

DIRECCION DEL TRABAJO
DEPARTAMENTO JURIDICO
K. 20197(1390)/96

0684

050

ORD. N° _____/_____/_____

MAT.: El uso del polígrafo aplicado a la selección de personal así como a los trabajadores que actualmente se desempeñan en la Empresa American Airlines, para los fines de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, es contrario al orden jurídico laboral chileno.

ANT.: Presentación de American Airlines, de 18.10.96.

FUENTES:

Constitución Política de la República, Artículos 5°, 7° y 19 N° 1, 2, 7, 16 y 26; Código del Trabajo, artículo 153.

CONCORDANCIAS:

Ords. N° 4842/300, de 15.09.93;
8273/337, de 19 12.95.

SANTIAGO, 06 FEB 1997

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO
A : SRA. PAMELA CAMUS
DIRECTORA PARA CHILE AMERICAN AIRLINES
HUERFANOS N° 1199
SANTIAGO/

Mediante presentación citada en el antecedente, se ha solicitado a esta Dirección un pronunciamiento acerca de la legalidad del empleo y uso del polígrafo en los procesos de selección de los futuros empleados de seguridad de la Empresa American Airlines, así como respecto del personal que actualmente se desempeña en dichas tareas. Expresa la solicitante, que el objeto de usar dicho artefacto, no es otro que el de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes. Señala, por último, que el procedimiento de uso de aquel equipo se incorporaría al Reglamento Interno de la Empresa, mediante una modificación de su articulado.

Sobre el particular, cumplo con informar a Ud. lo siguiente:

1) Las modificaciones al Reglamento Interno que la Empresa American Airlines propone son los siguientes:

"Artículo Primero: Agrégase el siguiente N° 13:

"13. Los postulantes a cargos de seguridad en la empresa deberán aprobar satisfactoriamente una prueba de polígrafo, de conformidad con el procedimiento para el uso de polígrafo que se contiene en el Anexo A del presente Reglamento."

"Artículo Décimo Octavo: Agrégase el siguiente N° 19.

"19. El personal de seguridad deberá someterse a los exámenes de polígrafo que requiera la empresa de conformidad con el procedimiento para el uso de polígrafos que se contiene en el Anexo A del presente Reglamento."

El Reglamento Interno para el personal de American Airlines Inc., Agencia en Chile, Anexo A, Procedimiento Para Uso De Polígrafo, señala:

"El polígrafo es un dispositivo que registra ciertos cambios fisiológicos como una presión sanguínea, pulso, transpiración, etc, mientras el examinador formula preguntas al examinado su uso es absolutamente indoloro e inocuo.

"Con el objeto de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, la empresa puede requerir a futuros postulantes a cargos de seguridad en la empresa y a quienes desempeñen dichos cargos, el someterse a un examen de polígrafo, de conformidad a los procedimientos que se detallan a continuación.

"1. El uso del polígrafo se circunscribirá, exclusivamente, a la detección de casos de consumo, tráfico, contrabando y en general, a situaciones que razonablemente revistan el carácter de delito.

"2. La aplicación de las pruebas se efectuará en privado, on pleno resguardo y respeto de la dignidad y privacidad del examinado y los resultados del mismo serán manejados con estricta reserva

"3. La negativa a someterse a la prueba o un eventual resultado negativo de la misma, no constituirá, por si sola, evidencia suficiente para configurar alguna de las causales de despido contenidas en el artículo 160 del Código del Trabajo o para rechazar a un postulante a un cargo o empleo en la empresa.

"4. Derechos del examinado:

"a) El examinado tendrá derecho a solicitar la terminación de la prueba en cualquier momento.

"b) El examinado no será preguntado de manera diseñada a degradarlo o a inmiscuirse en sus asuntos personales en forma injustificada e innecesaria.

"c) El examinado no será preguntado respecto a: (i) creencias religiosas; (ii) afiliación política; (iii) asuntos relacionados con su conducta sexual; (iv) posición, afiliación u opiniones relacionadas con sindicatos u organizaciones de trabajadores.

"d) El examinador no procederá a tomar prueba en caso de que exista suficiente evidencia médica escrita de que el examinado sufre de una condición médica o psicológica o está afecto a un tratamiento médico o psicológico que pueda causar respuestas anormales durante la ejecución de la prueba.

