

DAJ-AE-190-12
30 de octubre del 2012

Señor:
Melquisedec Jiménez Vargas.
Phoenix.

Estimado señor:

Recibimos su traslado de análisis, valoración y respuesta por parte de este Ministerio en relación a la consulta presentada sobre posible trato discriminatorio en anuncios publicitarios de empleo donde se hace alusión a la edad o al sexo de los posibles trabajadores.

En Costa Rica existen una serie de derechos y libertades fundamentales, los cuales se encuentran consagrados en nuestra Carta Magna, uno de ellos es la libertad de expresión, reconocida en nuestro país como un derecho fundamental, amparada a nuestra Constitución Política la cual conceptualiza dicho concepto en los numerales 28 y 29, los cuales indican:

“Artículo 28: Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.....

Artículo 29: Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito y publicarlos sin previa censura, pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca”

Universalmente nos enfrentamos a un concepto jurídico que tiene relación intrínseca con diversas libertades fundamentales de los seres humanos, que son abordados por la misma libertad de expresión, por cuanto no es un concepto en si mismo, si no que encierra una serie conceptos dogmáticos protegidos y amparados por el Derecho Internacional.

“El derecho a la libertad de expresión es definido como un medio para la libre difusión de las ideas, y así fue concebido durante la Ilustración. Para filósofos como Pach, Montesquieu, Voltaire y Rosseau, la posibilidad del disenso fomenta el avance de las artes y las ciencias y la auténtica participación política. Fue uno de los pilares de la Guerra de la Independencia de los Estados Unidos (Primera Enmienda)y la Revolución Francesa, hechos que revolviéron las cortes de los demás estados occidentales.

Según esta analogía con la libertad de comercio, la verdad de una idea se revela en su capacidad para competir en el mercado. Es decir, estando en igualdad de condiciones con las demás ideas (libertad de expresión), los individuos apreciarán qué ideas son verdaderas, falsas, o relativas. Este argumento ha sido criticado por suponer que cualquier idea cabría en el mercado de ideas. Y aun así, el que unas ideas tengan mayores medios de difusión las impondría sobre otras, al margen de la verdad. La alternativa a esta debilidad del mercado de ideas sería la persecución de la falsedad. Pero esta presenta su propia debilidad, ¿cómo saber si se está en lo cierto si se persigue la opinión disidente? Incluso si pudiéramos tener la certeza de la verdad de una opinión, la existencia de opiniones disidentes permite poner a prueba, mantener viva y fundamentada la opinión verdadera y evita así que se convierta en dogma o prejuicio infundado.

En el Artículo 19 de la “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, se lee: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus

opiniones, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión."

Por otra parte, existen otros derechos y libertades (o "derechos a la libertad de...", ejemplo: derecho a la libertad de reunión, manifestación, ejercicio de cultos, etc) conjuntamente con el derecho a la libertad de expresión. Así el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto ni ilimitado, como tampoco lo es ningún otro derecho o libertad. Cada derecho o libertad (derecho a la libertad de...) tiene un ámbito de desenvolvimiento y de comprensión, y cada persona que ejerce un derecho, debe actuar dentro de ese ámbito de desenvolvimiento y de comprensión de dicho derecho. Actuar más allá de dicho ámbito, es no actuar dentro de dicho derecho, sino fuera de el, con la posibilidad de quien actúa de violar, vejar o atropellar derechos de otras personas, y es más grave aún cuando se trata de derechos humanos de las personas. El límite al derecho humano de la libertad de expresión, está dado por el respeto a otros derechos humanos de las personas”¹

Nuestra Sala Constitucional en su sentencia número 8196-2000, de las quince horas ocho minutos del trece de septiembre del año dos mil, estipula que la libertad de expresión es una libertad que postula otras libertades fundamentales y por lo tanto es una fuente legitimadora del sistema democrático, aunado a ello indica:

La obligación de respetar ese derecho primario alcanza a quienes realizan propaganda comercial, quienes deben tener en cuenta la condición de sujetos de todos los seres humanos, sin utilizar abusivamente su imagen como medio para promover las ventas de un producto o servicio. La publicidad comercial tiende a utilizar la imagen de la mujer con el objeto de llamar la atención de los compradores o usuarios y promover las ventas del producto publicitado, y el ejercicio abusivo de esa técnica publicitaria contribuye a difundir patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, así como prejuicios que se basan en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualesquiera de los géneros, o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer, que legitiman o exacerban la violencia y constituyen prácticas discriminatorias contra ellas. (el resaltado y el subrayado no es del original).

