

XV Jornadas de Investigación y Cuarto Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2008.

Derecho a la privacidad: las pruebas psicológicas invasivas en la selección del personal.

Vera Candia, Hugo Rubén.

Cita:

Vera Candia, Hugo Rubén (2008). *Derecho a la privacidad: las pruebas psicológicas invasivas en la selección del personal*. XV Jornadas de Investigación y Cuarto Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-032/664>

ARK: <https://n2t.net/ark:/13683/efue/ofa>

Acta Académica es un proyecto académico sin fines de lucro enmarcado en la iniciativa de acceso abierto. Acta Académica fue creado para facilitar a investigadores de todo el mundo el compartir su producción académica. Para crear un perfil gratuitamente o acceder a otros trabajos visite: <https://www.aacademica.org>.

DERECHO A LA PRIVACIDAD: LAS PRUEBAS PSICOLÓGICAS INVASIVAS EN LA SELECCIÓN DEL PERSONAL

Vera Candia, Hugo Rubén
Asociación de Psicólogos de Buenos Aires. Argentina

RESUMEN

Las sociedades democráticas occidentales reconocen, a través de su ordenamiento legal, que todo ser humano posee ciertos atributos esenciales y personales tales como la intimidad, la imagen o la identidad que constituyen en sí mismo un bien jurídico de supremo valor exento de toda publicidad arbitraria. Esto significa que las personas son relativamente libres de manejar su propia vida y ejercer sus derechos fundamentales sin la interferencia, intromisión o coerción gubernamental o particular. El surgimiento y evolución jurídica del derecho a la privacidad son paralelos al desarrollo de la medición psicológica, siendo en los Estados Unidos donde alcanzaron su mayor rigor. Regularmente, las pruebas psicológicas realizan exploraciones en el individuo en áreas tan disímiles como la esfera intelectual, la sensorio motriz y hasta en la personalidad. Sin embargo, en determinados contextos, la aplicación de algunos tests de personalidad podría resultar inadecuada con importantes consecuencias legales. El objetivo de este trabajo es examinar la actual situación legal y profesional de la Argentina en este campo tomando como referencia el célebre caso Soroka v. Dayton Hudson Corp. Se hallaron importantes tópicos para ser analizados.

Palabras clave

Privacidad Derecho Personalidad Pruebas

ABSTRACT

PRIVACY RIGHTS: INTRUSIVE PSYCHOLOGICAL TESTS IN PERSONNEL SELECTION

Western democratic societies recognize, through their legal regulations, that all human beings possess certain essential and personal attributes such as intimacy, self-image or identity, that constitute a legal possession of supreme importance free from arbitrary interpretation. This means that people are relatively free to manage their own lives and to exercise their fundamental rights without interference, intercession or coercion by governments. The emergence of privacy rights and their legal evolution parallel the development of psychological measurement, which has reached its highest development in the United States of America. Psychological tests explore the individual in areas as dissimilar as the intellect, sensory-motor skills and even personality. However, in given contexts the application of some personality tests would be considered improper, which has important legal implications. The objective of this paper is to examine the current legal and professional situation in this field in Argentina, taking as a reference the famous case Soroka v. Dayton Hudson Corp., which raised important issues which will be analyzed.

Key words

Privacy Rights Personality Tests

Todos los seres humanos desarrollan determinadas conductas en las que manifiestan su propia existencia en relación con su entorno y con sus semejantes en dos ámbitos bien definidos y que pueden ser reconocidos como aquellos de naturaleza pública y aquellos de naturaleza privada. Las conductas desarrolladas en ambientes públicos son aquellas que se expresan de manera evidente, notoria y manifiesta para todos los demás individuos de la sociedad y de las cuáles existe un cierto consenso social para adjudicarlas como tales. Mientras que las otras, denominadas de naturaleza privada, se expresan y pertenecen al mundo "interior" o familiar del individuo y se encuentran fuera de la órbita común de lo público o del intercambio social.

