

ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO:
RIESGOS DE ESPECIAL INCIDENCIA EN LA MUJER TRABAJADORA

Ruth Vallejo Dacosta*

RESUMEN:

El Proyecto de Ley de Garantía de Igualdad entre Hombres y Mujeres que en próximas fechas se convertirá en la norma marco que impulse el principio de transversalidad en todos los órdenes de la vida social, cultural económica y política, contiene una regulación específica sobre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. En el presente artículo se analiza la futura regulación poniéndose de manifiesto las lagunas jurídicas y más de un problema interpretativo que requiere la intervención del operador jurídico. Tras el análisis del concepto de acoso sexual y acoso por razón de sexo se analizan las medidas previstas para su prevención y protección así como las medidas de tutela jurídica de las que disponen los trabajadores para defenderse frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

PALABRAS CLAVE:

Acoso sexual. Acoso por razón de sexo. Acoso laboral. Género. Violencia de género. Prevención del acoso. Protección frente al acoso. Tutela jurídica del acoso sexista.

* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza • rvallejo@unizar.es

ABSTRACT:

The Law of Guarantee for equality among men and women Project, that will become a framework rule that will drive the principle of transversality in the different fields of the social, cultural, economical and political life, contains a specific regulation on the sexual harassment and the harassment due to sex.

In the present article, it is analyzed the future regulation stating the legal space and more than a interpretative problem that require the intervention of the legal operator. After the analysis of the concept of sexual harassment and harassment due to sex, the previsible measurements for its prevention and protection just as the measurements of legal guardianship which workers dispose in order to fight against the sexual harassment and the harassment due to sex are analyzed.

KEY WORDS:

Sexual harassment. Harassment due to sex. Laboral harassment. Gender. Gender violence. Harassment prevention. Harassment protection. Legal guardianship of sex-related harassment.

1. EL ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO, OTRA FORMA DE VIOLENCIA POR MOTIVOS DE GÉNERO

El Proyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres, que en breve tiempo, esperamos, se convierta en la normativa marco que impulse el principio de transversalidad¹ en todos los órdenes de la vida social, cultural, económica y política, contiene referencias específicas al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el trabajo.

-
1. Elaboración original de las nuevas concepciones jurídico-feministas consistente en integrar la dimensión de género en todas las normas del ordenamiento jurídico. Desde mediados del siglo XX se empieza a utilizar el término "gender" (acordado por la Cumbre de la Mujer de Pekín en 1995) como denominación de estudios que desarrollan la importancia del hecho cultural de ser hombre o mujer. En España se utilizó el término "género" para denominar una realidad compleja que alude a las características consideradas socialmente apropiadas para la mujer y el varón dentro de la sociedad. De ahí se ha extendido a una identificación entre sexo y los aspectos biológicos y género y los aspectos sociales; o sexo identificado con naturaleza y género con cultura y crianza. Vid., GARCIA MOUTON, P.: "Género como traducción de "gender" ¿anglicanismo incómodo?", *Genero, sexo y discurso*, Edt., El Laberinto, Madrid, 2000, pág. 137 y 138.

En verdad las citadas referencias responden a la obligación que tiene nuestro país de trasponer la Directiva 2002/72/CE², relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres por lo que refiere al acceso al empleo, la formación y promoción profesional y las condiciones de trabajo, cuyo plazo de transposición concluyó el 25 de octubre de 2005.

La incardinación de estos supuestos de acoso en una norma que se propone, ante todo, la consecución de la igualdad real entre hombre y mujeres, parece identificar el acoso, como violencia relacionada con el sexo, con una forma de discriminación contra las mujeres. Podríamos referirnos, entonces, al acoso sexista como una forma de violencia por motivos de género³, pues evidentemente son cuestiones de desigualdad de poder las que subyacen a estos tipos de acoso laboral y no sólo cuestiones sexuales. El acoso laboral contra la mujer no deja de ser, por tanto, una forma de retener los mejores trabajos en manos de los hombres, de perpetuar la desigualdad económica, relacionada con la desigualdad de poder, de influencia y de representación política. De hecho, en esta modalidad de acoso por razón de género encontraría acomodo el acoso por razón de la maternidad o por el ejercicio general de responsabilidades familiares, a los que refiere la profesora Hirigoyen⁴, cuando manifiesta que "muchos supuestos de acoso tiene su origen en la maternidad y en la situación que la misma conlleva; mal admitido por algunos empleadores no dispuestos a asumir los derechos derivados de la maternidad".

Ahora bien, la mayor vulnerabilidad de las mujeres a sufrir situaciones de acoso sexual o acoso por razón de sexo⁵, no quita para entender que la regulación refiere en general al acoso sexista. La propuesta de regulación es más amplia en su protección, ya que refiere al *acoso relacionado con el sexo*; concepto que incluiría tanto el acoso moral por razón de sexo en sentido estricto – proceso de persecución y violencia ligado a cuestiones de sexualidad y sus implicaciones – y las de acoso moral por razón de género vinculado a las construcciones articuladas sobre estereotipos sociales⁶.

2. De 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres por lo que refiere al acceso al empleo, la formación y promoción profesional y a las condiciones de trabajo.

3. Otorgándose así cobertura jurídica, por otra parte, a la violencia de género presente en el ámbito laboral, deliberadamente silenciada en la Ley 1/2004 de protección integral contra la violencia de género.

4. HIRIGOYEN, M.F.: *El acoso moral en el trabajo: distinguir lo verdadero de lo falso*, Barcelona, Paidós, 2001.

5. Al respecto *vid.*, PEDROSA ALQUÉZAR, S.: "Actualidad de la prevención del acoso moral en el trabajo desde la perspectiva jurídica". *Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Coord., Manuel Correa Carrasco, Thomson-Aranzadí, 2006, págs.114 y 115.

