



LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO: EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO MORAL POR RAZÓN DE GÉNERO

TERESA PÉREZ DEL RÍO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

La violencia contra las mujeres constituye una de las manifestaciones más virulentas de la discriminación por razón de género y se produce en todos los países, cualquiera que sea su nivel de desarrollo, en todas las situaciones (de paz o de conflicto) y en todos los sectores (el privado y el público), entre ellos el laboral, exteriorizándose en dos formas: el acoso sexual y el sexista por razón de género.

La Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres no lo podía ni debía ignorar y no lo ha hecho. Es más, ha convertido en uno de sus objetivos emblemáticos, la mejora del sistema de tutela frente a la violencia de género en el trabajo. Esta Ley realiza una definición jurídica de estos fenómenos, más coherente que la Directiva comunitaria de la que proviene (2006/54/CEE), de forma más o menos directa establece la obligación empresarial de garantizar espacios exentos de este tipo de actuaciones, y mejora (aunque relativamente) los procedimientos de tutela y el sistema sancionatorio.

El objetivo de este estudio es analizar en qué forma y con qué nivel de suficiencia la nueva Ley cumple las finalidades que asume en su exposición de motivos en este sensible ámbito, es decir, se pretende determinar en qué manera la Ley de igualdad es susceptible de convertirse en un instrumento adecuado para contribuir a la eliminación de la violencia de género en los lugares de trabajo, de conseguir que la violencia de género deje de ser el precio que las mujeres tienen que pagar cuando intentan la ruptura del rol social asignado, tratando de compaginar el ámbito privado de la reproducción y el cuidado, para integrarse en el público laboral, garantizando así su propia autonomía, su autosuficiencia, cuya carencia viene a ser la causa más frecuente de la violencia en otros ámbitos de la vida como el doméstico.

ÍNDICE

1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO REALIDAD SOCIAL Y SUS MANIFESTACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL
2. LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO
3. EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO MORAL POR RAZÓN DE GÉNERO: DEFINICIÓN Y CARACTERES
 - 3.1. La tipología: acoso moral por razón de género, acoso sexual ambiental y chantaje sexual. Intencionalidad, actuaciones acosadoras y sujetos activos
 - 3.2. Derechos afectados: igualdad y dignidad
4. LOS EFECTOS DEL ACOSO. LA PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO COMO RIESGO LABORAL
5. LOS PROCEDIMIENTOS DE TUTELA Y LA SANCIÓN DEL ACOSO
6. CONCLUSIONES

1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO REALIDAD SOCIAL Y SU MANIFESTACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

La Plataforma de acción de Beijing aprobada en la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, septiembre de 1995, Capítulo D. define la violencia de género como *«todo acto de violencia, basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como la amenaza de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad»*. Añade que *«...la violencia contra la mujer constituye una violación de sus derechos humanos y contra sus libertades fundamentales y es una de las mas graves consecuencias de las desigualdades económicas, sociales, políticas y culturales que existen entre hombres y mujeres, cuya permanencia ha sido el resultado de la permisividad de sistemas legales y políticos que han discriminado a la mujer a través de la historia»*.

Esta Declaración es fruto de los consensos logrados en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena los días 14 a 25 de junio de 1993, en la que se aprobó la Declaración y Programa de Acción de Viena¹ que asume como presupuestos básicos de acción los siguientes:

- a) Los derechos de las mujeres y de las niñas forman parte inalienable e indivisible de los Derechos Humanos Universales. La igual participación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida y la erradicación de toda forma de discriminación constituyen uno de los objetivos prioritarios de la comunidad internacional.
- b) Toda clase de violencia de género es incompatible con la dignidad de la persona humana y debe ser eliminada. Con esta finalidad, los Estados y la Comunidad Internacional han de adoptar medidas legales adecuadas y efectivas.
- c) La violencia de género debe eliminarse de la vida pública y privada. Los prejuicios de género deben ser erradicados de la administración de justicia.

La Declaración de 1993 compromete a los Estados partes en la eliminación de la violencia de género donde quiera que esta se produzca, mediante la imposición de obligaciones concretas como las siguientes:

¹ A/CONF.157/23.

- a) Adopción de medidas legislativas y procedimientos eficaces en todos los ámbitos —civil, penal, laboral y administrativo— para la prevención de actos de violencia contra las mujeres.
- b) Adopción de medidas jurídicas, políticas y culturales con enfoques de tipo preventivo y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer a consecuencia de la aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la situación de discriminación de la mujer.

La Asamblea General de la ONU había aprobado en 1993 una resolución histórica, en concreto la «*Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*» (48/104 de 20 de diciembre) a partir de la cual han sido aprobadas una serie de resoluciones sobre la materia por la Comisión de Derechos Humanos (1997/54; 1998/52; 1999/42; 2000/45; 2001/49; 2002/52; 2003/45). En todos estos textos se reconoce la relación existente entre violencia de género y la situación social de discriminación de la mujer, es decir, de inferioridad de género, estadísticamente constatada. El objetivo asumido por la normativa internacional es instar a los Estados miembros de las organizaciones respectivas a que adopten medidas preventivas y sancionadoras adecuadas y eficaces para la erradicación de todo tipo de violencia en todos los ámbitos en que esta puede producirse² sobre la base de que la violencia contra las mujeres se puede producir tanto en el ámbito privado como en el público, en el ámbito doméstico, en el social y en el laboral³.

Por lo que aquí interesa, la violencia de género en el trabajo se define como «*conducta abusiva, ejercida en el lugar de trabajo tanto por superiores jerárquicos como por iguales, sin el consentimiento de la persona que la sufre, de forma que crea un ambiente laboral intimidatorio, hostil, humillante para la víctima y pone en peligro su puesto de trabajo o condiciona su carrera profesional*»⁴. Este tipo de actuación se manifiesta en dos formas diferentes: *el acoso sexual* y *el acoso moral por razón de género*.

La violencia de género en el trabajo constituye una manifestación de la violencia sexista que se ha venido concibiendo como un precio que las mujeres que pretenden salir del rol asignado e integrarse en el mercado de trabajo deben pagar para mantenerse en él. Es sin duda una de las actuaciones discriminatorias por razón de género más virulentas dados los devastadores efectos que suele producir sobre la salud de sus víctimas y su regulación constituye, en mi opinión uno de los temas estrella de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007 (a partir de aquí LO 3/2007). Las múltiples carencias que presentaba en la materia la normativa anteriormente vigente había sido reiteradamente puesta de manifiesto por la doctrina. En primer lugar, nuestro ordenamiento jurídico social presentaba una definición muy deficiente de una de las manifestaciones de la violencia de género en el trabajo, el acoso sexual y una ausencia absoluta de definición de la segunda de estas manifestaciones, el acoso moral por razón de género, en segundo lugar, no reali-

² Ver la Decisión núm. 803/2004/CE del Parlamento Europeo de 21-abril-2004 (DOCE L 143 de 30-4-2004) mediante la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (Programa Daphne II).

³ OSBORNE R. (coord.), *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, UNED, 2001.

⁴ Instituto de la Mujer (MTAS), *Estudio sobre las medidas adoptadas por los Estados miembros de la Unión Europea para la lucha contra la violencia hacia las mujeres*, 2002, pág. 11.

zaba mención alguna respecto de la prevención de este tipo de riesgo laboral y, en tercer lugar, adolecía de una inadecuación absoluta en los procedimientos de tutela.

Todo ello significaba un incumplimiento manifiesto de la normativa internacional y comunitaria en la materia, ámbito en el que los intentos de juridificar la violencia de género en el trabajo, prevenirla y sancionarla, son numerosos.

2. LA REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

Por lo que se refiere al *acoso sexual*, a partir de 1986, año en el que se reconoció relevancia comunitaria al tema y se realizó un estudio sobre su incidencia real y las posibilidades de actuación comunitaria, han sido adoptadas la Resolución del Consejo CEE de 29-5-1990, la Declaración del Consejo CEE de 19-12-1991, siendo la norma mas conocida, completa y útil hasta la adopción de la D/2002/73/CEE, a pesar de carecer de efecto jurídico vinculante, la Recomendación del Consejo CEE de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo y el Código de Conducta para combatir el acoso sexual que la acompaña.

Respecto del *acoso moral*, la preocupación comunitaria es posterior. Se podría decir que la primera norma adoptada en esta materia es la Resolución del Parlamento Europeo 2001 de 20/09 sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, en la que, entre otras medidas, el Parlamento solicita de los Estados miembros que con el objetivo de luchar contra el acoso moral y el acoso sexual en el trabajo, revisen su legislación vigente y, en su caso la complementen, así como que procuren elaborar una definición uniforme de acoso moral.

Tras algún tiempo de debates con los interlocutores sociales europeos (UNICE, CEP y CES), se optó por incluir los conceptos de acoso sexual y moral por razón de género en la D/2002/73/CEE de 23 de septiembre, de modificación de la D/1976/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. En el Número 8 de la exposición de motivos y fundamentos de la Directiva se señala: *«El acoso relacionado con el sexo de una persona y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres; por ello conviene definir ambos conceptos y prohibir dichas formas de discriminación. Con este objetivo, debe hacerse hincapié en que dichas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo y a la formación profesional, durante el empleo y la ocupación».*

La Directiva define el acoso sexual en su art. 2.2.cuarto como *«...aquella situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado, de índole sexual, con el propósito o el efecto atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».* En el mismo precepto pero en su párrafo tercero, se señala que constituye acoso por razón de sexo *«la situación en que se produce un comportamiento no deseado, relacionado con el sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crearle un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».* En su número 3.2.º añade que *«El rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumi-*

sión al mismo no podrá utilizarse para tomar una decisión que le afecte» párrafo que sin duda pretende hacer referencia, con éxito discutible, a una de las manifestaciones del acoso sexual, el *chantaje* o el acoso *quid pro quo*. Finalmente en el art. 2.3.1.º se señala «*El acoso y el acoso sexual en el sentido de la presente Directiva se considerarán discriminación por razón de sexo y por tanto se prohibirán.*».

Estas definiciones pasan literalmente al art. 2.1.c) y d) de la D/2006/54, que en su número 2 establece «*A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: a) el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo.*».

Respecto del concepto de acoso sexual es de señalar que resultaba mucho más clarificador el contenido en el Código de Conducta que señala «*...la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluido la conducta de superiores y compañeros, resulta inaceptable si:*

- a) *dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma;*
- b) *la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o*
- c) *dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma;*

Dicha conducta puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato, tal como se define en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo».

