

Señora
Ana Julia Araya Alfaro
Jefa de Área
Área de Comisiones Legislativas II
Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Aprovecho la presente para saludarle cordialmente y a la vez manifestarle que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de Ley: "**ADICIÓN DE UN INCISO 4) AL ARTÍCULO 5 Y DE UN PÁRRAFO SEGUNDO AL ARTÍCULO 34 DE LA LEY CONTRA EL HOSTIGAMIENTO O ACOSO SEXUAL EN EL EMPLEO Y LA DOCENCIA, N° 7476 DE 3 DE FEBRERO DE 1995. PARA GARANTIZAR LA PUBLICIDAD DE LAS SANCIONES FIRMES IMPUESTAS POR CONDUCTAS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL**", expediente legislativo N° 21.466, me refiero en los siguientes términos:

1. Resumen Ejecutivo.

La propuesta constituye una reforma a la Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia para la creación de un registro actualizado de las sanciones en firme, impuestas en el centro de trabajo o institución por conductas de hostigamiento sexual. La información relativa a la identidad de las personas sancionadas, será de acceso público, después de la firmeza de las mismas. En el registro se deben de resguardar la identidad, los datos personales y cualquier otra información sensible de las víctimas.

Asimismo, el proyecto indica que la información se mantendrá en el registro por un plazo de diez años a partir de la firmeza de la respectiva sanción.

La Defensoría estima que la propuesta de adición a los artículos 5 y 34 de la ley de Hostigamiento sexual en el Empleo y la Docencia debe tener mayor claridad en todos sus extremos.

2. Antecedentes del proyecto de ley.

La justificación de la propuesta señala que a partir de la de la promulgación de la Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia en el año 1995 y su reforma en el 2010, el Estado debe de garantizar y establecer políticas para eliminar la discriminación contra las mujeres.

El desarrollo de la ley involucra la aplicación de normativas internas que sancionen tales faltas, con el propósito de que las personas víctimas no teman denunciar esa forma de violencia, se realicen las investigaciones que conlleven a la aplicación de las sanciones a quienes incurrir en hostigamiento sexual, que tienen una afectación en el trabajo.

En Costa Rica en las últimas semanas las estudiantes universitarias han denunciado ante la prensa las diferentes situaciones que enfrentan ante el hostigamiento sufrido por las personas docentes, en donde consideran se ha minimizado la gravedad de las conductas e incluso se da la revictimización. En consecuencia las estudiantes han exigido que se den a conocer los nombres de los profesores que sean sancionados por hostigamiento sexual y cuya sanción se encuentre firme.

La reforma pretende hacer efectivo el Derecho de Acceso a la Información Pública que se consagra en el artículo 27 y 30 de la Constitución Política, por considerar que se tiene derecho a la información sobre los procedimientos administrativos ya concluidos (Dictamen C-094-97 de 12 de junio 1997 Procuraduría General de la República). Se menciona con respecto al acceso a la información que la Procuraduría efectúa dos aclaraciones indicando que el acceso encuentra límite, cuando en caso de existir un expediente donde constan documentos privados o información que solo es de interés privado, no existe acceso a esta información aun cuando conste en el expediente administrativo. La segunda aclaración, consiste en diferenciar entre expedientes en trámite y los expedientes concluidos, donde se tiene derecho de acceso en tanto los expedientes se refieran a procedimientos terminados.

Con base en lo anterior, se propone la adición del inciso 4) al artículo 5 y de un párrafo segundo al artículo 34 de la Ley contra el Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia, para incorporar la obligación de mantener un registro actualizado de las sanciones en firme y la posibilidad que sea consultado por cualquier persona interesada resguardando a la víctima. El proyecto agrega que la información se mantendrá en el registro por un plazo de 10 años a partir de la firmeza de la respectiva sanción.