6. MOLINA NAVARRETE, C.: "El acoso moral laboral por razón de género como delito", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm 27, 2006, págs. 13 y 14.

La configuración jurídica del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, como actos en todo caso discriminatorios, tal como proclama el artículo 7.3 Proyecto Ley, ha llevado al legislador, consecuentemente, a establecer un régimen jurídico de protección centrado en mecanismos de tutela jurídica antidiscriminatorios. Ocurre que el acoso no violenta sólo y de forma exclusiva el derecho a la igualdad (artículo 14 CE). Otros muchos bienes jurídicos se ven afectados en todo proceso de acoso laboral, también en el acoso sexista, todos ellos entroncados con el respecto a la dignidad humana en su faceta de fundamento del sistema entero de derechos fundamentales referenciados en la CE.

Pero sobre todo interesa reparar en este estudio en un planteamiento del acoso sexista desde el punto de vista de promoción de la salud laboral de las mujeres, enfoque más acorde con el marco comunitario de seguridad y salud en el trabajo y en línea con las experiencias legislativas de los países de la UE⁷. Un enfoque esencial que viene exigido desde la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL) y que en el proyecto actual queda remitido a la negociación colectiva (Capítulo III, Título IV, del Proyecto de Ley) y referencias veladas a la actuación de las Administraciones Públicas, más en concreto de la Administración Sanitaria⁸ de “protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y acoso por razón de sexo”. Aun así y con todo, no puede dejar de recordarse la obligación que tiene el empleador de otorgar una protección eficaz a sus trabajadores en materia de seguridad y salud laboral, razón por la que resulta interesante detenerse en el tratamiento preventivo que para los supuestos de acoso sexista se prevén en la futura Ley de Igualdad. A mayor abundamiento téngase en cuenta la propuesta que introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 5 LPRL (en la Disposición Adicional Décimo Segunda), en el sentido de que las Administraciones Públicas deben considerar *“las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos, como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en la que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores”*.

7. Vid., informe de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, núm 42. “Las cuestiones de género en relación con la seguridad y salud en el trabajo”, <http://agency.osha.eu.int/publications/reports>; <http://gender.osha.eu.int>. Al respecto se sostiene que “la mejora de la seguridad y salud de la mujer no puede contemplarse separadamente de aspectos más amplios relativos a la discriminación en el trabajo y en la sociedad”. El Proyecto de Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres contempla la reforma de la LPRL en relación a la necesidad de integrar las cuestiones de género en relación a la vigilancia de la salud. Asimismo *vid.*, PEDROSA ALQUÉZAR, S.: “Actualidad de la prevención... *cit.*”, págs. 112 y 113.

8. Disposición Adicional Octava del Proyecto de Ley, en relación a las funciones de la Administración Sanitaria y reforma de la Ley General de Sanidad.

Por último, cualquier análisis de estos nuevos supuestos de acoso laboral debe llevarse a cabo en coherencia y coordinación con el tratamiento jurídico que han recibido otros supuestos de acoso laboral "discriminatorios", en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social (LMFOS), que estableció una regulación específica respecto del acoso por origen racial o étnico, religión o convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual. Parece lógico, en cualquier caso, de *lege ferenda*, la necesidad de un tratamiento unitario y coherente, dentro de las diferencias conceptuales que puedan existir, en la ordenación de todos los supuestos de acoso, que pueden tener características similares y contra los que se debe luchar con medios parecidos⁹.

2. DEFINICIÓN DE ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO Y BIENES JURÍDICOS AFECTADOS

2.1. EN TORNO AL CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO Y SU APROXIMACIÓN A OTRAS FORMAS DE ACOSO LABORAL

En el artículo 7 del Proyecto de Ley se contienen las definiciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo que son traslación de las contenidas en las normas comunitarias. Sin embargo, por alguna razón que no se llega a comprender, tales definiciones prescinden de algunos elementos que, en la práctica, pueden resultar decisivos para entender este fenómeno, toda vez que se introduce confusión en torno a la delimitación entre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

En el párrafo primero del artículo 7 del Proyecto de Ley se establece que 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*. Por su parte el párrafo segundo define el acoso por razón de sexo como *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*.

Comparando estas definiciones con las contenidas en la Directiva Europea, surgen las siguientes cuestiones:

9. *Vid.*, ampliamente, VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos Psico-Sociales: Prevención, Reparación y Tutela Sancionadora*, THOMSON-ARANZADI, 2005, pág. 24.

En primer lugar, en el Proyecto de Ley se prescinde de algunas de las consecuencias que el acoso puede llegar a producir en el entorno laboral: ambiente hostil u humillante. Ciertamente es que estos adjetivos pueden entenderse comprendidos en los otros: entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Ocurre por ejemplo respecto del adjetivo humillante que es sinónimo de degradante en el sentido de “privar a las personas de las dignidades, honores, empleos o privilegios que tienen” (Diccionario RAC). Aunque también es cierto que no es equiparable ambiente hostil y ambiente ofensivo¹⁰. Por ello, siguiendo las recomendaciones del CES¹¹ deberían sustituirse las definiciones contenidas en el Proyecto de Ley por las contempladas en el art. 2.2 de la Directiva 2002/76/CE, dándose cabida a situaciones, como las hostiles y humillantes, omitidas en el texto del dictamen.

