a saber¹:

1. Datos personales que provengan o se recolecten de fuentes accesibles al público: La ley, en su artículo 2º letra i), define “fuente accesible al público” como “los registros o recopilaciones de datos personales, públicos o privados, de acceso no restringido o reservado a los solicitantes”. Este tipo de datos no requieren autorización de su titular para su tratamiento, toda vez que se cumpla con los supuestos establecidos en el artículo 4º inciso 5º del mismo cuerpo legal, todos los cuales tienen por finalidad que se respete la vida privada y la honra de los titulares de dichos datos.

2. Datos personales en general: Son todos aquellos no comprendidos en la categoría anterior, esto es datos obtenidos de fuentes accesibles al público que no caben en los supuestos del artículo 4º inciso 5º y, tampoco los que queden comprendidos en la categoría de datos sensibles

definidos en el artículo 2º letra g). Se incluyen, además en esta categoría, aquellos datos que no provienen de fuentes accesibles al público y que no quedan comprendidos en la noción de datos sensibles. En doctrina los datos pertenecientes a esta categoría son llamados “datos privados”. La regla general, en cuanto al tratamiento de estos datos, es que éste puede efectuarse sólo con consentimiento de su titular, salvo dos situaciones de excepción, la primera de ellas contenida en el artículo 4º inciso 1º, relativo al tratamiento de datos personales realizado por personas jurídicas privadas para su uso exclusivo y con los fines que determina la propia ley y, la segunda excepción está dada por aquellos casos en que esta misma ley u otras facultan el tratamiento de estos datos sin mediar autorización de su titular.

3. Datos personales sensibles: Están definidos por la ley, en el artículo 2º letra g), como: “aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada e 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”. La regla general, para estos datos, es que no pueden ser objeto de tratamiento, según dispone el artículo 10º de la Ley 19.628, aunque en la misma norma se contemplan excepciones que de cierta forma aproximan, en cuanto a su tratamiento, estos

datos sensibles a los datos personales en general o datos privados, ya reseñados en la segunda categoría.

Ahora bien, en atención a la clasificación de datos antes señalada, se desprende que la correcta interpretación del vocablo “datos privados” que utiliza el artículo 154 bis del Código del Trabajo, hace referencia a las dos últimas categorías de datos personales reguladas por la ley N° 19.628, a saber, datos personales en general y datos sensibles. Como ya se ha indicado, este primer tipo de datos (personales en general) son también llamados “datos privados”, por lo cual ambas expresiones son equivalentes. En cuanto a los datos sensibles, surge alguna duda acerca de si debieran ser incluidos dentro del concepto de dato privado, utilizado por la legislación laboral. Si bien, se asimila su tratamiento al de los datos personales en general, sólo en determinadas casos de excepción, este cuerpo normativo los regula con mayor firmeza prohibiendo su tratamiento, debido a la vulnerabilidad que generan para su titular. Por tanto, para efectos de procurar una adecuada protección de los derechos del trabajador, como titular de la información y datos privados, consagrados en el artículo 154 bis del Código del Trabajo, deberían encontrarse comprendidos en el término “datos privados” de la ley laboral, todos los datos sensibles de que sea titular el trabajador, además de los datos personales en general, atendida la fuente de la cual provienen. Así, sería conveniente estimar que, para efectos laborales, el concepto de “datos privados del trabajador”

incluye a todos aquellos que provienen de fuente no accesible al público, tales como los datos personales en general y sensibles, en contraposición a aquellos referidos en la primera categoría como datos personales que provengan o se recolecten de fuentes accesibles al público, cuyo uso es generalmente permitido, sin requerir autorización previa de su titular.

Es interesante destacar, dentro de la Ley 19.628, la norma contenida en el artículo 7º, para efectos de hacer un cotejo con el artículo 154 bis del Código del Trabajo. El artículo 7º establece que: “Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligados a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos. Obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo.” Como se desprende claramente de esta norma, se consagra una obligación análoga a la del artículo 154 bis del Código del Trabajo, toda vez que alude a la existencia de una relación laboral, pero en la cual el sujeto pasivo es el trabajador, es decir, el obligado a guardar secreto.

La obligación recae sobre los mismos datos objetos de protección de la norma laboral, esto es datos privados, pero que pertenecen a terceros extraños a la relación de trabajo. Es más, la obligación de guardar secreto no cesa por el

término de las actividades que realiza el sujeto pasivo, ya se produzca éste por finalizar la relación laboral o por una variación en sus funciones, estableciéndose claramente un límite temporal a la obligación contenida en la norma, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 154 bis del Código del Trabajo.

b. Código del Trabajo y Ley de Mercado de Valores.

La Ley 18.045 regula el funcionamiento del mercado de valores, entendido éste como el conjunto de instrumentos y agentes emisores, intermediarios e inversionistas que transan en el mercado acciones, bonos, y en general, todo tipo de títulos transferibles de crédito e inversión por medio de la oferta pública de los mismos.

Dentro de las materias que esta ley trata, en el Título XXI se reglamenta la “Información Privilegiada”; normas que inciden también en el ámbito de las relaciones laborales, toda vez que se impone la obligación de guardar reserva a sujetos pasivos que se encuentran ligados por un vínculo de subordinación y dependencia con el agente de mercado, que tiene acceso a dicha clase de información.

Para efectos de esta ley, se entiende por información privilegiada “cualquier información referida a uno o varios emisores de valores, a sus negocios o a uno o varios valores por ellos emitidos, no divulgada al mercado y cuyo conocimiento, por su naturaleza, sea capaz de influir en la cotización de los valores emitidos, como asimismo, la información reservada a que se refiere el artículo 10 de esta ley”. Este último artículo, señala que tendrán el carácter de información reservada aquellos hechos o antecedentes que se refieran a negociaciones aún pendientes que, al conocerse, puedan perjudicar el interés social; para que dicha información adquiera esta calidad se requiere aprobación por parte de los directores, o administradores del respectivo agente de valores en su caso, reuniendo el quórum que la misma norma prescribe.

Como se desprende de estos conceptos, aquí se trata de información altamente vulnerable para el agente económico involucrado, que puede conllevar graves consecuencias, tanto económicas como sociales; por tales motivos se le ha dado un tratamiento jurídico especial y muy riguroso a este tipo de información. Si bien estas consecuencias pueden alcanzar magnitudes a nivel nacional, afectando el desarrollo de la economía de todo un país, no es menos cierto que se trata de información que comparte la misma característica de vulnerabilidad que aquella a que hace alusión el artículo 154 bis del Código del Trabajo, pero en este último, con consecuencias de menores dimensiones, ya que afectan a un determinado sujeto, y a su entorno familiar y laboral.

Al tener como característica común, tanto la información privilegiada como los datos privados del trabajador, la vulnerabilidad, se establece respecto de ambas la obligación de guardar reserva, pero la Ley de Mercado de Valores lo hace en términos más enérgicos, estableciendo el deber de “guardar estricta reserva” de dicha información privilegiada, lo cual además, conlleva sanciones más severas a la infracción de sus normas, que las que eventualmente caben en materia laboral.

Es el artículo 165 de la Ley N° 18.045, el que establece esta obligación, designando como sujeto pasivo de ella a “cualquier persona que en razón de su cargo, posición, actividad o relación tenga acceso a información privilegiada.....”. Destaca la amplitud de los individuos subsumidos a la norma, además del término “relación”, que alude a aquellas tanto de carácter familiar, de amistad, así como también las de índole laboral; esto último se refuerza por la enumeración contenida en el artículo 166 del mismo cuerpo normativo que, en su inciso tercero, establece presunciones de culpabilidad para el caso en que tengan acceso y/o hagan uso de información privilegiada aquellas personas que, debido al ejercicio de su trabajo o funciones, no siendo altos directivos de la empresa, tienen acceso directo al hecho objeto de la información.

Dentro de la enumeración contenida en el inciso tercero del artículo 166 y, para efectos del análisis estrictamente laboral, destaca la letra c), la cual prescribe que se presume tienen información privilegiada “los dependientes que trabajen bajo la dirección o supervisión directa de los directores, gerentes, administradores o liquidadores del emisor o del inversionista institucional...”. Claramente se alude a la existencia de vínculos jurídicos laborales, que obligan al trabajador a guardar estricta reserva de la información privilegiada de la empresa, ya que si bien, podría darse el caso de un dependiente que no se encontrase afecto a la presunción señalada, queda igualmente obligado por lo establecido en términos amplios en el artículo 165 de la misma ley.

Esta obligación de guardar reserva, podría entenderse como una emanación del deber de fidelidad que el trabajador tiene para con su empleador, pero debido a las graves consecuencias que acarrea la infracción a las normas reseñadas, pertenecientes a la Ley N° 18.045, el legislador ha establecido sanciones más graves que las propias del Derecho Laboral.

Es así, como las responsabilidades en las que puede incurrir el trabajador, por efecto de la aplicación de esta ley, están contenidas en el Título XI “De las Sanciones”, las cuales pueden consistir en²:

1. Responsabilidad Civil: Esta se establece, de manera genérica, en el artículo 172 inciso 1º de la Ley N° 18.045, en virtud del cual se debe entender hecha la remisión a las normas generales de indemnización de perjuicios, contenidas en el Código Civil, siempre que concurren los requisitos de: existencia de una acción u omisión; de un daño; vínculo de causalidad entre la acción u omisión y el daño; además de la culpabilidad, respecto de la cual, la Ley de Mercado de Valores ha señalado claramente presunciones simplemente legales constitutivas de ella.

Aún cuando, eventualmente, no se configurara esta responsabilidad civil, el mismo artículo 172 inciso 3º de la Ley 18.045, establece que las personas que hayan actuado contraviniendo lo establecido en el Título XXI “De la Información Privilegiada”, deberán entregar a beneficio fiscal, cuando no hubiere otro perjudicado, toda utilidad o beneficio pecuniario que hubieren obtenido a través de transacciones de valores del emisor que se trate. Este inciso cobra importancia en el caso en que, al vulnerarse estas normas, no se haya producido daño, no pudiendo configurarse, por tanto, una hipótesis de responsabilidad civil, esto sucede por ejemplo en el caso en que la información privilegiada haya sido dada a conocer a un tercero, sin que este último llegue a utilizarla.

2. Responsabilidad Penal: El artículo 60 de la Ley 18.045, establece la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, para los sujetos y en

los casos que este mismo precepto señala. Las letras d), e), g) y h), de dicha norma, se refieren expresamente a aquellas situaciones en que se use, divulgue o recomiende información privilegiada las cuales son íntegramente aplicables a la situación del trabajador dependiente.

3. Responsabilidad administrativa: El artículo 27 inciso 3º del Decreto Ley N° 3.538, regula las facultades de la Superintendencia de Valores y Seguros para aplicar apremios y sanciones, complementado éste, con el artículo 58 de la Ley de Mercado de Valores, se desprende que, las sanciones de censura y/o multa a beneficio fiscal, hasta por un monto global por sociedad equivalente a quince mil unidades de fomento, pueden ser aplicadas a la sociedad, directores, gerentes, dependientes, o inspectores de cuentas o liquidadores, según lo determine la Superintendencia del ramo, en el evento que se vulneren las normas contenidas en la Ley 18.045.

Como se desprende del análisis de estas normas sobre responsabilidad, las sanciones a que puede verse expuesto el trabajador dependiente respecto del uso, divulgación y recomendación de información privilegiada, comprenden un espectro más amplio que aquellas que eventualmente pueden afectarle por aplicación de la Ley N° 19.628 y/o la normativa laboral propiamente tal.

Analizando comparativamente las sanciones a que puede verse expuesto el sujeto empleador en el marco de una relación laboral, se desprende que por aplicación de los mismos cuerpos normativos (Ley N° 19.628 y/o artículo 154 bis del Código del Trabajo), jamás se podrá configurar en su contra un ilícito penal, a menos de que su infracción a la obligación de guardar reserva de toda la información y datos privados del trabajador, a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral, quede regido por las normas generales de índole civil, penal o constitucional.

Para concluir este análisis, se puede señalar que el ordenamiento jurídico vigente, ha contemplado la obligación de guardar reserva de información vulnerable para las dos partes que componen una relación laboral, siendo mucho más exhaustivo en el tratamiento de la materia cuando el sujeto pasivo es el trabajador. Parece ser que la introducción del artículo 154 bis en el Código del Trabajo, además de consagrar a nivel legal garantías de orden constitucional, tuvo por objeto equilibrar las obligaciones de los sujetos involucrados en una relación de trabajo, lo cual a la luz del análisis comparativo de la norma con otros cuerpos legales, como son las leyes N° 19.628 y 18.045, no se ha hecho efectivo.

Citas bibliográficas

1. Basado en el texto de BERTELSEN REPETTO, RAUL. 2001. Datos personales: propiedad privada, libre iniciativa particular y respeto a la vida privada. En: Tratamiento de datos personales y protección a la vida privada. Estudios sobre la Ley 19.628 Sobre Protección de Datos de Carácter Personal. Santiago, Chile. Facultad de Derecho Universidad de Los Andes. pp. 113-129.
2. Basado en SALAH ABUSLEME, MARIA AGNES. 2002. Responsabilidad por uso de información privilegiada en el mercado de valores. Memoria de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. pp. 143-173.

CAPÍTULO VI

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL TRABAJADOR EN EL DERECHO COMPARADO

En el presente capítulo se expondrá el tratamiento dado en el Derecho Comparado a los datos personales, tanto en términos generales, como específicamente de aquellos pertenecientes al trabajador dependiente.

Se debe señalar en este punto que, la evolución legislativa orgánica del tema en lo estrictamente laboral, es relativamente reciente: no más allá de la última década; motivo por el cual, los términos en que puede efectuarse este análisis de Derecho Comparado, están más bien dirigidos a la normativa relativa a la protección de los datos personales en general, realizando la correspondiente proyección hacia los efectos de ella en materia laboral.

Esta evolución normativa que se ha producido respecto de los datos personales, ha encontrado su fundamento en la revolución tecnológica de la presente era, en la cual el acopio y transferencia de datos se ha incrementado tanto en volumen como en términos de rapidez. Es por ello que se ha hecho necesario redimensionar la protección otorgada a ciertos derechos de los

ciudadanos, y por cierto, también de los trabajadores, entre los que se encuentran los derechos a la intimidad y a la dignidad de la persona.

a. Antecedentes generales.

El derecho a la intimidad, como sustrato principal detrás de la protección que se debe dar a los datos personales, es de aparición relativamente reciente dentro de los distintos ordenamientos jurídicos del mundo. El origen del “right to privacy” se encuentra en el Derecho angloamericano, en virtud del cual se postula la necesidad de que el derecho a la intimidad o los acontecimientos de la vida privada de un individuo reciban una protección adecuada frente a la injerencia de los medios de comunicación. En un principio, éste fue el resultado de un proceso jurídico inductivo a partir de los precedentes de distintos casos sobre violaciones de la propiedad, de la confianza, del derecho de autor y también de difamación, llegando a establecerse que el Common Law reconocía, de manera indirecta, un derecho general a la “privacy”.

Fue formulado y definido en términos excluyentes como “the right to be let alone” o “el derecho a ser dejado solo”, a modo de reafirmación de la intimidad y la individualidad. Este concepto, en un principio, pretendió dar una estricta protección legal a la persona contra la publicidad de datos o de actos personales que se ponen en conocimiento del público, sin noticia o permiso de

la persona afectada, quien era la única llamada a decidir qué es lo que podía ser publicado.