4. Contenidos del Proyecto de Ley.

La reforma propuesta afecta el artículo citado de la siguiente forma:

| Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia N°7476 | |
|--|---|
| TEXTO ORIGINAL | TEXTO PROPUESTO |
| <p>Artículo 5.- Responsabilidades de prevención. Todo patrono o jerarca tendrá la responsabilidad de mantener, en el lugar de trabajo, condiciones de respeto para quienes laboran ahí, por medio de una política interna que prevenga, desaliente, evite y sancione las conductas de hostigamiento sexual. Con ese fin, deberán tomar medidas expresas en los reglamentos internos, los convenios colectivos, los arreglos directos o de otro tipo. Sin limitarse solo a ellas, incluirán las siguientes:</p> <p>1) Comunicar, en forma escrita y oral, a las personas supervisoras, representantes, funcionarias y trabajadoras en general sobre la existencia de una política institucional o empresarial contra el hostigamiento sexual. Asimismo, darán a conocer dicha política de prevención a terceras personas cuando así convenga al cumplimiento de los fines establecidos en la presente ley.</p> <p>2) Establecer el procedimiento interno, adecuado y efectivo, que permita las denuncias de hostigamiento sexual, garantizando la confidencialidad de las denuncias y el régimen sancionatorio para las personas hostigadoras cuando exista causa. Dicho procedimiento en ningún caso, podrá exceder el plazo ordenatorio de tres meses, contados a partir de la interposición de la denuncia por hostigamiento sexual.</p> <p>3) Mantener personal con experiencia en materia de prevención del hostigamiento sexual. Además, los patronos podrán suscribir convenios con instituciones u organizaciones públicas o privadas en procura de obtener los conocimientos sobre los alcances de esta Ley.</p> | <p>Artículo 5- Responsabilidades de prevención. <i>Todo patrono o jerarca tendrá la responsabilidad de mantener, en el lugar de trabajo, condiciones de respeto para quienes laboran ahí, por medio de una política interna que prevenga, desaliente, evite y sancione las conductas de hostigamiento sexual. Con ese fin, deberán tomar medidas expresas en los reglamentos internos, los convenios colectivos, los arreglos directos o de otro tipo. Sin limitarse solo a ellas, incluirán las siguientes:</i></p> <p>(...)</p> <p><i>4) Mantener un registro actualizado de las sanciones en firme, impuestas en el centro de trabajo o institución por conductas de hostigamiento sexual. Este registro podrá ser consultado por cualquier persona interesada, resguardando la identidad, los datos personales y cualquier otra información sensible de las víctimas. La información se mantendrá en el registro por un plazo de diez años a partir de la firmeza de la respectiva sanción.</i></p> <p>(...)</p> |

| | |
|--|--|
| <p>(Así reformado por el artículo 1º de la ley Nº 8805 del 28 de abril de 2010)</p> <p>ARTÍCULO 34.- Tipos de sanciones. Las sanciones por hostigamiento sexual se aplicarán según la gravedad del hecho y serán las siguientes: la amonestación escrita, la suspensión y el despido, sin perjuicio de que se acuda a la vía correspondiente, cuando las conductas también constituyan hechos punibles, según lo establecido en el Código Penal.</p> <p>(Así corrida la numeración por el artículo 2º, de la ley Nº 8805 del 28 de abril de 2010, que lo traspasó del antiguo artículo 25 al 34 actual)</p> | <p>Artículo 34- Tipos de sanciones. <i>Las sanciones por hostigamiento sexual se aplicarán según la gravedad del hecho y serán las siguientes: la amonestación escrita, la suspensión y el despido, sin perjuicio de que se acuda a la vía correspondiente, cuando las conductas también constituyan hechos punibles, según lo establecido en el Código Penal.</i></p> <p>La información relativa a estas sanciones, incluyendo la identidad de las personas sancionadas, será de acceso público, después de la firmeza de las mismas.</p> |
|--|--|

2. Normas jurídicas vigentes:

El proyecto en estudio refiere la modificación del articulado de la Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia Nº7476 que se encuentra vigente y que se incluye en el cuadro anterior.

3. Análisis del contenido del proyecto:

La firma de la Convención Belem do Pará favoreció procesos nacionales para el avance de los derechos de las mujeres, uno de los más significativos fue la aprobación y publicación de la Ley Nº 7476 contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia que fue aprobada en el año 1995.

Mediante la Ley se plasmó en un documento, que el fenómeno de la violencia sexista contra las mujeres se manifiesta a través de múltiples conductas que tienen como característica común que se presentan en las relaciones laborales o de docencia, que expresan un contenido sexual, que tienen el carácter de no deseado por quien o quienes las reciben, que generan serias afectaciones sobre la salud física y emocional, y que genera efectos perjudiciales en el contexto laboral y de estudios.