Resulta obvio que el concepto de acoso moral discriminatorio por razón de género que aparece en las Directivas señaladas, recibe influencias incoherentes del de acoso sexual, es confuso porque tiende a una aproximación conceptual de dos fenómenos muy diferentes, cuyo sujeto activo persigue objetivos distintos y se manifiesta en conductas muy diversas y cuya relación con el derecho de libertad es distinto ya que generalmente se admite que las actuaciones que constituyen acoso moral no pueden ser *deseadas* por alguien sin necesidad alguna de probarlo, mientras que, como se verá más adelante, lamentablemente respecto del acoso sexual, jurisprudencial y normativamente, lo *indeseado* de la conducta acosadora, es decir, la violación que la actuación implica del derecho de libertad, suele tenerse que demostrar de alguna forma. Conviene añadir que el Código de Conducta resulta perfectamente compatible con el contenido de la Directiva 2002/73/CEE, y por tanto sigue vigente cumpliendo una función de desarrollo, aclaración e instrumento interpretativo de la misma. De otro lado, la inmensa mayoría de las medidas sugeridas en esta norma para la prevención del acoso sexual, serían también adecuadas para la del acoso moral discriminatorio por razón de género y frente al acoso moral en general sea o no discriminatorio por otras causas como las señaladas en las D/2000/43 y 2000/78/CE.

El análisis de la evolución de la normativa comunitaria en la materia pone de relieve que, desde sus comienzos, el tratamiento del acoso sexual adopta una óptica de género y

se concibe como una manifestación discriminatoria y algo similar sucede con el acoso por razón de sexo o sexista. Este proceso, que culmina en su regulación conjunta por la Directiva D/2002/73/CEE no significa que el acoso viole exclusivamente el derecho a la igualdad; del concepto comunitariamente plasmado se puede deducir que la violencia de género en el trabajo se considera una actuación pluriofensiva, que viola al tiempo varios derechos fundamentales, clara y explícitamente el derecho a la *dignidad* ya que califica la conducta acosadora como *ofensiva*, al de *libertad* indirectamente en cuanto hace referencia a lo *indeseado* del acoso y también de forma indirecta el *derecho a la salud a la integridad física y psíquica en el trabajo*, en tanto se señala que crea un *entorno laboral intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo* para la persona que es objeto de la misma, produciendo devastadores efectos sobre su salud física y psíquica, pero es evidente que su consideración preeminente como actuación discriminatoria permite la aplicación de los procedimientos de tutela mucho mas elaborados y adecuados que su consideración como acto de violación de cualquier otro de los derechos que simultáneamente vulnera.

El pasado 26 de abril de 2007, los interlocutores sociales europeos (CES, UEAPME, CEEP y ETUC y el comité de enlace de EUROCADRES/CEC), han firmado un Acuerdo Marco sobre el acoso y la violencia en los lugares de trabajo⁵, con el objetivo de prevenir y, en su caso, gestionar las situaciones de violencia en el empleo. Según este acuerdo, las empresas establecidas en Europa, deben adoptar una política de *tolerancia cero* respecto de este tipo de comportamientos y diseñar y poner en marcha procedimientos para la detección, denuncia y sanción de este tipo de actuaciones. Este acuerdo parece responder a los datos estadísticos que ponen de manifiesto que el 5% de los trabajadores/as afirma haber sido víctima de actuaciones acosadoras. El acuerdo define la existencia de diversas formas de acoso, físicas, psicológicas y/o sexuales, constituir un accidente aislado o responder a una estrategia definida, puede tener como sujetos activos a los propios compañeros (acoso horizontal) un superior jerárquico (descendente) o uno o varios inferiores jerárquicos (descendente) o incluso puede ser realizado por terceros, tales como clientes, pacientes o alumnos. También afirman que su gravedad puede ser diversa, variando entre casos de menor importancia o comportamientos irrespetuosos a actos mucho más graves que requieren otras formas de tratamiento. Reconocen asimismo que aunque teóricamente el acoso puede afectar a cualquier tipo de trabajador y en cualquier tipo de empresa, en la prácticas ciertos grupos y sectores pueden estar sometidos a un riesgo mayor (no determinan cuales serían estos grupos de mayor riesgo pero puede entenderse que las personas en situación de mayor debilidad en el mercado como las mujeres).

La descripción, mas que definición de acoso y violencia en el trabajo se contiene en el núm. 3 del Acuerdo que señala que el acoso ocurre cuando uno o mas trabajadores o directivos, de forma repetida y deliberada, abusan, amenazan o humillan a otros, en circunstancias relacionadas con el trabajo; la violencia ocurre cuando uno o mas trabajadores o directivos son atacados en circunstancias relacionadas con el trabajo. Ambos tipos de actuaciones pueden ser realizados por uno o más jefes o trabajadores, con el propósito o el efecto de violar la dignidad de estos, afectando a su salud y/o creando un ambiente hostil en el

⁵ http://ec.europa.eu/employment_social/social_dialogue/. La traducción es aproximada y personal puesto que en este momento no está a disposición aún una traducción oficial del texto.

trabajo. Constituyen comportamientos inaceptables de uno o más individuos y pueden adoptar diversas formas, algunas de las cuales se pueden identificar más fácilmente que otras. El ambiente de trabajo puede influir en la exposición del personal al acoso y la violencia.

Los objetivos del acuerdo, definidos en el núm. 4, son concienciar y formar adecuadamente a directivos y personal lo que, entienden, puede reducir la probabilidad de acoso y de violencia en el trabajo. Las empresas deben adoptar una declaración clara e inequívoca de que el acoso y la violencia no serán toleradas. Esta declaración especificará los procedimientos que se seguirán en el momento en que se presenten casos de acoso o violencia y pueden incluir una etapa informal, en la cual una persona de confianza del empresario y de los trabajadores tenga asignada como función específica dar consejo y ayuda a las víctimas, de tal manera que un procedimiento adecuado y conveniente, deberá responder a los siguientes principios:

1. Confidencialidad y discreción para proteger la dignidad y confidencialidad de todos/as los implicados/as.
2. Sigilo, de tal forma que no se debe divulgar ninguna información a partes no implicadas en el caso.
3. Rapidez: las quejas deberán ser investigadas y tratadas sin demoras indebidas.
4. Transparencia y equidad: todas las partes implicadas deben ser oídas y tratadas de forma justa.
5. Las quejas y denuncias debe ser sostenidas por información detallada.
6. Debe quedar claro que las acusaciones falsas no serán toleradas y pueden dar lugar a sanciones disciplinarias.
7. Puede ser necesario requerir asesoramiento externo.

Una vez comprobada la existencia real de actuaciones violentas o acosadoras, habrán ser adoptadas las medidas apropiadas según el régimen disciplinario, incluido el despido. Las víctimas deberán recibir apoyo y, en caso de necesidad, ayuda para su reincorporación al trabajo. Los empleadores, previa consulta con el personal o su representación legal, establecerán y supervisarán estos procedimientos para asegurarse de que resultan eficaces tanto para la prevención de este tipo de situaciones, como para su tratamiento y gestión en el caso de que ocurran.

Por lo que se refiere a la puesta en práctica y evaluación (art. 139 del Tratado CE), las partes firmantes se comprometen a implementarlo de acuerdo con los procedimientos y prácticas específicos que rigen en los Estados miembros, es decir, no se trataría de un acuerdo reforzado, la intención de las partes no es que se convierta en Directiva comunitaria sino aplicarlo mediante la negociación colectiva. Señalan un periodo de tres años tras la fecha de su firma como periodo de cumplimiento, transcurridos los cuales los firmantes presentarán un informe sobre la puesta en práctica del Acuerdo, ante el Comité del Diálogo Social y durante este periodo, el citado Comité preparará y adoptará una tabla anual que resuma la puesta en práctica del mismo. En el cuarto año, el Comité del Diálogo Social realizará un informe sobre el nivel de aplicación y las acciones adoptadas en cumplimiento del Acuerdo.

Los firmantes prevén la posibilidad de que por parte de sus organizaciones, sean presentadas cuestiones sobre el contenido del Acuerdo y su interpretación, que podrán ser planteadas de forma conjunta o separada a dichas partes, y que estas podrán responder asimismo conjunta o separadamente. También se establece que en el cumplimiento del acuerdo

los miembros de las Organizaciones signatarias evitarán imponer cargas inútiles a las PyMES. El Acuerdo refleja la tradicional cláusula que afirma que su aplicación no constituye una razón válida para reducir el nivel general de protección otorgada a los trabajadores en el ámbito del mismo. Finalmente se señala que el Acuerdo no afectará al derecho de los interlocutores sociales, a concluir, a nivel adecuado, incluido el europeo, acuerdos que adapten o completen su contenido.

En definitiva, nos encontramos ante un Acuerdo autónomo⁶, en cuyo contenido se reconoce claramente la influencia del Código de Conducta comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo citado mas arriba, respecto del cual no introduce grandes novedades y cuya implementación dependerá del grado de sensibilización y formación de los interlocutores sociales nacionales. Como se puede observar, el Acuerdo no menciona la violencia de género en el trabajo, solo realiza alguna pequeña referencia al acoso por razones sexuales, sin embargo, como veremos, los sistemas de prevención del acoso pueden ser comunes para todo tipo de acoso o violencia en el trabajo.

Por lo que se refiere a Derecho comparado, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE cuentan, en su mayoría, con una regulación específica del *acoso sexual*. Las definiciones contenidas en las diferentes legislaciones europeas son extremadamente variadas pues mientras las de ciertos países como Alemania y Austria presentan una definición amplia que incluye cualquier actuación o alusión sexista que podría permitir incluso entender incluida la prohibición del acoso moral, otras mantienen conceptos mas restrictivos. En cuanto al *acoso moral*, son varios los países europeos que cuentan con una regulación específica por ejemplo Suecia, país donde comenzó a estudiarse este fenómeno, cuya normativa se enfoca básicamente desde la protección de la salud laboral, mientras que la opción francesa es la inclusión del concepto en el Código de Trabajo.

En cuanto al ordenamiento jurídico español, el ET siempre ha recogido los derechos a la dignidad y a la intimidad de forma relacionada en su art. 4.2.e) que señalaba (a partir de su modificación por la Ley 62/2003 de 30 de diciembre) que los trabajadores en la relación laboral tienen derecho «Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». Como se puede observar, el precepto no realizaba referencia alguna al sexo/género entre las causas de acoso moral prohibidas, lo que, conociendo el origen del precepto, no resulta sorprendente (se trataba de trasponer las Directivas 2000/43/CEE y la 2000/78/CEE) pero no permitía concluir, porque sería absurdo, que el acoso moral discriminatorio por razón de género no fuera una actuación ilícita y sancionable.