La noción doctrinaria de “privacy” ha ido transformándose a medida que el impacto tecnológico se ha hecho sentir en una sociedad progresivamente informatizada. Se intentó darle una mayor amplitud para lograr abarcar otro tipo de situaciones, en las cuales se vulnerara la privacidad del individuo, sin necesidad de que un medio de comunicación se encontrara involucrado. Dentro de este último tipo de situaciones se comprenden la intrusión en la soledad de la vida de una persona o en sus asuntos privados; la divulgación de hechos embarazosos; la publicidad que podría desprestigiar a un sujeto ante la opinión pública; y la apropiación del nombre o del aspecto físico del afectado.¹

Paralelamente, en Gran Bretaña, se sostuvo una ardua discusión parlamentaria y doctrinaria acerca del concepto de “privacy” y, de la conveniencia de regularlo. En la década del sesenta, se presentaron diversos proyectos de ley en este sentido, sin que ninguno de ellos fuese finalmente aprobado. En 1969 se puede considerar cerrada, en el Reino Unido, la discusión sobre la “privacy” en general, mientras nace y se extiende el debate sobre la “privacy” de los datos memorizados en ordenadores electrónicos; esta última culminará el año 1984 con la sanción de la Data Protection Act.²

Por su parte, el Consejo de Europa en 1967 conformó una Comisión Consultiva de expertos, para analizar el impacto de las nuevas tecnologías de la información sobre los derechos de los ciudadanos. Esto trajo como resultado la dictación de la Resolución 509 de 1968 “sobre los derechos humanos y los nuevos logros científicos y técnicos”, que sin aludir a la protección de los datos directamente, dejó de manifiesto la necesidad de establecer mecanismos de protección tanto sobre la vida privada de las personas, como sobre otros derechos fundamentales que podrían verse afectados con la aparición de las nuevas tecnologías, por ejemplo, el de la intimidad.

Esta revolución tecnológica ha provocado, desde la década de los setenta, que distintos Estados hayan establecido regulaciones de carácter genérico en sus legislaciones, pero estas iniciativas individuales han resultado ser insuficientes ante el avance incontrolable de la ciencia. Sin embargo, la tendencia sigue siendo la de establecer pautas de un Derecho mínimo regional, para que sean seguidas por los distintos países pertenecientes a una zona geográfica a la que estén políticamente adscritos, cual es el caso concreto de lo que sucede en la Unión Europea y sus Estados miembros.³

Así, la tendencia legislativa a nivel internacional ha sido reconocer una nueva garantía, cual es la protección de los datos personales, abarcando las

más variadas manifestaciones que el derecho a la intimidad puede presentar en los tiempos actuales.

Propiamente en lo relativo a la protección de los datos personales como tales, se advierten dos tendencias legislativas a nivel mundial: la europea y la norteamericana.⁴

En lo que respecta a las legislaciones, tanto nacionales como a nivel comunitario, Europa ha tendido a regular exhaustivamente el tratamiento y protección de datos personales, como una forma de proteger a los ciudadanos frente a la amenaza de utilización de sus datos relativos a la vida privada, por parte de instituciones públicas o privadas.

La protección de datos, en este continente, fue originalmente concebida como una forma de regular la tecnología computacional, pero evolucionó hasta tomar la forma de una nueva libertad individual, en la cual ya no sólo encontramos un mecanismo defensivo del individuo ante las agresiones externas a su intimidad, sino que de forma más activa, se le reconoce su capacidad de autodeterminación en materia de información, esto es, decidir qué tanto de su vida privada desea que sea conocida por los demás.

No obstante lo anterior, actualmente se considera que este individuo se encuentra en una posición de suma vulnerabilidad llegada la hora de ejercer su derecho a la intimidad. Por este motivo las legislaciones nacionales deben brindarle protección al afectado para lograr efectividad en el cumplimiento de sus derechos, ya sea a través del restablecimiento de los equilibrios entre el ciudadano y las grandes administradoras de bases de datos; como por la vía de fijar áreas de protección legal obligatoria, tal cual sucede con los datos sensibles. Además se ha creado un sistema de responsabilidad estricta u objetiva, como en el caso de la ley alemana, en procura de aún mayores resguardos.

Esta nueva visión, respecto de la protección de datos personales, ha impulsado la dictación de normas para ciertas áreas específicas, incluso a nivel constitucional, atendiendo a sus características particulares, como en Austria, Portugal y España; tendencia que ha sido recogida también a nivel comunitario, a través de la implementación de “códigos de conducta sectoriales”.

Además, en la actualidad, la Unión Europea ha regulado el tratamiento de los datos personales a través de variados cuerpos normativos, tales como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 7º y 8º); el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal; las

Directivas 95/46/CE y 97/66/CE; y diversas Recomendaciones sobre la protección de datos personales específicos de distinto tipo, a saber: Recomendación (97) 5 del Consejo de Europa sobre la protección de los datos médicos, Recomendación (86) 1 del Consejo de Europa sobre la protección de los datos de carácter personal con fines de seguridad social, Recomendación (95) 4 del Consejo de Europa sobre la protección de los datos personales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, especialmente en lo que respecta a los servicios telefónicos, y Recomendación (89) 2 del Consejo de Europa sobre la protección de los datos de carácter personal utilizados con fines de empleo.

La regulación en los Estados Unidos tiene fuertes diferencias con la legislación de los países europeos, aún cuando la causa que motivó la regulación del tema fue la misma: los peligros que acechaban al individuo producto del tratamiento de sus datos personales por parte de organismos gubernamentales; se ha mantenido como diferencia sustancial con el Derecho europeo el que los norteamericanos no han regulado de manera unitaria el tratamiento de estos datos; la Privacy Act de 1974 es aplicable sólo al sector público, mientras que la generalidad de las legislaciones europeas que regulan la materia abarcan también las relaciones entre privados.

En general, puede señalarse que en el Derecho norteamericano, no existe un tratamiento orgánico de los datos personales y su protección. En la propia Constitución de ese país no hay referencia alguna al concepto de “privacidad”. Sin embargo se ha discutido arduamente el tema en la doctrina constitucional, lo cual ha quedado de manifiesto en los erráticos pronunciamientos de la Corte Suprema estadounidense.

A nivel legal, además de la Privacy Act ya referida, se pueden encontrar diversas normas atinentes a las bases de datos privadas, pero que sólo regulan materias muy específicas, generalmente relacionadas con cuestiones de índole económica.

Además, existen en este Derecho algunas acciones del Common Law fundadas en la amenaza de que particulares usen bases de datos computacionales en forma impropia, vulnerando la intimidad de las personas. Es así, como la doctrina ha sostenido que la protección que pueden otorgar estas acciones, nacidas de los ilícitos por violación de privacidad, del Common Law es por completo insuficiente.

En cuanto a los demás países americanos y naciones en vías de desarrollo, estos han quedado rezagados respecto de la evolución que evidencian el Derecho comparado y el internacional, pues con algunas

salvedades, como por ejemplo Chile y Argentina, existe desregularización respecto de la protección de los datos personales, para el debido resguardo del derecho a la intimidad. La tendencia ha sido implementar el recurso de Habeas Data, prescindiendo de la aprobación de normativa específica sobre el tratamiento de datos personales en ficheros manuales o automatizados. Estas regulaciones, por regla general, siguen la tendencia del Derecho comunitario europeo, específicamente la del Convenio 108 del Consejo de Europa.⁵

b. La protección de los datos personales del trabajador en el Derecho Comparado.

Como ya se ha señalado, la tendencia en el Derecho Comparado en orden a regular el tratamiento de los datos personales en general, es relativamente reciente. Esto es aún más tangible cuando se trata de los datos personales del trabajador. Son escasas las legislaciones nacionales que han abordado la materia, no obstante que en Derecho Internacional el organismo pertinente, la Organización internacional del Trabajo, ha señalado pautas y recomendaciones a seguir para los distintos países miembros y no miembros en orden a regular adecuadamente el tema.

Ya desde 1958, la OIT se ha preocupado de particularizar los principios y derechos fundamentales del hombre en el ámbito laboral, a través de

Declaraciones, Convenios y Recomendaciones, las cuales ya fueron referidas en extenso en el Capítulo III de esta memoria de prueba.

Por su parte, el Consejo de Europa, órgano paracomunitario de la Unión Europea, no previsto por los tratados respectivos e integrado por los jefes de gobierno o de Estado de los países miembros y de otros no miembros de la Unión, ha reconocido la necesidad de poseer directrices específicas sobre la protección de datos en las relaciones laborales, dictando una Recomendación al efecto.

También, en el seno de la Unión Europea, se ha formado una comisión que ha realizado varias consultas formales a ciertos Interlocutores sociales, tales como organizaciones que agrupan a empresarios, industriales, artesanos y profesionales europeos, sobre la necesidad de proporcionar una legislación clara y general para las partes involucradas en una relación laboral, sobre sus derechos y obligaciones respecto de la protección de datos en el lugar de trabajo.

Todo lo anterior se debe a que, si bien, las normas generales sobre protección de datos personales son enteramente aplicables a la relación laboral, debe tenerse en cuenta que ella tiene características diversas a una entre particulares, ya que, por ejemplo, el consentimiento para el tratamiento de datos

personales en una relación de trabajo no sería del todo voluntario y espontáneo, debido al vínculo de subordinación y dependencia.⁶

A principios del año 2003, la segunda etapa de Consulta a los interlocutores sociales, arrojó como resultado el que se adoptara la decisión de normar a nivel comunitario, acerca de la protección de los datos personales de los trabajadores. Las razones para ello son de orden práctico, ya que ha quedado de manifiesto que los distintos países miembros se han pronunciado respecto del tema, pero de maneras tan diversas que se ha entendido que es necesario dictar una normativa comunitaria clara que guíe a los distintos Estados. Además, se tomará como base para esta futura regulación las dos directrices que la Comunidad Europea ya posee en materia de protección de los datos personales a nivel general, procurando particularizar los principios y derechos contenidas en ellas, haciendo las adecuaciones pertinentes para su cabal aplicación en materias laborales.⁷

Como se ha señalado, a nivel país, Europa presenta una dispar evolución en la protección de los datos personales del trabajador, algunos Estados como Dinamarca y Finlandia han adoptado una legislación específica; Inglaterra y los Países Bajos han puesto en práctica códigos de conducta sobre el uso de los datos personales, en la relación entre empresario y trabajador; y en otros países se está estudiando la posibilidad de introducir nueva legislación.

Con respecto a la legislación norteamericana, como se ha indicado, la protección de los datos personales entre particulares y, por tanto, también en el marco de una relación laboral, no cuenta con normativa específica y directa, todo esto debido a que la producción legislativa de Estados Unidos tiende a privilegiar criterios economicistas, incluso por sobre el resguardo de derechos fundamentales como el de la vida privada e intimidad.

Teniendo lo anterior como criterio fundante, además del reconocimiento categórico del empresario como dueño de la unidad productiva, es que se permite en ese país, la posibilidad al empleador de ejercer medidas que puedan vulnerar las garantías de los trabajadores; tales como, la revisión de sus cuentas de correo electrónico, aplicación de filtros computacionales para vigilar la navegación en Internet, etc.

Todas estas prácticas, cobran aún más importancia, en un país en que se permite el despido de trabajadores sin necesidad de invocar causal legal alguna, motivo por el cual, dentro de los lugares de trabajo se ha llegado a una verdadera situación de “espionaje laboral”, buscando pretextos para poner término a la relación, produciéndose una paranoia entre los trabajadores dependientes.

En relación a la situación que acontece en Latinoamérica, respecto de la protección de los datos personales del trabajador, es aún más escasa la regulación de la materia en comparación con los países recientemente señalados. Tanto es así, que puede concluirse que Chile es pionero en la regulación de los datos personales en el ámbito del Derecho Laboral, con la inclusión del artículo 154 bis del Código del Trabajo, actualmente vigente.

Citas bibliográficas

1. Basado en el texto de EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL Y PFEZOLO, CALOGERO. Habeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998. pp 7-12.
2. Basado en el texto de EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL Y PFEZOLO, CALOGERO. Habeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998. pp 12-21.
3. Basado en el texto contenido en la página www.colegiodeabogados.org. [en línea]. <www.colegiodeabogados.org>. [consulta: 20 de Marzo de 2003].
4. Basado en el texto de GONZALEZ HOCH, FRANCISCO. 2001. Modelos comparados de protección de la información digital y la ley chilena de datos de carácter personal. En: Tratamiento de datos personales y protección de la vida privada. Estudios de la Ley 19.628 sobre protección de datos de carácter personal. Santiago, Chile. Cuadernos de Extensión Jurídica 5 (2001). Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. pp. 153-178.
5. Basado en el texto contenido en la página www.colegiodeabogados.org. [en línea]. <www.colegiodeabogados.org>. [consulta: 20 de Marzo de 2003].

6. Basado en el texto contenido en la página http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/02/1593|0|RAPID&lg=ES&type=PDF. [en línea].
<http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/02/1593|0|RAPID&lg=ES&type=PDF>.[consulta: 20 de Marzo de 2003].

7. Basado en el texto contenido en la página http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/02/1593|0|RAPID&lg=ES&type=PDF. [en línea].
<http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/02/1593|0|RAPID&lg=ES&type=PDF>.[consulta: 20 de Marzo de 2003].

CAPÍTULO VII
JURISPRUDENCIA SOBRE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
DEL TRABAJADOR

El presente capítulo tiene por finalidad exponer la situación que se produce a nivel jurisprudencial, representativa de las distintas tendencias tanto nacionales como extranjeras; además de hacer un breve análisis respecto de ellas.

En atención a lo anterior, se ha organizado el texto de la siguiente manera: en el párrafo a) se tratará la jurisprudencia nacional, realizando primeramente un análisis de las sentencias más representativas emanadas de los Tribunales de Justicia de la República, principalmente antes de la dictación de la nueva norma del Código del Trabajo, sobre protección de datos privados del trabajador, artículo 154 bis (acápito a.1).

En tanto, en el párrafo signado con la letra a.2) se procederá al análisis de algunos dictámenes de la Dirección del Trabajo, en su calidad de órgano encargado de interpretar administrativamente las normas laborales y, de pronunciarse respecto de conflictos del trabajo antes de que lleguen a sede laboral.

En el párrafo b), en tanto, se realizará un análisis de jurisprudencia de Derecho Comparado, especialmente Española, ya que este país da cuenta de un mayor avance de técnica legislativa respecto a la protección de los datos personales del trabajador, lo que tendrá por finalidad vislumbrar hacia dónde se dirigirá la evolución normativa e interpretativa del tema en comento en esta memoria de prueba.

a. Jurisprudencia nacional

En este acápite analizaremos las principales tendencias jurisprudenciales relacionadas con la protección de la intimidad y vida privada del trabajador, todo ello antes de la reforma al Código del Trabajo de Octubre de 2001, en que se ha otorgado protección expresa a la información y datos privados del trabajador, teniendo estos últimos como sustrato principal las referidas garantías constitucionales.

La finalidad perseguida es ilustrar, cómo ha sido y cómo podría ser en el futuro, la tendencia que al respecto adopten los Tribunales de Justicia de la República y organismos administrativos ya que, a la fecha, no existen fallos que se pronuncien específicamente sobre la protección de los datos personales del trabajador.

a.1 Jurisprudencia judicial

Claramente ha existido, dentro de la jurisprudencia de los Tribunales nacionales, la propensión ha resguardar el derecho a la intimidad y vida privada de las personas en general y, de los trabajadores en particular.

A modo ilustrativo se pueden reseñar distintos fallos dictados por Tribunales de primera y segunda instancia, además de la Corte Suprema, la cual ha conocido de algunos recursos de protección y casación en la forma y fondo, en que una de las partes involucradas reviste la calidad de trabajador dependiente.

Así, la Corte Suprema, al acoger un recurso de protección fundado en la vulneración del artículo 19 N° 5 de la Constitución Política de la República (inviolabilidad del hogar), ha rechazado actos que implican la existencia de autotutela laboral, señalando que “la circunstancia de haber puesto término a la relación laboral, no habilita al empleador para ingresar a las habitaciones que le sirven de morada al trabajador a título de regalías según el contrato”.¹

Como sostienen los constitucionalistas Verdugo y Pfeffer, la inviolabilidad del hogar y la vida privada e intimidad de las personas son garantías tan

vinculadas entre si, que la mayoría de las Constituciones modernas las tratan de manera conjunta, en una sola norma, tal como originariamente se pretendió realizar en nuestro país, lo que a posteriori no sucedió, pero conservaron un orden correlativo. (Numerales 4 y 5 de la Constitución Política de la República). El Derecho Constitucional entiende que la garantía de inviolabilidad del hogar no es sino una manifestación concreta del derecho a la intimidad.