En segundo lugar, en la Directiva se insiste en que son constitutivos de acoso los comportamientos *no deseados*, expresión que se silencia en el proyecto actual. No obstante, tal expresión ha sido criticada en el sentido de que la misma podía conducir a planteamientos próximos al consentimiento de la víctima; tolerancia en el comportamiento (...), y con ello “debilitar o atemperar la responsabilidad del acosador frente a la exigencia de un comportamiento diligente de la víctima”¹². De otro lado, sin embargo, tal expresión ha sido interpretada en el sentido de que “la detección de la existencia de acoso sexual se realiza conforme a parámetros subjetivos (el comportamiento no deseado), lo que obliga a tener en cuenta el cúmulo de circunstancias personales y sociales concurrentes, partiendo, a su vez, del presupuesto de que idénticas conductas pueden o no constituir acoso sexual o acoso por razón de sexo dependiendo de la postura que el sujeto receptor de la misma adopte frente a ellas”¹³.

Indudablemente, la falta de oposición inmediata de las personas víctimas de hostigamiento, no debe ser una exigencia prevalente a la hora de valorar la existencia o no comportamientos propios del acoso¹⁴, de la misma manera que la subjetividad

10. LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Comares, 1996, pág. 103.

11. Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres. Sesión ordinaria del pleno. 26 de abril de 2006. WWW.ces.es

12. *Vid.*, RUIZ CASTILLO, M.M.: “La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual”, *Relaciones Laborales*, núm 10, 2004, pág. 37 y nota 34. Una crítica a la exigencia de oposición inmediata por parte de la víctima, exigida en el ámbito judicial en relación al acoso sexual, en SANCHEZ, E y LARRAURI, E.: *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, cit., pág.39.

13. BALLESTER PASTOR, A.: “La propuesta de reforma de la Directiva 76/2001: evolución y adaptación al principio de no discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario”, *Temas Laborales*, núm 59, 2001, pág.234.

14. Respecto del consentimiento de la víctima y la cuestión de la provocación, *vid.*, LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El derecho de los trabajadores...cit.*, pág. 110

de la víctima no puede ser el único criterio a tener en cuenta para determinar la existencia de acoso. En el primer caso porque, como se ha puesto de manifiesto, “*se obviarían cuestiones determinantes, que sí son tenidas en cuenta en otros ordenamientos jurídicos, como el estado psicológico de la víctima, la naturaleza de su relación contractual, la existencia de precedentes en la empresa y su resolución, la intermediación de terceras personas. Y es que la situación contractual no siempre puede permitir un gesto incontestable o una reacción extrema*”¹⁵. Tampoco la subjetividad de la víctima debe ser el único criterio a tener en cuenta para apreciar la existencia de acoso pues “*la sensación de acoso que puede experimentar la víctima, es sentimiento que, como tal, comprende una gran dosis de subjetivismo que merece cautela en su ponderación*” (STC 136/2001, de 18 de julio). Por tanto, no puede concluirse sin más que la existencia de acoso dependa exclusivamente de la perspectiva de la víctima, ya que puede concurrir, por ejemplo, lesiones psíquicas o psiquiátricas que obedezcan a otras razones concurrentes. Una correcta interpretación de cuando se considera que existe acoso sexual y acoso por razón de sexo, es la contenida en la STC 224/1999, de 13 de diciembre, donde se elabora un concepto de acoso sexual que destaca por su operatividad práctica, sin enquistarse en posicionamientos dogmáticos rígidos¹⁶.

En tercer lugar, respecto del acoso sexual, el Proyecto de Ley omite que pueden ser también constitutivos de acoso comportamientos no verbales, además de los verbales y los físicos. Ya en relación con la regulación vigente sobre el acoso sexual, la doctrina iuslaboralista ha venido defendiendo que debían ser objeto de protección jurídica las *conductas no verbales sin agresión física*, dado que el acoso puede ser provocado por conductas gestuales, sobre todo en el caso del acoso sexual ambiental, como ocurre con la exhibición de imágenes pornográficas en el lugar de trabajo¹⁷.

Junto a las anteriores consideraciones, otra de las cuestiones que plantea el actual Proyecto de Ley, tiene que ver con la identificación de una y otra manifestación de acoso. Me explicaré. Con anterioridad a la reforma, pese a la torpe redacción del art. 4, 2 c) del ET, que refiere a la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual, la doctrina defendía que en la protección frente al acoso había que entender comprendidas dos manifestaciones de acoso sexual: de un lado, el chantaje

15. SANCHEZ, E y LARRAURI, E.: *El nuevo delito de acoso sexual...cit.*, págs 40 y 41.

16. Vid., el análisis de la citada sentencia en LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El concepto de acoso sexual laboral según la Sentencia de 13 de diciembre de 1999 del Tribunal Constitucional”, *Relaciones Laborales*, núm 3, 2000, págs. 66 y ss.

17. LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El derecho de los trabajadores...cit.*, págs. 100/101.

sexual (en el que el sexo es solicitado como mecanismo para la evitación de represalias o como instrumento para la consecución de beneficios) y, de otro, el acoso sexual ambiental (el que genera un clima intimidatorio, hostil u humillante). En ambos casos el objeto o la finalidad última del acoso es el deseo corporal, algo que enlaza con la visión social de la mujer como objeto sexual, aunque no exclusivamente.

Con la incorporación de estas dos nuevas expresiones (acoso sexual y acoso por razón de sexo), se plantea el interrogante de si el acoso por razón de sexo es equiparable al acoso sexual ambiental o si estamos antes dos realidades distintas. Y ello se plantea, entre otras cuestiones porque, como ya se ha adelantado, a la hora de identificar lo que constituye acoso sexual el legislador omite los comportamientos “no verbales”, que son precisamente los que más se identifican con el acoso sexual ambiental.