De su parte, la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social tipificaba en su art. 8.13 como infracción muy grave del ordenamiento jurídico social en materia de relaciones laborales, «el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito al que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma» y el art.8.13.bis señalaba que se considerará infracción muy grave del ordenamiento en materia de relaciones laborales «El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o con-

⁶ AGUILAR GONZÁLEZ, M.^a C. *La negociación colectiva en el sistema normativo comunitario* Lex Nova Valladolid 2006.



vicciones, discapacidad, edad u orientación sexual cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiese adoptado las medidas necesarias para impedirlo». Al igual que ocurre en el caso anterior, no existe en el precepto referencia alguna al acoso sexista laguna que, aunque formalmente, debía ser colmada.

Reiteradamente se ha puesto de manifiesto por la doctrina la insuficiencia y la confusión que ofrecía este escueto régimen jurídico para luchar contra un fenómeno tan complejo y arraigado en el ámbito laboral como la violencia de género. Tampoco se puede decir que los Tribunales del orden social españoles hayan realizado una labor activa en la persecución y sanción de la misma, por ello, y aún reconociendo que la norma no es la panacea, ni siquiera el instrumento esencial para la erradicación de la violencia de género, y sabiendo que resulta esencial un cambio de mentalidades, de cultura y de actitudes, resultaba obvia la necesidad de mejorar la normativa, aclarar los conceptos y los procedimientos de tutela, así como el sistema sancionatorio, estableciendo procedimientos adecuados y sanciones proporcionales y disuasorias, como de otro lado exige la normativa comunitaria; era preciso establecer una obligación de prevención de la violencia de género en el trabajo desde la óptica de que la violencia de género constituye una violación del derecho a la integridad física y psíquica de las trabajadoras, y finalmente, era necesario realizar una labor de sensibilización y de formación de los operadores jurídicos, especialmente la Magistratura Social y la Inspección de Trabajo para garantizar un mejor conocimiento y voluntad de aplicación de las normas de tutela.

3. EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO MORAL POR RAZÓN DE GÉNERO: DEFINICIÓN Y CARACTERES

La LOIEMH hace referencia a la violencia de género en diversas ocasiones y ámbitos. En primer lugar, establece una definición jurídica de ambos conceptos en el art. 7 *Acoso sexual y acoso por razón de sexo* válido para cualquier ámbito, es decir, no aplicable exclusivamente al laboral, en los siguientes términos:

«1. Constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

3. Se considerarán, en todo caso, discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo».

Como se puede observar, los conceptos mejoran en coherencia a los contenidos en la Directiva pero siguen sin resultar suficientemente clarificadores para abarcar toda la complejidad del fenómeno que pretende definir. Debería haberse utilizado la posibilidad que

ofrece la propia Directiva de definir de forma mas clarificadora y completa una manifestación tan virulenta de la discriminación por razón de género y modelos había para hacerlo fácilmente, entre otros, como ya se ha señalado, la definición contenida en el Código de Conducta para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo.

3.1. La tipología: acoso moral por razón de género, acoso sexual ambiental y chantaje sexual. Intencionalidad, actuaciones acosadoras y sujetos activos

Del concepto recogido en la LO 3/2007 se derivan los elementos definitorios de la violencia de género aplicable al ámbito laboral, y de sus dos manifestaciones, el acoso sexual y el acoso moral por razón de género, sin embargo, al igual que en la Directiva, adolece de una definición clara y suficiente de dos fenómenos diferentes, de los dos tipos de acoso tradicionalmente aceptados por la doctrina: el acoso sexual ambiental y el chantaje sexual. La doctrina tanto internacional como comparada y nacional⁷, en base a la definición mucho mas clara del Código de Conducta comunitario, han venido definiendo el *chantaje sexual o acoso de intercambio*, como aquel realizado por un superior jerárquico (sea o no el empresario) y que consiste en condicionar la contratación, las condiciones de trabajo o la estabilidad en el empleo, al sometimiento de la víctima a una propuesta de tipo sexual, y de otro el denominado *acoso ambiental*, el realizado por cualquier compañero de trabajo o por superiores o inferiores jerárquicos de la víctima, que tiene por efecto crear un ambiente de trabajo desagradable, intimidatorio, hostil, humillante, ofensivo e inseguro. Es de reconocer que esta diferenciación no aparece tan claramente en la realidad ya que ambos tipos pueden aparecer relacionados, sobre todo cuando existe una pluralidad de sujetos implicados y/o una variedad de conductas, sin embargo debe ser reconocida en el ámbito teórico ya que de las diferencias conceptuales entre ambas dependerán algunas especificidades en lo que respecta a su tutela como se verá mas adelante.

El chantaje sexual, no obstante puede entenderse implícito en el núm. 4 del art. 7 cuando señala que «*El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo*».

Esta tipología se relaciona de forma directa con el objetivo del sujeto activo de la conducta y de las actuaciones en que la misma consiste.

Respecto de la intencionalidad del sujeto acosador, como ha señalado la doctrina, en el supuesto del acoso moral, las agresiones, humillaciones o vejaciones repetidas se realizan de forma premeditada y con la intención de perjudicar y destruir a la víctima. En muchas ocasiones el objetivo último es expulsar a la víctima de un ámbito determinado, de un determinado puesto de trabajo o empresa por diversas razones. En el caso del acoso moral

⁷ RUBENSTEIN, M., *La dignité de la femme dans le monde du travail: Rapport sur le problème du harcèlement sexuel dans les États membres des Communautés européennes*, Comisión V/412/1/87-Fr., octubre, 1987; MACKINNON, C., *Sexual harassment of working women*, Yale University Press, New Haven and London, 1979; LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*. Comares, Granada, 1996, pág. 115.



misógino el objetivo sería demostrar el desprecio que la mujer merece al sujeto activo del mismo y en el *sexista*, consistiría en colocar a la víctima en el lugar que, según sus concepciones, le corresponde por naturaleza a la mujer. El objetivo del acoso moral discriminatorio puede residir en la intención de liberarse de mujeres que al asumir la función social asignada, las responsabilidades de cuidado, pierden disponibilidad laboral, convirtiéndose en opinión del acosador, en mano de obra mas cara y menos productiva. Por el contrario, en el acoso sexual, el autor tiene por objetivo la consecución de favores sexuales y su finalidad no es en principio destruir a la víctima, aunque no le importe en absoluto que ello suceda. Tampoco suele ser su objetivo la expulsión de la víctima de la empresa ya que incluso puede suponer un aliciente que, al menos temporalmente, una vez controlada mediante la intimidación, la víctima permanezca en su puesto de trabajo puesto que de esta forma el autor puede conseguir una mayor y más duradera satisfacción de sus objetivos. No se puede olvidar que la doctrina ha venido diferenciando entre *acoso sexual* y *acoso sexista* o *acoso por razón de sexo*, sobre la base de que en el primero de los tipos, el acosador trataría de conseguir una satisfacción de carácter *carнал* o *libidinoso*, mientras que en el segundo, el objetivo del acosador no era sino la manifestación de su desprecio por las mujeres, la desconfianza en sus capacidades y el valor social secundario que en su opinión estas deben seguir ocupando. Sin embargo es mayoritariamente reconocido que a pesar de que el acoso sexual tenga como base una conducta de naturaleza sexual, en el fondo, en la motivación de dicho comportamiento no existe, o no existe solo, o no existe predominantemente, un deseo sexual sino una finalidad de dominio o de afirmación de poder. Tampoco es infrecuente que el acoso moral sexista tenga una intencionalidad vengativa. M. F. Hirigoyen⁸ pone de manifiesto que en sus estudios ha detectado con frecuencia esta intencionalidad en aquellos casos en que una mujer ha rechazado los avances sexuales de un superior o de un colega; a partir de ese momento la mujer se ve marginada, humillada o incluso maltratada. Esta mezcla de acoso sexual y moral por razón de sexo existe en todos los medios profesionales y en todos los niveles de jerarquía.

Como se ha visto, el art. 7.1 de la LO 3/2007 califica como acoso sexual «...*cualquier comportamiento verbal o físico, de naturaleza sexual...*» de esta amplia definición se deduce que los comportamientos susceptibles de ser catalogados dentro del concepto de *acoso sexual*, son variados y de diferente nivel de gravedad: desde bromas y comentarios de mal gusto, alusiones groseras e inaceptables, gestos, exhibición de pornografía indeseada por la víctima, hasta la agresión física mas o menos grave. En el estudio realizado en el año 2000 por la Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO⁹, se diferencia entre cinco clases de acoso: *acoso por invasión*, tipo de acoso que comprende aquellos comportamientos en que la presión y las molestias no se manifiestan verbalmente, ni traspasan un límite físico, siendo sin embargo ofensivas para quien las recibe; *acoso a través de presiones* recibidas de parte de jefes, compañeros, subordinados o clientes para mantener relaciones sexuales; *chantaje sexual* en el que se condiciona la vida laboral de una trabajadora o su contratación a la aceptación de alguna clase de relación sexual; *acoso físico leve* mediante tocamientos o rozamientos indeseados y finalmente, *agresión física directa*. Según el cita-

⁸ HIRIGOYEN, M.F., *El acoso moral en el trabajo*. Paidós, Barcelona, 2001 pág. 90.

⁹ Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO, *El acoso sexual en el trabajo en España*, pág.34 y ss.

do informe, las formas de acoso mas comunes son la primera y la tercera de las señaladas, seguidas por el *chantaje* y las menos frecuentes las *agresiones sexuales directas*.

En un intento sistematizador, la doctrina¹⁰ distingue entre cuatro tipos de conductas en función de la gravedad o la intensidad de la acción:

- bromas o chistes sobre sexo, abuso del lenguaje, comentarios sexuales sobre la apariencia, el aspecto o con observaciones desagradables.
- invitaciones impúdicas o comprometedoras o uso de material pornográfico en el centro de trabajo,
- contacto físico de carácter sexual, acompañado o no de comentarios o gestos ofensivos, sin empleo de fuerza o intimidación;
- agresión física con empleo de fuerza o intimidación
- requerimiento de favores sexuales, acompañado de promesas explícitas o implícitas de trato preferencial o de amenazas en caso de no acceder a dicho requerimiento (chantaje sexual);

Evidentemente, de la gravedad de la actuación dependerá la sanción que, en base al principio de proporcionalidad, no puede ser la misma cuando nos encontramos ante alusiones por más groseras que sean y por mucho que enrarezcan el ambiente de trabajo, que cuando nos encontramos ante un chantaje sexual o una agresión física.