¹ Tomado de www.es.wikipedia.org/wiki/libertad_de_expresión.

En concordancia con lo afirmado por nuestra Sala Constitucional “el orden público, la moral y los derechos de terceros” deben ser interpretados y aplicados rigurosamente, sin licencias que permitan extenderlos más allá de su sentido específico; que a su vez debe verse con el principio pro libertate, el cual, junto con el principio pro homine constituye el meollo de la doctrina de los derechos humanos; según el primero, debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad; según el segundo, el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. De acuerdo con ello, el orden público, la moral y los derechos de terceros que permiten, al menos a la ley, regular las acciones privadas, tienen que interpretarse y aplicarse de tal manera que en el primer caso, se trate de amenazas graves al orden público, entendido como la integridad y supervivencia de los elementos fundamentales del Estado; o como " ... el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social" (Corte Plena, sesión extraordinaria del 26 de agosto de 1982).(Ver Considerando XX, del voto número 3550-92).

En esta misma tesitura es vital recalcar el derecho de la intimidad, el cual igualmente constituye un derecho fundamental debidamente plasmado en nuestra Constitución Política en su artículo 24, mediante el cual establece:

“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.”²

No obstante, la sociedad ha ido evolucionando siendo insuficiente al 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 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

² Cuervo, José, La Intimidad Informática del Trabajador . dirección electrónica <http://www.informatica-juridica.com/trabajos/intimidad.asp>

finés, por cuáles personas, bajo qué circunstancias, para que pueda ejercer el control correspondiente sobre la información que se distribuye.”³

Ahora bien, en materia de pre contratación laboral, 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.

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.

Concretamente en el campo laboral y en la etapa previa de selección de personal, la discriminación debe verse desde dos perspectivas:

“La discriminación en los procesos de selección de personal se presenta cuando existe una diferenciación de trato a las personas por razón de su raza, color de piel o sexo, entre otros motivos, sin tomar en consideración los méritos ni las calificaciones necesarias para el puesto de trabajo que se trate.

Según se manifieste, existen dos tipos de discriminación, (1) directa e (2) indirecta. La discriminación es directa cuando la normativa, las leyes o las políticas, excluyen o desfavorecen explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características tales como la opinión política, el estado civil o el sexo. Este tipo de discriminación se basa en prejuicios y estereotipos que atribuyen ciertas aptitudes o la falta de éstas a determinadas personas, en función de su pertenencia a un cierto colectivo racial, sexual, religioso u otro, independientemente de sus calificaciones y experiencia laboral.

³ Sala Constitucional, Voto 4847-99 de las 16:27 horas del 22 de junio de 1999.

Los anuncios de ofertas de empleo en los que se excluye o se desalienta abiertamente a los aspirantes casados o mayores de cierta edad o de determinado color de piel, o sexo, constituyen un ejemplo de discriminación directa.

Por otro lado, la discriminación es indirecta cuando existen disposiciones y prácticas aparentemente imparciales que perjudican de manera desproporcionada e integrantes de un colectivo determinado. Un ejemplo de este tipo de discriminación es el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular, cuando esta competencia lingüística no es indispensable para el puesto de trabajo.

La discriminación indirecta pone al descubierto los prejuicios inherentes a una gran variedad de instituciones, normas y prácticas prevalecientes en el lugar de trabajo que, entre otras consecuencias, generan segregación ocupacional. Estos prejuicios están muy ligados a los patrones culturales que asignan roles a cada género basados en construcciones patriarcales. Así, según las teorías feministas y los análisis de género, la posición desventajosa de las mujeres en el mercado de trabajo se debe al patriarcado, a la posición subordinada de las mujeres en la sociedad y a las responsabilidades desiguales que asumen en relación con las tareas domésticas y el cuidado de los hijos.

Manifestaciones de discriminación indirecta son, por ejemplo, los locales de trabajo que están contruidos sin tomar en cuenta las exigencias de trabajadores discapacitados, así como los horarios de trabajo fijados en función de un modelo de jornada masculina que no considera las responsabilidades inherentes a la crianza de los hijos.

El concepto de discriminación indirecta es útil en la formulación de políticas públicas ya que permite comprobar que la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia, a todos por igual, pueden general resultados desiguales según cada individuo.