Los Tribunales Superiores de Justicia, conociendo de causas que versan sobre despido injustificado basadas en la causal N° 7 del artículo 160 del Código del Trabajo, esto es incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, cuando este consiste en que el trabajador falta a su obligación de no ocurrir en protestos de documentos comerciales que se registren en el Boletín de Informaciones Comerciales, han establecido un criterio a seguir.

Este criterio, en los términos utilizados por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, es el siguiente: “La exigencia de prohibir al trabajador incurrir en mora o simple retardo en el pago de deudas de cualquier institución financiera o registrar protestos por cheques, letras de cambio o pagaré, debe entenderse, que se hace en razón de la actividad de la empleadora, que la lleva a ser rigurosa en este aspecto y por la naturaleza misma de la función que cumplirá el trabajador.”²

Numerosos fallos que dan cuenta de despidos declarados procedentes, son manifestación clara de este criterio, cuando las partes involucradas son un empleado bancario y la respectiva institución financiera, así, “la circunstancia de registrar el funcionario bancario diversos incumplimientos de obligaciones comerciales y bancarias, configura la causal de incumplimiento grave de sus obligaciones”.³

La Corte Suprema, en este sentido, en la causa “Aguilar con Banco de Chile”, ha señalado que: “el último cargo que desempeñó (el trabajador) para el Banco de Chile, demandado en autos, fue el de ejecutivo de cuentas, lo cual importa un puesto de responsabilidad ante una institución financiera que maneja grandes sumas de dinero de terceros; de lo que resulta que la cláusula contractual en estudio, impuesta por el empleador a su trabajador, no constituye un capricho o arbitrariedad, sino que configura una garantía de la probidad del funcionario bancario en el cumplimiento de su cometido; así, el actor, al incurrir en la morosidad de cumplir sus obligaciones bancarias y comerciales, poniéndolo en la situación de aparecer registrado mediante publicación en el “Boletín Comercial”, reviste la gravedad que exige la causal de término del contrato de trabajo, por incumplimiento grave de sus obligaciones”.⁴

Como se desprende del considerando anteriormente citado, se ha establecido un nexo claro entre la importancia de la función que ejerce el trabajador dependiente y el giro de la empresa para la cual presta sus servicios; sólo en este caso, se permite que información que pertenece a la vida privada de una persona pueda ser elevada a la categoría de causal grave que implique el incumplimiento del contrato de trabajo. Cuando este nexo no se manifiesta, la jurisprudencia ha sido clara en no dar lugar al despido por improcedencia de la causal invocada.

Así, la Corte de Apelaciones de Santiago, al pronunciarse sobre el despido de un vigilante privado, en que se invocó la causal del artículo 160 N° 7 del Código del Trabajo, ha tenido a la vista que: “aparece de manifiesto que el reproche que se le formula al demandante, de mantener deudas insolutas con terceros, no está relacionado con las actividades propias del trabajador dentro de la empresa, ni tampoco aparece demostrado que esa morosidad afecte el giro comercial de la demandada, que es el sentido que debe otorgársele a la cláusula 5º N° 21 del aludido contrato, lo cual por su excepcionalidad en materia laboral, debe interpretarse en forma restrictiva”.⁵

a.2 Jurisprudencia administrativa

Al igual que sucede respecto de la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, el organismo llamado a interpretar administrativamente las normas laborales, además de absolver las consultas sobre el tema precavando eventuales conflictos laborales, la Dirección del Trabajo, no ha sido prolífica al referirse a la nueva norma del Código laboral que protege la información y datos privados del trabajador (154 bis).

A poco más de un año de haber entrado en vigor la última reforma laboral, aún no existe un pronunciamiento formal de este organismo, a través del pertinente dictamen acerca de la materia en comento en esta memoria de prueba. En todo caso destaca la tendencia reiterada en cuanto a la protección de la intimidad, honra, dignidad y privacidad de los trabajadores, lo cual se desprende del análisis de algunos dictámenes que se han pronunciado sobre el tema.

Principalmente, la Dirección del Trabajo, se ha ocupado de dos grandes temas: la revisión de la persona del trabajador y sus efectos personales y, la vigilancia y control que pueda ejercerse sobre él, a través de medios electrónicos, como por ejemplo, el realizado a través de cámaras y detectores de metales. Además, recientemente, se ha pronunciado respecto de la

intromisión del empleador en la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores desde terminales ubicados en el lugar de trabajo.

El criterio de la Dirección que rige en materia de aplicación de métodos de control sobre la persona y efectos del trabajador, por parte del empleador, es otorgar el máximo vigor a las disposiciones constitucionales que velan por la integridad física y síquica de todas las personas. Así, se ha autorizado el uso de estos métodos, en resguardo del propio dependiente, en atención a su integridad, entendida ésta como su seguridad y salubridad; y además cuando los requerimientos o exigencias técnicas de los procesos productivos de la empresa así lo justifiquen.

En este punto, resulta sumamente ilustrativo, el Dictamen 4842/300 de 15 de Septiembre de 1993, en el cual la Dirección del Trabajo informa que: “en la implementación de las medidas de prevención debe salvaguardarse la garantía constitucional del respeto a la honra y dignidad de los trabajadores y de su vida privada, como la de otros derechos del mismo rango constitucional, como son la propiedad, la salud y la integridad física de las personas”.⁶ Estas posibles medidas o mecanismos de revisión y control deben revestir el carácter de preventivo, jamás investigador o prepolicial, para lo cual resulta idóneo el uso de mecanismos técnicos y despersonalizados.

En la actualidad, el empleador puede tener acceso a información y datos privados del trabajador, a través de la vigilancia que haga de la correspondencia electrónica privada, enviada y recibida por los trabajadores, desde el computador proporcionado con fines laborales. Respecto de este punto, la Dirección del Trabajo, en un reciente pronunciamiento ha señalado que el empleador, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos en la empresa, ya sea a través del reglamento interno, o en su caso, de los contratos individuales o colectivos de trabajo, pero no podrá tener acceso a la correspondencia electrónica de sus subordinados, para que no sean vulneradas las garantías constitucionales de intimidad, honra, vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (Dictamen N° 0260 / 0019, de 24 de enero de 2002).

b. Jurisprudencia extranjera

En esta materia, es posible señalar algunos casos que han sido tratados en el Derecho Comparado, particularmente en España. Este país presenta un remarcable avance en materia de regulación de los datos personales en general, incluso mayor que a nivel comunitario europeo; además de haber comenzado recientemente a abordar este tema en el campo laboral, dentro del cual destaca el uso de nuevas tecnologías, como el correo electrónico o e-mail.

El Estatuto de los Trabajadores Español, interpretado en conjunto con la norma penal que tipifica los delitos contra la intimidad en su artículo 197, ha permitido sancionar a los empleadores españoles de la misma forma que a los “hackers” o piratas informáticos, estableciendo penas de hasta cuatro años de cárcel para aquellos que: “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otros, sin su consentimiento se apoderen de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepten sus telecomunicaciones o utilicen artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación”. La formulación del delito es muy exhaustiva, y no prevé excepción alguna.

No obstante lo anterior, “en el Estado Español no existe todavía jurisprudencia respecto a este tema. Por ello, va a ser muy importante el papel que adopten los sindicatos y los comités de empresa, pues, frente al rigor de la norma penal, los empresarios pretenden introducir cláusulas en los contratos, por las que los trabajadores renuncien “voluntariamente” a su derecho a la intimidad. Los trabajadores, al renunciar por escrito a su intimidad, se convierten automáticamente en actores de Gran Hermano, dentro de la empresa”.⁷

De la escasa jurisprudencia existente, respecto a la protección de la

intimidad y datos personales del trabajador en España, puede citarse la de 28 de septiembre de 2002, en la cual un juez de dicho país anuló el despido de una empleada, basado en el espionaje efectuado por la empresa a su correo electrónico.

La empresa encargó un peritaje únicamente al computador de la afectada, el cual se llevó a cabo sin su presencia, ni la de ningún compañero de trabajo o dirigente sindical. Este análisis, realizado al computador y al correo electrónico, se aportó como prueba en el juicio sustanciado por despido, donde quedaron en evidencia algunos correos que poseían el carácter de íntimo y personal.

Además, la empleada demandó a la empresa por acoso moral, figura por completo desconocida en el ordenamiento jurídico chileno, que indica cuáles son las tendencias modernas respecto a la protección de los datos personales del trabajador.

El magistrado a cargo de la causa, consideró que se había producido una vulneración del artículo 18.3 de la Constitución Española, que regula el secreto de las comunicaciones y que, aunque reconoce que la empresa puede acceder a los correos electrónicos de los trabajadores en ordenadores de su propiedad, advierte que sólo puede hacerlo con una orden judicial y cuando tenga

sospechas fundadas de que el empleado incumple gravemente sus obligaciones. Debido al vacío legislativo español, con que el juez declara haberse enfrentado, se vio obligado a considerar una directiva comunitaria y, señalar que la empresa tuvo una intromisión desproporcionada, ya que no existía ninguna justificación para realizar espionaje del correo electrónico y, porque la empresa pretendía buscar un motivo para despedir a la mujer y no defender sus intereses.

La importancia de este fallo radica en que, es la primera vez en España, que un juez dicta una sentencia en este sentido, pues los otros dos precedentes existentes a la fecha correspondían a trabajadores que eran miembros del comité de empresa y, los jueces creyeron que se había producido una violación de su derecho a la libertad sindical.⁸

Como queda de manifiesto a través de este fallo y de la exposición realizada acerca de la jurisprudencia nacional y extranjera, es posible colegir que la labor que compete a los Tribunales de la gran mayoría de los países del mundo, se encuentra aún inconclusa en lo que respecta a la íntegra protección de los datos personales del trabajador.

Citas bibliográficas

1. GACETA JURÍDICA. 1999. Santiago, Chile. Mayo N° 227: 156-158.
2. FALLOS DEL MES. 1999. Santiago, Chile. Mayo N° 486: 858-867.
3. GACETA JURÍDICA. 1998. Santiago, Chile. Diciembre N° 222: 185.
4. GACETA JURÍDICA. 1998. Santiago, Chile. Diciembre N° 222: 188. Causa “Aguilar con Banco de Chile”, ROL N° 1649, Considerando 5, Fallo de la Excelentísima Corte Suprema de 15 de Diciembre de 1998.
5. GACETA JURÍDICA. 1997. Santiago, Chile. Abril N° 202: 178-179. Causa ROL N° 4235-1996, Vistos 4º, Fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de 15 de Abril de 1997.
6. DICTAMEN 4842/300 DIRECCION DEL TRABAJO. Septiembre, 1993. Santiago, Chile. pp. 4.
7. Basado en el texto EL ESTADO POLICIAL LABORAL: REGISTRO DEL CORREO ELECTRÓNICO O DE LOS ARCHIVOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES. [en línea].<www.colegiodeabogados.org>. [consulta: 20 de Marzo de 2003].
8. Basado en el texto contenido en la página www.colegiodeabogados.org. [en línea]. <www.colegiodeabogados.org>.[consulta: 20 de Marzo de 2003].

CAPÍTULO VIII

HIPÓTESIS DE CASOS

A continuación, se expondrán algunas hipótesis de casos que pueden presentarse a raíz de la protección de los datos personales del trabajador, así como además, producto de la aplicación de la nueva norma contenida en el artículo 154 bis del Código del Trabajo.

En el Derecho Comparado, la gran mayoría de estos casos ya han dejado de ser teóricos, pasando a ser parte de la realidad jurídica diaria con la que deben lidiar tanto los sujetos como los tribunales de justicia. Por este motivo es que se utilizará la experiencia del Derecho extranjero, para ilustrar las implicancias y consecuencias que esta nueva casuística presentará en el Derecho Laboral nacional.

Para efectos del análisis que a continuación sigue, es importante tener siempre presente, las especiales características y principios que informan a esta rama del Derecho, toda vez que regula las relaciones existentes entre sujetos cuya capacidad negocial es sumamente dispar. Se trata de instaurar normas claras que permitan un adecuado desenvolvimiento de los partícipes, a través del establecimiento de derechos y obligaciones mínimos.

Por su naturaleza, la relación laboral es distinta a cualquier otra de índole civil ordinaria, esto queda de manifiesto en el tema del consentimiento que eventualmente pudiese entregar el trabajador, para que el empleador trate sus datos personales. La norma general, contenida en la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, es que el tratamiento de los datos personales se permite siempre que el titular de los mismos consienta en ello. La factibilidad de que dicha norma pudiese ser, lisa y llanamente, aplicada en materias del trabajo es discutible, debido a la relación de subordinación y dependencia que liga a las partes contratantes, lo cual limita la libertad para prestar este consentimiento de manera voluntaria y espontánea por parte del trabajador dependiente. Esta situación de apremio aqueja también a aquellos individuos que, no detentando aún la calidad de trabajadores, se encuentran postulando a una plaza, ya que a su respecto, igualmente existe tratamiento de datos personales.¹

En seguida, se analizarán de una serie de casos en que existe tratamiento de datos personales del trabajador, incluso de carácter sensible, que ameritan un estudio más minucioso.

I. Selección de postulantes a un empleo.

Existe consenso, en la mayoría de las legislaciones nacionales, respecto de cuáles son los datos mínimos que se pueden solicitar a los postulantes a un empleo, a saber, individualización de la persona, capacidades técnicas y desempeño laboral previo.

Sin perjuicio de lo anterior, la controversia se suscita al momento de solicitar por parte del empleador información y datos del aspirante, relativos a otros ámbitos de su vida, como el familiar y aspectos sociales, económicos, políticos, religiosos, sexuales y penales, que podrían considerarse como datos sensibles, siendo además, por lo general, información que no guarda relación directa con el cargo a desempeñar.

En Chile, no existen normas que regulen esta materia, por lo cual el criterio que aplica el seleccionador queda entregado de lleno a su propio arbitrio, pudiendo utilizar como métodos para conocer a los postulantes: la entrevista personal, cuestionarios, exámenes psicológicos e incluso pruebas grafológicas o poligráficas; algunos de los cuales permiten recabar información que excede a la estrictamente laboral, razón por la cual han sido fuertemente cuestionados. Es así, como el postulante tendría derecho a guardar silencio e incluso llegar a falsear la información requerida para salvaguardar sus propios intereses, todo ello, sujeto al

riesgo cierto de no ser finalmente contratado, debido a la desfavorable posición en que se encuentra respecto al empleador.

En el Derecho Comparado, se han establecido criterios a seguir en esta materia, es así, como en Canadá se permite solicitar información referente a cualquier ámbito de la vida del postulante, siempre que estos no sirvan de base para un trato discriminatorio. Por su parte, en Estados Unidos se autoriza la recolección de información sobre el postulante, siempre que el candidato lo consienta y la averiguación se relacione razonablemente con el empleo.

II. Intromisión del empleador en aspectos de la vida privada del trabajador.

Estos aspectos se refieren a temas extralaborales o que deben quedar completamente fuera de la órbita de la empresa, dentro de ellos se distinguen dos ámbitos: el personal y el familiar. Ambos abarcan, en términos generales, las opiniones ideológicas, políticas, creencias religiosas o actividades sindicales de los trabajadores.

Dentro de lo reservado al ámbito personal del trabajador, se encuentran algunas conductas, sean éstas de carácter individual, sexual o penal. El principio rector en esta materia puede enunciarse de la siguiente manera: "El

empleador no puede controlar el comportamiento extralaboral del trabajador, salvo cuando repercute en el trabajo”.²

En la práctica, esto se traduce en que, conductas o vicios que pueden formar parte de la vida privada del trabajador, tales como el alcoholismo, la drogadicción o el juego, por regla general, no incumben al empleador; salvo que estos incidan de manera negativa en su desempeño laboral, por ejemplo, a través de una disminución de productividad, lo que incluso podría redundar eventualmente en su despido.