Por lo que se refiere al acoso moral, se han venido catalogando hasta 45 formas de conducta hostiles, que pueden constituir acoso si son repetidas y sistemáticas, que la mayor parte de la doctrina española¹¹ y extranjera acepta, pero que Hirigoyen¹² denomina y agrupa de forma diferente y en mi opinión más comprensible:

- Atentados contra las condiciones de trabajo (críticas exageradas o injustas y continuas, atribución sistemática de tareas diferentes, superiores o inferiores a las competencias del trabajador, impartición de órdenes contradictorias o imposibles de cumplir etc.);
- Aislamiento y rechazo o prohibición de la comunicación con la jerarquía o los compañeros;
- Atentados contra la dignidad personal (comentarios insultantes sobre la vida personal, la apariencia o la ideología de la víctima);
- Violencia verbal o gestual.

La característica esencial de este tipo de conductas es. o bien que no se pueden catalogar ni de ilegales ni de irregulares desde la óptica jurídica, de tal manera que la víctima no podría defenderse de ellas por vía legal alguna, colocándosela en una situación de impotencia si no se entiende que por su sistematicidad y su objetivo destructivo constituyen acoso antijurídico, por ejemplo, la frecuente utilización de comentarios descalificadores, basados en generalizaciones ofensivas para las mujeres del tipo o «*mujer tenía que ser*», «*vete a fregar que es tu sitio*» cuyo carácter discriminatorio por razón de género no da lugar a dudas ya que implica una minusvaloración sistemática de las capacidades y competencias de las mujeres en el desempeño de sus funciones laborales, o bien siendo ilegal-

¹⁰ SERRANO BUTRAGUEÑO, I., «El acoso sexual», *Revista Tapia*, 1995, pág. 20.

¹¹ MOLINA NAVARRETE, C., «La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo; entre prevención e indemnización». *Aranzadi Social*, núm. 18 enero, 2002 pág. 61.

¹² *El acoso moral...*, cit. págs. 96-97.

les o irregulares, adquieren un especial desvalor debido a su sistematicidad, a su carácter estratégico, por ejemplo, encomendar continuamente funciones inferiores a la categoría profesional contratada.

Uno de los requisitos que diferencian el acoso sexual del sexista es la *sistematicidad*: mientras que una sola actuación puede ser lo suficientemente grave como para constituir acoso sexual (agresión física o chantaje sexual) la reiteración de estas formas conductuales constituye requisito intrínseco de la existencia de acoso moral. La doctrina es unánime en la afirmación de que el término *acoso* es inapropiado para definir como tal una actuación esporádica por muy agresiva que sea y aunque haya tenido efectos devastadores sobre la salud de la víctima. Los actos agresivos que constituyen acoso moral deben ser realizados de forma continua y sistemática, de tal forma que realizados de forma esporádica no constituirían un acto ilegal sino una manifestación de poca civilidad, educación o incluso de agresividad, siendo el efecto acumulativo el que constituye acoso, al ser al tiempo la causa de los efectos devastadores sobre la salud psíquica y física de la víctima. La periodicidad mínima que se requiere para algunos analistas es de una vez por semana durante al menos seis meses, lo que en mi opinión parece excesivamente concreto ya que en función de la vulnerabilidad de cada sujeto y del grado de violencia de la agresión, del nivel de ayuda que reciba la víctima por parte de su entorno (compañeros, amigos, familia), del número y características de los acosadores, de la existencia de los testigos mudos y/o de cómplices, la destrucción psíquica de la víctima se puede producir en bastante menos tiempo.

No hay que olvidar que, en todo caso, la duración de la experiencia de acoso, sea sexual sea sexista, es importante pues cuanto más se prolonga la situación peores son los efectos sobre la salud y la integridad física y moral de la víctima y menores las posibilidades de lograr una solución aceptable y satisfactoria para la misma. El momento en que la víctima reacciona e intenta defenderse y, por tanto, la duración del acoso, depende en gran medida de la actitud de la empresa y del sexismo del entorno, de la posición del acosador y de la víctima y de las características de la actuación, pero dado que, en general, las personas acosadas suelen recurrir a estrategias informales o adaptativas, es obvio que estas se dificultan cuanto mas largo es el episodio y cuanto mas elevada es la posición del acosador.

Los *sujetos activos* de actuaciones violentas por razón de género en cualquiera de sus manifestaciones, pueden ser compañeros, superiores inmediatos, directivos, o incluso inferiores jerárquicos, en base a lo cual se ha catalogado tres tipos de acoso, *horizontal, descendente y ascendente*, o incluso como pone de manifiesto el Acuerdo comunitario sobre violencia y acoso en el empleo, los autores pueden ser terceros como clientes, pudiendo ser realizado únicamente por una persona o por varias conjuntamente. También es evidente que en el caso de chantaje sexual y en el acoso moral descendente el acosador debe tener reconocida superioridad jerárquica sobre la víctima. Los informes realizados en materia de acoso sexual en el trabajo ponen de manifiesto que la posición del acosador influye en el tipo de acoso y también demuestran que en la mayoría de los casos el acosador es un superior jerárquico de la víctima¹³.

¹³ SECRETARÍA CONFEDERAL DE LA MUJER DE CCOO, *El acoso sexual en el trabajo en España*, Madrid, 2000.

Junto con el acosador directo, pueden actuar dos tipos de sujetos, los *cómplices*, que colaboran de forma activa en el proceso y los denominados *cooperadores necesarios*. Con este término se está haciendo referencia a personas *normales* que desarrollan mecanismos atribucionales erróneos tendentes a estigmatizar a la víctima mediante la creación de la idea de la provocación, es decir asumiendo de forma acrítica la concepción de que *algo habrá hecho* la víctima para merecer el tratamiento de que está siendo objeto, con lo que colaboran tácitamente en la consumación del acoso, constituyéndose en cooperadores necesarios del acosador. Es frecuente que en ellos se desarrolle el mecanismo de la *obediencia debida a la autoridad* que explica cómo personas *normales* pueden con bastante facilidad llegar a involucrarse y colaborar activamente en la agresión a derechos básicos, siempre que ello sea solicitado, ordenado o autorizado por personas con relaciones de superioridad jerárquica, sobre las que los cooperadores descargarán posteriormente la responsabilidad de su propio comportamiento. Según la psicología laboral, existen tres condiciones para que el acoso pueda tener lugar: el secreto de las actuaciones, la connivencia de los compañeros (testigos mudos) y el sentimiento de vergüenza y humillación e incluso de culpabilidad de la víctima, todos ellos susceptibles de incidir posteriormente en las posibilidades de defensa frente a la actuación acosadora.

Finalmente señalar que aunque el art.7 de la LO 3/2007 está ubicado en el Título I y por tanto no resulta únicamente aplicable al ámbito laboral, la relación laboral constituye el marco delimitador de la violencia de género en el trabajo en cualquiera de sus manifestaciones, de tal forma que para considerar laboral una actuación acosadora ha de tratarse de un comportamiento que la víctima padezca cuando, de una u otra forma, se encuentra dentro del ámbito de organización y dirección de un empleador o cuando el acoso se encuentre relacionado de manera directa o indirecta con su relación laboral. Ello explica que el sujeto activo del acoso pueda ser cualquier persona, no solo el empleador sino sus representantes o personas en quien este delegue su poder de dirección, otros trabajadores de la empresa cualquiera que sea su relación jerárquica con la víctima, personas relacionadas con esta con motivo de cualquier tipo de conexión de aquellas con la empresa, especialmente clientes, proveedores. En definitiva, sería acoso laboral todo aquel que el/la trabajador/a sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute de forma subordinada o para-subordinada.

3.2. Los derechos afectados: igualdad y dignidad

Según ponen de manifiesto los informes sobre victimología de la violencia en el trabajo, los riesgos de sufrirla aparecen estrechamente relacionados con las condiciones de trabajo. Se ha comprobado estadísticamente que las víctimas más frecuentes del acoso sexual en el trabajo son mujeres jóvenes que acaban de conseguir su primer empleo, normalmente de carácter temporal o atípico, mujeres solas con responsabilidades familiares como madres solteras, viudas, separadas, divorciadas, y mujeres que acceden por primera vez a sectores profesionales o categorías tradicionalmente masculinas, en las que las mujeres se encuentran subrepresentadas, sobre todo si lo hacen de forma individual. También se convierten en posibles víctimas de acoso sexual las que acceden a puestos de responsabilidad y dirección. Las causas o factores que originan estos grupos de riesgo son diferentes pero

reconducibles en todo caso a la situación de discriminación de la mujer en el ámbito laboral y a la posición asimétrica de poder entre hombres y mujeres. Respecto del *acoso moral genérico*, las víctimas suelen ser trabajadores *distintos* y especialmente competentes tanto personal como profesionalmente. El acosador laboral normalmente actúa por envidia personal o profesional. También suelen ser víctimas del acoso moral aquellos trabajadores cuya estabilidad se encuentra especialmente protegida frente a la extinción del contrato, por ello suele producirse con mas frecuencia en la administración pública, y especialmente el sector sanitario y el educativo, mas concretamente la Universidad ¹⁴, constituyen ámbitos apropiados para el acoso moral.

Todos los estudios realizados al respecto ponen de manifiesto que las víctimas de acoso sexual son muy mayoritariamente de sexo femenino y también pertenecen mayoritariamente al sexo femenino las víctimas de acoso moral discriminatorio por razón de género, como cabía esperar dada la íntima relación de ambos tipos de acoso con un fenómeno más amplio o, si se quiere, constituyen manifestaciones de dos fenómenos mas amplios, la discriminación y la violencia sexista ¹⁵ así pues, el carácter discriminatorio del acoso relacionado con el sexo, tanto el moral como el sexual, se acaba de entender solo a través del concepto *género*, es decir, como manifestaciones de la violencia de género en el trabajo, sin embargo, mientras que el acoso sexual se ha aceptado por la doctrina tradicional y mayoritariamente, tanto en el ámbito comunitario como en el comparado, como una actuación discriminatoria por razón de género, la del acoso moral no ha sido tan clara aunque resulta innegable que también en este caso, el género de la trabajadora constituye el elemento determinante de la conducta del acosador, que ataca a la víctima precisamente por el hecho de ser mujer, realizando comportamientos ofensivos basados en criterios y estereotipos asociados a una determinada visibilización de la condición femenina. Como se ha señalado, el objetivo generalmente asumido por el acosador moral suele ser destruir y expulsar a la víctima de su trabajo, pero en el supuesto del acoso moral por razón de género la causa es el hecho de que la víctima sea mujer.

A pesar de ello, nuestro ordenamiento y, consecuentemente, nuestros tribunales, han tratado la violencia de género en todas sus manifestaciones casi exclusivamente como violación del derecho a la dignidad no como actuaciones discriminatorias.

