

DAJ-AE-118
21 de junio de 2012

Señora.
Tatiana Bastos.

Presente.

Estimada Señora:

Damos respuesta a su consulta recibida en ésta Dirección el día catorce de octubre del año en curso, mediante la cual solicita nuestro criterio sobre:

“¿Por qué en las empresas a donde he ido a entregar solicitudes de trabajo cuando ven la casilla de cáncer marcada como una enfermedad que tuve me niegan el trabajo?”

I. SOBRE LA NO DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO Y LA OCUPACIÓN.

Para dar un mejor tratamiento a su consulta, se considera procedente desarrollar lo que respecta al tema de la “No Discriminación”; en cualquiera de sus acepciones, sea en el trabajo o en la esfera personal del trabajador.

El autor Miguel Rodríguez Piñero, define en términos generales a la discriminación como:

“...adoptar una actitud o llevar a cabo una acción prejuiciosa, parcial, injusta, o formular una distinción que, en definitiva, es contraria a algo o a alguien. Quizá en una frase más breve, podría decirse que discriminar es practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible...”

Resulta de importancia hacer de su conocimiento que la discriminación, en cualquiera de sus acepciones es una práctica prohibida e ilegal, al ser que la igualdad de trato, constituye un derecho humano fundamental reconocido tanto en el ámbito internacional como en el nacional; consagrándose dentro de éste último como un derecho constitucional, bajo el amparo del artículo 33 de nuestra carta magna, el cual dispone que todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.

En el marco de distintos compromisos internacionales, el Estado Costarricense ha tomado medidas legislativas que incluyen la revisión y promulgación de diversa normativa para el avance y reconocimiento de los derechos de las mujeres que contribuye a cambios en su condición y posición en nuestra sociedad.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la ONU, aprobada por el Estado Costarricense mediante la ley No. 6968 del 2 de octubre de 1984, constituyó un punto de partida para generar cambios en la legislación nacional los cuales se produjeron particularmente en la década de los noventas.

Por su parte los contenidos de la Plataforma de Acción resultante de la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer (Beijing, China, 1995) reafirmaron el deber de los Estados de propiciar las condiciones adecuadas hacia la igualdad y la equidad entre los géneros.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la ONU, contempla dentro de su contenido y en lo que respecta a la esfera del empleo de la mujer lo siguiente:

“Artículo 11.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en

condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

- a. El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;*
- b. El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección de cuestiones de empleo;*
- c. El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico;*
- d. El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo;*
- e. El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;*
- f. El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.”*

“Artículo 14.

1. Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer de las zonas rurales.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

- e. Organizar grupos de autoayuda y cooperativas a fin de obtener igualdad de acceso a las oportunidades económicas mediante el empleo por cuenta propia o por cuenta ajena;”*

Además del instrumento anterior, nuestra legislación se compone de otros instrumentos internacionales, debidamente ratificados, que regulan a su vez el tema de la No Discriminación en el empleo y la ocupación; como por ejemplo lo es la Ley N° 2848,

del 26 de octubre del año de 1961, mediante la cual se ratificó el Convenio 111 de la OIT, denominado “Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación).

El convenio supra citado, determinó como prácticas discriminatorias dentro del empleo y la ocupación, 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.”

El Estado Costarricense, amparado y motivado con la ratificación del convenio anterior, se comprometió a promover políticas en torno a la eliminación de prácticas discriminatorias en el empleo, siendo ejemplos de éste compromiso la promulgación de la Ley 7771, de fecha 20 de mayo del año de 1998; “Ley general sobre el VIH-SIDA”; así como la promulgación de la Ley 7142, de fecha 08 de marzo del año de 1990, “Ley de promoción e igualdad social de la mujer”.

Como se puede apreciar de los artículos transcritos, dentro de nuestro ordenamiento jurídico existen normas que se encausan a combatir cualquier forma de trato

discriminatorio en el empleo y la ocupación, las cuales establecen prohibiciones sobre un trato discriminatorio, y consagran derechos y condiciones laborales para las personas con VIH-SIDA.