Con respecto a la conducta sexual del trabajador, ésta por constituir un dato sensible, sólo puede tener relevancia para el empleador en la medida que afecte el prestigio o imagen de la empresa en la cual presta sus servicios. Similar situación acontece con los antecedentes penales, respecto de los cuales además, incumben al empleador cuando incidan con la función desempeñada.

En cuanto al ámbito familiar, pertenecen a la vida privada del trabajador todos aquellos datos que versan sobre el estado de las relaciones dentro de la familia, por ejemplo, si cumple con sus obligaciones familiares o si está separado de su cónyuge. No cabe duda que el empleador puede indagar respecto del estado civil del trabajador, pero sólo con el objeto de lograr una

individualización cabal de aquél; todo lo demás, se considera en la generalidad de las legislaciones nacionales, como una intromisión en su vida privada.

Además, dentro de este ámbito, existe una situación práctica de frecuente ocurrencia, cual es la prohibición para los trabajadores de contraer matrimonio con personas que laboran en la misma empresa o en una de la competencia. Esta situación, se considera en el Derecho Comparado, como una grave intrusión en la vida privada del trabajador. Otras intromisiones graves consisten en, por ejemplo, la exigencia de que el trabajador se case con su conviviente, o las indagaciones respecto de la propia trabajadora o la esposa del trabajador respecto a si han interrumpido un embarazo.

III. Datos médicos.

La tendencia, tanto a nivel latinoamericano como europeo, con respecto a la información y datos médicos del trabajador, tiende a limitar el tratamiento que el empleador haga de ellos, ya sea en la selección de postulantes como en el desempeño posterior del empleado dentro de la empresa.

Es así, como la normativa estadounidense, prohíbe que los empleadores obliguen a los postulantes a un cargo a someterse a exámenes médicos, sólo se aceptan si éstos se establecen con carácter general y se guarda

confidencialidad sobre los datos reservados que se obtengan. Existe, además, una prohibición especial de exigir exámenes que revelen información genética del aspirante y, en caso de llegar a realizarse comprometerán la responsabilidad del empleador.

Con respecto a los trabajadores que ya se encuentran desempeñando funciones, el acceso y tratamiento de sus datos médicos, por parte del empleador, requieren de resguardos especiales, en razón de que este tipo de datos pueden ser determinantes a la hora de decidir si se debe mantener vigente la relación laboral, promover un ascenso o despedir al trabajador; además de procurar la mantención de un ambiente laboral sin riesgo para la salud en el trabajo.

Los datos médicos concernientes a enfermedades o vicios, ya sean estas alcoholismo, drogadicción, juego, tabaquismo, además de otros estados de salud como el embarazo, enfermedades contagiosas, hereditarias, degenerativas o de gravedad como el cáncer o SIDA, entre otras, pueden llegar a revestir un especial interés para el empleador, más aún cuando estos se relacionan con el adecuado desempeño del trabajador en sus funciones, pero la intromisión en estos aspectos médicos de índole privado debe mantenerse siempre en el mínimo requerido para la actividad normal de la empresa.

Dentro del tema de los datos médicos del trabajador, se presentan dos interrogantes claves: primero, si existe la posibilidad de que el empleador pueda compeler al trabajador a someterse a exámenes clínicos como condición para mantenerse en el empleo y; segundo, si el empleador debe ser informado de los resultados de dichas pruebas, ya sea porque él mismo encargó su realización o, en razón de la gravedad de estos.

Con respecto al primer enunciado, es claro que el empleador puede solicitar al trabajador que se realice pruebas médicas al comenzar a prestar sus servicios, con la finalidad de conocer si aquél se encuentra en óptimas condiciones para desempeñar las funciones para las cuales fue contratado, además de tomar conocimiento de los requerimientos especiales que pudiese necesitar el empleado para desempeñar de mejor forma sus actividades, como sucede en el caso de personas afectadas por incapacidades físicas como la minusvalía, o cuando le aquejan enfermedades como el cáncer, SIDA o de carácter psiquiátrico.

En cuanto a los exámenes periódicos, se justifica su aplicación siempre que las actividades a ser desarrolladas, así lo demanden. En el caso de nuestro país, el empleador, en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa, puede establecer la obligación para los trabajadores de someterse a exámenes periódicos, ya que no existe una norma especial en el Código del

Trabajo que permita exigirlos directamente. En este sentido, se ha pronunciado la Dirección del Trabajo en su Dictamen N° 4916/0226 de 21 de Diciembre de 2001, estableciendo que: “si en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa, se contempla la obligación para los trabajadores de someterse a exámenes periódicos de salud, como medida de prevención, especialmente cuando sus especiales funciones lo ameriten, sería la manera de obligarlos a practicarse tales controles, que de no ser acatada podría llevar a que se les apliquen las medidas disciplinarias que incluyen la multa”.

En cuanto a la segunda cuestión, referida a la comunicación del resultado de los exámenes clínicos, se puede establecer, a modo de regla general, que estos datos revisten siempre el carácter de sensibles y privados para su titular, el trabajador, aún cuando dichos exámenes hayan sido encargados por el empleador. La especial relación facultativo-paciente, determina que los resultados arrojados por pruebas de carácter médico quedan, por lo general, comprendidos dentro del secreto profesional, y sólo podrán ser comunicados a terceros extraños a dicha relación cuando el paciente así lo consienta o, cuando el tratante así lo aconseje en razón de la gravedad de la afección. Entonces, es claro que el empleador sólo tendrá derecho a conocer estos resultados por vía excepcional, ya sea porque le afecten en cuanto al desempeño normal del trabajador o, pongan en riesgo la salud del resto de los

empleados. por tratarse de una enfermedad de carácter contagioso, por ejemplo.

En todo caso, siempre que el empleador tome conocimiento de datos médicos del trabajador, se encontrará obligado a guardar reserva de ellos, situación que guarda completa concordancia con la norma laboral del Derecho Nacional contenida en el artículo 154 bis. Sin embargo, la doctrina comparada ha señalado excepciones a esta reserva respecto de: “a) las autoridades sanitarias, en caso de enfermedades contagiosas o que revisten el carácter de epidemia; b) los familiares directos, si es necesario para que éstos contribuyan al tratamiento o a la ayuda del trabajador enfermo; c) los compañeros, si se tratara de una enfermedad contagiosa”.³

En nuestro país, existe una norma representativa en materia de exigibilidad de exámenes médicos por parte del empleador. La disposición contenida en el artículo 194 del Código del Trabajo, inciso final, dispone en términos categóricos que: “ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez”. La prohibición contenida en el referido artículo no es absoluta, sus términos sugieren que dichos exámenes pueden ser solicitados para comprobar

el estado de embarazo, siempre y cuando con ello no se de lugar a una conducta discriminatoria por parte del empleador, como es el caso en que la trabajadora se encuentre impetrando beneficios derivados de su condición de gestante.

IV. Control de la actuación laboral.

La regulación de esta materia es importante ya que, producto de los controles que realiza el empleador a sus trabajadores, eventualmente tiene acceso a información y datos privados de aquellos, situación que puede influir en el normal desenvolvimiento de la relación laboral, debido a un eventual uso inapropiado que de estos datos puede hacer el empleador, vulnerando garantías fundamentales de los dependientes. La normativa vigente, si bien, permite al empleador consignar en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad de la empresa controles a los trabajadores, establece que, en general, se debe respetar su dignidad, no detallando en qué pueden consistir dichos controles.

A causa del gran avance tecnológico de las últimas décadas, existe una variada gama de medidas de control que el empleador puede implementar dentro de la empresa; es así como la Dirección del Trabajo ha debido pronunciarse en repetidas ocasiones frente a las consultas de los interesados, estableciendo de manera reiterada, categórica y uniforme que el empleador puede efectuar

controles, sin pronunciarse respecto de cuáles pueden ser estas medidas, señala que no deben tener carácter investigatorio, represivo o prepolicial frente a presuntos hechos ilícitos, sino uno puramente preventivo y despersonalizado.

La supervisión que efectúa el empleador se realiza a través de la aplicación de controles visuales, auditivos o revisión de la persona y/u objetos personales de los trabajadores, incluyéndose, en los últimos años, la revisión de cuentas de correo electrónico, utilización de filtros computacionales y el control en el uso que el empleado hace de Internet, siendo requisito para la legalidad de estas medidas que sean operadas a través de un mecanismo o sistema de selección, cuyas características fundamentales son la universalidad y la despersonalización.

El control visual puede efectuarse, ya sea, a través del uso de pantallas o circuitos cerrados de televisión o, a través de vidrios transparentes de un solo lado; ambos métodos se consideran lícitos, permitiendo al empleador vigilar la actuación laboral y el comportamiento de los trabajadores, siempre que no vulneren su dignidad e intimidad, lo que sucedería si se implementan estas medidas en camarines o servicios higiénicos.

Lo ideal, es que el trabajador esté en conocimiento de la aplicación de estas medidas, ya que, además de optimizar los procesos productivos, en muchos casos constituyen una medida de seguridad para el propio trabajador,

permitiendo controlar al público que ingresa al establecimiento e incluso, precaviendo la comisión de hechos ilícitos como hurtos, robos o agresiones de terceros en su contra.

Por su parte, los controles de tipo auditivo, ya sea a través de micrófonos ambientales o aquellos instalados en la vestimenta del trabajador, se rigen por normas similares a las del control visual; pero es necesario precisar que respecto del uso de los primeros (micrófonos ambientales), el trabajador debe ser previamente advertido; en tanto que en el caso de los segundos (instalados en la vestimenta), será necesario que el trabajador preste su consentimiento, ya que implican un mayor grado de invasión a su privacidad.

Respecto a la inspección de la persona del trabajador y de sus pertenencias, se puede señalar que, a pesar de que éstas pudiesen justificarse en el riesgo de sustracción de bienes pertenecientes a la empresa, nunca debe descuidarse que el límite está dado por la dignidad e intimidad del trabajador, además del principio de no discriminación y; es por ello que, la Dirección del Trabajo, ha sido enfática en señalar que estas revisiones deben efectuarse con criterios generales y objetivos, además de encontrarse previamente consignadas en el reglamento interno de la empresa.

Con la aparición de nuevas tecnologías es posible, hoy en día, efectuar estas revisiones a la persona del trabajador y sus pertenencias de manera menos invasiva de su integridad física y síquica, por ejemplo, a través del uso de arcos detectores de metales y sistemas de detección con rayos X. Sobre esta materia, la Dirección del Trabajo, se ha pronunciado siguiendo el criterio establecido en el artículo 154 inciso final del Código del Trabajo, reiterando que, también en el caso del uso de estas tecnologías, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.⁴

Con la aparición de modernas tecnologías de la información, ha surgido una nueva fuente de conflictos en el ámbito de las relaciones laborales: se discute entre las partes acerca de cuál es el uso adecuado que se debe hacer del computador en el lugar de trabajo, sobre todo en cuanto a la navegación en Internet y la utilización del correo electrónico con fines extralaborales. Ante estas situaciones conflictivas el empleador reacciona de diversas maneras, desde la total inacción ante ellas, hasta medidas más enérgicas, como la aplicación de filtros computacionales destinados a vigilar e incluso “espiar” al trabajador, respecto del uso que hace de los medios técnicos proveídos por la empresa.

En la situación anteriormente descrita, aparecen en conflicto dos garantías constitucionales distintas, ambas amparadas por el ordenamiento jurídico, suscitándose el problema de determinar cuál de las dos prima y, en qué condiciones lo hace una sobre la otra. La primera, es la garantía constitucional de inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, consagrada en el artículo 19 N° 5 y; la segunda, es la del derecho de propiedad, de la cual emana la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, contemplada en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental.

En un Dictamen de reciente data, la Dirección del Trabajo, ha dado pautas respecto al adecuado tratamiento que debe proporcionarse a esta materia, señalando que: “de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, (por reglamento interno), pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores”.⁵

Esta interpretación administrativa, de las normas involucradas en el tema, difiere sustancialmente de la tendencia mayoritaria evidenciada a nivel de Derecho Comparado, es así, como en Gran Bretaña se permite, por regla general, a los empresarios intervenir rutinariamente en los correos electrónicos y llamadas telefónicas de sus trabajadores. Por su parte, la legislación

estadounidense actual autoriza también, a los empresarios, la vigilancia electrónica, permitiendo incluso que los altos ejecutivos no informen a los subordinados sobre su política de videovigilancia.

En España, no existe norma especial al respecto pero en los hechos, se autoriza al empleador para revisar los correos electrónicos y archivos personales de los trabajadores, tal como si se tratara de efectos personales que estos ingresan a la empresa. Sin embargo, es discutida esta interpretación por un sector de la Doctrina de dicho país, que señala que el empleador al revisar los correos electrónicos de los trabajadores estaría invadiendo su intimidad, vulnerando garantías constitucionales, como sucedería igualmente en caso de que abriera la correspondencia epistolar privada del trabajador, que llega a la empresa.

Al parecer, es esta última tendencia la que subyace en la interpretación dada por la Dirección del trabajo chilena, al asimilar en cuanto a protección, el correo electrónico a la correspondencia postal ordinaria de los trabajadores. Dicho criterio aún no ha sido refrendado por la jurisprudencia de los Tribunales Nacionales.

V. Comercialización de datos por el empleador.

Actualmente, esta situación ha adquirido gran relevancia tanto a nivel nacional como internacional, debido a que, en el último tiempo, se ha advertido que algunos empleadores confeccionan, e incluso comercializan, verdaderas “listas negras” de trabajadores y postulantes a empleo, con lo cual en la práctica, les imposibilitan el acceso a una determinada empresa o puesto de trabajo, o afectan su permanencia en aquella para la cual prestan sus servicios; todo ello en atención a los antecedentes personales y laborales previos, contenidos en bases de datos de dudosa legalidad.

Se distinguen, claramente, dos puntos en este tema: primero, cuan lícito y conveniente es que el empleador pueda confeccionar listados o bases de datos de antecedentes, tanto laborales como personales, relativos a los trabajadores que prestan actualmente, o que han prestado, servicios para él, bajo vínculo de subordinación y dependencia. Y, en segundo lugar, surge la duda acerca de si este empleador, que ha confeccionado las referidas bases de datos, tiene derecho a compartirlas, e incluso comercializarlas, con otros empleadores, para que estos puedan formarse una opinión más acabada del trabajador que desean contratar, situación que puede llegar a menoscabar sus derechos fundamentales, e incluso, derivar en actos de discriminación.

Tanto en el Derecho Comparado como en el nacional, no existen normas específicas que regulen la comercialización de datos personales de los trabajadores. Lo que más se acerca a esta situación son las leyes de protección de datos personales existentes en las legislaciones nacionales, que regulan el tratamiento de estos y, por tanto, la forma y objetivos en virtud de los cuales se pueden transferir y comercializar; además de las directrices proporcionadas por la Unión Europea, respecto de la transferencia internacional de bancos de datos personales en general.

No obstante lo anterior, la situación de la comercialización de bancos de datos que contengan información laboral, e incluso personal de trabajadores, puede llegar a tener implicancias tan graves dentro del ámbito del Derecho del Trabajo que la aplicación de normas generales sobre protección de datos personales, como también la normativa referida a la transferencia internacional de estos, pueden resultar insuficientes, no otorgando el resguardo adecuado y necesario que requieren los trabajadores, en atención a los principios y normas que informan esta rama del Derecho.

Similar situación acontece en la legislación nacional, en la cual la falta de normas especiales trae como consecuencia que, en la práctica, la única normativa aplicable, en materia de comercialización de datos, esté dada por la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, la cual comprende dentro del

concepto de “tratamiento de datos”, entre otras, “...ceder, transferir, transmitir...” bases de datos, protegiendo a los titulares de estos de manera efectiva, pero no otorgando garantías especiales y suficientes cuando el titular de ellos detenta la calidad de trabajador dependiente.