"5. Número de prueba y duración.

"El examinador no conducirá más de dos pruebas completas por día calendario en el cual se realiza el examen y este último no tendrá una duración superior a 90 minutos".

Frente a lo precedentemente expuesto, conviene, como inicio de nuestra labor hermética, que nos formulemos la siguiente pregunta, a saber: ¿Tiene derecho un empleador, con el objeto de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, a requerir de sus postulantes a cargos de seguridad y a quienes actualmente se desempeñen en dichos cargos, el someterse a un examen de polígrafo?.

Como se advertirá, la pregunta más de fondo, en definitiva, apunta, a determinar si el uso de este instrumento podría vulnerar los derechos de las personas. Y dicha pregunta encuentra su respuesta, esencialmente, en el plano constitucional.

En efecto, como sabemos, los derechos de las personas sólo pueden ser afectados por el producto legislativo del ejercicio de la soberanía popular, la cual reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos de estado, dice el inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, respetar y promover tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Según el inciso 1º del artículo 7º de la Constitución, "Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes".

Pues bien, preguntarse acerca de si un empleador, con el objeto de prevenir delitos, tales como el contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, tiene derecho a requerir de sus postulantes a cargos de seguridad y a quienes actualmente se desempeñen en dichos cargos, el someterse a un examen de polígrafo, pasa, en definitiva, por determinar si el ejercicio de tal derecho vulnera el ejercicio de otros derechos fundamentales .

Los derechos básicos de las personas están reconocidos en la Constitución Política de la República.

Sobre el particular, los derechos que se pondrían en juego en caso de usar el polígrafo para los fines indicados, son los siguientes, a saber: Derecho a la integridad psíquica de la persona (Art. 19 N° 1 de la C.P.); Derecho de toda persona a no ser discriminado mediante el establecimiento de diferencias arbitrarias y Derecho a la libertad de trabajo y su protección (Art. 19 N° 2 y 16 de la C.P.), y Derecho al respeto y a la protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia (Art. 19° N° 4 de la C.P.).

En efecto:

a) Se pone en juego el derecho a la integridad síquica de la persona, puesto que al ser examinado mediante un polígrafo, objetivamente se estaría colocando a la persona en una situación "estresante", fuera de lo normal o, en el mejor de los casos, en una situación que potencialmente puede convertirse en desintegradora de la "psique" de la persona.

b) Se pone en juego el derecho a no ser discriminado mediante el establecimiento de diferencias arbitrarias, toda vez que el uso del polígrafo se le aplicará a ciertas y determinadas personas y, además, la negativa a someterse a él, puede llegar a constituir un antecedente para los efectos de discriminar laboralmente, en circunstancias que se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, y finalmente,

c) Se pone en juego el derecho al respeto y a la protección de la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, porque, sin que se tenga derecho a hacerlo, el empleador no sólo estaría inmiscuyéndose en las esfera más íntima de la vida del trabajador, cual es, su conciencia y su derecho a reservarse información; sino que además estaría poniendo permanentemente en tela de juicio la honra del trabajador.

Ahora bien, y enfrentando esta materia desde otra perspectiva, y puesto que el solicitante señala que el uso del polígrafo es para los fines de prevenir la comisión de delitos: ¿Le corresponde a una persona natural o jurídica de carácter privado, el prevenir la comisión de delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes?.

Creemos que le corresponde dentro del ámbito de sus derechos. Es decir, todo ciudadano tiene el deber genérico de prevenir la comisión de delitos. Pero, a diferencia de los órganos públicos especialmente habilitados para cumplir dichas funciones, reconocidos y amparados por la Constitución Política de la República, los ciudadanos en el ejercicio de ese deber genérico, no pueden afectar los derechos de las personas. Por consiguiente, el deber preventivo de los ciudadanos es muy limitado, y en la práctica, se reduciría a la difusión privada y pública de la observancia y respeto de la ley, pues, claramente, no tienen derecho para, en el ejercicio de ese deber genérico, vulnerar los derechos de las personas, tales como, la intimidad o la seguridad individual.

De esta manera, la determinación de la legalidad de una medida como la propuesta por la Empresa American Airlines pasa, en consecuencia, por el análisis de los bienes jurídicos que concurren en esta situación.