La Ley contra el Hostigamiento Sexual en el Empleo y la Docencia implica un importante cambio de actitud ya que parte del hecho de que las mujeres tienen iguales derechos y oportunidades que los hombres para acceder y permanecer en el empleo y en el estudio, y que, en razón de la existencia de relaciones desiguales de poder por esa misma condición de género, se impone la necesidad de tomar medidas que garanticen una igualdad real entre hombres y mujeres.

La reforma del año 2010 efectuada a través de la Ley Nº 8805, constituye un avance significativo ya que consolidó el carácter de parte de la persona denunciante, estableció de manera clara el principio pro víctima, y contempló los alcances de la norma más allá de las relaciones laborales y de docencia al definir los ámbitos de aplicación como de empleo y de docencia, favoreciendo así un abordaje de todas aquellas conductas perpetradas por las personas con ocasión al ejercicio de sus funciones y garantizando la posibilidad de denuncia a las personas usuarias de los servicios públicos. La reforma también significó un enorme avance para el manejo de la violencia al prohibir expresamente la posibilidad de conciliación entre las partes.

Han transcurrido veinticuatro años que nos han aportado una consolidada base jurídica para la exigibilidad de los derechos relacionados con esta materia a saber: derecho a la intimidad y a la dignidad, derecho a la salud y a la vida, derecho al trabajo y a la educación, derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a una vida libre de violencia.

El país comprendió que este tipo de violencia era una realidad, y que se requerían medidas para atender ese fenómeno por lo que se consideró la promulgación de la Ley además de sancionar a quienes incurrieran en ese tipo de manifestaciones, imponía obligaciones de prevención para el Estado y las entidades privadas en su carácter patronal.

Sin embargo, en la actualidad las estadísticas de la Defensoría de los Habitantes nos muestran que el hostigamiento sexual sigue estando presente en nuestro diario vivir. Para el 2016 los casos iniciados en el Sector Público son 265, en el año 2017 los casos iniciados son 207 y para el 2018 se reportó el inicio de 358 casos.

Los datos también nos dan cuenta que las principales víctimas son las mujeres, en el año 2018 del total de 358 casos reportados a la Defensoría de la Mujer, las víctimas son 425 mujeres (llegando a tener más de una víctima en cada caso e incluso hasta 5 víctimas por caso), frente a 25 víctimas masculinas, recordemos que en cada caso puede haber más de una persona víctima.

El Proyecto que se nos presenta nos refiere directamente al tema de la confidencialidad en el Hostigamiento sexual. La Defensoría de los Habitantes, mediante el oficio DH-MU-0561-2019 de fecha 15 de julio de 2019 emitió criterio técnico-jurídico en relación con la confidencialidad de los expedientes disciplinarios sobre hostigamiento sexual, señalando lo siguiente:

"Conforme lo señala el artículo 18 de la Ley N° 7476, la materia de confidencialidad contempla la prohibición de revelar la identidad de las partes, como un deber para todas las personas involucradas en el procedimiento disciplinario.

"Artículo 18.- PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL PROCEDIMIENTO. *Informan el procedimiento de hostigamiento sexual los principios generales del debido proceso, la proporcionalidad y la libertad probatoria, así como los específicos, entendidos como la confidencialidad, que implica el deber de las instancias, las personas representantes, las personas que comparecen como testigos y testigos y las partes que intervienen en la investigación y en la resolución, de no dar a conocer la identidad de las personas denunciadas ni la de la persona denunciada y, el principio pro víctima, el cual implica que, en caso de duda, se interpretará en favor de la víctima."*

Adicionalmente, existen garantías para las personas denunciadas y para quienes participan en el procedimiento en calidad de testigos y testigos:

Artículo 14.- GARANTÍA PARA EL DENUNCIANTE Y LOS TESTIGOS. *Ninguna persona que haya denunciado ser víctima de hostigamiento sexual o haya comparecido como testigo de las partes, podrá sufrir, por ello, perjuicio personal alguno en su empleo, ni en sus estudios."*

Sobre la materia de confidencialidad, la Procuraduría General de la República señaló en el oficio C-076-2004 del 4 de marzo de 2004, lo siguiente:

*"La confidencialidad conlleva una obligación para toda persona distinta de su titular de guardar la reserva necesaria sobre una información o documentación que le ha sido proporcionada. Por consiguiente, **quien ha recibido la información, está impedido de divulgarla o de darla a conocer por algún otro medio a otras personas, salvo que el ordenamiento lo autorice.** Esa excepción implicaría, entonces, que hay un interés público superior que justifica dejar sin efecto la confidencialidad.*

Por otra parte, por medio de la sentencia número 00081 del 20 de noviembre de 2014, el Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV señaló:

*"En lo atinente a las garantías que debe tener el denunciante en el procedimiento administrativo disciplinario, se dispone que ha de garantizársele la confidencialidad, es decir que no sufra persecución alguna o represalias con motivo de su denuncia, salvaguardando su integridad física y psicológica y **evitando que su denuncia trascienda a los demás, debiendo ser tramitada con absoluto resguardo de la información y discreción en el manejo de la información, evitándose que la identidad del denunciante y de la denunciada trascienda a los demás.**"*

Con fundamento en lo anterior debe afirmarse, sin lugar a dudas que, mientras se encuentre en trámite un procedimiento disciplinario por hostigamiento sexual, es decir que no cuenta con acto final firme, las instituciones están sujetas a la confidencialidad y por tanto es su deber proteger toda la información contenida en el expediente.

Resulta de interés señalar que esta regla no aplica durante el procedimiento a las partes quienes podrán tener acceso al expediente para ejercer el rol correspondiente durante el procedimiento, y no alcanza a la Defensoría en tanto el artículo 7 le otorga la prerrogativa de acceso al expediente.

Corolario de lo expuesto, no existe una disposición que amplíe la facultad de denegar la información y garantizar la confidencialidad una vez finalizados los procedimientos, tratándose de funcionarias y funcionarios públicos sancionados, donde surge un interés público de conocer la identidad de quien ha violentado la ley.

De manera que una vez finalizado el procedimiento y determinada la sanción disciplinaria, no puede denegarse el acceso a la información porque se trata de información de interés público. Sobre el particular, la Sala Constitucional ha dictado múltiples sentencias de las que resulta de interés citar las siguientes:

Sala Constitucional 06382 – 2017:

II.- SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. Para el análisis de este caso conviene tener presente lo dispuesto por la Sala sobre el tema de la confidencialidad de la información y el acceso a las investigaciones administrativas. Al respecto, en la Sentencia N° 2012-010169 de las 14:30 horas del 31 de julio de 2012, dispuso lo siguiente:

"...III.- Las denuncias son medios utilizados por los administrados para poner en conocimiento de la Administración, hechos que el denunciante estima irregulares o ilegales, con el objeto de instar el ejercicio de competencias normalmente disciplinarias o sancionatorias, depositadas en los órganos públicos. En ocasiones, la denuncia configura incluso un deber para quien dada su función o su actividad tiene conocimiento de esos hechos, pero en otros casos es más bien un modo de participación en asuntos que conciernen al interés público, perfectamente compatible, y, de hecho, fundamentado en el principio democrático. En todo caso, no se puede negar que las denuncias, al igual que las peticiones de información, los reclamos administrativos y las solicitudes de otorgamiento de ciertos derechos, se encuentran incluidas dentro del concepto genérico de petición establecido en el artículo 27 constitucional, con su correlativo derecho de obtener respuesta como complemento del ejercicio del derecho de pedir. Ahora bien, tanto el plazo para tramitar y resolver una denuncia, como lo que se debe informar y el acceso al expediente, están supeditados al particular régimen jurídico que caracteriza a ese instituto. En lo que concierne al primer aspecto, la razonabilidad del tiempo demorado en oficiar y decidir, depende del grado de complejidad del asunto por investigar, circunstancia que sólo puede ser valorada casuísticamente (ver sentencia número 2002-06858 de las 9:08 horas del 12 de julio de 2002). En lo relativo al segundo aspecto, la Administración está en la obligación de comunicarle al denunciante el estado de la tramitación en que se encuentra su queja, así como el resultado de la misma, lo que sí resulta de interés público, habida cuenta de la necesaria fiscalización y evaluación a las que tienen que estar sometidos los servidores públicos por parte de la ciudadanía en el desempeño de sus funciones. Sin embargo, el ordenamiento jurídico ha previsto -con el propósito de proteger los derechos del servidor cuestionado, del denunciante de buena fe y la objetividad en el desarrollo de las averiguaciones pertinentes- que en el procedimiento investigador existan diversos momentos procesales con diferentes niveles de acceso a los expedientes. En este sentido, los párrafos segundo y tercero del artículo 6 de la Ley General de