VI. Derechos del trabajador frente al tratamiento de sus datos personales efectuado por el empleador.

En esta materia debe dejarse establecido que, el trabajador, considerado como sujeto de derecho dentro de la empresa, goza de ciertas garantías que resguardan su vida privada, intimidad y dignidad y, en general, el adecuado uso que debe darse a sus datos, tanto laborales como personales. Algunas de ellas emanan directamente de la Carta Fundamental; otras, de fuentes legales, como el Código del Trabajo y la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

1. Derecho a la dignidad del trabajador: El empleador debe respetar la dignidad del trabajador en cada uno de los aspectos de la relación laboral. Esto ha sido consagrado expresamente en el Código del Trabajo, en el artículo 154, inciso final, referente a las medidas de control que el empleador puede implementar sobre los trabajadores, señalando expresamente que: “Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y

concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador”.

Así, tanto respecto a las medidas de control que se aplican al trabajador, como también, en el uso correcto que aquél debe dar a las tecnologías, de que le provee el empleador, para el desarrollo de sus actividades laborales, la dignidad del trabajador es pilar fundamental para regular estas situaciones, aún más, cuando se encuentran involucradas su vida privada y datos personales.

2. Derecho a la privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas: Estos derechos están consagrados en el artículo 19º N°s 4 y 5 de la Constitución Política de la República, los cuales sirven de sustento a la adecuada protección que debe proporcionarse a los datos personales del trabajador. La vulneración, por parte del empleador, de estos derechos se protege en la misma Carta Fundamental, por la vía del recurso de protección; en el Código Penal, a través de figuras como la violación de correspondencia y; en el propio Código del Trabajo.

Una de los casos más claros, en que estas garantías quedan de manifiesto, se presenta en relación al uso de tecnologías de la información, tales como correo electrónico, uso de Internet y telefonía, que han sido puestas

a disposición del trabajador como herramientas para el desarrollo de sus actividades laborales. Para determinar si se vulneran estas garantías por parte del empleador, es necesario distinguir si dichas herramientas tecnológicas han sido utilizadas para asuntos laborales o personales; en el primer caso, se considera que no habría una violación de la privacidad del trabajador, toda vez que la herramienta de trabajo se ha puesto a su disposición para el ejercicio de las labores contratadas. En el segundo, si el empleador intercepta una comunicación personal o conoce su contenido, es claro que existe una vulneración de la vida privada del trabajador y de su derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, como se ha señalado previamente.

Sin perjuicio de lo anterior, pueden producirse conflictos de interés en la relación de trabajo ya que, el empleador, le proporciona al trabajador estas tecnologías de la información con fines específicamente laborales. Además, no puede prohibirse en términos categóricos que, el empleador, supervise de alguna forma las comunicaciones de índole privado entre los trabajadores de la empresa ya que, además de su calidad de propietario de los bienes materiales e inmateriales que componen la unidad productiva, posee un rol de garante en el resguardo de un adecuado ambiente laboral. Esto queda de manifiesto, por ejemplo, cuando un empleado acosa sexualmente a otro, situación en la que entran en conflicto dos normas: por una parte, el empleado que envía mensajes cuyo contenido revela una conducta de acoso, el cual tendría derecho a la

protección de su vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones; y por la otra, el trabajador que está siendo acosado, quien tiene derecho a ser protegido, tanto por su empleador, como por el ordenamiento jurídico vigente.

A través del ejemplo señalado, se puede inferir que, en el ámbito laboral, la interpretación de ciertas garantías debe ser necesariamente matizada con algunas excepciones, como es del caso en que se configuren ilícitos penales dentro de la empresa; además del importante rol que, en estas materias, cabe a la autorregulación, mediante la cual, empleador y trabajador, determinan cuáles son los límites de ciertas conductas, como sucede respecto del uso correcto de tecnologías de la información, siendo lo más apropiado establecer claramente dichos límites en el respectivo reglamento interno de orden, higiene y seguridad, en los términos señalados en el artículo 154 del Código del Trabajo. En este mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente la Dirección del Trabajo, cuando ha sido consultada sobre las medidas de control y supervigilancia que puede utilizar el empleador.

3. Derecho a la información: En términos generales, este derecho implica que el trabajador esté enterado de todas las medidas de control que se ejerzan sobre su persona y actividades laborales; además, involucra que el trabajador tenga conocimiento de la existencia de un determinado registro o banco de datos, y la información que estos contienen respecto de él.

El sustrato constitucional de este derecho se encuentra en el artículo 19º N° 12 de la Carta Fundamental; regulándose, a nivel legal, en la Ley N° 19.628 sobre Protección de la Vida Privada y en el Código del Trabajo.

Manifestaciones prácticas de lo anterior, pueden encontrarse en la aplicación de filtros computacionales, impuestos por el empleador, que restrinjan el acceso y envío de información, o censuren su contenido. “En este caso, nuevamente mediante la autorregulación, empleador y trabajador pueden acordar el uso de las tecnologías de la información de manera tal que no afecte este derecho del trabajador”.⁶

Otro caso práctico se relaciona con la Ley N° 19.628, en la cual se reconocen ciertos derechos al titular de los datos que figuren en un registro o banco, tales como, derecho de acceso; de modificación de los datos; de bloqueo; de cancelación; de copia; de aviso a terceros y; de oposición a la utilización de los mismos con fines distintos para los que fueron requeridos. Estos derechos, contenidos en la Ley mencionada, son enteramente aplicables a los trabajadores, en su calidad de titulares, respecto de los registros y bancos de datos confeccionados por el empleador, que contengan sus datos laborales y, con mayor razón, personales.

4. Derecho a la protección y reserva de datos personales del trabajador por parte del empleador: Esta situación está consagrada expresamente, como se ha señalado, en el artículo 154 bis del Código del Trabajo, norma que concuerda con la Ley N° 19.628, la Constitución Política de la República y, en general, con el conjunto del ordenamiento jurídico vigente.

Las situaciones prácticas, en que puede encontrarse un trabajador en relación a esta materia, son de diversa índole; por ejemplo, el empleador, al ejercer control sobre el trabajador en el uso de tecnologías, puede acceder a sus datos personales y, el tratamiento y comunicación que haga de ellos a terceros, sólo puede efectuarse de conformidad a lo dispuesto en la Ley sobre Protección de la Vida Privada, en relación a la normativa laboral vigente, especialmente el artículo 154 bis del Código del Trabajo.

En conclusión, respecto a los casos hipotéticos ya analizados, en los cuales queda de manifiesto que se pueden ver afectados los datos personales del trabajador dependiente, es dable hacer notar que, si bien se trata aquí de una situación en extremo delicada para el empleado, no lo es menos para su empleador, quien debe tener siempre presente cuáles son los límites dentro de los que puede ejercer legítimamente su potestad jurídica de mando. Es así como en el marco del ordenamiento jurídico nacional, el empresario debe tener el suficiente cuidado de establecer claramente, tanto en los contratos individuales y colectivos

de trabajo, como en el respectivo reglamento interno, las reglas a las cuales se sujetará el desempeño laboral de sus subordinados, so pena de incurrir en conductas que infrinjan derechos constitucionales de estos últimos.

Es más, aún cuando se haya tenido la precaución suficiente de establecer estas “reglas del juego”, con claridad, en los instrumentos mencionados, se mantiene incólume el derecho de los trabajadores de recurrir a la Dirección del Trabajo, para que ésta, en virtud de dicho requerimiento o de oficio, proceda a subsanar alguna ilegalidad que atente contra las garantías constitucionales de dignidad, honra y privacidad, entre otras, de que es titular el dependiente, dejando de manifiesto la real dimensión que ellas tienen en la legislación nacional.

Citas bibliográficas

1. Basado en el texto contenido en la página http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/02/1593|0|RAPID&lg=ES&type=PDF. [en línea]. <http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/02/1593|0|RAPID&lg=ES&type=PDF>.[consulta: 20 de Marzo de 2003].

2. AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ. 1995. Protección de la intimidad del trabajador: La situación en las Américas. Revista Internacional del Trabajo, 114 (3) pp 352.

3. AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ. 1995. Protección de la intimidad del trabajador: La situación en las Américas. Revista Internacional del Trabajo, 114 (3) pp 349.
4. Basado en oficio de la Dirección del Trabajo N° 2992 de 29 de Mayo de 1990
5. DICTAMEN 0260/0019 DIRECCION DEL TRABAJO. Enero, 2002. Santiago, Chile. pp. 3.
6. CRUZ CRUZ, SERGIO. [s.a]. Control del empleador sobre el trabajador en el uso de las tecnologías de la información (TI). Legitimidad en Chile del despido originado en este control. [en línea]. <<http://derecho.udp.cl/e/libro/15.CRUZ.pdf>>. [consulta: 06 de Enero de 2003].

CAPÍTULO IX

CONCLUSIONES

Garantías de rango constitucional, tales como la honra, dignidad, vida privada, intimidad, inviolabilidad de las comunicaciones privadas, libertad de trabajo, derecho de propiedad del empleador sobre los bienes que componen la unidad productiva, entre otras, se han visto amenazadas producto de la revolución científico-tecnológica de las últimas décadas, difuminándose aquellos límites que se tuvieron a la vista al momento de ser concebidas.

Estos avances de la tecnología, aplicados al mundo del trabajo, han provocado, además, un cambio sustancial en la forma en que se desarrollan las relaciones laborales, ya que desde la perspectiva del concepto de ciudadanía laboral ha comenzado en nuestro país un proceso irreversible de reconocimiento, a nivel legal, de dichas garantías fundamentales, dentro de las cuales se ha incluido, a partir de la reforma al Código del Trabajo de 2001, la protección de la información y datos privados del trabajador (Artículo 154 bis).

Ciertamente la inclusión del artículo 154 bis dentro de la normativa laboral, ha significado un avance respecto del anterior estado de cosas, guardando estrecha concordancia con las pautas proporcionadas en este

sentido por la Organización Internacional del Trabajo, y la tendencia mayoritaria del Derecho Comparado. Sin embargo, se debe reconocer que la intención del legislador careció de la fuerza suficiente para amparar las garantías que subyacen en la norma, ya que ha omitido regular orgánicamente la materia en importantes aspectos, tales como los derechos anexos que competen en la materia a ambas partes de la relación laboral, además de silenciarse completamente acerca de los cauces procesales correspondientes para hacerlas efectivas.

La situación anteriormente descrita, incide en que se producirán numerosos problemas prácticos, tanto para las partes como para la judicatura, llegada la hora de interpretar y aplicar correctamente la norma en comento en esta memoria de prueba.

Así, se han analizado estos inconvenientes relativos a la interpretación y aplicación del artículo 154 bis del Código del Trabajo, a la luz de dos teorías: materialización, la cual supone que la norma del Código aludida, sólo particulariza en materia laboral el contenido de las normas que regulan la protección de los datos personales en general, especialmente las de la Ley 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada, que sería íntegramente aplicable a todos los casos que pudieran presentarse en esta materia; y supletoriedad, en virtud de la cual, se considera al artículo 154 bis como una norma

independiente y de aplicación general en materia laboral, sin perjuicio de que en lo no normado por ésta, y en caso que exista tratamiento organizado de datos, se aplicará la Ley 19.628 y, en el caso contrario, las reglas del ordenamiento jurídico nacional, especialmente laborales, además de las constitucionales, civiles, penales, entre otras, que sean pertinentes.

En atención a: las especiales características de la relación laboral, los principios y normas recogidos en el Derecho del Trabajo; al mensaje con que el Presidente de la República acompañó el texto del proyecto que reforma la ley laboral al Parlamento; además del mayor aporte jurídico que reviste este artículo de aplicarse la teoría de la supletoriedad; consideramos que ésta es la que brinda la interpretación más adecuada de la norma contenida en el artículo 154 bis del Código del Trabajo.

Sin embargo, debido al poco tiempo que ha transcurrido desde la incorporación de este artículo al ordenamiento jurídico laboral, aún no ha sido posible comprobar empíricamente cuál será la interpretación y alcances que esta norma tendrá a nivel doctrinario y jurisprudencial en nuestro país. Lo que queda de manifiesto, es la falta de un tratamiento sistemático de la materia en el Derecho Laboral, que aún no ha tenido repercusiones en el ámbito de la judicatura, pero sí en el administrativo, ya que la Dirección del Trabajo ha comenzando a hacerse cargo de las primeras dudas y consultas, que surgen a

raíz de la protección de los datos personales del trabajador, aún cuando no existe a la fecha un pronunciamiento expresamente referido al artículo 154 bis del Código del Trabajo.

Concordamos con el criterio que ha sentado la Dirección del Trabajo en estas materias, toda vez que ha velado por el adecuado respeto de las garantías constitucionales involucradas, sin haber por ello, dejado de proporcionarle medios al empleador para la adecuada fiscalización de sus trabajadores y, respetando a su vez, el derecho de propiedad que éste tiene sobre los medios materiales e inmateriales que componen su unidad productiva. Es así como, a la luz de la normativa vigente, se permite al empleador establecer las obligaciones y prohibiciones a que están sujetos los dependientes, en el desempeño de sus funciones, a través del respectivo reglamento interno de orden, higiene y seguridad, lo cual otorga prerrogativas a ambas partes y, en cuyo trasfondo, fácilmente se puede advertir que se protegen garantías constitucionales del trabajador, como la honra, dignidad, vida privada, inviolabilidad de las comunicaciones e intimidad del trabajador.

Es claro que este mismo criterio se podrá ajustar perfectamente en el futuro, a la interpretación y aplicación del artículo 154 bis del Código del Trabajo, es decir, la obligación del empleador de mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador, a que tenga acceso con ocasión de

la relación laboral; situación que se hará palpable en numerosos casos en que se vean involucrados estos datos, tales como, la contratación de nuevo personal, promociones del ya existente, datos médicos e información genética de los trabajadores, supervigilancia y control laboral, uso de nuevas tecnologías de la información en el lugar de prestación de los servicios, y otros que surgirán y que, en su mayoría, son aún lejanos y desconocidos en el ámbito del Derecho Nacional.

Sin perjuicio de lo anteriormente descrito y, de que a esta materia se aplican supletoriamente normas ajenas al propio Derecho Laboral, es importante no perder de vista el desigual trato que el ordenamiento jurídico, en su conjunto, otorga al trabajador, en relación a la obligación de guardar reserva de información considerada relevante para el empleador, atendidas la existencia de una relación laboral y el deber de fidelidad que emana de la potestad jurídica de mando de que éste goza; todo lo cual ha quedado en evidencia, a la luz del análisis comparativo efectuado entre el artículo 154 bis del Código del Trabajo y las demás normas del ordenamiento jurídico, especialmente las comentadas leyes N° 19.628 Sobre Protección de la Vida Privada y N° 18.045 Sobre Mercado de Valores.

Innegablemente, el camino que queda por recorrer, en materia de protección de la información y datos personales del trabajador, es aún extenso. Estimamos que, sólo la adecuada implementación de la norma contenida en el

artículo 154 bis del Código del Trabajo, hará posible que esta pase de ser una mera norma programática o declaración de intenciones del legislador, a una realidad dentro del mundo del trabajo. Urge que ello ocurra a la brevedad, en tiempos en que se camina hacia el abandono de la tradicional visión del Derecho Laboral como un medio netamente protector de la parte considerada más débil, el trabajador; hacia otra en la cual se considera a las partes involucradas en una relación laboral en un plano de mayor igualdad de posiciones, en la que el Derecho tenderá hacia un equilibrio de los derechos y obligaciones de ambas partes, basado en el fortalecimiento de ellas, como considera el moderno concepto de “ciudadanía laboral”.

BIBLIOGRAFÍA

1. AMÉRICO PLÁ RODRÍGUEZ. 1995. Protección de la intimidad del trabajador: La situación en las Américas. Revista Internacional del Trabajo, 114 (3). pp 337-355.
2. BOLETÍN DE DIARIO DE SESIONES DEL SENADO 2626-13. Indicaciones formuladas durante la discusión general del proyecto de ley que modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las nuevas modalidades de contratación, al derecho de sindicación, a los derechos fundamentales del trabajador y a otras materias. Indicación N° 150.
3. CHILE. Ministerio del Trabajo y Previsión Social. 2001. Ley N° 19.759: Modifica el Código del Trabajo. 5 Octubre 2001.
4. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1999. Ley N° 19.628: Sobre protección de la vida privada. 28 Agosto 1999.
5. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1981. Ley N° 18.045: Ley de mercado de valores. 22 Octubre 1981.