Añádase a estos problemas interpretativos la confusión que genera la redacción establecida en el párrafo 4 del artículo 7 del Proyecto cuando refiere a 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 considera también acto de discriminación por razón de sexo*”. Es claro que este último párrafo refiere a lo que se ha identificado como *Chantaje Sexual*; forma de acoso sexual que se manifiesta precisamente en una situación en la que el sexo es solicitado como mecanismo para la evitación de represalias o como instrumento para la consecución de beneficios.

La clave para despejar estas dudas interpretativas reside en que el acoso sexual, en cualquiera de sus manifestaciones (chantaje o acoso sexual ambiental), ha de tener un contenido sexual; de índole o naturaleza sexual, expresión que se utiliza en referencia a las conductas directa o indirectamente encaminadas a la consecución de una satisfacción de carácter carnal, mientras que el acoso por razón de sexo refiere a cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, y no es lo mismo el contenido sexual que el contenido sexista. Partiendo de esta distinción se distingue claramente entre acoso sexual y acoso por razón de sexo, el cual se dará, tomando un ejemplo utilizado por SALVADOR DEL REY, en los casos de no ascender a una persona por el hecho de ser mujer o pagarle unos salarios inferiores o realizar continuas referencias misóginas –sin carácter estrictamente sexual– por parte de un superior sobre sus trabajadores¹⁸.

18. En cita de LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El derecho de los trabajadores...cit.*, págs. 103 y ss.

Por tanto, difícilmente puede identificarse acoso sexual ambiental con acoso por razón de sexo. Este último supuesto resulta equiparable a otros supuestos de acoso laboral “discriminatorios”: por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad u orientación sexual, incorporados a nuestra normativa interna por Ley 62/2003, de 30 de diciembre de Medidas Administrativas, Fiscales y del Orden Social (LMAFOS), por lo menos por lo que refiere a la definición de los mismos¹⁹. Y todos estos supuestos no son sino manifestaciones del acoso psicológico o moral o “*mobbing*”, si se quiere. Cuestión distinta es que el legislador haya decidido que sólo pueden ser objeto de protección jurídica desde el punto de vista de la tutela discriminatoria, el acoso moral o psicológico cuando concurren una serie de causas, cuestión ésta que no parece tener sentido. Porque el acoso moral o psicológico, sea por los motivos que sean, constituye en cualquier caso, una atentado al principio de igualdad y no discriminación, dado que genera en el trabajador un trato desfavorable que supone infringir el artículo 14 CE, desde el momento en que dicho precepto constitucional prohíbe la existencia de conductas vejatorias con origen en “cualquier condición o circunstancia personal o social”.

Por último, para finalizar este apartado, obsérvese que las definiciones de acoso sexista contenidas en el Proyecto de Ley, al igual que las de los otros supuestos de acoso contenidos en la LMAFOS, no describen el tipo de conductas que pueden llevar a producir el acoso; tampoco se exige la existencia de una finalidad o ánimo que promueva el comportamiento prohibido (obsérvese que el acoso puede ser un objetivo o tan sólo una consecuencia), ni que tales supuestos produzcan un daño físico y/o psíquico en la salud de los trabajadores víctimas de acoso. Parece bastar con que concurren dos elementos: una conducta no deseada y que esta genere un ambiente degradante, hostil y humillante. Por ello se ha llegado a afirmar que el legislador ha querido garantizar un concepto amplio –quizá demasiado– de los nuevos supuestos de acoso²⁰, lo que sin duda obligará a los jueces a ir determinando, caso por caso, las causas y las conductas provocadoras del acoso laboral.

19. El art. 28.1.b) LMAFOS define el acoso por las causas citadas como “*toda conducta no deseada..(relacionada con las causas citadas)... que tenga por objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo*”. Vid., asimismo, art. 7 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que define el acoso como “*toda conducta relacionada con la discapacidad de una persona que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*”.

2.2. BIENES JURÍDICOS AFECTADOS POR EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

Que el acoso sexual y el acoso por razón de sexo constituyen comportamientos discriminatorios, infringiendo en cualquier caso el derecho a la igualdad (art. 14CE), es consecuencia que declara expresamente el apartado tercero del artículo 7 del Proyecto de Ley. Se deja zanjada, de esta manera, la controvertida cuestión en el ámbito de la doctrina iuslaboralista, donde algunos autores²¹ negaban que el acoso sexual fuera un supuesto de discriminación por razón de sexo, mientras que otros²² consideraban que el acoso sexual constituía una discriminación sexista directa, salvo que se tratase de un acosador bisexual.

La reforma que se propone se sitúa en la óptica del Derecho Comunitario, dándose respuesta al mandato contenido en el artículo 13 del Tratado de Ámsterdam, que plantea como objetivo una política general de lucha contra los distintos tipos de discriminación en todos los ámbitos de la política comunitaria. Añádase a ello que el origen de la idea de acoso en el Derecho Comunitario nació a través de un desarrollo jurisprudencial que se apoyó en la prohibición de discriminación por razón de sexo para dar cabida a la protección frente al acoso sexual en el trabajo²³.

En la misma línea se han situado también los otros supuestos de acoso “discriminatorios”, incorporados desde las distintas Directivas Comunitarias a nuestro derecho interno por la LMAFOS²⁴: por origen racial o étnico, religión o convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual.

También en el ámbito interno diversas sentencias de los Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia, que han tratado temas de acoso laboral, han puesto de manifiesto, reiteradamente, el trato discriminatorio que el acoso supone en sí mismo, y ello incluso sin necesidad de que el hostigamiento se encuentre conectado

20. MOLINA NAVARRETE, C.: “Del “principio” al “Derecho” de la igualdad de oportunidades: las nuevas leyes de tutela antidiscriminatoria”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm 13, 2004, págs. 151 y ss.