De forma coherente con la normativa comunitaria, la LO 3/2007, viene a solucionar este problema al señalar de forma expresa en su art. 7.3 que «*Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo*». Como ha señalado la mejor doctrina ¹⁶, la consideración de la violencia en el trabajo como violación del derecho a

¹⁴ HIRIGOYEN, M. F., *op. cit.*, pág. 109.

¹⁵ HIRIGOYEN, M.F. si que pone de relieve que en sus estudios, el porcentaje de mujeres entre las víctimas de acoso moral es del 70% y añade que dichas cifras concuerdan con las de otros estudios realizados por ejemplo por Chiaroni, que detecta un porcentaje del 73% de mujeres; otros estudios no revelan una diferencias tan significativas entre los porcentajes de hombres y mujeres entre las víctimas de acoso moral sin embargo se pone de manifiesto que «*hay que enmarcar dichos resultados en el contexto socio-cultural... No solo las mujeres son víctimas mayores en número que los hombres sino que además se las acosa de un modo distinto: suelen aparecer connotaciones sexistas o machistas...*» *op. cit.*, pág. 89.

¹⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. «El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación?». *Revista de Derecho Social*, núm. 19, 2002, págs. 53 y ss.

la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la prohibición de discriminación por razón de sexo, permite la aplicación de procedimientos de tutela mucho más elaborados y eficaces que la consideración como actuación violadora de otro tipo de derechos como la dignidad, sin embargo, no se puede olvidar que la violencia en el trabajo constituye una actuación pluriofensiva. La propia norma señala que «...constituye acoso sexual cualquier comportamiento...que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona...».

La doctrina ha venido insistiendo en que la *ofensividad* constituye uno de los elementos calificadores más relevantes del concepto de acoso en sus dos modalidades, al que en el supuesto de acoso sexual se ha venido uniendo inseparablemente el de *indeseabilidad*¹⁷. El acoso sexual se configura como una violación del derecho a la dignidad pero también como una violación del derecho de libertad de la víctima de tal forma que una parecía inexistente sin la concurrencia de la otra. En el supuesto del acoso moral, la relevancia del elemento indeseabilidad ha venido entendiéndose inferior y de hecho ningún analista hace referencia al mismo ya que en principio parece que nadie pudiera desear ser víctima de las actuaciones que constituyen acoso moral, lo que sin duda no ocurre con el acoso sexual, respecto del cual subsiste la reiterada sospecha de que la víctima pudo provocarlo o incluso aceptarlo pero se niega a reconocerlo.

Esta indigna y discriminatoria sospecha, ha sido eliminada por la LO 3/2007 que, de forma coherente con el concepto, elimina la referencia expresa a que el acoso deba ser *indeseado* tanto en el supuesto de acoso sexista como del acoso sexual ya que, obviamente, si lo fuera, no sería acoso y si la víctima se siente tal y denuncia, es porque no lo desea. En otras palabras, el propio término acoso, implica que la actuación que lo configura es indeseada por su víctima a la que resulta ofensivo ya que en caso contrario no sería acoso y, por tanto, en el elemento definitorio en el que debe insistirse es el de *ofensividad*, que es exactamente lo que hace la LO 3/2007, respecto del cual resulta obviamente más problemático y su interpretación más relevante en el supuesto de acoso sexual, sin embargo no deja de serlo en el acoso moral ya que lo más seguro es que el sujeto activo del mismo niegue tener conciencia de la ofensividad de sus actuaciones, no siendo en absoluto infrecuente que el acosador tache a la víctima de paranoica con manía persecutoria.

Según se ha venido aceptando de forma unánime por la doctrina¹⁸, la interpretación del término ofensividad admite dos sentidos: en un sentido objetivo, solo se entenderían ofensivas aquellas actuaciones que socialmente, con criterio de razonabilidad, se consideran atentatorias a la dignidad de la persona; para esta postura el elemento esencial del acoso es la ofensividad objetiva de la actuación para cualquier sujeto considerado *normal* mientras que en un sentido subjetivo, se entiende que la determinación de lo ofensivo queda al arbitrio de la víctima, equiparándose así a lo indeseado. Esta posición doctrinal, parte de la base de que todo individuo ha de tener reconocido, como derivación del derecho a la dignidad, el derecho a determinar qué le resulta ofensivo y hacerlo saber a su entorno. El con-

¹⁷ LOUSADA AROCHENA, F., *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*. Comares, Granada, 1996. pág. 105 ss.

¹⁸ Ver por todos LOUSADA AROCHENA, F., «El concepto de acoso sexual en la Sentencia de 13.12.1999 del Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2000.



cepto de ofensividad por el que se opte resulta relevante en óptica jurídica ya que determinará la existencia o inexistencia del acoso y, al respecto, cada una de ambas posturas tiene sus ventajas y sus inconvenientes desde la finalidad de una mejor y mayor protección de las víctimas. De un lado el estándar objetivo obliga a realizar un juicio de valor que se deja en manos del juez, por lo cual, si la valoración judicial no coincide con la de la persona acosada, es posible que muchos comportamientos ofensivos y de efectos perjudiciales para sus víctimas queden impunes. El estándar subjetivo, de su parte aunque permite proteger a las víctimas mas susceptibles o vulnerables presenta importantes inconvenientes prácticos: esta deberá demostrar que las actuaciones del presunto acosador le han resultado ofensivas, humillantes y vejatorias, que el autor era consciente de ello, que a pesar de saberlo continuó en su acción y que ello le produjo graves daños psíquicos o incluso físicos.

Son posibles además posturas eclécticas en el sentido de que, probablemente haya de buscarse una solución que combine ambos criterios rechazando tanto un standard estrictamente objetivo en el que no se tenga en consideración las circunstancias personales de la víctima, como otro exclusivamente subjetivo en el que una excesiva sensibilidad de la víctima pueda llevar a resultados irrazonables. Esta tercera postura, considera antijurídico tanto lo ofensivo en sentido objetivo como lo ofensivo en sentido subjetivo de tal manera que constituiría acoso toda actuación de cuya ofensividad es consciente el acosador que *sabe*, porque la víctima lo ha podido manifestar expresa o implícitamente, que le resulta ofensiva y a pesar de ello ha insistido en su actuación (lo que de otro lado constituye una muestra de la existencia de intencionalidad acosadora) y además, toda actuación respecto de la que el acosador *debiera saber* que resulta ofensiva dada su gravedad y las circunstancias concurrentes, aunque la víctima no manifestase nada por que no pudiese hacerlo o cuando esta manifestación no fuese suficientemente contundente y probada. Esta última resulta la más adecuada y conforme a las directrices comunitarias, en concreto, el Código de Conducta comunitario. La LO 3/2007 señala que el acoso, tanto sexual como sexista es toda actuación «...que tenga el propósito o produzca el efecto de...crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo». Sin duda la primer parte (el *propósito*) está haciendo referencia a la intencionalidad de que se habló mas arriba pero la relación con el *efecto* es de alternatividad (*o*) lo que viene a significar que la intencionalidad es relevante pero no absolutamente, no es preciso que se trate de una actuación dolosa, directamente intencionada y encaminada a crear este tipo de ambiente de trabajo entorno a la víctima, basta con que lo produzca.

4. LOS EFECTOS DEL ACOSO. LA CONSIDERACIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL TRABAJO COMO RIESGO LABORAL Y SU PREVENCIÓN

La violencia de género en el trabajo produce similares efectos en sus dos manifestaciones; provoca en las víctimas una situación psíquica que se suele diagnosticar como trastorno *adaptativo con estado emocional ansioso-depresivo* y que suele traducirse en una incapacidad temporal para el trabajo que exige el pase a situación de baja laboral. Este hecho no puede conducir a la confusión entre el acoso moral y otros fenómenos que producen el mismo efecto pero no lo son, por ejemplo con el *estrés* o la *presión labo-*

ral¹⁹. Los efectos del acoso derivan de la percepción por parte de la víctima de que en la jerarquía no existe error organizacional, que las malas condiciones y las exigencias laborales derivan de una intención directa de perjudicarla, de humillarla y ello le conduce a una pérdida de confianza y de autoestima.

Los efectos de la violencia de género en el trabajo son similares en todas sus manifestaciones y calificados por la doctrina como *devastadores*²⁰: la víctima siente ansiedad, tensión, irritabilidad, depresión, incapacidad de concentración, insomnio, fatiga, dolores de cabeza. Según los criterios del DSM IV (Clasificación Internacional de las Enfermedades Mentales), el 69 % de las víctimas de acoso presentan un cuadro depresivo severo que justifica una atención médica y que implica un alto riesgo de suicidio.

A la vista de lo señalado mas arriba se comprenderá la calificación como *devastadores* de los efectos del acoso; sin embargo la producción de los mismos no constituye elemento definitorio del concepto ya que, incluso cuando estos no concurriesen o no adquiriesen la extremada gravedad que pueden llegar a adquirir, el acoso existiría²¹. Es obvio que el nivel de gravedad e incluso la existencia de dichos efectos dependerá en parte de la gravedad del propio proceso de acoso, pero también del carácter, del nivel de autoestima y de la ayuda recibida por la víctima de parte de su entorno, sus compañeros, familias o parejas. El hecho de que debido a un carácter mas estoico, a una mayor capacidad de resistencia psicológica o a una eficaz y oportuna ayuda, una determinada víctima no sufra los espectaculares daños psicosomáticos y relacionales que podría producirle el mismo tipo de actuación a otra persona con características personales o relacionales distintas, no excluye ni la gravedad del acoso ni que este exista. Sin embargo, su constatación constituye una prueba más, de importancia relevante, de la existencia del acoso. Lo que si se puede deducir claramente de lo expuesto es que la violencia de género en sus dos manifestaciones, el acoso sexual y el acoso moral por razón de género, ponen en riesgo evidente el derecho a la salud en el trabajo y a la integridad física y psíquica de sus víctimas e incluso pueden acabar produciendo su muerte, en definitiva la violencia de género en el trabajo constituye una violación del derecho a la integridad física y psíquica y, como consecuencia específica, del derecho a la salud laboral.

Hay que tener presente que el hostigador llega tan lejos como le permite su empresa y que hay empresas que reúnen todas las condiciones para que surja y se desarrolle el acoso moral; en estos casos, la propia empresa se convierte en *cómplice* del acoso. Un ambiente organizativo que responde al modelo denominado *management tóxico*, fuertemente competitivo, agresivo y estresante, en el que no se toman para nada en consideración los riesgos psicosociales, constituye un importante campo de cultivo para la proliferación de actuaciones de acoso. Las organizaciones en que se producen riesgos de tipo psicosocial son denominadas *organizaciones tóxicas* debido a que trabajar en ellas resulta nocivo para la

¹⁹ HIRIGOYEN, M.F., *op. cit.*, pág. 21; NAVARRO DOMENICHELLI «El mobbing o acoso moral en el trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Estudios Financieros)*, núms. 233-234, 2002, pág. 178.