6. CHILE. Ministerio de Justicia. 1997. Código de Comercio.
7. Chile. Ministerio de Justicia. 1996. Código de Procedimiento Civil.
8. Chile. Ministerio de Justicia. 2000. Código Civil.
9. Chile. Ministerio de Justicia. 1997. Código Penal.
10. Chile. Ministerio de Hacienda. 1981. Ley N° 18.046: Sobre Sociedades Anónimas. 22 de Octubre de 1981.
11. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1982. Decreto Supremo N° 587: Aprueba Reglamento de Sociedades Anónimas. 13 de Noviembre de 1982.
12. CHILE. Ministerio de Secretaría General de Gobierno. Ley N° 19.733: Sobre las Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo. 4 de Junio de 2001.
13. CHILE. Ministerio de Justicia. Ley N° 19.223: Tipifica Figuras Penales Relativas a la Informática. 7 de Junio de 1993.

14. CHILE. Ministerio Secretaría General de Gobierno. Ley N° 19812 Modifica la Ley 19.628, Sobre Protección a la Vida Privada. 13 de Junio de 2002.
15. CHILE. Ministerio de Justicia. 1997. Código del Trabajo.
16. CHILE. Ministerio del Interior. Ley N° 18.834. Estatuto Administrativo.
17. CRUZ CRUZ, SERGIO. [s.a]. Control del empleador sobre el trabajador en el uso de las tecnologías de la información (TI). Legitimidad en Chile del despido originado en este control. [en línea]. <<http://derecho.udp.cl/e/libro/15.CRUZ.pdf>>. [consulta: 06 de Enero de 2003].
18. DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. 1948. Organización de Naciones Unidas.
19. DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Legislatura 320, ordinaria, Sesión 7, 13 junio 1990, pp. 573-594.
20. DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. [en línea]. <<http://buscon.rae.es/diccionario/drae.htm>>. [consulta: 03 de Marzo de 2003].

21. DICTAMEN 0260/0019 DIRECCION DEL TRABAJO. Enero, 2002. Santiago, Chile. 3 p.
22. DICTAMEN 4842/300 DIRECCION DEL TRABAJO. Septiembre, 1993. Santiago, Chile. 4 p.
23. EKMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL Y PFEZOLO, CALOGERO. 1998. Habeas Data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática. Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina. 115 p.
24. EL ESTADO POLICIAL LABORAL: REGISTRO DEL CORREO ELECTRÓNICO O DE LOS ARCHIVOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES. [en línea].<www.colegiodeabogados.org>. [consulta: 20 de Marzo de 2003].
25. FALLOS DEL MES. 1999. Santiago, Chile. Mayo Nº 486. Editorial Santiago, Corte Suprema de Justicia. pp. 858-867.
26. GACETA JURÍDICA. 1997. Santiago, Chile. Abril Nº 202. Editorial Jurídica Conosur Limitada. pp. 178-179.

27. GACETA JURÍDICA. 1998. Santiago, Chile. Diciembre N° 222. Editorial Jurídica Conosur Limitada. pp. 185.
28. GACETA JURÍDICA. 1998. Santiago, Chile. Diciembre N° 222. Editorial Jurídica Conosur Limitada. pp.188.
29. GACETA JURÍDICA. 1999. Santiago, Chile. Mayo N° 227. Editorial Jurídica Conosur Limitada. pp. 156-158.
30. GARCIA SAN MIGUEL, LUIS. 1992. Reflexiones sobre la intimidad como límite a la libertad de expresión. Editorial Tecos, Universidad de Alcalá de Henares. Madrid, España. p 190.
31. LIZAMA, L Y UGARTE, J L. Interpretación y derechos fundamentales en la empresa. Editorial Conosur, Santiago, 1998. 284 p.
32. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO GINEBRA. 1997. Protección de los datos personales de los trabajadores. 1ª edición. Ginebra, Suiza, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra. 53p.
33. OFICIO DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO N° 2992. Mayo, 1990. Santiago, Chile. 3 p.

34. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1958. Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación). [en línea]. <<http://ilolex.ilo.ch:1567/spanish/convdisp1.htm>>. [consulta: 10 enero 2003].

35. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 1958. Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. <<http://www.oit.org/public/spanish/standards/decl/declaration/text/index.htm>>. [consulta: 10 enero 2003].

36. PÁGINA WEB. http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/02/1593|0|RAPID&lg=ES&type=PDF. [en línea]. <http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh?p_action.getfile=gf&doc=IP/02/1593|0|RAPID&lg=ES&type=PDF>. [consulta: 20 de Marzo de 2003].

37. PÁGINA WEB. www.colegiodeabogados.org. [en línea]. <www.colegiodeabogados.org>. [consulta: 20 de Marzo de 2003].

38. SALAH ABUSLEME, MARIA AGNES. 2002. Responsabilidad por uso de información privilegiada en el mercado de valores. Memoria de licenciatura en

ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 187 p.

39. TRATAMIENTO DE DATOS personales y protección de la vida privada. Estudios de la Ley 19.628 sobre protección de datos de carácter personal. 2001. Por Raúl Bertelssen Repetto y otros. Santiago, Chile. Cuadernos de Extensión Jurídica 5 (2001). Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. 178 p.

40. UGARTE, JOSE LUIS. La reforma laboral. Luces y sombras. Revista Laboral Chilena. Nº 101. Noviembre, 2001. Santiago, Chile. pp. 61-67.

41. VERA QUILODRÁN, ALEJANDRO A. 1996. Delito e Informática (La Informática como Fuente de Delito). Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas "La Ley". 279 p.

42. VERDUGO MARINKOVIC, M., PFEIFFER URQUIAGA, E. Y NOGUEIRA ALCALÁ, H. 1997. Derecho constitucional. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, 366 p.

43. WALKER E., FRANCISCO. Análisis de algunos aspectos relevantes de la reforma laboral. [en línea]. <<http://www.internet>

laboral.cl/publicaciones/ed34/franciscowalker.htm>. [consulta: 06 de Enero de 2003].

ANEXO I

MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON EL QUE INICIA
UN PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO DEL TRABAJO.

SANTIAGO, noviembre 16 de 2000

M E N S A J E N° 136-343/

Honorable Senado:

A S.E. EL PRESIDENTE DEL H. SENADO.

Como es de vuestro conocimiento, el Gobierno que presido ha declarado su objetivo de asegurar progresivamente adecuados niveles de bienestar económico y social, armonizando iniciativas para fomentar el necesario desarrollo económico con grados importantes de equidad social y dignidad para a todos sus ciudadanos, especialmente para aquellos más humildes. En razón de ello, hemos asignado a los temas del trabajo la mayor importancia, comprometiéndonos firmemente con una modernización del mundo laboral que incentive la creación de empleo, beneficie a los trabajadores, erradique toda

forma de discriminación, promueva el pleno respeto y el diálogo entre las partes sociales y fortalezca la competitividad de nuestra economía.

Consideramos que estos propósitos requieren ineludiblemente una modernización de la legislación laboral, para que responda a los nuevos desafíos de un país que avanza y que permita que el progreso llegue también al mundo del trabajo.

Para impulsar el logro de este objetivo, desde el inicio de mi mandato presidencial, convocamos a amplios sectores sociales a un proceso de diálogo social con la finalidad de buscar los acuerdos necesarios para proponer un conjunto de reformas sustantivas al mundo del trabajo, parte de las cuales ya se han concretado en iniciativas legales que se encuentran en conocimiento y trámite en el Honorable Congreso Nacional. Como ha ocurrido en la experiencia comparada, el diálogo social permite conocer de parte de los propios interlocutores sociales aquellos planteamientos que pueden contribuir a una normativa fundada en los mayores acuerdos posibles, favoreciendo así la necesaria legitimidad social de las normas y su cumplimiento.

Una vez concluido este proceso de diálogo y búsqueda de acuerdos, hemos estimado conveniente formular el proyecto de ley que sometemos a la consideración de este Honorable Congreso, cuyos ejes principales son los de

establecer una normativa que produzca una efectiva promoción del empleo, que favorezca la modernización de las formas contractuales de la relación laboral adecuándolas a las transformaciones registradas en el modo productivo y que reconozca del modo más amplio posible los derechos fundamentales del trabajo; entre otros, el de libertad sindical.

Consideramos que, de este modo, la presente iniciativa de ley responde a materias de creciente interés ciudadano como es la preocupación por el empleo, pero además propone alternativas detalladas para incorporar mayores grados de flexibilidad en las empresas, estimular la capacitación de los trabajadores y promover el pleno reconocimiento de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, pilar esencial para avanzar hacia modelos de relaciones laborales caracterizados por mayores niveles de equilibrio y cooperación entre las partes. Estamos ciertos que las materias aquí enunciadas suscitan los grados de respaldo necesarios para hacer de ellos materias relevantes para vuestro trabajo legislativo.

Durante el proceso de diálogo social, y no obstante la disposición de las representaciones sindicales y empresariales, no se lograron los necesarios niveles de acuerdo respecto de los modos de superar las imperfecciones y carencias que nuestra legislación laboral contiene en materia de negociación colectiva. Estimamos que esta materia, tan trascendental para nuestro sistema

de relaciones laborales, requiere de marcos mínimos de entendimiento que las innovaciones que puedan introducirse tengan una adecuada proyección y estabilidad en el tiempo.

Es por ello que quiero declarar la disposición del Gobierno de promover en este Honorable Congreso un debate con la altura que tan relevante tema requiere, tendiente al logro de los acuerdos necesarios para dotar a nuestra legislación laboral de normas que conviertan a la negociación colectiva efectivamente en el eje de un nuevo sistema de relaciones laborales, basado en el diálogo y en el acuerdo entre trabajadores y empleadores en cada empresa del país.

Los desafíos que el nuevo siglo nos está mostrando cada vez con mayor velocidad y certeza en el ámbito de una economía cada día más globalizada, sólo podrán ser enfrentados con éxito por aquellos países que dispongan de un sistema de relaciones laborales caracterizado por la cooperación más que por el conflicto, en el que las partes lleguen natural y cotidianamente a través de pactos de flexibilidad a los acuerdos que permitan adaptar a la empresa a sus desafíos productivos, con total respeto y consideración por los derechos de los trabajadores que la integran y asegurando la adecuada distribución de los beneficios que dicha capacidad importa. Este es el imperativo esencial de las normas sobre negociación colectiva a cuya discusión invitamos en el seno del

Parlamento, escenario natural de los acuerdos políticos que determinan el futuro de la nación.

I. OBJETIVOS DE LA INICIATIVA.

1. Perfeccionamiento de normas sobre organizaciones de trabajadores y de protección contra las prácticas antisindicales.

El proyecto que someto a vuestra consideración, en primer lugar, modifica el Código del Trabajo en lo relativo a las organizaciones de trabajadores y de las normas de protección contra las prácticas antisindicales. El Estado de Chile, por una parte, ha ratificado los convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la Libertad Sindical. Cabe, de otra parte, hacer referencia a la Declaración de Derechos Fundamentales aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo de Junio de 1998, que consagra, entre estos, el de Libertad Sindical. Es voluntad del Gobierno introducir las modificaciones a la legislación vigente, con el objeto de ajustar el ordenamiento interno a dichos convenios. Además, se establecen otras normas que tienen el carácter de promocional de los derechos colectivos de los trabajadores, como expresión de una voluntad orientada hacia la más efectiva consagración del derecho de sindicalización.

2. Posibilitar relaciones laborales armónicas en un mundo globalizado. En segundo lugar, las normas propuestas buscan posibilitar relaciones laborales armónicas, que permitan a las partes de la relación laboral enfrentar los desafíos que impone una economía abierta en un mundo globalizado, en el que la rapidez de los cambios viene dado por la fuerte incidencia de la introducción de la tecnología a las relaciones de producción y los consecuentes cambios a la organización del trabajo. Tal capacidad de adaptación alcanza mayores grados de legitimidad, en la medida en que las partes sociales se encuentren en condiciones de mayor equilibrio, para generar los acuerdos destinados a enfrentar esos desafíos. No es posible, además, ignorar que el orden económico internacional actual, ha introducido importantes cambios a las formas de comercio internacional. En esta forma, variables como el respeto de los derechos fundamentales del trabajo, tienen una alta incidencia en la generación de condiciones leales de competencia. Así sucede con los acuerdos de libre comercio y los procesos de integración económica, tanto al nivel regional como subregional.

3. Mejoramiento del respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores. En tercer lugar, se ha estimado necesario incluir normas que impliquen un mejoramiento en el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa. El gobierno considera que la dignidad de ciudadano de cada trabajador no puede ser sobrepasada por la normativa interna de la empresa

bajo ningún pretexto. Ella y sus derechos subsecuentes, tienen su origen no sólo en la Constitución Política de la República, sino que en las normas más básicas del respeto y la convivencia humana.

En este punto, hemos querido ser muy claros: los tiempos que vivimos exigen hacernos cargo de la ciudadanía laboral que acompaña a cada persona, sea ésta jefe o subordinado dentro de la empresa. El respeto a dicha dignidad debe ser resguardado por la normativa legal vigente.

a. Incorporación en legislación interna del Convenio N° 111 OIT sobre no discriminación en el empleo. En tal sentido, se introducen normas que constituyen una incorporación efectiva del Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre no discriminación en el empleo, derecho también considerado como fundamental por la citada Declaración de 1998. Asimismo, se incorpora un mecanismo que hace efectivo el resguardo de los derechos fundamentales, en términos de compatibilizar la dignidad de los trabajadores y las medidas de control interno en la empresa, sin perjuicio de otras formas de amparo, como ocurre con aquellos derechos de rango constitucional, protegidos en la forma establecida en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental.

b. Amparo a derechos laborales del trabajador como mecanismos que desincentive el dumping laboral. Consecuente con lo anterior, se incorpora también en este proyecto, un capítulo de modernización de las normas de amparo de los derechos laborales del trabajador, a fin de proveer mecanismos idóneos de defensa para cada persona en la consecución del cumplimiento de los derechos a que la relación laboral lo hace acreedor. No aparece éticamente aceptable, los incumplimientos de los derechos emanados de la relación laboral. De otra parte, la competencia de buena fe entre las empresas en la economía moderna, exige necesariamente que esta suerte de dumping social que implica el incumplimiento de los derechos emanados de los contratos de trabajo, sea adecuadamente sancionado.

4. Perfeccionamiento al régimen de capacitación laboral. En otro orden de cosas, se ha estimado necesario introducir a la discusión legislativa, en paralelo a esta iniciativa legal, mediante un proyecto que se ingresa a la H. Cámara de Diputados, algunos perfeccionamientos a las normas sobre capacitación laboral, principalmente en lo referido a: la nivelación de estudios básicos y secundarios con cargo a la franquicia tributaria; la incorporación de módulos de formación para carreras técnico profesionales en los centros de formación técnica, financiados mediante la franquicia tributaria; la capacitación de dirigentes sindicales, y la flexibilización de los requisitos operativos de la franquicia tributaria del Servicio Nacional de Capacitación y Empleo, a fin de

favorecer la capacitación en el uso de nuevas tecnologías de la información, y promover el acceso de los discapacitados a la capacitación laboral. La formación profesional forma parte de nuestros objetivos, de modo que tanto trabajadores como empleadores se beneficien de las competencias adquiridas y se contribuya de este modo en forma significativa a la empleabilidad.