21. FERNANDEZ MARCOS, L.: “El acoso sexual en el trabajo (a propósito de las Sentencias del Tribunal Constitucional 136/2001 y 207/2001)”, *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución*, La Ley, 2003.

22. LOUSADA AROCHENA, J.F.: *El derecho de los trabajadores...cit.*, pág. 103.

23. VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos Psico-Sociales...cit.*, pág. 24.

24. La LMAFOS incorpora a nuestro derecho interno la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

o causado por alguna razón concreta²⁵. Doctrina apoyada por la propia del TC conforme a la cual, además de las discriminaciones por los motivos tasados, referenciados en el artículo 14 CE, debe considerarse discriminación todo aquél trato distinto que no encuentre justificación objetiva y razonable (si bien en la relación laboral no es obligatorio un trato de igualdad absoluta). Tampoco el artículo 14 CE cierra filas en orden a considerar sólo como discriminatorios las desigualdades guiadas por causas específicas concretas; el citado precepto prohíbe la existencia de conductas vejatorias con origen en “cualquier condición o circunstancia personal y social”.

Ahora bien, aunque en la normativa comunitaria el acoso sexual y acoso por razón de sexo se tratan especialmente como actuaciones discriminatorias, ello no significa que se violente exclusivamente el derecho a la igualdad. El mismo Proyecto de Ley de Igualdad identifica otros derechos que son susceptibles de ser violentados en los supuestos de acoso sexista. Me refiero a la propuesta contenida en la Disposición Adicional Décimo Primera que propone la modificación del párrafo e), del apartado 2, del artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores (ET), para incluir como derecho básico de los trabajadores de respecto a su intimidad y a la consideración debida de su dignidad, los nuevos supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Por lo tanto, aunque el acoso sexista supone ante todo la violación del principio de igualdad, asimismo se reconoce como un atentado a la dignidad y a la intimidad del trabajador.

En este sentido cabe recordar que las referencias a la dignidad humana contenidas en el ET no debe suponer una remisión de ese valor jurídico a la esfera de la legalidad ordinaria, sino por el contrario, la consagración de ese valor. Porque la dignidad personal constituye un valor espiritual y moral inherente al individuo cuyo respeto goza del mayor nivel de protección, como derecho fundamental (STC 192/2003, de 27 de octubre)²⁶. Sentada esta premisa no cabe sino añadir que cualquier atentado grave a la dignidad de las personas es siempre un atentado a su integridad moral, protegida en el artículo 15 CE²⁷ y de los demás derechos fundamentales (*dere-*

25. Entre otras, SJS de Granada de 7 de octubre de 2002 (La Ley XXIII, núm. 5668, 2002); STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2002 (JUR 2004, 57674); STSJ de Murcia de 1 de octubre de 2003 (AS 2003, 3688); STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2004 (AS 2004, 3720).

26. Que define la dignidad personal como “*el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno*”.

27. En relación a la identificación entre dignidad humana e integridad moral, *vid.*, PEREZ LUÑO, A.E.: *Los Derechos Fundamentales*, Temas Clave de la Constitución Española, Tecnos, 1995, pág. 175.

chos personales) que no son sino proyecciones de la dignidad de la persona humana consagrada en el artículo 10 CE²⁸.

Es indudable que el acoso sexual y acoso por razón de sexo como subtipo del acoso laboral en general, a parte de violentar el principio de igualdad, provoca la violación de otros tantos derechos fundamentales: el derecho a la integridad moral (artículo 15 CE), y en su caso, cuando provoca alteraciones psico-físicas, el derecho a la integridad física e incluso la vida (artículo 15 CE); así como el derecho a la intimidad cuya consagración constitucional viene reconocido también en el artículo 18 CE.

En todos los supuestos de acoso laboral, es la dignidad de la persona y todos los demás derechos fundamentales –personales e individuales –referenciados en el texto constitucional los que se ven violentados por una actitud de hostigamiento o violencia en el trabajo.

Todos los supuestos de acoso laboral, sean por los motivos que sean, constituyen ante todo, vulneración de los derechos de los trabajadores a su dignidad e integridad moral y todos los demás derechos lesionados quedarán absorbidos por éste o bien, simplemente concurrirían unos con otros. Al fin y al cabo en ambos casos nos encontramos en el plano de los Derechos Fundamentales por lo que las medidas de tutela jurídica serán sustancialmente coincidentes.

3. LA PREVENCIÓN Y PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

3.1. EL TRATAMIENTO PREVENTIVO DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA ENTRE MUJERES Y HOMBRES Y SU NECESARIA CONEXIÓN CON LA LPRL

El artículo 44 del Proyecto de Ley refiere a "*Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo*". En el apartado primero del citado precepto se viene a exigir a las empresas que promuevan condiciones de

28. En los mismos términos, enfatizando que un atentado a la dignidad siempre va acompañado de la violación de cualquier otro derecho fundamental, *vid.*, STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2002 (AS 2003, 670) que al respecto expresa: "... y en este menoscabo de la dignidad, término con que el art. 10 CE se comprenden los derechos que luego en posteriores preceptos, concretamente a partir del art. 14 CE, se configuran como derechos fundamentales, así la igualdad y no discriminación (art. 14 CE); la integridad física y moral (art. 15 CE); el honor la intimidad y la imagen (art. 18 CE); la libertad ideológica y religiosa (art. 17 CE)".

trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, además de arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que pueden formular quienes hayan sido objeto del mismo. Las medidas que al respecto se establezcan, dice el párrafo segundo de este primer apartado, deberán negociarse con los representantes de los trabajadores. Entre estas medidas se citan como ejemplo: la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

De otra parte, el apartado segundo del artículo 44 del Proyecto, establece, parece que con carácter obligatorio, la necesaria contribución de los representantes de los trabajadores para prevenir el acoso sexual y acoso por razón de sexo, mediante la sensibilización de 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.