En este sentido, lo público es aquello que es exhibido y que puede ser compartido sin inconveniente con todos los otros miembros de la sociedad. Lo privado es, entonces, aquello que tiende a pertenecer al individuo y a su intimidad en cuanto tal y que escaparían al juicio o a la apropiación de la esfera pública. Las sociedades democráticas occidentales han desarrollado, a través de su ordenamiento jurídico - legal, la tutela a la intimidad a través del Derecho a la Privacidad por el que todas las personas estarían protegidas de cualquier tipo de invasión a su vida privada. Sin embargo este derecho individual no es absoluto, sino relativo. En efecto, el jurista J. Rivera define y amplía el concepto de vida privada como: *El derecho que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquél ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda el orden público y a la moral pública y no perjudique a otras personas* (Rivera, pág. 79) La protección legal a la vida privada es, por lo demás, reciente. En efecto, las raíces de este derecho pueden ser halladas hacia los finales del siglo XIX, cuando en 1890 los juristas estadounidenses Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis publicaron el artículo "El Derecho a la Privacidad" (West, 1998; Cifuentes, 2007). En esencia, *lo íntimo estaría conformado por todos aquellos elementos y conceptos tales como lo sentimental, las creencias religiosas, la vida sexual, la imagen, la identidad, el honor, todo aquello desarrollado y realizado en las actividades diarias del hogar, la comunicación epistolar (en sus variadas versiones) y por todo aquello que el individuo compone y construye para sí en soledad (...) ignoradas e impenetrables para los demás en general* (Cifuentes, pág.9). Es, por todo lo mencionado, que la intimidad constituye ante todo un bien jurídico inherente a todo ser humano.

La evaluación y medición psicológica ha incursionado, a lo largo de su historia, en áreas tan diversas del comportamiento humano tales como el campo intelectual, la sensorio motriz y hasta en la personalidad. En este sentido, gran parte de lo que compone el concepto de intimidad y vida privada se encuentra como características humanas a ser evaluadas y estudiadas por determinadas pruebas psicológicas, en especial, las denominadas clínicas. Muchas de estas pruebas son utilizadas, según sus objetivos, para estimar y pronosticar comportamientos tomando en cuenta el constructo *personalidad* en diversos ámbitos de aplicación de la psicología, entre los que se encuentra el laboral. ¿Pero, puede un test de personalidad aplicado a la selección del personal incursionar de manera arbitraria dentro de la intimidad de una persona y violar su derecho a la privacidad? Según experiencias recientes, la aplicación de pruebas de personalidad clínicas en ámbitos laborales sería inadecuada.

UN CASO PARADIGMÁTICO

En los Estados Unidos el uso y aplicación de las pruebas psicológicas en el área laboral está regulado tanto por principios científicos (SIOP, 2003) como por leyes federales (EEOC, 1978). La legislación de ese país establece que es ilegal desaprobar, rechazar o negarse a contratar a un individuo sobre la base de su raza, color, etnia, sexo, origen nacional, edad, embarazo y discapacidad física o mental; a menos que tales características sean una cualificación ocupacional de buena fe o respondan a una auténtica necesidad de los negocios. Esto significa que todas las personas deben ser seleccionadas sobre la base de su mérito o capacidad personal para realizar el trabajo. Así, el go-

bierno federal reguló el uso y aplicación de todo tipo de pruebas (tanto médicas como psicológicas) exigiendo que la evaluación de las cualidades del aspirante a un empleo estén relacionadas con el empleo. Esto significa, que todo tipo de toma de decisiones sobre el personal debe estar relacionada, vinculada, ligada o emparentada (relatedness) con las características objetivas y materiales del puesto de trabajo. Por otra parte, aunque la Constitución de dicho país no menciona textualmente el término privacidad, varios tribunales reconocieron que dicho principio jurídico puede ser inferido desde la Primera, Tercera, Cuarta, Quinta, Novena y Decimocuarta enmiendas constitucionales.

En este contexto, en 1989 la firma Dayton Hudson¹, necesitaba reclutar personal de seguridad para sus Tiendas Target en California y estableció como requisito de empleo la aprobación de una prueba de personalidad de características clínicas denominada "Psychcreen" debido a que el buen discernimiento y la estabilidad emocional eran cualidades indispensables para el buen desempeño en el trabajo. El Psychcreen era una combinación del Inventario de Personalidad Multifásico de Minnesota y del Inventario Psicológico de California. El test era un cuestionario de lápiz y papel y estaba compuesto por 704 ítems de verdadero / falso. Todos los postulantes al empleo debían responder a las preguntas del inventario de personalidad que se detallan a continuación:

67. Yo me siento seguro cuando hay solo una verdadera religión...

201. Yo no tengo paciencia con la gente que cree que hay sólo una verdadera religión...

477. Mi alma alguna vez abandona mi cuerpo...

483. Un cura puede curar enfermedades rezando y colocando su mano sobre su cabeza...

486. Todo sucede sólo como los profetas de la Biblia dijeron que sucedería...

505. Yo voy a la iglesia casi todas las semanas...

506. Yo creo en la segunda llegada de Cristo...

516. Yo creo en la vida del más allá...

578. Yo soy muy religioso (más que la mayoría de la gente)...

580. Yo creo que mis pecados son imperdonables...

606. Yo creo que existe un Dios...

688. Yo creo que existe un Demonio y un Infierno después de la vida.

La prueba también incluía preguntas que pueden revelar la orientación sexual del postulante, tales como:

137. Yo deseo no ser molestado por pensar en sexo...

290. Yo nunca tuve problemas por causa de mi conducta sexual...

339. Yo tuve problemas una o varias veces por causa de mi conducta sexual....

466. Mi vida sexual es satisfactoria...

492. Yo me siento fuertemente atraído por personas de mi propio sexo....

496. Yo he deseado con frecuencia haber sido una chica (o si usted es una chica) Yo no me arrepiento de ser mujer...

525. Yo nunca me di el gusto de realizar practicas sexuales inusuales

558. Yo estoy preocupado por asuntos sexuales....

592. A mi me gusta hablar sobre sexo....

640. Muchos de mis sueños son sobre asuntos sexuales².

Sibi Soroka, Susan Urry y William D'Arcangelo, tres postulantes al empleo, se sintieron muy molestos y angustiados al responder las preguntas del test. Durante el proceso de selección Soroka fue contratada, mientras que Urry (una mormona) y D'Arcangelo no lo fueron. Esto motivó a que los tres iniciaran una demanda civil contra la empresa alegando cargos por discriminación, violación al derecho a la privacidad y angustia emocional intencional. Finalmente, el Tribunal de Apelaciones de California declaró que las preguntas del test de personalidad resultaban invasivas y que violaban el derecho a la privacidad de la persona que busca trabajo. Por otra parte, la Corte afirmó que las preguntas que tocan temas privados deben estar limitadas y directamente relacionadas con la naturaleza y funciones

del empleo.

Aunque casos como *Detroit Edison Co. v. National Labor Relations Board*³ habían establecido controversias judiciales por confidencialidad en los resultados de los tests, esta fue la primera vez que se cuestionaba una prueba sobre la base de su diseño y naturaleza.

LA SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

En nuestro país la tutela a la intimidad y el derecho a la vida privada se hallan consagrados en los artículos 18, 19 y 43 de la Constitución Nacional y en Tratados y Convenciones Internacionales enumerados en el artículo 75 inc.22 de la Carta Magna y que tienen jerarquía constitucional. Ellos son: Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto San José de Costa Rica de 1969 (Cap.2, art.11) y promulgada por la Ley 23.054 de 1984; El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art.17, inc.1) sin ratificar; la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de Diciembre de 1948 (Art.12) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (Art.5). Asimismo, en el Código Civil el principio se halla tipificado en el Art. 1071bis sancionado por ley 21.173 de 1975⁴.

Si bien existen entidades científicas que establecieron principios y códigos éticos para el uso local de tests y otros procedimientos de evaluación psicológica (ADEIP, 1999) el gobierno no ha regulado todavía el uso de tales procedimientos mediante leyes federales o fallos judiciales ejemplares. De hecho, es muy común que se utilicen inventarios de personalidad como el MMPI que conservan algunas de las preguntas mencionadas arriba. Por otra parte, en el ámbito local es muy común el uso de pruebas y técnicas de personalidad de naturaleza proyectiva y todo tipo de evaluaciones basadas en modelos clínicos (Aguinis, 1996) para predecir el rendimiento exitoso de un individuo en el trabajo (Castro Solano, Casullo, Pérez, 2004). Algunas de dichas técnicas son: el Test de Wartegg, H.T.P, Dibujo de la Figura Humana, Hombre bajo la lluvia, T.A.T, Test de Phillipson, Psicodiagnóstico de Rorschach, Test Z de Zulliger o la Pirámide de Pfister. Ninguna de estas pruebas ha sido validada para su uso industrial y organizacional, aún peor, muchas de estas técnicas permiten indagar sobre una enorme cantidad de información personal de índole íntima y privada acerca de la persona, revelando aspectos inconscientes y latentes de la personalidad sin previo consentimiento del evaluado, lo cual supondría un gran dilema ético (Anastasi, 1998). A pesar que muchos investigadores han demostrado que la aplicación del modelo clínico y holístico a los campos laborales constituye un rotundo fracaso (Guion & Gottier, 1965; Rafaeli & Klimoski, 1983; Eysenck, 1996) su utilización en nuestro país continúa sin un cuestionamiento oficial.

En los que a juicios se refiere, en la Argentina no fue una prueba psicológica desafiada por violar el derecho a la privacidad, sino una prueba médica. Así lo demostró el caso *R., L. F. v. Trenes de Buenos Aires*⁵ en el que un aspirante al puesto de boleterero de la compañía de trenes fue rechazado tras dar positivo en la prueba de HIV. En este caso, se violó la ley 23.798⁶ de prevención y lucha contra el SIDA en el que se prohíbe el uso de la prueba sin consentimiento previo del paciente. Sin embargo, lo que se cuestionó no fue el uso de la prueba del SIDA, sino la falta de consentimiento manifiesto para su utilización. La legislación no obliga a que las pruebas estén ligadas con el empleo.

