

DAJ-AE- 223 -03
1 de octubre del 2003

Licda.
Sharon Kramarz Lung
Fax 257-0694

PRESENTE

Estimada señora:

Nos referimos a su nota recibida en nuestras oficinas el 25 de octubre del 2002, mediante la cual hace la siguiente consulta: ¿Qué implicaciones tendría el que una empresa, en sus solicitudes de empleo, le exija al solicitante indicar si tiene SIDA o si está embarazada?.

Nuestra Constitución Política regula en su artículo 24, lo referente al derecho de intimidad al establecer:

“ARTÍCULO 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. (...)”

Según la doctrina “...el origen del concepto jurídico de intimidad es norteamericano. En 1873, el Juez Thomas A. Cooley, en su obra "The Elements of Torts", lo definió como "the right to be let alone", es decir, el derecho a ser dejado en paz, o a ser dejado sólo.

Fue formulada orgánicamente por primer vez en un artículo publicado en 1890 por dos jóvenes abogados WARREN y BRANDEIS. El objetivo que perseguían los autores de este trabajo era establecer un límite jurídico que vedase las intromisiones de la prensa en la vida privada.”¹

No obstante, la sociedad ha ido evolucionando siendo insuficiente el considerar el derecho a la intimidad como el derecho a estar solo, pues existen muchas formas de invadir nuestra esfera de vida privada, donde sin menoscabar ese derecho de no contar con la presencia física de otra persona, igualmente se puede violentar nuestra intimidad. Ejemplos de lo dicho residen en la posibilidad de escuchar nuestras conversaciones telefónicas y en el uso indebido de datos

¹Cuervo, José. *La Intimidad Informática del Trabajador* . dirección electrónica <http://www.informatica-juridica.com/trabajos/intimidad.asp>

informáticos por mencionar dos ejemplos en los cuales se invade nuestra esfera de vida privada, sin que en muchos casos se pueda controlar el uso que se le esté dando a la información.

Igualmente, aún cuando exista un consentimiento expreso de dar información que atañe a nuestra vida íntima, puede que los fines para los cuales se brindó esa información sean incorrectos, prestándose incluso para prácticas discriminatorias.

Aun cuando en nuestra legislación no se ha desarrollado el tema respecto al derecho de la intimidad, la Sala Constitucional ha comenzado a dar los primeros pasos a través del llamado derecho a la autodeterminación informativa al indicar:

“V. Sobre el derecho a la autodeterminación informativa:

Como se indicó líneas atrás, la ampliación del ámbito protector del Derecho de intimidad surge como una respuesta al ambiente global de fluidez informativa que se vive. Ambiente que ha puesto en entredicho las fórmulas tradicionales de protección a los datos personales, para evolucionar en atención a la necesidad de utilizar nuevas herramientas que permitan garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a decidir quién, cuándo, dónde y bajo qué y cuáles circunstancias tiene contacto con sus datos. (...)

El nuevo derecho a la intimidad, debe ponderar los intereses en conflicto, entre el legítimo interés de la sociedad a desarrollarse utilizando la información, como también necesidad de tutelar a la persona frente al uso arbitrario de sus datos personales. La tutela a la intimidad implica, la posibilidad real y efectiva para el ciudadano de saber cuales datos suyos están siendo tratados, con que fines, por cuáles personas, bajo qué circunstancias, para que pueda ejercer el control correspondiente sobre la información que se distribuye.”²

En el caso de los datos solicitados a cualquier habitante a través de cuestionarios de contratación de personal, igualmente denominadas ofertas de servicio, existen dos intereses contrapuestos, que si bien es cierto pueden ser armonizados a través de una legítima delimitación, generalmente se contraponen.

Por un lado, existe un interés legítimo del empleador o empresario de solicitar toda la información que considere necesaria para formarse un perfil del candidato al puesto, ello para realizar la mejor escogencia posible.

² Sala Constitucional, Voto 4847-99 de las 16:27 horas del 22 de junio de 1999.

Por otro lado, el solicitar de manera desmedida cualquier tipo de información sobre la vida del trabajador pueden poner en peligro derechos fundamentales del mismo, y sobre todo su derecho a la intimidad.

Así las cosas, la información solicitada en las ofertas de servicio debe ir dirigida a considerar las aptitudes y cualidades técnicas o profesionales del trabajador, en relación directa con el puesto para el cual concursa, para así evitar posibles prácticas discriminatorias a la hora de seleccionar el personal como sería el rechazar a una mujer que aún cuando demuestre idoneidad para el puesto, su oferta no sea considerada por encontrarse en estado de embarazo.

Sobre el tema de discriminación nuestro país ratificó mediante Ley N° 2848 del 26 de octubre de 1961 el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo llamado “Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), determinando como prácticas discriminatorias las siguientes:

“Artículo 1:

1. A los efectos de este Convenio, el término «discriminación» comprende:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u 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.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos «empleo» y «ocupación» incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.”