Control Interno número 8292 del 31 de julio de 2002, establecen que "la información, documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúan las auditorías internas, la administración y la Contraloría General, cuyos resultados puedan originar la apertura de un procedimiento administrativo, serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo. Una vez notificado el informe correspondiente y hasta la resolución final del procedimiento administrativo, la información contenida en el expediente será calificada como información confidencial, excepto para las partes involucradas, las cuales tendrán libre acceso a todos los documentos y las pruebas que obren en el expediente administrativo. Para todos los casos, la Asamblea Legislativa, en el ejercicio de las facultades contenidas en el inciso 23) del artículo 121 de la Constitución Política, podrá acceder a los informes, la documentación y las pruebas que obren en poder de las auditorías internas, la administración o la Contraloría General de la República". Asimismo, el artículo 8 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, ley número 8422 del 6 de octubre de 2004, estatuye que la "Contraloría General de la República, la Administración y las auditorías internas de las instituciones y empresas públicas, guardarán confidencialidad respecto de la identidad de los ciudadanos que, de buena fe, presenten ante sus oficinas denuncias por actos de corrupción. La información, la documentación y otras evidencias de las investigaciones que efectúen las auditorías internas, la Administración y la Contraloría General de la República, cuyos resultados puedan originar la apertura de un procedimiento administrativo, serán confidenciales durante la formulación del informe respectivo. Una vez notificado el informe correspondiente y hasta la resolución final del procedimiento administrativo, la información contenida en el expediente será calificada como información confidencial, excepto para las partes involucradas, las cuales tendrán libre acceso a todos los documentos y las pruebas que consten en el expediente administrativo. No obstante, las autoridades judiciales podrán solicitar la información pertinente, ante la posible existencia de un delito contra el honor de la persona denunciada." Con base en esas normas, la Sala interpreta que existen, al menos, tres etapas en una investigación administrativa, cada una de las cuales se caracteriza por un grado distinto de acceso a la información. La primera se refiere al inicio de la denominada investigación preliminar, que puede comenzar con una denuncia, como en este caso, o con una actuación de oficio del Estado. Esta fase se relaciona con las primeras averiguaciones y pesquisas que realiza la Administración con el fin de determinar si en efecto hay mérito para iniciar un procedimiento administrativo formal. En este momento, la documentación recopilada y los dictámenes al efecto resultan confidenciales para cualquier persona, incluso para el denunciante y el denunciado, en la medida que, por un lado, se deben garantizar los resultados de la investigación y proteger tanto la honra del denunciado como la confidencialidad del denunciante de buena fe y, por otro lado, no existe certeza aún sobre la procedencia de lo denunciado. La segunda fase comprende el momento desde que empieza un procedimiento administrativo, por lo general a partir de una investigación preliminar, hasta que se comunica la resolución final del mismo. En esta etapa, resulta obvio que las pruebas e informes relativos a lo indagado tienen que estar a disposición de las partes involucradas, a fin de que las autoridades públicas investiguen lo concerniente y los cuestionados ejerzan efectivamente su derecho de defensa. El denunciante no se puede tener técnicamente como parte en un procedimiento administrativo de este tipo por el mero hecho de la denuncia interpuesta, sino que éste debe apersonarse y demostrar que ostenta algún derecho subjetivo o interés legítimo que pudiera resultar directamente afectado, lesionado o satisfecho por un acto administrativo final, según lo contemplado en el artículo 275 de la Ley General de Administración Pública. Con excepción de las partes, durante esa segunda etapa ninguna otra persona puede tener acceso al expediente administrativo correspondiente, puesto que aún la Administración no ha concluido si el acto investigado efectivamente sucedió y de qué forma, o si existe mérito para una sanción. En la última etapa, que no termina sino con la notificación de la resolución final de la investigación a las partes, cesa la confidencialidad de la información contenida en el expediente administrativo correspondiente, que por versar sobre cuestiones relacionadas con el desempeño de los servidores estatales resulta de evidente interés público y debe estar a disposición de todo ciudadano. No obstante, en cualquier fase, las autoridades judiciales pueden requerir la información pertinente, ante la posible existencia de un delito contra el honor de la persona denunciada. Las diversas facetas expuestas no implican, sin embargo, que el denunciante carezca de todo derecho a información en lo relativo a su gestión. En efecto, el Estado siempre estará en la obligación de suministrarle a él datos generales sobre la tramitación brindada a su denuncia, tales como los órganos responsables de su diligenciamiento, la fase procesal en la que se encuentra o el plazo prudencial para su conclusión. En este sentido, la Sala observa un notorio interés público en la denuncia no solo como instrumento de control político,

