



DEPARTAMENTO JURÍDICO
UNIDAD DE DICTÁMENES E
INFORMES EN DERECHO
D.N. 1561 K. 11576 (2607) 2016

Jurídico



ORD.:

0628

MAT.:

1) La solicitud de un certificado de antecedentes, por parte del empleador, sólo puede operar como requisito para la admisión a un trabajo determinado, cuando resulta absolutamente indispensable, por considerarse que en dicho trabajo la calidad de persona con antecedentes penales resulta ser parte de la idoneidad y capacidad personal para ejecutarlo, único criterio legítimo y autorizado constitucionalmente para ser considerado por los oferentes de trabajo en la contratación de trabajadores.

2) En materia laboral, corresponde ponderar al empleador, de acuerdo a sus facultades de dirección y administración, la decisión de contratar a personal que registre una anotación en su certificado de antecedentes, no existiendo prohibición legal en tal sentido, de conformidad a lo expresado en el presente informe.

ANT.:

1) Pase N° 1570, de 21.11.16, del Jefe de Gabinete del Sr. Director del Trabajo.

2) Oficio N° 82977, de 15.11.16 de la Contraloría General de la República, en el marco de la referencia N° 215.949/16.

FUENTES: Artículo 19 N° 16, de la Constitución Política de la República; artículos 2 y 5 del Código del Trabajo.

CONCORDANCIAS: Ord. N° 3840/194, de 18.11.2002, y Ordinario N° 6508, de 11.12.2015.

SANTIAGO,

03 FEB 2017

DE : DIRECTOR DEL TRABAJO (S)

A : SR. ALCALDE
ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE SAN JOAQUIN
AVDA. SANTA ROSA N° 2606, PISO 3°
SAN JOAQUIN
REGIÓN METROPOLITANA

A través del pronunciamiento singularizado en el antecedente 2), la Contraloría General de la República, remitió a este Servicio, presentación del peticionario, para resolver y dar respuesta sobre la materia consultada.

Al respecto, la Autoridad Comunal, solicitó al Ente de Control, pronunciarse sobre la *"posibilidad de contratar en un Programa de Mejoramiento Urbano"*, a una persona con anotación vigente en el Certificado de Antecedentes, y cuyo expediente fue extraviado en el Archivo Judicial.

En efecto, consta de los antecedentes acompañados en la presentación, un Informe de Antecedentes para ingreso a la Administración Pública, Municipal y Semifiscal, Folio N° 17055945, del Servicio de Registro Civil e Identificación, emitido con fecha 25.06.2016, respecto de la persona individualizada en el mismo, en el que se registra una condena a tres años y un día, emanada del Juzgado del Crimen de San Miguel, de 07.06.1965, causa rol N° 20.857.

A su vez, en dicho documento se encuentra contenida una anotación, de 24.10.2001, en la que se expresa *"certificado del archivero judicial de San Miguel de fecha 18.02.99, informa: que la causa rol N° 20857, seguida ante el 1 Jdo. Crimen de San Miguel, en contra de Manuel Toro Cáceres, por el delito de homicidio, no fue habida en el legajo que le correspondía por lo que se procedió a una extensa búsqueda en la sala de expedientes sueltos, sin que a la fecha existan resultados positivos, ... por lo que con esta fecha certifico su extravío"*.

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

Como cuestión previa, el dictamen N° 14.890, de 28.04.1999, de la Contraloría General de la República, precisó que *"las Municipalidades pueden ejecutar el programa de mejoramiento urbano y equipamiento comunal, a través del sistema de administración directa y contratar mano de obra para ello, acorde Código del Trabajo"*.

En ese sentido, agrega el Ente Fiscalizador que, *"de este modo, posible es concluir que quienes se adscriben a él, lo hacen en carácter de personas particulares, beneficiarios de dicho programa, rigiéndose sus relaciones, por las normas laborales del mismo"*.

Señalado lo anterior, se debe indicar que La Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 16, incisos 1° y 3° prescribe:

"La Constitución asegura a todas las personas:

16°.- La libertad de trabajo y su protección.

"Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así".

Del precepto constitucional precedentemente transcrito se colige que la Constitución Política de la República de Chile consagra el derecho a todo persona a la libre contratación y a la libre elección del trabajo, de suerte tal que el trabajador puede decidir libremente la actividad por él a desarrollar.

Asimismo, se deduce que ninguna labor o servicio puede ser prohibida, a menos que sea contraria a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

A su vez, el inciso 2°, del numeral 16 del artículo 19 señala:

"Se prohíbe cualquier discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos".

De la norma precedentemente transcrita es posible colegir que el derecho a no ser objeto de discriminación se encuentra recogido en la propia Constitución como un derecho fundamental, mereciendo, por tanto, la máxima atención y protección por los órganos del Estado.

El precepto constitucional analizado, se recoge, en materia laboral, en el artículo 2º del Código del Trabajo, que en sus incisos tercero y cuarto, dispone:

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

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión pública, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Las disposiciones citadas se enmarcan dentro de las normas internacionales vigentes en Chile sobre la materia, las que se ajustan a lo dispuesto en el Convenio N° 111 sobre discriminación en el empleo de la Organización Internacional del Trabajo, suscrito y ratificado por nuestro país el 20 de septiembre de 1970.