En efecto, del sistema jurídico nacional se infiere la existencia de diversos bienes valiosos para el mismo, como son, por una parte, las garantías constitucionales en el orden al derecho a la integridad síquica, al respeto a la honra y a la vida privada, al no establecimiento de diferencias arbitrarias y, por otra, el orden y seguridad de la empresa y la facultad del empleador de regular la disciplina dentro de la empresa a través del Reglamento Interno.

De esta manera la solución al caso planteado debe necesariamente importar la armonización de los bienes jurídicos en juego, manteniendo la debida facultad del empleador de dirigir y disciplinar la actividad laborativa dentro de la empresa, con el debido respeto a los derechos subjetivos públicos que reconoce la Constitución.

En esta línea de argumentación es que este Servicio ha señalado en el dictamen Ord. N° 4842/300 de 15 de septiembre de 1993 *"que resulta lícito que el empleador plantee medidas de control y revisión pero es necesario que tales medidas se integren en sistemas que sean compatibles con el respeto y la honra y dignidad de los trabajadores y en función de este objetivo se requiere que los sistemas de prevención sean técnicos y despersonalizados, y que, por ende, se apliquen mediante mecanismos automáticos y de sorteo, que eviten que su operación o funcionamiento se produzca frente a presunciones de actos o conductas ilícitas concretas"*

De esta manera, las medidas de control que la ley autoriza, e incluso impone al obligar a ciertos empleadores a dictar un Reglamento Interno de Higiene y Seguridad, deben cumplir con las siguientes condiciones, en concordancia con lo señalado en el Ord. 8273/337 de 12.12.95, a saber:

a) Las medidas de revisión y control de personas, de sus efectos privados o de sus casilleros, al importar un límite a la privacidad de las personas, deben necesariamente incorporarse en el texto normativo que la ley establece para el efecto, esto es, el Reglamento Interno de Higiene y Seguridad de la empresa, dictado en conformidad a la ley.

b) Las medidas de revisión y control deben ser idóneas a los objetivos perseguidos como son el mantenimiento del orden, la higiene y la seguridad de la persona y sus trabajadores, no debiendo importar actos ilegales o arbitrarios por parte del empleador, según lo señala la Constitución en su artículo 20, como por ejemplo la selección discrecional de las personas a revisar o la implementación de medidas extrañas e inconducentes a los objetivos señalados.

c) Las medidas, además, no deben tener un carácter prepolicial, investigadorio o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, sino un carácter puramente preventivo y despersonalizado, siendo requisito "sine qua non" para la legalidad de estas medidas de revisión y control, el que sean operadas a través de un mecanismo o sistema de selección, cuyas características fundamentales son la universalidad y la despersonalización de las revisiones.

De este modo, el mecanismo de selección de las personas, para asegurar el rasgo de universalidad, deberá recaer sobre todas las personas de la empresa o una sección de ella, y, además, para garantizar la despersonalización, deberá realizarse a todas y cada uno de los trabajadores o en su defecto, establecer un sistema de sorteo que la empresa explicitaría en el Reglamento respectivo.

Pues bien, a la luz de lo expuesto, cabe concluir que el uso del polígrafo, es contrario a los principios antes presentados, porque, además tener un claro carácter prepolicial, investigadorio o represivo frente a supuestos o presuntos hechos ilícitos dentro de la empresa, no asegura, en su implementación, la universalidad y la despersonalización.

En consecuencia, y de conformidad a las consideraciones expuestas, cumplo con informar a Ud. que el uso del polígrafo aplicado a la selección de personal así como a los trabajadores que actualmente se desempeñan en su empresa, para los fines de prevenir delitos, contrabando y tráfico de drogas y estupefacientes, es contrario al orden jurídico laboral chileno.



Saludan a Uds.,
Maria Ester Eres Nazarala
MARIA ESTER ERRES NAZARALA
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO

[Handwritten signature]
MLD/emoa

Distribución:

Jurídico

Partes

Control

Boletín

Deptos. D.T.

XIII Regiones

Subdirector

U. de Asistencia Técnica

Sr. Jefe Gabinete Ministro del Trabajo y Previsión Social

Sr. Subsecretario del Trabajo