CONCLUSIONES

La intimidad se encuentra expresamente protegida mediante el ordenamiento jurídico legal en todas las naciones democráticas. La intimidad constituye un valor y un bien jurídico de orden supremo relacionado con la dignidad humana de todo individuo. En lo que a la ciencia psicológica concierne, la invasión a la privacidad ocurriría cuando un test psicológico revela más información sobre una persona de la que sería necesaria para tomar una decisión determinada. Es por eso que, en los ámbitos laborales los test deberían utilizarse con propósitos precisos y no para obtener información irrelevante acerca de la persona que se postula para un empleo o que necesita ser promocionada.

NOTAS

1. Soroka v. Dayton Hudson Corporation, 235 Cal. App.3d 654, 1 Cal.Rptr.2d 77 (October 25, 1991)
2. Estas preguntas se encuentran en el expediente original del citado fallo judicial de la Corte de Apelaciones de California del Primer Distrito y firmado por el jurista Reardon, Juez Asociado. La traducción corrió por cuenta del autor de este trabajo.
3. Detroit Edison Co. v. National Labor Relations Board, 440 U.S. 301
4. Art. 1071 bis (sancionado por ley 21.173) - El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubiera cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.
5. R., L.F. v. Trenes de Buenos Aires S.A. CNCiv., sala E, 30/9/2003, JA 2004 - I - 352.
6. Ley 23.798 publicado en el BO del 20/9/1990. Reglamentado en el BO del 8/7/1991.

BIBLIOGRAFÍA

- Asociación Argentina de Estudio e Investigación en Psicodiagnóstico - ADEIP (1999) Código de Ética del Psicodiagnosticador. Disponible en www.adeip.org.ar/codetica.
- AGUINIS, H. & KRAIGER, K. (1996). Intervening in emerging markets: Back to the basics, or go home empty-handed. *The Industrial-Organizational Psychologist*, 33 (3), pág. 84-87.
- ANASTASI, A. & URBINA, S. (1998) *Tests Psicológicos* (7ª ed.) México: McGraw Hill.
- BRENLLA, M.E.; DIUK, L.W.; MARISTANY, M.P. (1992) *Evaluación de la Personalidad: aportes del MMPI-2*. Bs. As: Psicoteca.
- BUTCHER, J.N. (1996) *International Adaptations of the MMPI - 2: Research and Clinical Applications*. Minneapolis, IL: University of Minnesota Press.
- CÁRDENAS, E.J.; KEMELMAJER, A.; LVALLE COBO, J.E.; SMITH, J.C. (1994) *Código Civil y leyes complementarias*. Tomo V (2ª ed.) Buenos Aires: Astrea.
- CASTRO SOLANO, A.; CASULLO, M.M. & PÉREZ, M.A. (2004) *Aplicaciones del MIPS en los ámbitos laboral, educativo y médico*. Bs. As: Paidós.
- CHIAPPINI, J. (2000). *La Constitución Norteamericana* (2ª ed). Rosario: FAS.
- CIFUENTES, S. (2007) *El derecho a la vida privada: tutela a la intimidad* (1ª ed.) Buenos Aires: La Ley.
- EYSENCK, H.J. (1996) *Usos y abusos de la Psicología: un psicólogo examina la validez de su ciencia en los asuntos humanos*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- Equal Employment Opportunity Commission (1978) *Adoption by four agencies of Uniform Federal Guidelines on Employee Selection Procedures*. Federal Register, n° 43, pág. 38290 - 38315.
- FARNSWORTH, E.A. (1990). *Introducción al Sistema Legal de los Estados Unidos*. Bs. As: Zavalía.
- GARCÍA LANZ, M.G. (1994) *Constitución de la Nación Argentina*. Bs. As: Kapelusz.
- SLOAN, I.J. (1986) *Law of privacy rights in a technological society* (3rd ed.) Bobbs Ferry, NY: Oceana.
- Society for Industrial and Organizational Psychology - SIOP (2003) *Principles for the Validation and Use of Personnel Selection procedures* (4th Ed) Bowling Green, OH: Author.
- RAFAELI, A. & KLIMOSKI, R.J. (1983) *Predicting sales success through handwriting analysis: An evaluation of the effects of training and handwriting sample content*. *Journal of Applied Psychology*, 68, 212 - 217.
- RIVERA, J.C. (1993) *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo II. Bs. As: Abeledo Perrot.
- WEST GROUP (1998) *Privacy*. En *West's Encyclopedia of American Law*. Vol. 8, pág. 161 - 166 Saint Paul, MN: West Group