Por su parte, el inciso 6º, del artículo 2º del Código del Trabajo, que se refiere específicamente a la discriminación en el acceso al empleo, en especial a las ofertas de trabajo dispone:

“Por lo anterior y sin perjuicio de otras disposiciones de este Código, son actos de discriminación las ofertas de trabajo efectuadas por un empleador, directamente o a través de terceros y por cualquier medio, que señalen como un requisito para postular a ellas cualquiera de las condiciones referidas en el inciso cuarto”.

En ese sentido, la Dirección del Trabajo, en su jurisprudencia administrativa, Ordinario N° 3840/194, de 18.11.2002, ha precisado *“porque si bien la Constitución, permite al oferente de trabajo, calificar cuáles son los elementos o las destrezas que componen la aptitud o idoneidad personal de cada puesto de trabajo, dicha determinación no debe ser arbitraria, debiendo entenderse, por estar en potencial riesgo algunos de los derechos fundamentales del trabajador, como la no discriminación y la intimidad del trabajador, dicha facultad de modo restrictivo, en cuanto la ley laboral, aplicando el principio de vinculación directa de los particulares al texto fundamental, consagrado en los artículos 5º y 6º de la Constitución, ha expresamente señalado, en el nuevo inciso primero, del artículo 5º del Código del Trabajo, que “el ejercicio de las facultades que la ley 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”.*

De lo anterior se colige, que cualquier requisito establecido para la contratación de una persona, en materia laboral, que no se base en la capacidad o idoneidad personal del trabajador, para la ejecución o desarrollo de aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, lo exijan, podría constituir un acto de discriminación arbitraria.

Precisado lo anterior, en el dictamen citado, la Dirección del Trabajo, refiriéndose específicamente a la exigencia de Certificado de Antecedentes Penales, como requisito de postulación a un trabajo, señaló expresamente *“a partir de la existencia de la garantía constitucional a no ser objeto de discriminación en materia laboral, es posible señalar que la solicitud de un certificado de antecedentes sólo puede operar como requisito para la admisión a un trabajo determinado, cuando resulta absolutamente indispensable, por considerarse que en dicho trabajo la calidad de persona con antecedentes penales resulta ser parte de la idoneidad y capacidad personal para ejecutarlo, único criterio legítimo y autorizado constitucionalmente para ser considerado por los oferentes de trabajo en la contratación de trabajadores”.*

Agregando, "el único caso en que debe admitirse como lícito la exigencia de un certificado de antecedentes corresponde a aquellas tareas o funciones que, por su naturaleza, exijan de modo indubitado, como parte de capacidad o idoneidad para su ejecución o desarrollo, la ausencia de antecedentes criminales o penales, que en el caso de la recurrente, queda restringido a las tareas del personal que tiene como función principal y directa la atención de niños o jóvenes con discapacidad, no pudiendo sostenerse dicha exigencia, en caso alguno, respecto de las restantes tareas o funciones desarrolladas por la fundación empleadora".

En el mismo sentido, se ha pronunciado este Servicio en el Ordinario N° 6508, de 11.12.2015, al expresar "De ello se sigue, que la solicitud de un certificado de antecedentes penales y criminales, sólo puede operar como requisito para la admisión a un trabajo, cuando resulta absolutamente indispensable".

De esta manera, resulta razonable sostener, que, por regla general, la exigencia del empleador de exhibir un Certificado de Antecedentes, por parte del trabajador, para efectos de contratarlo, no se ajusta a derecho, toda vez que con ello, se infringirían aquellos preceptos de orden constitucional y legal que regulan la libertad de contratación, de elección del trabajo y la no discriminación arbitraria; salvo, como se ha expresado, las excepciones referidas en el presente informe.

A su vez se colige, en virtud de la materia consultada, a través del Órgano de Control, que, en materia laboral, corresponde ponderar al empleador, de acuerdo a sus facultades de dirección y administración, la decisión de contratar a personal que registre una anotación en su certificado de antecedentes, no existiendo prohibición legal en tal sentido, de conformidad a lo expresado precedentemente.

En consecuencia, sobre la base de las disposiciones legales citadas y consideraciones formuladas, cumplo con informar a Ud. que:

1) La solicitud de un certificado de antecedentes, por parte del empleador, sólo puede operar como requisito para la admisión a un trabajo determinado, cuando resulta absolutamente indispensable, por considerarse que en dicho trabajo, la calidad de persona con antecedentes penales resulta ser parte de la idoneidad y capacidad personal para ejecutarlo, único criterio legítimo y autorizado constitucionalmente para ser considerado por los oferentes de trabajo en la contratación de trabajadores.

2) En materia laboral, corresponde ponderar al empleador, de acuerdo a sus facultades de dirección y administración, la decisión de contratar a personal que registre una anotación en su certificado de antecedentes, no existiendo prohibición legal en tal sentido, de conformidad a lo expresado en el presente informe.

Transcríbese a la Contraloría General de la República.

Saluda Atentamente a Ud.,

JOSE FRANCISCO CASTRO CASTRO
ABOGADO
DIRECTOR DEL TRABAJO(S)



JFCC/PRC/AAV
Distribución:

- Interesado
- Jurídico
- Partes
- Control
- Contraloría General de la República