5. Nuevas modalidades de contratación. Por otra parte, conscientes de las transformaciones en el mercado de trabajo, y principalmente en la estructura del empleo y de la organización del trabajo, se ha estimado necesario incorporar a la legislación del trabajo, diversas fórmulas contractuales de promoción del empleo. Dichas fórmulas buscan constituir un adecuado instrumento de la política social a través de normas proactivas para la contratación que, sin entorpecer el desarrollo productivo de las empresas, resguarden debidamente al trabajador, contribuyan de otra parte a combatir la precarización del trabajo y su consecuente exclusión social. Se busca, pues, una regulación que establezca normas claras, que incentiven la contratación, pero que otorguen efectiva protección social a quienes contribuyen a generar los bienes y servicios. Por eso, hemos estimado necesario incluir en el proyecto normas que den cuenta de las nuevas tendencias en materia de contratación y de formas promocionales de empleo, así como la introducción de mecanismos que permitan la adaptabilidad laboral.

a. Trabajo efectuado desde lugares distintos del recinto empresarial a través de medios tecnológicos: el teletrabajo. Algunos de estas nuevas formas a las que la ley laboral debe dar cobertura, han tenido expresión en el modo productivo, aunque sin regulación normativa expresa, como es el caso del trabajo a tiempo parcial. Otras formas, de más reciente aparición, exigen una regulación, particularmente porque responden a formas organizativas del trabajo y de las empresas que se proyectan hacia el futuro, en la medida en que la tecnología se sigue desarrollando, como el trabajo que se presta en lugar distinto del recinto de la empresa mediante los modernos medios tecnológicos o el teletrabajo.

b. El empleo juvenil y el contrato de formación. Una preocupación permanente del Gobierno es el trabajo de los jóvenes. Hay detrás de la posibilidad de empleo, una serie de otras consecuencias sociales para la familia y para la sociedad. Promover el empleo juvenil no sólo implica favorecer el derecho al trabajo de estos chilenos, sino también contribuir a evitar una serie de problemas sociales que afectan duramente a las familias, como ocurre con el ocio y la drogadicción. Más trabajo para los jóvenes es reconocer su dignidad de personas. Para ello se introduce "el contrato de trabajo formación", que permite su contratación, incentivada por mecanismos compensatorios a los gastos en capacitación sin desprotección social. Es esta una figura contractual que debiera ser especialmente aplicable en la micro y pequeña empresa.

Consideramos, además, que ello permitirá elevar la competitividad de un sector que tiene una alta contribución en el empleo.

c. Flexibilización de la jornada laboral. También bajo la idea de adaptación, proponemos introducir una innovación para permitir la adaptabilidad de las empresas en sus jornadas de trabajo a los requerimientos productivos, promoviendo el traslado de competencias de la ley a la autonomía colectiva. En efecto, considerando la velocidad de las transformaciones que inciden en la competitividad de las empresas, el proyecto hace posible los pactos de adaptabilidad entre éstas y los trabajadores, con el propósito que puedan ajustar las jornadas de trabajo. Dicha medida es también un instrumento de defensa del empleo de los trabajadores y de adaptación de las empresas, en términos que se permiten los ajustes orientados a un mejor desempeño en el mercado. Dado el traslado de competencias, se ha estimado esencial a la existencia de estos pactos, radicar en el sindicato el sujeto habilitado para la negociación de ellos; lo contrario significaría una desregulación que, en esta materia, el Gobierno no persigue ni acepta.

Al regular estas materias, se está dando cuenta de fenómenos que recorren con velocidad las economías modernas y cuya regulación genera temores en sectores de trabajadores, dado que ésta pudiera significar una pérdida importante de sus derechos. Sin embargo, es necesario puntualizar que

establecer reglas claras que resguarden para los trabajadores sus derechos actualmente vigentes, como por ejemplo los relativos a su descanso en días domingos y festivos, a sus remuneraciones, fueros y otros, refleja nítidamente el objetivo del Gobierno de continuar adecuadamente la modernización de nuestro sistema de relaciones laborales con el necesario logro de mayores niveles de equidad en su seno. La propuesta asume una reformulación necesaria, dado los cambios en el concepto tradicional de la relación de empleo, que permitirá la adaptación y en consecuencia, la mayor estabilidad para los trabajadores y para las empresas. Por ello, consideramos como deber del Estado proveer de una regulación adecuada para que estos cambios permitan que unos y otros sean beneficiados frente a los desafíos que les impone la competencia.

6. Protección a los trabajadores de temporada. Finalmente, se ha estimado de urgente necesidad incorporar en la presente iniciativa, normas de protección en la relación laboral, de los trabajadores de temporada, considerando las especiales condiciones en que desarrollan su trabajo y las modalidades que las empresas del sector han adoptado para su contratación. Se trata de trabajadores que están permanentemente en el límite de la precariedad, no obstante que su labor es fundamental en el desarrollo de vastos sectores de la actividad económica del país, algunos de ellos ligados a la actividad exportadora, de tanta trascendencia para la economía nacional.

II. CONTENIDO DEL PROYECTO.

1. Normas sobre libertad sindical. Un primer orden de materias del proyecto se refiere a la libertad sindical. Se propone lo siguiente:

a. Derecho de sindicalización. El proyecto, en primer lugar, propone hacer posible, en la forma más amplia, el derecho de sindicalización de los trabajadores, reconociéndoles una mayor amplitud en los tipos de sindicatos bajo los cuales se pueden reunir. De ahí que propone cambiar el criterio restrictivo que actualmente se contiene en el artículo 216 del Código del Trabajo, por una enumeración no taxativa de ellos, que reconozca expresamente su derecho a organizarse de la forma que parezca más adecuada a la representación de sus intereses, tanto en los tipos de sindicatos como en su estructura y fines. Con el mismo propósito, se reducen los quórum para la constitución de sindicatos, en las empresas con 50 o menos trabajadores. Para tal efecto, se propone establecer una exigencia de 8 trabajadores, sin expresión de porcentaje, para formar un sindicato. En las empresas de más de 50 trabajadores, se mantiene el quórum de constitución de 25 trabajadores que representen el 10% de los que laboran en la empresa. Por otra parte, en el caso de los sindicatos de establecimiento, se reduce el quórum a trabajadores que representen el 30%, manteniéndose el requisito numérico.

Unido a lo anterior, se propone, además, una norma de promoción sindical, que favorecerá la constitución de organizaciones sindicales en las empresas de más de 50 trabajadores. Para ello, se dispone que la formación del primer sindicato en aquellas empresas en que no existe, se requerirá del mínimo numérico o porcentual señalado, cualquiera de estos que sea más bajo. De esta forma, se hace posible la sindicalización, pues se reduce el quórum. Además, se contribuye a un proceso de organización que puede seguir tras la formación de ese sindicato en una empresa en la que no lo ha habido.

b. Protección del derecho de sindicalización y fuero para la constitución de sindicato. Enseguida, se postula el otorgamiento de fuero laboral a todos los trabajadores que concurran a la constitución de una organización sindical, desde los 10 días anteriores a la asamblea constitutiva del sindicato y hasta los 30 días posteriores a su constitución, con un máximo total de 40 días con límite anual de ejercicio. Se establece una norma especial respecto del sindicato de trabajadores transitorios o eventuales. Esta norma, que recoge la doctrina expresada en recientes fallos de la Corte Suprema, contribuye a la efectiva protección del ejercicio del derecho de sindicalización, a la vez que contribuye a dar cumplimiento a lo establecido en los convenios de libertad sindical.

c. Representación sindical. El proyecto, por otra parte, amplía la regla de designación de delegado sindical contenida en el artículo 229 del Código del

Trabajo. Actualmente es de un trabajador; el proyecto la amplía a tres cuando se trata de 25 o más trabajadores. Ellos tendrán fuero sindical de conformidad a las reglas generales. Esta norma permitirá que en los sindicatos interempresa y de trabajadores transitorios o eventuales, dada la naturaleza de la organización, exista un mecanismo efectivo de representación cuando en el directorio elegido, no haya trabajadores de una empresa determinada, facilitando, además, la interlocución en ella de trabajadores de la misma empresa.

d. Autonomía sindical efectiva. Es una crítica frecuente al régimen jurídico de la organización sindical, su excesiva regulación porque la ley restringe los niveles de actuación de la autonomía colectiva, en especial, de aquellas materias que deben ser objeto de normativa emanada de la propia organización de los trabajadores. Por eso, el proyecto establece y reconoce la plena autonomía de las organizaciones sindicales para determinar en sus estatutos sus finalidades, organización y funcionamiento, como expresión de libertad sindical. Con ello, se produce la retirada de la norma heterónoma en la regulación de ellas, salvo en los aspectos en que ha parecido necesario mantenerla. Entre las materias que quedan entregadas al estatuto sindical, está el régimen sindical electoral. Sin embargo, éste debe asegurar una efectiva democracia interna, preservando la adecuada representación de mayorías y de minorías, no siendo admisible la discriminación arbitraria entre los trabajadores elegibles. En consecuencia, el estatuto determinará los requisitos de elegibilidad de representantes sindicales

y el número de los directores a elegir, debiendo contemplar la formación de una comisión electoral.

e. Fusión de organizaciones sindicales. Enseguida, se reconoce la fusión de dos o más organizaciones sindicales por la sola votación de la asamblea, pasando los bienes a la nueva organización y disponiéndose un mecanismo de transición en la representación sindical. Este es un aspecto no considerado en la legislación vigente y permitirá la expresión de la voluntad colectiva de los trabajadores.

f. Afiliación y constitución de organizaciones de grado superior. Por otra parte, se simplifican los mecanismos de constitución y de afiliación a organizaciones de grado superior, mediante votación de la asamblea de los trabajadores, favoreciéndose la efectiva organización en los grados superiores. Se ha simplificado, además, la legislación en estas materias, con el objetivo de favorecer los niveles de sindicalización superior.

g. Beneficios sindicales post-contrato. Además, el proyecto establece la posibilidad que el trabajador mantenga una vinculación con la federación a la que ha estado afiliada su sindicato, una vez finalizada la relación laboral que le dio origen, para el solo efecto de gozar de los beneficios asistenciales,

especialmente de la capacitación laboral, en la modalidad que establezcan los estatutos.

h. Disolución de las organizaciones sindicales. Finalmente, se eliminan las causales de disolución de las organizaciones sindicales que no correspondan a la voluntad de los trabajadores que la forman o al incumplimiento de ley, en este caso por resolución judicial.

2. Protección contra las prácticas antisindicales. Un segundo orden de materias del proyecto, se refiere a las prácticas antisindicales. Aquí se propone lo siguiente:

a. Facultad de la Dirección del Trabajo para disponer reintegro del trabajador. En primer lugar, se explicita el nivel de amparo normativo frente a las conductas atentatorias al fuero sindical. En tal sentido, se reconoce la facultad de la Dirección del Trabajo para instruir el reintegro inmediato del trabajador, como una medida necesaria de protección eficaz de dicha institución, que permita el efectivo funcionamiento de las normas que consagran las prerrogativas sindicales.

b. Despido antisindical. El proyecto recoge la doctrina jurisprudencial respecto del despido antisindical, en cuanto expresión de una efectiva tutela de la

libertad sindical, pues es sabido que para el ejercicio eficaz de los derechos sindicales, es necesario establecer normas que permitan su efectivo ejercicio.

c. Publicidad como sanción adicional a las prácticas antisindicales. También el proyecto dispone la publicación del extracto del fallo condenatorio por práctica antisindical, de costa del infractor.

d. Reforzamiento del rol de la autoridad administrativa. Por último, se reconoce el rol activo a la Dirección del Trabajo para que, actuando de oficio o a petición de parte, obligatoriamente, investigue los hechos y formule la denuncia ante el tribunal competente si ello procede. Adicionalmente, se incrementan significativamente las sanciones a aplicarse por este concepto.

3. Protección de derechos fundamentales. Un tercer contenido del proyecto, aborda la protección de los derechos fundamentales. En esta materia, se establece lo siguiente:

a. Promoción de los derechos fundamentales. En primer lugar, se incorpora de manera expresa a nuestra legislación laboral la obligación del empleador de respetar las garantías de rango constitucional de los trabajadores, en el marco de las relaciones laborales en la empresa, garantizándose su resguardo, en

especial su derecho a la vida privada, la intimidad y la información confidencial del trabajador.

b. Necesidad de registrar en el Reglamento Interno medidas que afecten derechos fundamentales. Enseguida, se incorpora un nuevo numeral en el artículo 154 del Código del Trabajo, que establece la obligación de consignar en el Reglamento Interno las medidas que adopte el empleador que se refieran a los derechos fundamentales de sus trabajadores. El proyecto posibilita que se recurra ante la Dirección del Trabajo para impugnar aquellas disposiciones que vulneren tales derechos.

c. Discriminación laboral. En este punto, se asume la definición de prácticas discriminatorias contenida en el Convenio N° 111 de la OIT, ratificado por Chile. Además, se establece expresamente que quien sea víctima de situaciones de discriminación, tendrá derecho a recurrir a los tribunales laborales, demandando indemnizaciones por los daños, incluidos los morales, que ésta haya podido causarle.

4. Modernización de las normas de amparo a los derechos laborales. El proyecto también aborda aspectos vinculados al amparo de los derechos laborales. En esta materia, se propone lo siguiente:

a. Nuevo concepto de empresa. En primer lugar, se modifica el concepto de empresa que contiene el Código del Trabajo, vinculándolo con el concepto de empleador. De esta forma, se establece la debida armonía con otras definiciones de empresa del propio Código y con la aplicación del principio de primacía de la realidad, esencial en la disciplina jurídica que regula el trabajo dependiente.

b. Existencia del contrato. Enseguida, se establece la facultad del Inspector del Trabajo de calificar la concurrencia de los elementos que configuran la relación laboral, de la que se puede recurrir judicialmente.

c. Horas extraordinarias. Además, se explicita el carácter extraordinario de las horas extras. Estas deben responder a los requerimientos productivos de la empresa, disponiéndose que deben constar por escrito y tener una vigencia transitoria. Con ello, se persigue terminar con las prácticas inadecuadas de transformar el trabajo extraordinario en ordinario, con los consecuentes efectos sociales y laborales.

d. Multas administrativas. Finalmente, se uniforma el régimen de multas, sin perjuicio de aquellas especiales, elevándose sus montos. A la vez, se introducen sanciones proporcionales y alternativas, con lo que se hace posible promover mayores niveles de cumplimiento de la norma legal.

5. Nuevas modalidades de contratación y formas promocionales de empleo. Un aspecto central del proyecto se refiere a las modalidades de contrataciones y a las formas promocionales de empleo. Al efecto, se propone:

a. Contrato a tiempo parcial. En primer lugar, se tipifica la figura del contrato a tiempo parcial, de un máximo de 30 horas semanales. Bajo este régimen, se permite pactar seis horas extraordinarias de trabajo a la semana con un máximo de dos por día y se establece que la jornada diaria debe ser continua, sin que medie interrupción alguna que no sea para colación, la que no podrá ser inferior a media hora ni superior a una hora. Se flexibiliza, además, la distribución de la jornada, con garantías para el trabajador.

b. Régimen de Trabajo prestado en lugar distinto al de la empresa. Enseguida, se regulariza el "teletrabajo", esto es, aquel que se desarrolla por trabajadores contratados para prestar sus servicios fuera del lugar de funcionamiento de la empresa, mediante la utilización de medios tecnológicos, como pueden ser los informáticos o de telecomunicaciones. Al efecto, se deroga el inciso penúltimo del artículo 8 del Código del Trabajo, armonizándose la aplicación de dicho Código con los restantes trabajadores que laboren en un lugar distinto de la empresa, aunque no sea mediante elementos de tecnología y comunicación avanzados.

c. Contrato de promoción del empleo juvenil o de Trabajo-Formación. Esta nueva modalidad que se propone, tiene por objeto fomentar la contratación juvenil y elevar los estándares laborales y de competencias de los jóvenes, a través del fomento a la formación profesional. Se propone facultar al empleador para imputar al pago de las indemnizaciones por años de servicio, el costo de la formación profesional de los cursos de capacitación que hayan realizado estos trabajadores y que se encuentren autorizados por el SENCE, con el límite de sesenta días de indemnización. Esta modalidad de contratación esta limitada de acuerdo al tamaño de la empresa.

d. Restricción a las nuevas modalidades de contratación. Finalmente, cabe señalar que ninguno de las modalidades contractuales propuestas, puede ser utilizada para reemplazar a trabajadores que se encuentren ejerciendo su derecho de huelga legal.