²⁰ RUBENSTEIN, M. *La dignité de la femme dans le monde du travail: Rapport sur le problème du harcèlement sexuel dans les États membres des Communautés européennes*, Comisión V/412/1/87-Fr., octubre, 1987, pág. 19.

²¹ MOLINA NAVARRETE, C. «¿La “justicia” contra el “acoso moral” deja de “administrarse” con trazos torcidos?: Un nuevo criterio sobre la compatibilidad de indemnizaciones (Comentario a la STS Sala 4.ª de 17 de mayo de 2006)» *Revista de Derecho Social*, núm. 35 2007 pág. 182.



salud de sus trabajadores. Un tipo de organización tóxica, se corresponde con un tipo de *management* también tóxico. En este tipo de organizaciones, la deliberada y persistente agresión, con el objetivo de destruir a otro en que consiste el acoso moral, pasa desapercibida y es justificada como estrés, urgencia en el trabajo, etc. Sobre la necesidad y la posibilidad de prevenir los riesgos psicosociales y organizacionales, con el objetivo de evitar que las empresas se conviertan en organizaciones tóxicas, se vienen realizando importantes análisis en los últimos años, en los que frente a la alegación frecuentemente realizada de que resulta imposible la evaluación y la prevención de este tipo de riesgos, se demuestra la posibilidad de evaluarlos, se crean instrumentos de medida y métodos para su prevención sobre la base de que la empresa se puede y por ello se debe organizar sobre conceptos distintos.

Nuestra Constitución consagra en su art. 15 el derecho a la vida y a la integridad física y moral y el art. 40.2 señala que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo. El desarrollo normativo de los derechos constitucionalmente reconocidos se realiza en nuestro ordenamiento jurídico mediante el art. 4.2.d) ET que reconoce el derecho de todo trabajador a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene, por el art. 19 ET según el cual, los trabajadores tendrán derecho a una protección eficaz en esta materia, y por el texto refundido de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales que no contiene normas específicas relativas al acoso pero según reitera la doctrina laboralista resulta incontestable que la prevención del acoso entra de lleno en la obligación de protección del empresario como riesgo susceptible de provocar daño en la salud de los trabajadores. Al igual que ocurre con el acoso sexual, el tratamiento en óptica preventiva del acoso moral es esencial y de hecho muchos de los países que han tratado el tema en sus ordenamientos jurídicos, lo han hecho desde esta óptica. Como ya se ha señalado, la regulación más avanzada en materia de acoso, la sueca, enfrenta este problema en el marco de la Ley Básica de Prevención de Riesgos y establece como principio general que todo empresario debe planificar y organizar el trabajo, previniendo el riesgo de persecución psicológica, comprometiéndose asimismo en su erradicación; a tal fin, debe prever procedimientos de detección, encauzamiento e intervención inmediata ante tales situaciones existentes o potenciales, así como formas de ayuda o apoyo inmediato a las víctimas. En este mismo sentido insiste el Acuerdo sobre protección frente a la violencia y el acoso en el trabajo citado más arriba.

Por lo que se refiere a nuestro ordenamiento, la doctrina venía defendiendo que ante la carencia de normas específicas, los criterios a tomar en cuenta para la prevención de la violencia en el trabajo son los generales frente a cualquier tipo de conducta de cualquier naturaleza que puede crear un riesgo para el trabajador o trabajadora en el ámbito de la empresa, constituyendo lo previsto en los Arts. 14 y 15 de la LPRL cobertura suficiente desde la perspectiva legal para entender existente la obligación empresarial de adoptar medidas organizativas suficientes y eficaces para prevenir el acoso en los lugares de trabajo enmarcados en su ámbito de organización y dirección. La obligación de prevención y seguridad establecida en LPRL, consecuencia de la transposición a nuestra normativa interna de la D/89/391/CEE marco comunitario en la materia, es muy exigente; cuando se señala que el empleador debe adoptar «*cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud*» está obligándole a adoptar no solo las previstas ya en los textos legales, sino cualquier otra posible, razonable y necesaria para evitar y prevenir cualquier

situación de riesgo, de tal forma que la ausencia de una normativa específica que aborde el riesgo de acoso, ofreciendo pautas concretas de detección, prevención y tratamiento, no exonera en absoluto de responsabilidad al empresario en razón del carácter genérico de su deuda de seguridad establecida normativamente y que por consiguiente será exigible ante los tribunales. Esta responsabilidad existirá tanto si es él mismo o son sus representantes los sujetos activos del acoso (acoso descendente), como si lo son compañeros no ligados mediante relación de superioridad jerárquica con la víctima (acoso horizontal) siempre que no haya adoptado las medidas preventivas suficientes y eficaces para prevenirlo y erradicarlo.

Del contenido de la LPRL se derivan una serie de obligaciones empresariales. En primer lugar, la obligación de identificar el riesgo y valorarlo, adoptando las medidas preventivas razonables y necesarias para evitarlo (art. 16.1 y 2 de la LPRL —también modificados por la Ley 54/2003) y art. 7.c del RD 39/97 sobre Servicios de Prevención). Estas medidas pueden ser de carácter organizativo, modificando procedimientos de organización o producción, aumentando su transparencia, incrementando la participación de los trabajadores en su práctica y control; de ayuda y atención a la víctima; de prevención disuasoria, mediante, por ejemplo, la adopción de medidas disciplinarias severas contra los acosadores. En el cumplimiento de esta obligación, la empresa debe tener en consideración lo establecido en el art. 4 del Reglamento de Servicios de Prevención, es decir, el empleador tendrá que tener en cuenta los factores subjetivos, las características personales de los trabajadores y este extremo resulta especialmente importante ya que el factor subjetivo de la víctima se convierte, en algunos casos, en la excusa en la que se amparan algunas empresas para consentir o no corregir situaciones de acoso y algunos tribunales para no considerar su concurrencia. No resulta en absoluto infrecuente la producción de un círculo vicioso en función del cual, el trastorno psicológico causado por el acoso, legitime al acosador para su persistencia en el mismo. Respecto de las condiciones objetivas de trabajo, el empleador deberá analizar los aspectos organizativos que pueden propiciar las situaciones de acoso: una mala organización, una mala, inconcreta o falta de equidad en la distribución del trabajo, pueden ser propicias para la aparición de situaciones de violencia de género. Cuando la empresa tenga conocimiento de la existencia de conductas que podrían ser constitutivas de acoso moral o sexual, está obligada a intervenir para preservar los derechos básicos de la víctima, para lo cual debe analizar la situación y adoptar las medidas correctoras procedentes.

A pesar de que como se ha intentado demostrar, la normativa general sobre salud laboral anterior a la adopción de la LO 3/2007 permitía exigir el empleador la adopción de medidas preventivas frente al riesgo de acoso en el trabajo, en aras al principio de seguridad jurídica se hacía necesario que siguiendo los modelos ofrecidos por el derecho comparado, fueran adoptadas normas específicas en esta materia.

La LO 3/2007 trata en diversos preceptos y desde diversas ópticas el tema de la violencia de género en el trabajo. Se podría decir que es uno de sus temas recurrentes en materia social. Sin embargo, el tratamiento en óptica preventiva, es decir, desde la salud laboral, podría parecer insuficiente ya que entre las modificaciones realizadas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no se realiza referencia alguna a esta materia. Sin embargo, una lectura mas pormenorizada permite anular al menos parcialmente esta primera impresión. A lo largo de su articulado, son diversas las menciones que realiza a la violencia sexista en óptica preventiva.

En su art. 25 que se refiere a la integración del principio de igualdad en las políticas de salud se establece entre las actuaciones a realizar por las Administraciones Públicas a través de sus Servicios de Salud *«La consideración dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral del acoso sexual y del acoso por razón de sexo»*.

En su Disposición Adicional Octava por la que se introducen una serie de reformas en la Ley General de Sanidad se modifica el art. 18 de dicha Ley introduciendo un nuevo apartado que señala como objetivo de la política de salud *«9.—La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo»*.

Esta óptica se manifiesta también mediante su art. 44 en el que entre las medidas susceptibles de formar parte de los Planes de Igualdad de Oportunidades que deben negociarse y en su caso acordarse en los términos que la misma Ley establece, se listan las *«Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo»* y en concreto se señala *«1.—Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. Con esa finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. 2.—Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos»*.

Parece deducirse que la Ley establece una obligación para las empresas *que deberán* prevenir el riesgo de acoso y crear procedimientos de queja y reclamación a favor de las víctimas de este tipo de actuaciones, que *podrán* negociarse con la representación del personal. Es obvio que planificar la prevención del acoso no es una cuestión fácil ya que se deben tener en cuenta los sistemas de organización, las relaciones sociales y la influencia de factores psicosociales y ambientales en el trabajo, sin embargo ha de señalarse que no es necesario en absoluto partir de cero. Las medidas propuestas por el Código de Conducta Comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo de 1992, aunque pensadas para la prevención del acoso sexual en el trabajo, podrían resultar útiles también para la prevención del acoso moral por razón de sexo y de la violencia en el trabajo en general.

De hecho, en el ámbito del empleo público la Ley hace referencia a la violencia de género en su art. 51 *«Criterios para la actuación de las Administraciones públicas»* en cuyo apartado e) se establece como uno de los deberes de las mismas *«Establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo»* y en cuyo art. 62 *«Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo»* se señala *«Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, en la Administración General del Estado se aprobará, reglamentariamente, un protocolo de actuación que comprenderá al menos los siguientes principios: a) El compromiso de la Administración General del estado de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su*

derecho a la intimidad, así como a la igualdad entre mujeres y hombres; c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario; d) La identificación de los responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia». Estas medidas son muy similares a las preconizadas en el Código de Conducta Comunitario para la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo y por ello, pueden servir de modelo de actuación en el sector privado.

En definitiva, parece fuera de duda que a partir de la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la violencia en el trabajo y especialmente la violencia discriminatoria, constituye una violación del derecho a la seguridad y salud laboral y por ello el empleador debe adoptar todas las medidas razonables y eficaces para prevenir este riesgo y conseguir ambientes exentos de violencia en el trabajo. En este sentido además incide reiterada jurisprudencia en la que se califican los efectos del acoso tanto sexual como moral, como accidente de trabajo tema que no es posible tratar aquí en profundidad. A pesar de todo ello resulta necesario señalar que la óptica preventiva (mucho más eficaz que la sancionadora) resulta insuficiente en la LO 3/2007 ya que debería haberse recogido la obligación empresarial de prevención de la violencia sexista y en general de la violencia en el trabajo en la propia LPRL, su lugar natural.