sino también como mecanismo útil para la evaluación de resultados y rendición de cuentas de la Administración, fines todos de relevancia constitucional según lo estatuido en el artículo 11 de la Constitución Política...". (La negrita no pertenece al original).

Sala Constitucional voto 15220 – 2016:

En el caso concreto de los funcionarios públicos, se encuentran más expuestos al escrutinio público, toda vez que el ejercicio de sus funciones trasciende el ámbito privado y, por su impacto en el desarrollo y acontecer político y nacional, se incorpora a la esfera pública, esto es tiene consecuencias de interés para la ciudadanía en general. Asimismo, el control ciudadano sobre la Administración Pública y el deber de rendición de cuentas de los funcionarios públicos (artículo 11 de la Constitución Política), solo pueden darse en un sistema democrático de amplia libertad de expresión e información. Esa es la relevancia de la dimensión social del derecho de información, íntimamente ligado al de expresión. En tal sentido, precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expresó en el caso Tristán Donoso:

"115. Por último, respecto del derecho a la honra, la Corte recuerda que las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza.(...)"

122. Como ya se ha indicado, el derecho internacional establece que el umbral de protección al honor de un funcionario público debe permitir el más amplio control ciudadano sobre el ejercicio de sus funciones (supra párr. 115). Esta protección al honor de manera diferenciada se explica porque el funcionario público se expone voluntariamente al escrutinio de la sociedad, lo que lo lleva a un mayor riesgo de sufrir afectaciones a su honor, así como también por la posibilidad, asociada a su condición, de tener una mayor influencia social y facilidad de acceso a los medios de comunicación para dar explicaciones o responder sobre hechos que los involucren."

No obstante, lo expuesto, las instituciones pueden limitar el acceso a la información conforme cuando se encuentre involucrado otros derechos que también requiere protección, que pueden entrar en colisión con el interés público ya mencionado.

Al respecto, la Procuraduría C-094-97 de 12 de junio de 1997 señaló:

"(...) El derecho de acceso existe en tanto los expedientes se refieran a procedimientos terminados y a condición de que esa publicidad no afecte el derecho de intimidad de las partes, por contener datos que puedan afectar su honor, prestigio, etc. Razones que también justifican la exclusión que diversos ordenamientos establecen respecto del acceso a los expedientes que están en trámite. Aspecto que no es extraño a nuestras leyes administrativas, puesto que la Ley General de la Administración Pública contempla disposiciones que regulan y limitan dicho acceso. (...)"

(...) el derecho de acceso no es absoluto; por el contrario puede ser limitado en razón de lo dispuesto en el numeral 273. Limitación que puede abarcar tanto los supuestos previstos en el inciso 2 (información interna) como la información confidencial de una parte y aquella cuyo conocimiento pueda generar daños ilegítimos. Dentro de estos supuestos deben considerarse no sólo los documentos privados aportados por las partes, sino los datos e informes cuya divulgación pueda afectar el honor, prestigio e imagen de alguna de las partes (protección a la reputación), o la debida tutela a su defensa. Estas restricciones operan respecto de todo procedimiento administrativo ordinario y, por ende, respecto de los sancionatorios (artículo 308 de la Ley General de cita), los cuales deben desarrollarse con estricto apego a las garantías constitucionales y legales. (...)"

La regla general de acceso a la información puede denegarse en los casos que establece el artículo 273 LGAP que señala:

"1. No habrá acceso a las piezas del expediente cuyo conocimiento pueda comprometer secretos de Estado o información confidencial de la contraparte o, en general, cuando el examen de dichas piezas confiera a la parte un privilegio indebido o una oportunidad para dañar ilegítimamente a la Administración, a la contraparte o a terceros, dentro o fuera del expediente. 2. Se presumirán en esta condición, salvo prueba en contrario, los proyectos de resolución, así como los informes para órganos consultivos y los dictámenes de éstos antes de que hayan sido rendidos."