6. Adaptabilidad de la jornada de trabajo. El proyecto, por otra parte, introduce el concepto de adaptabilidad en las condiciones de empleo, entregado a la autonomía colectiva, como mecanismo de resguardo frente al traslado de la competencia de la ley, como fuente única de determinación de ellas. Al efecto, se establece lo

siguiente:

a. Autorización para pactar mensualización de la jornada laboral. En primer lugar, se propone establecer la opción para que el empleador y el sindicato opten por la mensualización de la jornada de trabajo. Para ello, se dispone una jornada ordinaria alternativa de 186 horas mensuales y un máximo de 30 horas extraordinarias durante el mismo lapso.

b. Límite de 12 horas en la jornada diaria y derecho a descanso semanal. En segundo lugar, para los trabajadores acogidos a esta norma, se impone una jornada diaria máxima de trabajo de 12 horas. A su vez, la jornada diaria de trabajo se debe dividir en dos partes, dejándose entre ellas un tiempo de colación de 30 minutos para las jornadas de hasta 10 horas diarias de duración y de una hora imputable a la jornada para las jornadas que superen las 10 horas diarias de duración. Los trabajadores acogidos a este tipo de jornada, mantienen su derecho de descanso semanal, de conformidad a las reglas generales.

c. Necesidad de acuerdo en asamblea para adoptar jornada mensual. Finalmente la iniciativa, condiciona la adopción de la jornada mensual al acuerdo previo de la asamblea, en voto secreto y en presencia de Inspector del Trabajo, en calidad de ministro de fe. Los acuerdos de adaptabilidad debe ser registrados y revisados de oficio por la Dirección del Trabajo a efecto de hacer

un control de legalidad y revisión de los eventuales impactos negativos en la salud o la vida de los trabajadores, pudiendo observarlos y declarar su improcedencia, fundadamente.

7. Trabajadores de temporada: explicitación de deberes de alimento, alojamiento y traslado del empleador. Un último aspecto del proyecto, es que se mejoran las condiciones de trabajo de los trabajadores de temporada, por la vía de aumentar la eficacia de las normas vigentes. Específicamente, se propone: Por una parte, se explicita la obligación del empleador de asumir el costo de la alimentación, alojamiento y traslado de los trabajadores temporeros cuando no puedan acceder a su residencia por causas de transporte y distancia, de conformidad a lo establecido en el artículo 95 del Código del Trabajo.

ANEXO II

ORD.: 0260 / 0019

MAT.: De acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores.

ANT.: Presentación del señor Gianpaolo Peirano, de 21.02.2001.

FUENTES:

Constitución Política, artículo 19 N^{os}. 5, 24 y 26.

Código del Trabajo, artículos 5^o y 153 y 154.

SANTIAGO, 24 DE ENERO DEL 2002

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SEÑOR GIANPAOLO PEIRANO

VITACURA N° 2939, PISO 8°

L A S C O N D E S /

Se consulta a esta Dirección, si es lícito que la empleadora tenga acceso a la correspondencia electrónica de sus trabajadores, en el caso que el dependiente use bienes de propiedad de ésta.

Como se advierte, en la situación descrita aparecen en conflicto dos valores, los que a su vez el ordenamiento jurídico ampara mediante dos garantías constitucionales distintas, debiendo resolverse, en consecuencia, la forma en que deben compatibilizarse ambas y en que condiciones prima una sobre la otra. Por una parte, la garantía constitucional de

inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, y por la otra, la facultad del empleador de organizar, dirigir y administrar su empresa, que emana de la garantía constitucional del derecho de propiedad, contempladas respectivamente, en el artículo 19 Nos 5 y 24 de la Constitución Política del Estado.

Asimismo, especial consideración deberá prestarse al actual inciso 1º del artículo 5º del Código del Trabajo, incorporado por el párrafo Nº 4 del artículo único de la ley Nº 19.759, que precisa:

“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”.

Ahora bien, la experiencia práctica que emana de los hechos y la costumbre, indican que en el ámbito de las relaciones de trabajo, lo habitual y frecuente es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes, aún cuando la línea y el aparato pertenezcan al empleador. Igual cosa sucede con cierto mobiliario y lugares de la empresa que usa el dependiente, tales como casilleros, escritorios y cajones, entre otros, en que lo corriente será que estos reductos sean una

proyección natural de la persona y actividad del dependiente, y por tanto, habitualmente tampoco serán controlados ni invadidos por el empleador, aún cuando -se reitera- en estricto rigor sean de propiedad de éste. Con similar predicamento deben abordarse las situaciones a que dé lugar el uso del correo electrónico.

Lo anterior no es impedimento para que resulte aconsejable la regulación formal del uso de estos bienes de que es titular la empleadora, lo que naturalmente no puede ni debe significar limitar la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada.

En efecto, como se sabe, es obligatorio para las empresas que ocupen diez o más trabajadores, “confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento”, conforme lo precisa el inciso 1º del actual artículo 153 del Código del Trabajo. Previa la entrada en vigencia de esta normativa, de oficio o a petición de parte, esta Dirección puede “exigir modificaciones al referido reglamento interno en razón de ilegalidad”, según -ahora- el inciso final de la citada disposición legal.

Conforme a estas disposiciones legales, será entonces el empleador quién podrá tomar la iniciativa para formalizar esta normativa interna de la empresa y, en el ámbito de sus facultades de administración, podrá también incorporar preceptos a este reglamento **con el fin específico** de regular, limitar o restringir el empleo de los correos electrónicos por los dependientes, todo lo cual no obsta - como se ha dicho - que “El delegado del personal, cualquier trabajador, o las organizaciones sindicales de la empresa respectiva” (artículo 153 inciso 3º del Código del Trabajo), pueda impugnar de ilegalidad estas normas ante este Servicio. Se reitera, esta regulación podrá recaer en el **uso del correo electrónico**, no en la garantía constitucional de inviolabilidad de la comunicación privada.

Con todo, deberá tenerse presente que el artículo 154 del Código del Trabajo precisa una serie de disposiciones que, “a lo menos”, debe contener este reglamento interno, y, entre ellas, la N° 5, que precisa: “las obligaciones y prohibiciones a que estén sujetos los trabajadores”. Pues bien, de regularse el uso del correo electrónico por el reglamento interno de la empresa, conforme al inciso final del referido artículo 154, “Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el N° 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en

todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador”.

En empresas de menos de diez trabajadores, nada impide que esta regulación opere por la vía del contrato individual de trabajo o el instrumento colectivo, cuidando siempre de preservar la plena vigencia de la garantía constitucional involucrada, la que no podrá en ningún caso ni en ninguna medida ser materia de acuerdo entre las partes ni tampoco de regulación por el reglamento interno de la empresa.

Por ejemplo, podrá regularse radicalmente el uso del correo electrónico por alguna de las formas descritas precedentemente, en términos tales que todo envío del personal se efectúe con copia a alguna Gerencia o Unidad de la empresa, envío que de esta forma perderá - en el instante - su condición de comunicación privada, regulación que sin embargo no es practicable en el caso de la recepción de correspondencia electrónica, y por tanto, en este aspecto, esta modalidad de comunicación conserva siempre su carácter privada, como asimismo, permanecerá plenamente amparada por la referida y correspondiente garantía constitucional.

Asimismo, la doctrina comparada ha imaginado los costos de uso extraproductivos del correo electrónico, los que

también podrían regularse por el reglamento interno de la empresa: “Siendo el titular de la empresa el pagador de los gastos inherentes al uso del correo electrónico, no se le puede, de entrada, exigir que vaya a su costa la utilización del mismo para fines personales del asalariado o no relacionado directamente con la propia producción o la prestación del servicio de que se trate: se trataría de un enriquecimiento injusto, cuando no, en determinados casos, de un abuso de derecho o una deslealtad contractual” (Miguel Angel Falguera i Baró, “Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador”, Revista Relaciones Laborales Nº 22, España, noviembre de 2000, página 24).

En síntesis, como se ha dicho, el empleador podrá regular las condiciones de uso de los correos electrónicos, cubriendo los casos y situaciones descritos precedentemente y otros, pero en ningún caso - ni por reglamento interno ni por acuerdo de las partes - podrá regularse el ejercicio mismo de la respectiva garantía constitucional.

Por lo demás, no podría ser de otra forma, si se tiene presente que aún las regulaciones legales de una garantía constitucional autorizadas por la propia Constitución, “no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que

impidan su libre ejercicio” (artículo 19 N° 26 de la Constitución Política del Estado).

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones constitucionales y legales precedentes, cúpleme manifestar a Ud. que de acuerdo a las facultades con que cuenta el empleador para administrar su empresa, puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores.

Saluda a Ud.,

MARIA ESTER FERES NAZARALA

ABOGADA

DIRECTORA

ANEXO III

ORD. Nº 4916 / 0226

MAT.: Un trabajador chofer que presenta determinada incapacidad a la vista estará obligado a someterse a exámenes o controles médicos periódicos como medida de prevención, si ello desde un punto de vista laboral se encuentra establecido en el reglamento interno de higiene y seguridad de la empresa, cuya inobservancia podrá ser sancionada con medidas disciplinarias de amonestación o multa, regulada en el artículo 157 del Código del Trabajo.

ANT.: Presentación de 02.11.2001, de Sr. Héctor Muñoz Sakamoto, por empresa Pinturas Muñoz Sakamoto y Cía. Ltda.

FUENTES:

Código del Trabajo, arts. 153; 154 N^{os}. 9 y 10; 157, y 184, inciso 1^o.

Ley 16.744, art. 67.

D.S. N^o 40, de 1969, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, art. 14.

SANTIAGO, 21 DE DICIEMBRE DEL 2001

DE : DIRECTORA DEL TRABAJO

A : SEÑOR HECTOR A. MUÑOZ SAKAMOTO

SAN EDUARDO N° 0290

COMUNA DE LA CISTERNA/

Mediante presentación del Antecedente solicita un pronunciamiento de esta Dirección acerca de medidas a adoptar y si existe alguna disposición, que obligue a un trabajador chofer operado de catarata y posteriormente acogido a licencia médica por desprendimiento de retina, a efectuarse controles médicos periódicos a la vista, como medida en favor de su seguridad, de los demás trabajadores y para precaver eventuales responsabilidades civiles y penales de la empresa.

Se agrega, que el trabajador no ha concurrido a citas con especialistas de la Mutual Asociación Chilena de Seguridad que el experto en prevención de riesgos de la empresa le ha conseguido.

Sobre el particular, cúpleme informar a Ud. lo siguiente:

En términos generales, es posible señalar que la legislación laboral y específicamente el Código del Trabajo, no contempla

disposición legal expresa alguna que obligue al trabajador a efectuarse controles periódicos de salud como medida preventiva.

Con todo, el artículo 154 del Código del Trabajo, en el N° 9, dispone:

"El reglamento interno deberá contener, a lo menos, las siguientes disposiciones:

"9. las normas e instrucciones de prevención, higiene y seguridad que deban observarse en la empresa o establecimiento";

De la norma legal anteriormente citada se desprende, que en el reglamento interno de orden higiene y seguridad de la empresa, que según el artículo 153 del Código del Trabajo, modificado por ley 19.759 de reciente vigencia, debe existir en toda empresa, establecimiento, faena o unidad económica que ocupe normalmente 10 o más trabajadores permanentes, se deberá establecer, a lo menos, entre otras disposiciones, normas e instrucciones sobre prevención, de higiene y seguridad que deban observarse en la empresa.

De esta manera, en el indicado reglamento interno, sería factible establecer en cumplimiento del numeral 9 transcrito, un control periódico de salud de los trabajadores de la empresa, atendiendo especialmente la función que desempeñan, como medida preventiva no sólo para evitar accidentes, o enfermedades comunes como sería la de la especie, sino también del trabajo o profesionales.

Por su parte, el numeral 10, del mismo artículo 154, prescribe:

"10. las sanciones que podrán aplicarse por infracción a las obligaciones que señale este reglamento, las que sólo podrán consistir en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria".

De este modo, en el mismo reglamento interno de la empresa deberá consignarse, además, las sanciones que se podrá aplicar a los trabajadores en caso de infracción a las obligaciones que contenga su texto, las que sólo podrán consistir en amonestaciones verbales o escritas y multas, no pudiendo éstas últimas exceder el 25% de la remuneración diaria, cuyo destino está precisado en el artículo 157 del Código.

De esta suerte, de acuerdo a las disposiciones laborales citadas, el empleador podrá, a través del reglamento interno de la empresa, establecer la obligación para los trabajadores de practicarse exámenes periódicos de salud, como medida preventiva, y de no cumplirse, la posibilidad de ser sancionados en la forma fijada en el mismo reglamento.

Todavía más, y en forma más acotada, en materia de prevención de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, el artículo 67, de la ley 16.744, "sobre seguro social contra accidentes del trabajo y enfermedades profesionales", dispone :

"Las empresas o entidades estarán obligadas a mantener al día los reglamentos internos de higiene y seguridad en el trabajo y los trabajadores a cumplir con las exigencias que dichos reglamentos les impongan. Los reglamentos deberán consultar la aplicación de multas a los trabajadores que no utilicen los elementos de protección personal que se les haya proporcionado o que no cumplan las obligaciones que les impongan las normas, reglamentaciones o instrucciones sobre higiene y seguridad en el trabajo. La aplicación de tales multas se regirá por lo dispuesto en el Párrafo I del Título III del Libro I del Código del Trabajo".

Como es dable desprender de la disposición legal antes citada, todas las empresas, y no sólo las que reúnan el mínimo de 10 trabajadores que indica el artículo 153 del Código del Trabajo, están obligadas a mantener un reglamento de higiene y seguridad, y llevarlo al día, y los trabajadores a cumplirlo, y de no hacerlo, ser sancionados precisamente con multa, cuya aplicación se regirá por las normas antes citadas y comentadas.

Lo expresado, en cuanto a la procedencia del reglamento interno de higiene y seguridad, se encuentra ratificado en el artículo 14 del D.S. N° 40, de 1969, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, o reglamento sobre prevención de riesgos profesionales de la ley 16.744, que señala:

"Toda empresa o entidad estará obligada a establecer y mantener al día un reglamento interno de seguridad e higiene en el trabajo, cuyo cumplimiento será obligatorio para los trabajadores. La empresa o entidad deberá entregar gratuitamente un ejemplar del reglamento a cada trabajador".

De lo anteriormente analizado es posible concluir, al tenor de lo consultado, que si en el reglamento interno de la empresa sobre higiene y seguridad, se contempla la obligación para los trabajadores de someterse a exámenes periódicos de salud, como medida de prevención,

especialmente cuando sus especiales funciones lo ameriten, sería la manera de obligarlos a practicarse tales controles, que de no ser acatada podría llevar a que se les aplique las medidas disciplinarias que incluyen la multa.

En todo caso, corresponde precisar, que el artículo 184 del Código del Trabajo, que consagra el deber de seguridad que asume el empleador al otorgar trabajo, obliga a éste a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, medidas cuyo detalle no compete a esta Dirección señalar o sugerir.

Por otro lado, cabe agregar, a mayor abundamiento, que en el caso concreto que se plantea podría llegar a configurarse una infracción a la ley 18.290, o Ley del Tránsito, si eventualmente se deja de reunir las condiciones de aptitud necesarias para conducir vehículos motorizados, cuya aplicación y comentario es totalmente ajeno a este Servicio.

En consecuencia, de conformidad a lo expuesto y disposiciones legales y reglamentarias citadas, cúpleme informar a Ud. que un trabajador chofer que presenta determinada incapacidad a la vista estará obligado a someterse a exámenes o controles médicos periódicos como medida de prevención, si ello desde un punto de vista laboral se encuentra establecido en el reglamento interno de higiene y seguridad de la empresa, cuya inobservancia podrá

ser sancionada con medidas disciplinarias de amonestación o multa, regulada en el artículo 157 del Código del Trabajo.

Saluda a Ud.,

MARIA ESTER FERES NAZARALA

ABOGADA

DIRECTORA DEL TRABAJO