5. LOS PROCEDIMIENTOS DE TUTELA Y LA SANCIÓN DEL ACOSO

La doctrina española²² ha puesto reiteradamente de manifiesto que los procedimientos jurisdiccionales de tutela antidiscriminatoria regulados hasta el momento por la LPL eran inadecuados y el sistema sancionatorio insuficientemente eficaz, proporcional ni disuasorio. Y como es sabido no existen derechos si no está previsto un procedimiento adecuado y eficaz para garantizar su protección y un aparato sancionatorio adecuado, proporcional y disuasorio frente a su violación. Además, en general, hasta el momento, los operadores jurídicos no han demostrado la suficiente sensibilidad ni la formación requerida para garantizar una correcta aplicación de la norma. Esta crítica se acentúa en el caso de la violencia sexista, en tanto en cuanto se trata sin duda de la manifestación más grave y rechazable de la discriminación por razón de género.

Uno de sus objetivos de la LO 3/2007, explicitados en la Exposición de Motivos, es el reforzamiento de los mecanismos de control y sanción en materia de no discriminación, mejorando los procedimientos jurisdiccionales de tutela, reforzando el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y procurando que las sanciones sean adecuadas, eficaces, proporcionales y disuasorias. Todo ello en cumplimiento de las obligaciones comunitarias derivadas de la D/2002/73/CE.

El art. 6 de la D/1976/207/CEE imponía a los Estados miembros la obligación de introducir en sus legislaciones las disposiciones necesarias para que toda persona que se es-

²² LOUSADA AROCHENA, F. «Violencia de género y proceso laboral» en *Violencia de género en el trabajo: Respuestas jurídicas a problemas sociales* (Cuesta Aguado y Pérez del Río coordinadoras) Mergablum, Sevilla 2004 págs. 95 ss.

timase lesionada en materia de igualdad de trato en las condiciones de empleo y trabajo por razón de sexo, pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional. La Directiva 2002/73/ CEE de reforma de la misma y posteriormente la 2006/54 de refundición, recogen una serie de medidas para la mejora de la efectividad de los procedimientos de tutela que han venido siendo reclamadas desde hace tiempo por la doctrina y exigidas por la jurisprudencia del TJCEE. Un informe realizado por expertos en el año 1995 y titulado «The utilisation of sex equality litigation procedures in the member states of the European Community: A comparative study», recomendaba a la Comisión que promoviese la adopción de un conjunto de instrumentos de mejora en los procedimientos de tutela antidiscriminatoria, con el objetivo de «*garantizar —de forma mas efectiva y adecuada— el interés público y los objetivos de igualdad*» entre ellos la ampliación de la legitimación activa en los ordenamientos jurídico-procesales de los Estados miembros, la facilitación de la prueba de discriminación mediante la inversión de su carga, la admisión de la pertinencia de pruebas estadísticas y de expertos, el reforzamiento de la efectividad de las sentencias, la previsión de un régimen sancionatorio adecuado, proporcional y disuasorio y un sistema eficaz de tutela frente a las represalias adoptadas por el empleador contra las personas que utilizasen estos procedimientos en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. Estas sugerencias se habían recibido normativamente en las D/97/80/CE y el D/2002/73/CE.

Por su parte la jurisprudencia del TJCE²³ ha señalado que de la Directiva deriva para los Estados miembros la obligación de sancionar la violación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de género y añade que si un Estado decide sancionar mediante la fijación de una indemnización por daños y perjuicios, esta, en todo caso, para asegurar su efecto disuasorio, debe ser adecuada en relación a los perjuicios sufridos y en ninguna manera meramente simbólica ni previamente tasada.

Por lo que se refiere a la adecuación del ordenamiento jurídico español a las exigencias comunitarias en materia de tutela y garantía, la Ley de Procedimiento Laboral en absoluto había agotado las posibilidades ofrecidas o incluso apenas respondía a las exigencias planteadas por el derecho comunitario y por nuestra Constitución en materia de tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, por lo que resultaba manifiestamente mejorable y esto es lo que pretende la Ley de igualdad. La LO 3/2007 realiza reiteradas referencias a los procedimientos de tutela antidiscriminatoria y al sistema sancionatorio. En su art. 10 *Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias* señala que «*Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias*».

Resultaba en primer lugar manifiestamente mejorable el régimen jurídico de la *legitimación activa*. Con base en el art. 7.3 de la LOPJ y de la jurisprudencia del TS respecto de la legitimación sindical para la defensa de los intereses difusos, doctrinalmente se había defendido también la posible legitimación de las entidades públicas que tienen como obje-

²³ Entre otros A. Draehmphael 180/95 Sentencia de 22 de abril de 1997.

to la promoción y defensa del derecho a la igualdad de las mujeres, en concreto los Institutos de la Mujer nacional y algunos de Comunidades Autónomas en función de su naturaleza jurídica; por la misma razón se admitía la posibilidad de actuación como *coadyuvantes* de este tipo de instituciones a pesar de que la posibilidad de actuar en esa función procesal según el art. 175.2 LPL se limitaba a los sindicatos. Se objetaba la ampliación de legitimación a los procedimientos de defensa frente al acoso sexual debido a la fuerte implicación del derecho a la intimidad que los mismos presentan. Confirmando parcialmente esta doctrina la LOIEMH señala en su art. 12. que «1. *Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución. 2. La legitimación y la capacidad para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponde a las personas físicas y jurídicas, con interés en el resultado del pleito, determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos. 3. La víctima será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual.*».

Sin embargo, la ley procesal reconoce otros títulos de intervención bajo los que pueden actuar en el proceso los Organismos de promoción de la igualdad. La Disposición adicional vigésimo quinta que introduce una serie de modificaciones en la Ley de creación del Instituto de la Mujer 16/1983, añade un nuevo art. 2 bis a la Ley que pasa a señalar «Además de las atribuidas en el artículo anterior y demás normas vigentes, el Instituto de la Mujer ejercerá, con independencia, las siguientes funciones: a) *la prestación de asistencia a las víctimas de discriminación para que tramiten sus reclamaciones por discriminación.*». En definitiva, a partir de la LO 3/2007, se amplía la legitimación activa en los procedimientos de tutela frente al acoso sexista, aunque excluyen de esta posibilidad en los supuestos de acoso sexual en los que, de todas formas, la víctima podrá ser coadyuvada por los organismo de igualdad.

La regulación del procedimiento de tutela de derechos fundamentales recogía dos referencias específicas a la prueba de la discriminación, la primera, la realizada en el art. 96 que reconoce el principio de inversión de la carga de prueba. Al respecto el art. 13 LO 3/2007 señala: «1. *De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. 2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales ni a los procedimientos de naturaleza sancionadora.*».

Es decir, en el proceso social de tutela frente a la violencia de género, cabe la aplicación de la inversión como en cualquier otro en que se sustancie una demanda de tutela frente a cualquier otro tipo de acto discriminatorio, otra cosa es que este sistema no sea siempre funcional en casos de acoso. Ciertamente es aplicable de forma literal cuando se trata del acoso realizado por un sujeto diferente del empleador, ya que acreditado el acoso, este hecho resulta indicio del incumplimiento del deber empresarial de mantener espacios laborales exentos de violencia, aunque el empresario siempre puede acreditar la utilización de la diligencia debida para prevenirla y en cuanto la conoció sancionarla²⁴. También ten-

²⁴ ALTÉS TÁRREGA, J.A. *El acoso sexual en el trabajo* Tirant lo Blanch, Valencia 2002.

dría aplicación literal cuando se trata de comprobar la existencia de represalias contra la negativa de la víctima de chantaje sexual o sexista. En los demás casos, la jurisprudencia constitucional ha desvelado mayores deficiencias en la aplicabilidad de la regla de inversión de la carga probatoria: la aportación de los indicios del acoso, no sustituye a la declaración de la víctima, limitándose a reforzar la credibilidad subjetiva, verosimilitud objetiva y persistencia incriminatoria exigida por la doctrina jurisprudencial en la materia, de tal manera que la sola utilización de los indicios de que habla la norma podría resultar insuficiente (STC 136/2001 de 18 de junio); la aplicación de esta norma se vincula a la diligencia probatoria de la demandante de modo que si es posible presentar una prueba directa y esta no la practica de forma diligente, no se podrá amparar en la inversión como único medio de prueba (STC 207/2001 de 22 de octubre en la que en un caso de acoso a través de anónimos, no se practicó de modo diligente la pericial caligráfica).

La inversión de la carga de la prueba se declara excluida en el procedimiento administrativo sancionador, restricción no derivada de la D/2006/54 que se pretende transponer, cuyo art. 19.5 señala que *«El presente artículo no se aplicará a los procesos penales salvo que los Estados miembros así lo dispusieren»* aunque en su apartado 3 viene a señalar que *«Los Estados miembros podrán abstenerse de aplicar el apartado 1 a los procedimientos en los que la instrucción de los hechos corresponda a los órganos jurisdiccionales o al órgano competente»*.

Por lo que respecta a la protección frente a la adopción de represalias la Ley intenta responder a las exigencias de la normativa comunitaria; en su art. 9 establece *«También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres»*. Esta disposición tampoco responde de forma absoluta a las sugerencias realizadas por la doctrina comunitaria y española, sobre todo al ámbito subjetivo de protección de la calificación como discriminatorias de las represalias. Debería haberse ampliado a las personas que actúen en ayuda de la víctima, lo que sobre todo resulta especialmente necesario en los supuestos de violencia de género en los que resulta frecuente la presencia de los denominados *testigos mudos*, personas que habiendo comprobado la veracidad de la denuncia presentada se niegan a declarar a favor de las víctimas por temor a ser represaliados por ello.

El segundo procedimiento de tutela es el de extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador, regulada en el art. 50 ET. La extinción puede solicitarse con fundamento en unos casos en la causa establecida en el apartado a) del art. 50, cuando la discriminación consista en *modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional del trabajador y menoscabo de su dignidad*; también es utilizable y de hecho es la vía más frecuente, el apartado c) del precepto, que actúa como cláusula de apertura explícita y que se refiere a *cualquier incumplimiento grave y culpable por el empresario de sus obligaciones contractuales*. En este caso, la tramitación se realizará mediante el cauce del procedimiento ordinario (art.182 LPL en relación art.102 LPL) pero dotado de las características de que goza el de tutela de derechos fundamentales, por lo cual muchas de las cuestiones apuntadas respecto de las insuficiencias apreciables en su regulación son aquí aplicables. Sin duda, la opción por utilizar este

procedimiento que implica la pérdida del puesto de trabajo, viene siendo la más utilizada en los supuestos de violencia sexista, y sobre todo en los de tipo descendente ya que es muy frecuente que el objetivo de la víctima sea perder de vista cuanto antes a su verdugo. En este supuesto, la efectividad de la tutela viene dependiendo de la adecuación, proporcionalidad y efecto disuasorio del sistema sancionador.