También en otras circunstancias se puede denegar la información, a través de la ponderación del derecho a la información en confrontación con otro derecho. En los casos de hostigamiento sexual debe ponderarse el derecho a la intimidad frente al derecho a la información.

Para la Defensoría el conocimiento público de un hecho de violencia con contenido sexual puede afectar el honor objetivo de la víctima, de modo que la trasmisión de una información y el conocimiento público sobre su denuncia solo contribuiría a revictimizarla. La ponderación del derecho a la intimidad frente al derecho a la publicidad de los actos de la administración, manda la protección del primero e impone un límite objetivo frente al derecho a la publicidad.

Al respecto la Sala Constitucional ha señalado:

Sala Constitucional voto 2014-19542:

III.- Sobre la intimidad como una garantía de rango jurídico fundamental. *El numeral 24 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la intimidad. Se trata de un fuero de protección a la vida privada de los ciudadanos. La intimidad está formada por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor y su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento. Si bien, no puede menos que reputarse que lo que suceda dentro del hogar del ciudadano es vida privada, también puede ser que lo que suceda en oficinas, hogares de amigos y otros recintos privados, esté en ese ámbito. De esta manera los derechos constitucionales de inviolabilidad del domicilio, de los documentos privados y de las comunicaciones existen para proteger dicha intimidad, que es un derecho esencial de todo individuo. El domicilio y las comunicaciones solo ceden por una causa justa y concreta. Lo mismo debe suceder con la intimidad en general, pues como lo indica la Convención Americana de Derechos Humanos, en el párrafo segundo del artículo 11: "...nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación...". Sin embargo, el derecho a la intimidad personal no se viola cuando se impongan limitaciones a la libertad como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula.*

Sala Constitucional voto 01026 – 1994 "El derecho de información no es irrestricto, y en esas circunstancias no puede ser el Estado quien proporcione los datos de quien sea acusado, para que se publique con su nombre o con condiciones que aludan directamente a su identificación. Es contrario al derecho a la reputación y al honor presentar en un artículo a una persona como delincuente si no ha sido sentenciado como tal, ni como imputado a quien no lo es. También lo será cuando se informa de una investigación preliminar si se dan los nombres de los presuntos acusados, pues puede resultar como en el presente caso, que se desestime la causa".

Conteste con lo expuesto, la Procuraduría C-174-2000 de 4 de agosto de 2000 ha señalado da cuenta clara que la confidencialidad tiene como objetivo la no identificación de la persona a quien corresponde la información:

"...El carácter confidencial de los documentos privados implica una prohibición de acceso de esos documentos y de suministrarlos o suministrar los datos allí contenidos al público, de manera que terceros puedan identificar a quién corresponde la información, salvo los casos de excepción que encuentren fundamento en el artículo 24 constitucional...

Lo que significa que no toda información que consta en las oficinas públicas puede ser dada a terceras personas. Por terceras personas debe entenderse no sólo los particulares sino funcionarios públicos y Administraciones Públicas extrañas a aquélla en que consta la documentación o a la cual debe ser

suministrada. Se exceptúan las excepciones expresamente establecidas en la Constitución o en la Ley emitida conforme lo dispuesto en el artículo 24 constitucional. Fuera de esos supuestos, la comunicación de los documentos o información sólo procede con el consentimiento del derecho habiente...

La prohibición de dar a conocer a terceros documentos o comunicaciones privadas se impone incluso cuando constituyan el fundamento de actos administrativos.

En igual forma, la Administración debe abstenerse de suministrar información que resulte confidencial en razón del interés privado presente en ella. La divulgación de esa información puede afectar los derechos de la persona concernida y concretamente, el derecho a la intimidad, entendida como el derecho del individuo a tener una esfera de su vida inaccesible al público, salvo voluntad contraria del interesado (Sala Constitucional, N. 678-91 de 14:17 hrs. del 27 de marzo de 1991).

Para tal efecto también la Ley Protección de la Persona frente al tratamiento de sus datos personales N° 8968, da cuenta del concepto de datos sensibles en referencia aquellos datos relativo al fuero íntimo de la persona.