Con la ratificación de este convenio el Estado Costarricense de comprometió a promover políticas en torno a la eliminación de prácticas discriminatorias en el empleo, siendo un ejemplo claro la Ley 777120-5-98 LEY GENERAL SOBRE EL

VIH-SIDA y lo establecido en la Ley N° 7142 del 8 de marzo de 1990, Ley de Promoción e Igualdad Social de la Mujer, siendo de la primera que pasamos a transcribir los artículos que sobre el tema nos interesan:

“ARTÍCULO 4.- Prohibición de discriminación o trato degradante. Prohíbese toda discriminación contraria a la dignidad humana y cualquier acto estigmatizador o segregador en perjuicio de los portadores del VIH-Sida, así como de sus parientes y allegados. Asimismo, se prohíben las restricciones o medidas coercitivas de los derechos y las libertades de las personas infectadas por el VIH-Sida, excepto los casos previstos en esta ley relativos a comportamientos riesgosos o peligrosos de estas personas. Salvo las excepciones contenidas en esta ley, a todo portador del VIH-Sida le asiste el derecho de que no se interfiera en el desarrollo de sus actividades civiles, familiares, laborales, profesionales, educativas, afectivas y sexuales, estas últimas de acuerdo con las respectivas recomendaciones de protección.

ARTÍCULO 10.- Derechos y condiciones laborales. Queda prohibida toda discriminación laboral contra cualquier trabajador con VIH-Sida. En caso de desarrollar alguna enfermedad que le impida continuar con sus actividades habituales, recibirá el trato establecido en la legislación laboral vigente.

Ningún patrono, público o privado, nacional o extranjero, podrá, por sí mismo ni mediante otra persona, solicitar dictámenes ni certificaciones médicas a los trabajadores sobre la portación del VIH para obtener un puesto laboral o conservarlo. El empleado no estará obligado a informar a su patrono ni compañeros de trabajo acerca de su estado de infección por el VIH. Cuando sea necesario, podrá informarlo a su patrono, quien deberá guardar la debida confidencialidad y, en su caso, procurar el cambio en las condiciones de trabajo para el mejor desempeño de las funciones, según criterio médico.

ARTÍCULO 47.-Solicitud ilegal de la prueba. Se impondrá una multa de cinco a quince salarios base correspondientes al puesto de oficinista 1 del Poder Judicial al patrono, médico de empresa o encargado de un centro educativo, público o privado, que solicite u obligue a un empleado, una persona por contratar o un estudiante que quiera ingresar o permanecer en un centro educativo, a realizarse el examen diagnóstico de infección por el VIH, sin perjuicio de otras responsabilidades en que pueda incurrir.

ARTÍCULO 48.-Discriminación. Quien aplique, disponga o practique medidas discriminatorias por raza, nacionalidad, género, edad, opción

política, religiosa o sexual, posición social, situación económica, estado civil o por algún padecimiento de salud o enfermedad, será sancionado con pena de veinte a sesenta días multa. El juez podrá imponer, además, la pena de inhabilitación que corresponda, de quince a sesenta días.

*Artículo 262.- Propagación de enfermedades infecto-contagiosas
Se impondrá prisión de tres a dieciséis años a quien conociendo que está infectado con alguna enfermedad infecto-contagiosa que implica grave riesgo para la vida, la integridad física o la salud, infecte a otra persona, en las siguientes circunstancias:
a) Donando sangre o sus derivados, semen, leche materna, tejidos u órganos.
b) Manteniendo relaciones sexuales con otra persona sin informarle de la condición de infectado.
c) Utilizando un objeto invasivo, cortante o de punción que haya usado previamente en él.” (El subrayado es nuestro)*

De la simple lectura del articulado de cita, queda claro que no se puede solicitar certificaciones médicas donde conste que el oferente padece o no de SIDA, por los derechos que le asisten según la ley.

Por su parte la Ley N° 7142 del 8 de marzo de 1990, Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, establece:

ARTICULO 2.- Los poderes e instituciones del Estado están obligados a velar porque la mujer no sufra discriminación alguna por razón de su género y que goce de iguales derechos que los hombres, cualquiera que sea su estado civil, en toda esfera política, económica, social y cultural, conforme con la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", de las Naciones Unidas, ratificada por Costa Rica en la ley No. 6968 del 2 de octubre de 1984.

Es claro que ofertas de servicio con la solicitud de información apuntada, sería una forma de propiciar el uso incorrecto de la información solicitada por lo que no es procedente permitir una práctica como la alegada en su consulta, lo cual daría margen al futuro patrono de hacer una escogencia no necesariamente basados en la idoneidad de la candidata (en los casos de pruebas de embarazo), sino en criterios de conveniencia de la empresa de no contratar mujeres embarazadas.

No obstante, aún cuando se considera ilegal solicitar la prueba de embarazo o exámen del SIDA a la hora de llenar la oferta de servicio, toda vez que se constituye en una práctica discriminatoria y violenta el derecho a la intimidad del

oferente; consideramos que existe razón en su pedimento si por el tipo de trabajo que se va a prestar **se considere estrictamente necesario tal pedimento.**

Así las cosas, en el caso de los enfermos de SIDA, se justificaría si, de ser contratados pongan en riesgo la salud de terceras personas por el solo hecho de ejecutar su trabajo dadas las especiales circunstancias en que deben realizarlo y en el caso de la mujer embarazada, que el tipo de actividad a desarrollar fuera peligrosa para su salud y la del feto. En ambos casos sería voluntario el aportar o no la certificación médica correspondiente, explicando en la oferta de servicio las válidas razones para tal pedimento. Pero esto deberá manejarse con demasiada precaución y no utilizar excusas para obligar a los trabajadores a realizarse pruebas violatorias de su derecho a la intimidad.

De Usted, con nuestra mayor consideración,

Licda. Nancy F. Muñoz Valverde
ASESORA

Licda. Ivannia Barrantes Venegas
JEFE A.I.

NFMV/hs
Ampo 14