La presente regulación plantea una serie de cuestiones de índole jurídica que tienen importante trascendencia práctica y que, entre otras cuestiones, nacen de la necesaria articulación de la presente regulación con las obligaciones empresariales establecidas en la LPRL, en relación a la evitación de los riesgos psico-sociales²⁹.

De entrada, el citado precepto insta una nueva obligación empresarial consistente en el establecimiento de medidas para evitar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y la necesidad de negociar tales medidas con los representantes de los trabajadores. Tal obligación no diferencia entre empresas de mayores o menores dimensiones, como ocurre en relación al establecimiento de Planes de Igualdad (párrafo 2, del artículo 41 del Proyecto de Ley), aunque entre las medidas que puedan establecerse se prevé también las relacionadas con la prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo (párrafo 2 del artículo 42 del Proyecto Ley). Por tanto, en las empresas que obligatoriamente o, bien de forma voluntaria, se establezcan Planes de Igualdad, las medidas de prevención deberían constar en dichos Planes. En otros casos, el artículo 44 no determina la fuente de regulación de tales medidas; no se establece la obligación de negociación como contenido mínimo de los convenios colectivos, es más, las medidas que se adopten pueden plasmarse en un simple código de buenas prácticas, o bien pueden traducirse en una negociación "informal" que contemple aspectos concretos como la realización de campañas informativas o acciones de formación.

No debe olvidarse, en cualquier caso, que, exista o no acuerdo con los representantes de los trabajadores, desde la promulgación de la LPRL, el empleador tiene

29. Ampliamente, *vid.*, VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos psico-sociales... cit.*

obligación de establecer medidas para prevenir el acoso laboral con la simple consulta a los representantes de los trabajadores (artículo 33 LPRL), si los hubiera.

Una segunda cuestión tiene que ver con el tipo de medidas que deben adoptarse para evitar el acoso sexual y acoso por razón de sexo. El artículo 44 refiere al establecimiento de “condiciones de trabajo”, y “procedimientos específicos” para su prevención. Redacción desafortunada y confusa desde un punto de vista técnico. ¿Qué se entiende por condiciones de trabajo? De acuerdo con estudios previos que se han llevado a cabo³⁰ la adopción de condiciones de trabajo refiere a la necesidad de introducir cambios en la *ordenación y organización del trabajo*, entre ellas: introducción de medidas relativas a la modificación de los procedimientos de producción, aumentando la transparencia, la participación de los representantes de los trabajadores, la rotación en diferentes tareas, el aumento de la posibilidad de control sobre el trabajo. Se trata de medidas que merecen una acogida favorable por cuanto tienen la finalidad de humanizar y democratizar las empresas e instituciones. Sin embargo se trata de propuestas genéricas, de difícil puesta en práctica, que en cualquier caso no garantizan la evitación del acoso laboral.

Las medidas más indicadas tienen que ver con la información y formación a las que refiere el párrafo 2 del apartado 1 del artículo 44 del Proyecto de Ley. Obsérvese que estos instrumentos de *información y formación* constituyen desde el punto de vista de la LPRL, las medidas más efectivas de lucha contra los riesgos derivados en el trabajo y tanto más adecuadas cuando se trata de evitar la aparición de supuestos de acoso laboral, dada la dificultad de establecer metodologías que puedan ser aplicadas *in genere*, que determinen las concretas obligaciones preventivas que deben adoptar los empleadores para evitar la aparición de supuestos de acoso laboral.

En tercer lugar, refiere el Proyecto de Ley, además, para prevenir la aparición de supuestos de acoso, al establecimiento de procedimientos específicos. ¿A qué procedimientos puede referirse? ¿Qué tipo de procedimientos específicos pueden prevenir el acoso?. De nuevo la torpe redacción del precepto induce a confusión y exige la intervención del intérprete. Y para ello hemos de remitirnos a la normativa comunitaria; en concreto cabe recordar aquí las propuestas realizadas por el Código de Conducta Comunitaria para la protección de la dignidad de hombres y las mujeres en el trabajo de 1992³¹, que refieren a la necesidad de establecer y tener previstos *meca-*

30. Vid., ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, Bomarzo, 2004, pág. 217; Asimismo vid., Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, *Acoso Moral en el Trabajo*, núm 23, 2001.

31. Contenido en el Anexo de la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1992 (92/131/CE) (DOL 49 a 24 de diciembre de 1992).

nismos de actuación inmediata de apoyo y asesoramiento al trabajador y, el establecimiento, en su caso, *de procedimientos de resolución interna del "Conflicto" que sean fáciles y eficaces.*

Todas estas cuestiones se recomienda formen parte de una *declaración de principios o compromiso ético del empresario* de que no va a tolerar este tipo de comportamientos. Sería en esta declaración de principios donde debería precisarse de la manera más exacta posible qué se entiende por acoso sexista; donde se explique que estos comportamientos son ilegales; que significan un incumplimiento del deber de buena fe contractual y como consecuencia se advierta que serán sancionados en todo caso. Sería en esta misma declaración donde se explique el procedimiento que han de seguir los trabajadores para recibir ayuda y a quienes han de dirigir su denuncia, que deberá incluir un tratamiento serio, rápido y confidencial de todo tipo de quejas y la protección frente a represalias³².