ARTÍCULO 3.- Definiciones

Para los efectos de la presente ley se define lo siguiente:

...e) Datos sensibles: información relativa al fuero íntimo de la persona, como por ejemplo los que revelen origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o espirituales, condición socioeconómica, información biomédica o genética, vida y orientación sexual, entre otros.

En virtud de las normas y consideraciones realizadas, para la Defensoría de los Habitantes, en los casos de hostigamiento sexual debe prevalecer la interpretación de la confidencialidad durante todo el proceso y cuando este termine por acto firme, debe interpretarse:

- 1- Que el acceso a la información en materia de los casos de hostigamiento sexual debe partir en su interpretación del deber de protección a la víctima, donde la confidencialidad es una garantía de protección de su identidad y por ende debe limitarse el acceso a todo lo que contribuya con la identificación de la víctima.*
- 2- Que en este tipo de casos, lo que reviste interés público es la conducta desplegada por la persona que perpetra un hecho violento y con contenido sexual, máxime tratándose de casos de personas funcionarias públicas cuyas acciones se dan en el marco y con ocasión de su trabajo, lo que se agrava cuando se trata de funcionarios públicos de la universidad que tienen roles ejemplarizantes por su condición de docentes.*
- 3- Que la clara existencia de interés público en la información relacionada con la realización de actos durante y con ocasión de la función pública, que son de violencia y con contenido sexual, y que fueron debidamente reconocidos como tales en acto administrativo motivado, debe garantizarse, pero en ponderación con la garantía de tutela privilegiada que tiene la víctima, como portadora de derechos subjetivos y en virtud de la protección al derecho a su integridad. De tal forma que toda información tanto sobre su identidad, como sobre los hechos que violentaron su intimidad, constituyen datos sensibles debe ser debidamente protegidos y por tanto sujetos a la no divulgación.*
- 4- Esta obligación debe garantizarla tanto el jerarca de la institución, como las personas responsables de dar la información respectiva, eliminando todas las referencias y datos señalados.*
- 5- Entratándose de personas menores de edad el acceso a su información personal tiene una calificación adicional que impide su divulgación derivada de las normas internacionales de protección de Convención de los Derechos de los Niños, Niñas y adolescentes, así como el Código de la Niñez y la adolescencia, en la que la tutela es reforzada, haciendo que el interés superior de la persona menor prevalezca en la interpretación de sus propios derechos. Es claro que estas personas se encuentran en una etapa cuya personalidad está en formación y puede ser especialmente afectado por la revictimización en el uso de esta información.*

- 6- *La información que es sujeta de entrega se ha generalizado al expediente; sin embargo, en criterio de la Defensoría de los Habitantes, la consideración del interés público se satisface con la resolución final, que sintetiza la conducta desplegada por el funcionario público y que es la única de interés público.*

Nótese que el expediente contiene todas las pruebas, dictámenes, testimonios y referencias de personas testigos, que conforman un cúmulo de instrumentos capaces, no solo de contribuir con la identificación de la víctima, sino que pueden afectar el derecho a la intimidad, y causar una grave revictimización, por lo que la Defensoría no recomienda la entrega de la totalidad del expediente. Tal consideración deberá hacerse en acto motivado.

Tal afirmación supone que la resolución final, por su naturaleza de imponer una obligación, suprimir o denegar derechos subjetivos, debe estar absolutamente motivada de conformidad con la Ley General de la Administración Pública, es decir exponer los hechos y la fundamentación de derecho; solo si se trata de una resolución no arbitraria, puede estar sujeta al ejercicio de control.

Finalmente, y para mayor garantía de esta interpretación institucional, se considera importante promover una reforma legal que establezca de forma clara e indubitable los alcances de la confidencialidad y el deber de protección de las víctimas de hostigamiento sexual en la línea de los planteado en este informe, sobre el acceso restringido a la resolución final con la supresión de la información sobre los datos de la víctima y de lo referente a la intimidad de la víctima”.

4. Consideraciones finales.

La Defensoría estima que la propuesta de adición a los artículos 5 y 34 de la ley de Hostigamiento sexual en el Empleo y la Docencia debe ser aclarada en todos sus extremos, a la luz de la exposición presentada.

Agradecida por la deferencia consultiva,

Catalina Crespo Sancho, PhD.
Defensora de los Habitantes de la República