Los servicios públicos de intermediación laboral deben cumplir el doble objetivo de mejorar la eficiencia del mercado de trabajo (promoviendo la articulación entre oferta y demanda en el mercado laboral) y de promover la equidad en el mismo, a través de la no discriminación. De ahí la necesidad de verificar si la Bolsa de

Trabajo pública contribuye o no a la reproducción de la desigualdad y a la discriminación en el mercado de trabajo.”⁴

Realmente lo expuesto nos deja un panorama claro en el sentido de que la discriminación no solo se puede determinar en aspectos obvios de una pre contratación, sino en situaciones ocultas que permiten un trato o una escogencia discriminatoria en cualquier ámbito laboral.

La discriminación ha sido desarrollada abundantemente en muchos países especialmente por las repercusiones que tienen en las personas y los países en general, ya que, conductas discriminatorias en el empleo restringen el acceso al mercado de trabajo y genera un efecto en cadena que influye negativamente en el ámbito familiar y éste a su vez en el ámbito nacional, pues contribuye a incrementar la pobreza de la Nación. Por ello vemos que se han generado diversidad de normas jurídicas que tienden a proteger a las personas contra actos de discriminación en diversos campos, incluido el laboral.

Nuestro caminar debe ir orientado a fomentar una cultura de igualdad tanto en el género como en la edad y demás aspectos que impliquen voluntades discriminatorias. Lo anterior es cierto aun y cuando una persona empleadora quiera equilibrar un poco un departamento donde predomina un sexo, con una persona del sexo opuesto, consideramos impropio pedirlo dentro de una oferta de empleo.

El título del puesto de trabajo que use nunca debería ser por tanto específico a un género - "camarera", "vendedor", "directora" son términos que debe evitar incluyendo siempre el del sexo opuesto también.

La protección no se limita al trato que se dé a una persona que haya sido admitida en un empleo o en una ocupación, también se hace extensiva expresamente a las posibilidades de admisión en el empleo o en la ocupación, y se refiere también al acceso a los medios de formación.

⁴ Vera Rojas, Patricia. “La discriminación en los procesos de selección de personal”. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 2006, págs. 6 y 7.

Podríamos establecer en ejecución de la anterior normativa que 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., por ejemplo.

Como podemos ver, el Estado costarricense ha adoptado una serie de normativas nacionales, e internacionales debidamente ratificadas, que han contribuido a una evolución, convirtiéndose en un Estado democrático, proteccionista de derechos fundamentales, que se encausan para evitar cualquier trato discriminatorio en materia de empleo y ocupación.

Conclusiones:

Analizado previamente ambos derechos fundamentales, y sus características indispensables, este Ministerio podría afinar los temas cuestionados en litigio, para lo cual es necesario afirmar que la libertad de prensa tiene rango constitucional, y obedece a el conjunto de principios que, por una parte, atañen a la organización del Estado y su funcionamiento, y, por otra, concurren a la protección de los derechos del ser humano y de los intereses de la comunidad, en un justo equilibrio para hacer posible la paz y el bienestar de la convivencia social, el cual se encuentra limitado por otras libertades públicas tales como la moral, el orden público, el daño a terceros, protección a la salud, al medio ambiente, de la seguridad e intereses económicos, así como el derecho de recibir información adecuada y veraz de conformidad con el puesto a desarrollar, igualmente persiste el derecho de elegir libremente y a recibir un trato equitativo, para lo cual cualquier acto tendiente a la discriminación y degradación humana debe ser denunciado. En cuanto a las practicas discriminatorias en relación a ofertas de empleo o pre-contratación se refiere, las mismas deben ir dirigidas a aptitudes y cualidades propias del trabajo a desarrollar, y así evitar que el Estado consiente de forma implícita practicas violatorias a los derechos de los posibles oferentes.

En caso que usted considere que algún anuncio contiene medidas discriminatorias, puede presentar el recurso de amparo ante la Sala Constitucional, a nivel de este Ministerio estamos trabajando con la Organización Internacional del Trabajo OIT, en algunos

convenios internacionales que regulan el tema, de manera que se aplique realmente en nuestro país la no discriminación.

Cordialmente,

Licda. Geohanna Castro Hernández.
Asesora

Lic. Ivania Barrantes Venegas
Subdirectora

GCH/lsr
Ampo15