En cuarto lugar, puede constituir también polémica, desde el punto de vista jurídico, la obligación que parece exigirse a las representantes de los trabajadores, en el apartado 2 del artículo 44 del Proyecto de Ley, de contribuir a prevenir el acoso mediante la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos.

La obligación de los representantes de los trabajadores que sugiere el citado precepto, debe interpretarse con sumo cuidado, dada la posible violación de derechos fundamentales, por cuanto la apreciación subjetiva de los representantes de los trabajadores, sin una adecuada formación sobre el tema, puede contribuir a generar "infundios"; noticias falsas, que, a la postre, se traduzcan en atentados a la dignidad e intimidad del trabajador acusado. ¿Debería exigirse entonces algún tipo de responsabilidad?

Por este motivo, esta obligación, de recaer, debería recaer sobre aquellos representantes de los trabajadores con una formación específica en el tema y sobre todo en prevención de riesgos laborales, pues no puede olvidarse que el acoso laboral afecta a la salud de los trabajadores; los riesgos psico-sociales deben evitarse desde el punto de vista de la LPRL. Así parece más adecuado que sea el delegado de prevención la persona que puede convertirse en el "asesor confidencial" previamente informado y formado respecto del tema y de los deberes de sigilo y confidencialidad, al que comunicar posibles comportamientos propios de acoso laboral. Es indudable que el delegado de prevención o los representantes de los trabajadores pueden ob-

32. *Vid.*, una visión del tratamiento de la negociación colectiva en relación con el acoso sexual en, SERRANO GARCIA, J.M.: "Tratamiento del acoso sexual en la negociación colectiva", *Revista de Derecho Social*, núm 22, 2003, págs. 209 y ss.

servar comportamientos típicos del acoso sexista (como suelen también verlo los demás trabajadores: mediocres pasivos), pero no puede olvidarse que cuando el acoso es intencionado, las actuaciones se manifestarán fundamentalmente a través de actos implícitos, más en el acoso sexual³³.

Por lo tanto, más que investigar por su cuenta, el delegado o los representantes de los trabajadores, con formación adecuada, deben ponerse a disposición de los trabajadores para que éstos puedan canalizar a través de ellos las correspondientes denuncias. Es a partir de aquí que debe investigarse sobre la denuncia interpuesta sobre todo si existe daño en la salud (artículo 16 LPRL), debiendo en este último caso intervenir, de forma obligatoria, los servicios de prevención de la empresa (médico/psicólogo/psiquiatra)³⁴.

No corresponde a los representantes de los trabajadores denunciar ante la empresa situaciones concretas de acoso sino es con el consentimiento de las personas hostigadas, de la misma manera que la víctima es la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual (y ¿acoso por razón de sexo?), según dispone el párrafo 3 del artículo 12 del Proyecto de Ley³⁵.

En cualquier caso la denuncia ante la dirección de la empresa deviene necesaria para que se adopten las medidas oportunas, que deben estar de antemano informadas a todos los trabajadores (plasmadas o no en instrumentos de negociación colectiva)³⁶. Denuncia, por otra parte, que habrá de realizarse preservando los derechos del trabajador a su intimidad y a la dignidad de su persona, sin que en ningún caso tales datos puedan ser utilizados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador, tal como dispone el artículo 22 LPRL.

33. En este sentido se ha afirmado que el acoso sexual no es una conducta patológica y fácilmente reconocible, ni tampoco indica una conducta concreta que pueda ser aprehendida, evaluada y catalogada, sino que más bien se inscribe en una trama de relaciones donde existe un desequilibrio de poder entre los sujetos, desfavorable para la mujer. *Vid.*, SERRANO GARCÍA, J.M: "Tratamiento del acoso sexual en la negociación colectiva", *Revista de Derecho Social*, núm 22, 2003, pág. 209.

34. Téngase en cuenta en este apartado la Disposición Adicional Octava del Proyecto de Ley, de propuesta de modificación de la Ley General de Sanidad (LGS) y la propuesta de modificación del apartado 9 del artículo 18 de la LGS, donde se establece como funciones de la Administración Sanitaria "la protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y acoso por razón de sexo". Cabe recordar al respecto que es la Administración Sanitaria la que tiene que velar por la formación que tienen que recibir los Médicos o ATS/DUE, en relación a la medicina en el trabajo.

35. Insiste en esta idea la Disposición Adicional Sexta del Proyecto de Ley, en relación a la propuesta de modificaciones en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual). Asimismo, *vid.*, propuesta de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

36. Sobre la posibilidad de pueda detectarse el acoso a través de un proceso de vigilancia de la salud y la posible actuación de los profesionales sanitarios, *vid.*, VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos Psico-sociales... cit.*, págs. 61 y ss.

3.2. MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

La intensa protección que la ley otorga a los derechos fundamentales de los trabajadores; especialmente diligente cuando se trata de datos relacionados con la salud de los mismos, requiere que sean los servicios de prevención (especialistas sanitarios) quienes, tras valorar el caso concreto de acoso laboral en conjunción con el delegado de prevención y la propia víctima de hostigamiento, tomen las decisiones sobre las posibles medidas de protección que deban aplicarse, en su caso. Las posibilidades son varias y todo dependerá del grado de intensidad con se que esté llevando a cabo el acoso o bien de la gravedad de los comportamientos inherentes al mismo. Medidas que, por otra parte, se solicitarán al empresario, sin comentar directamente la causa de porqué se han decidido estas medidas.

El Proyecto de Reforma no especifica que tipo de medidas de protección pueden adoptarse al respecto. No obstante existen dos referencias indirectas que vislumbran sendero por donde pretende caminar el legislador.