El sistema sancionatorio de la discriminación por razón de género recogido en nuestro ordenamiento jurídico, no respondía en general a estos principios pero aún respondía peor en los supuestos de su manifestación en forma de violencia. Las sanciones previstas son de tres tipos: social (la nulidad del acto discriminatorio en base al art. 17 ET), administrativa (en base al art. 8.12 y al art. 16.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social —LISOS—) e indemnizatoria (en base al art. 180.1 LPL).

Por lo que se refiere a la sanción social, como se ha visto la Ley insiste en que toda actuación discriminatoria es nula (art. 10 LO 3/2007) pero siguen persistiendo los problemas reseñados por la doctrina respecto de la posibilidad de aplicar esta sanción en muchos supuestos por ejemplo cuando la actuación discriminatoria es de carácter omisivo.

Respecto de la sanción administrativa de la discriminación la norma realiza importantes modificaciones en la LISOS. La LO 3/2007 introduce una modificación en art. 8 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social cuyo apartado 13.bis pasa a calificar como infracción muy grave del ordenamiento jurídico, con la sanción correspondiente «...*el acoso por razón de sexo cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las necesarias medidas para impedirlo*».

En mi opinión habría sido más adecuado tratar las dos manifestaciones de la violencia de género en el trabajo en el mismo apartado del art. 8 LISOS, el 13, calificándolas de la misma forma como infracciones muy graves del ordenamiento y tratándolas en los mismos términos, es decir, sin el condicionamiento final de que haya sido conocido por el empleador y este no haya adoptado las medidas necesarias para impedirlo ya que lo que hubiera debido hacer no es actuar a posteriori sino a priori, adoptando las medidas adecuadas y eficaces para prevenir estas actuaciones infractoras y sancionables.

En segundo lugar sanciona los incumplimientos empresariales referidos a los Planes de Igualdad mediante la introducción de un nuevo párrafo 13 en el art. 7 que califica de infracción grave del ordenamiento jurídico «*No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación*» al que se añade la introducción de un número 17 en el art. 8 que califica de infracción muy grave del ordenamiento «*No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley*» es decir, cuando los planes de igualdad vengan a sustituir las sanciones accesorias impuestas a un empleador que ha sido considerado culpable o cómplice de acoso, o de permitir que este se produjera en su ámbito de organización y dirección.

En tercer lugar trata de adecuar la sanción administrativa de la discriminación a la nueva redacción introducida en el art. 17 ET mediante la adición de un párrafo en el art. 8.12 LISOS que califica de discriminación por razón de sexo «*las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una denuncia efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a*

exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación». El objetivo es pues la protección de las víctimas demandantes de tutela frente a las represalias, a cuya efectividad se puede aplicar la crítica señalada anteriormente de que deberían haber sido también protegidos de forma expresa las personas que la ayuden o testifiquen a su favor.

Se había señalado reiteradamente por parte de la doctrina que para disuadir a sus autores de la realización de actuaciones discriminatorias e incentivar la utilización de los procedimientos de tutela por parte de las víctimas, sería necesario reforzar los efectos resarcitorios y disuasorios de las sentencias adoptadas mediante la adopción de sanciones complementarias a las tradicionales por ejemplo, la exclusión de los empleadores tanto personas físicas como jurídicas, condenadas mediante sentencia firme por actuaciones discriminatorias, de la posibilidad de obtener bonificaciones, subvenciones, exenciones o ventajas fiscales, así como la pérdida de las que vinieran percibiendo. Esta exclusión debería complementarse mediante la obligación de comunicar las sentencias de condena firmes a los organismos comunitarios, estatales, autonómicos y locales competentes para la concesión de dichas subvenciones o bonificaciones, con la finalidad de crear un *registro de excluidos*. Sin duda ello obligaría a los empleadores a recapacitar antes de adoptar decisiones o realizar actuaciones discriminatorias. Se trataría de algo similar a las denominadas *cláusulas sociales* condicionantes de ayudas públicas a las empresas tratadas en los Arts.33 a 35 LO 3/2007.

La Ley acepta esta propuesta doctrinal mediante la introducción de un nuevo art. 46.bis en la LISOS que establece «1. Los empresarios que hayan cometido las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 y 13 bis) del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley serán sancionados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 40, con las siguientes sanciones accesorias:

a) Pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y

b) Exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses.

2. No obstante lo anterior, en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, las sanciones accesorias a las que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias.

En el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 16 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma:

a) la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y beneficios a la que se refiere la letra a) del apartado anterior se aplicará con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción;

b) *la exclusión del acceso a tales beneficios será durante seis meses a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias».*

Finalmente, el derecho a la tutela indemnizatoria, resarcitoria o reparadora, también denominada sustitutoria o por equivalente, por la violación del derecho social fundamental a la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo, como vimos, se encuentra previsto en el art. 8 quinquies de la D/2002/73/CEE en los siguientes términos: «...*Las sanciones, que podrán incluir la indemnización a la víctima, serán efectivas, proporcionales y disuasorias...*». Como se ha señalado, la necesidad de que las indemnizaciones establecidas respondan a estos principios (efectividad, proporcionalidad y posean una suficiente fuerza disuasoria) ha sido objeto de interpretación en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia del TJCEE.

En nuestro ordenamiento jurídico, este derecho se encuentra normativamente previsto en el art.180 LPL que establece que la sentencia que declare la existencia de la vulneración denunciada y previa declaración de nulidad de la conducta combatida, ordenará el cese inmediato del comportamiento «...*así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera*». Se encuentra pues fuera de toda duda la posibilidad de reclamar al juez el reconocimiento del derecho al resarcimiento pleno de los daños derivados de la discriminación por razón de género. Los problemas más importantes que se planteaban en este ámbito eran, de un lado, el de la compatibilidad de la indemnización por daños y perjuicios y las indemnizaciones tasadas legalmente, y de otro, el de la suficiencia de las cuantías indemnizatorias y este problema se planteaba con especial virulencia en el ámbito del acoso. El primero había sido solucionado mediante el cambio de doctrina jurisprudencial que significó la STS de 15-05-2006 que declaraba la compatibilidad de ambos tipos de indemnización, solución que ha resultado ratificada mediante la modificación introducida por la Disposición adicional décimo tercera en el art. 181 de la LPL que pasa a señalar «*Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el Juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le correspondiera al trabajador por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores*». Respecto del segundo la Ley guarda silencio a pesar de que existe alguna experiencia comparada que trata de aproximar y objetivar en la medida de lo posible las cuantías indemnizatorias fijadas por los tribunales sociales; en el caso español se puede señalar su diversidad y su escasez, si se comparan con la fijadas en otros órdenes jurisdiccionales por causas similares no digamos ya con las fijadas en otros países sobre todo EEUU.

Finalmente señalar que resulta absolutamente indiscutible que la norma jurídica no es suficiente y evidentemente no constituye la panacea susceptible de eliminar la situación de discriminación, pero siempre que cumpla ciertas condiciones puede constituir un medio fundamental para garantizar la igualdad y proteger frente a la discriminación por razón de género. Para que la norma cumpla con esta función, es esencial, en primer lugar, que exista la voluntad política de terminar con la situación de discriminación, es importante que exista la sensibilidad suficiente para comprender que no es aceptable una situación de discriminación de la mitad de la ciudadanía, incompatible con el principio de igualdad digni-



dad de todos los seres humanos. En segundo lugar, es necesario que la norma de garantía y tutela antidiscriminatoria sea técnicamente buena, clara, completa, eficaz y adecuada pero también es necesario que sea suficientemente conocida en todo su significado y alcance por todos los profesionales encargados de su interpretación y aplicación, es decir, y por lo que respecta al Derecho del Trabajo, por los operadores jurídico-sociales, los profesionales de la magistratura social, de la abogacía, de la Inspección de Trabajo y esencialmente por los interlocutores sociales, fuente esencial de regulación de las condiciones de trabajo a través de la negociación colectiva. También es necesario su conocimiento por parte de los destinatarios de las normas, en definitiva por toda la ciudadanía.

El objetivo de garantizar ese conocimiento suficiente por parte de los operadores jurídicos al menos, parece detectarse en la Disposición adicional tercera que introduce una serie de modificaciones en la Ley Orgánica del Poder Judicial. En su número cinco que modifica el art. 310 de esta norma, se establece que «*Todas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas contra la violencia de género, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional*». Y mediante su número nueve, se añade un apartado 5 al art. 433 bis, con la siguiente redacción: «*El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contemplará la formación de los Jueces y Magistrados en el principio de igualdad entre mujeres y hombres y la perspectiva de género. La Escuela Judicial impartirá anualmente cursos de formación sobre la tutela jurisdiccional del principio de igualdad entre mujeres y hombres y la violencia de género*». Su número diez añade un segundo párrafo al apartado 2 del art. 434 que pasa a señalar: «*El Centro de Estudios Jurídicos impartirá anualmente cursos de formación sobre el principio de igualdad entre mujeres y hombres y su aplicación con carácter transversal por los miembros de la Carrera Fiscal, el Secretariado y demás personal al servicio de la Administración de Justicia, así como sobre la detección y el tratamiento de situaciones de violencia de género*». Debería haberse previsto un sistema similar de exigencia de conocimientos y formación para la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuyas funciones en materia de vigilancia y control de la discriminación por razón de género resultan reforzadas en la Ley, esperemos que también lo sean los medios de que disponga para cumplirlas.

6. CONCLUSIONES

En definitiva, resulta indudable la importancia que la LO 3/2007 otorga a la violencia de género en el trabajo, son muchas las referencias que aparecen en la Ley a este tema, si bien en algunos ámbitos con mayor adecuación que en otros. Cabe esperar que de esta mejora indudable en el tratamiento legal de la violencia de género en el empleo, tanto en lo referente a su definición como a su prevención y tutela, derive una mejora al menos a medio plazo de la situación real y las mujeres puedan dejar de considerar que el acoso es el precio que las trabajadoras deben pagar por romper con los roles tradicionalmente asignados, es decir, por salir de su lugar natural, el ámbito de la reproducción.