Además de la Ley supra citada, existe a su vez otra normativa que brinda una protección especial a la mujer, dentro la promoción de su igualdad social; la cual se encuentra amparada en la Ley N° 7142, de fecha 08 de marzo del año de 1990, “Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer”; la cual establece en lo que nos interesa lo siguiente:

“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.”

Como se puede apreciar, es claro que el ordenamiento jurídico Costarricense, encuentra dentro de su contenido regulaciones que tienden a combatir la no discriminación en el empleo y la ocupación, y propiamente la discriminación encausada en torno a la mujer.

II. SOBRE EL CASO CONCRETO.

Para referirnos de manera puntual a su consulta, vale resaltar en primer orden lo apuntado en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de la ONU, en la cual su articulado consagra que el derecho al trabajo comprende un derecho inalienable de todo ser humano, y en el cual tanto hombres como mujeres ostentan las mismas oportunidades de empleo, inclusive en la aplicación de los mismos criterios de selección en las cuestiones de empleo.

De conformidad con lo preceptuado en el último renglón del párrafo anterior, se puede inferir que la no discriminación versa inclusive al momento de la postulación del/a oferente ante el trabajo, o sea en las ofertas de servicio.

Partiendo de lo anterior, debe de indicarse entonces que al momento en que una persona, sea esta un hombre o una mujer, recurre al acceso de un trabajo, éste deberá de ser valorado bajo parámetros objetivos y de idoneidad mediante los cuales el patrono deberá regirse para conceptuar si la persona oferente, es idónea para el puesto a desempeñar y acorde con el perfil ocupacional del puesto a contratar.

En atención a ello, es que se debe referir que en cada una de las veces en que su persona se presentó a entregar solicitudes de trabajo, o acudió a las respectivas entrevistas, las personas encargadas de los procesos de selección, fueren estos personeros de Recursos Humanos o en su defecto el mismo empleador, debieron de haber adoptado medidas objetivas para calificar la idoneidad de su persona en atinencia con el puesto o cargo postulado, dado que como bien lo refiere el punto 2 del artículo 1° del Convenio 111 de la OIT, las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en calificaciones exigidas para un empleo determinado no se consideran como discriminación; caso contrario y en la eventualidad en que no hayan mediado dichas exigencias del puesto para considerar a su persona, se estaría ante una evidente discriminación, máxime si la razón por la cual se negó el acceso al trabajo, medió efectivamente por razón de la enfermedad del cáncer que su persona padeció.

Aunado a ello, vale referir en este punto que las ofertas de servicio con solicitud de información médica, o dictámenes médicos, podrían propiciar un uso incorrecto de la información aportada, dado que esto podría ocasionar que el futuro empleador al momento de hacer la escogencia del trabajador, se base no necesariamente en criterios de idoneidad, sino en criterios de conveniencia de la empresa de no contratar mujeres que tengan alguna enfermedad.

No obstante lo anterior, debemos ser enfáticos en referir que no en todos los casos el solicitar este tipo de información constituye una práctica discriminatoria, dado que si el servicio a contratar requiere como estrictamente necesario el solicitar tal pedimento, la empresa lo puede solicitar, pero esto por ocasión del trabajo a desempeñar, caso contrario, se estaría constituyendo una práctica discriminatoria y se estaría violentando el derecho a la intimidad de la oferente.

Así las cosas, podemos concluir que, si en el tanto a su persona no se le ha valorado con criterios objetivos, sino bajo criterios de conveniencias de la empresa por motivo de la enfermedad del cáncer que padeció, su persona evidentemente estaría enfrentando un trato discriminatorio en razón de un padecimiento de su salud, para lo cual, evidentemente estaríamos ante una violación a su derecho a un trabajo decente y a su derecho de intimidad. Lamentablemente no existe legislación que obligue a los patronos a contratar a nadie, esa es una decisión propia del patrono; sin embargo si usted considera que a pesar de cumplir los requisitos no la contratan por su condición de salud o por su antigua enfermedad, puede acudir a los Tribunales de Justicia a plantear la demanda correspondiente.

Cordialmente,

Lic. Roberto Pacheco Muñoz.

Asesor

RPM./lsr
Ampo15

Licda. Ivania Barrantes Venegas

Subdirectora