La primera referencia la encontramos en la propuesta de modificación de la letra g) del artículo 54. 2 del ET, que introduce como nuevo supuesto de despido disciplinario el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (añadiéndose así los supuestos de acosos "discriminatorios" que pueden dar lugar a este tipo de despido). Ahora bien, cabe recordar aquí que el despido disciplinario solo procederá si se dan las circunstancias de gravedad y culpabilidad que vienen exigido la jurisprudencia para que sea acorde el despido disciplinario³⁷, debiéndose tener en cuenta para su graduación: la intensidad de la conducta su prolongación en el tiempo y los efectos sobre la salud psico-física de los trabajadores. Y dado que el acoso puede atravesar distintas fases y por tanto, distintas intensidades, si las medidas de prevención son efectivas, posiblemente no sea necesario recurrir al despido disciplinario, pudiéndose y debiéndose arbitrar, en los casos menos graves, otro tipo de medidas sancionadoras: el traslado del hostigador a otro puesto de trabajo o a otra localidad distinta, bien a otro puesto de trabajo dentro del mismo centro. Asimismo, no resulta descabellado defender que entre las medidas sancionadoras se imponga a los trabajadores-hostigadores la obligación de someterse a un tratamiento psicológico/psiquiatra, que le ayude a corregir lo que sin duda son comportamientos contrarios al normal desenvolvimiento de las relaciones humanas en los centros de trabajo, de manera que si el trabajador se niega pueda ser despedido disciplinariamente.

37. *Vid.*, al respecto, VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos Psico-Sociales...cit.*, págs. 69 y ss.

Ahora bien, dado que los principios de seguridad jurídica y de tipicidad de las sanciones resultan de aplicación al ámbito de las relaciones laborales, resultaría necesaria la intervención de la negociación colectiva para queden plasmadas en los convenios colectivos las posibles sanciones a los que los hostigadores pueden estar expuestos (de las que se debe informar a los trabajadores).

En cualquier caso, aunque falte la tipicidad de las conductas propias de acoso, por falta de previsión en el convenio colectivo, el deber sancionador del empresario debe actuar porque tal exigencia deriva de las obligaciones legales de tutela de los derechos fundamentales, especialmente necesaria en la interdicción del acoso sexual y acoso por razón de sexo³⁸. A este respecto téngase también en cuenta la segunda referencia que encontramos en el Proyecto de Ley, en relación a las medidas de debe adoptar el empresario. Me refiero a la propuesta de sanción administrativa contenida en la propuesta de reforma del artículo 8.13 bis de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS). En la misma se recalca que el empresario podrá ser responsable administrativamente si conocido el acoso por razón de sexo no adopta las medidas necesarias para proteger al trabajador³⁹.

Esta segunda referencia induce a pensar que las medidas necesarias no pueden limitarse a las de tipo sancionadoras- organizativas a las que acabo de referirme, sobre todo cuando el acoso haya hecho mella en la salud psico-física del trabajador-hostigado.

De nuevo en este punto, la estructura del nuevo tipo infractor nos recuerda la obligación que tiene el empresario, desde el punto de vista de la LPRL, de otorgar una protección eficaz a sus trabajadores mediante la adopción de las medidas que sean necesarias (artículo 14 LPRL). Indudablemente, si el acoso sexual y acoso por razón de sexo, como cualquier otro supuesto de acoso laboral, afecta a la salud psico-física del trabajador, el empresario (que tiene la obligación de prevenir eficazmente los riesgos psico-sociales) deberá adoptar otro tipo de medidas de protección al trabajador víctima del acoso sexista; medidas de protección médica al trabajador-hostigado, que pueden consistir en terapias que ayuden a recuperar la autoestima del trabajador y que deberían ser desarrolladas en el horario laboral o con el descuento del tiempo invertido. Si además el trabajador acosado se encontrara en una situación de especial estrés o se encuentra atravesando situaciones ansiosas depresivas (como normalmente ocurre en situaciones de acoso) que puedan poner en peligro la integridad física

38. *Vid.*, FERNANDEZ LÓPEZ, M.F.: *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, 1991, pág. 224.

39. El citado precepto no resulta de aplicación a la sanción por acoso sexual que tiene una regulación específica en el artículo 8, apartado 13.

del trabajador, o de la terceras personas o compañeros de trabajo, el empresario deberá tomar en consideración las capacidades psico-físicas de los trabajadores a la hora de encomendarles una tarea, tal como exige el artículo 25 LPRL, lo que puede suponer la adaptación del puesto de trabajo o bien, el cambio temporal del puesto de trabajo o función, debiendo ser de aplicación, en este último caso, las garantías que el artículo 26 LPRL establece respecto del cambio de trabajo de a mujer por riesgo durante el embarazo⁴⁰.

Para concluir este apartado, solo recordar que aunque el Proyecto de Ley trata de eludir, implícitamente, la consideración del acoso sexual y por razón de sexo como un riesgo profesional y, por tanto, tutelable a partir del marco normativo de la Prevención de Riesgos Laborales, la necesaria conexión con esta última norma deviene imprescindible, tal como, por otra parte, se viene entendiendo en el ámbito jurisprudencial y judicial.

4. MECANISMOS DE TUTELA JURÍDICA FRENE AL ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

4.1. PRESENTACIÓN

El Título I del Proyecto de Ley refiere a las medidas de tutela contra la discriminación que resultan de aplicación a todos los órdenes de la vida social, económica, política incluido por supuesto el ámbito laboral, lo que consecuentemente tiene su reflejo en las propuestas de modificación de un conjunto de normas de carácter laboral. Así en relación al acoso sexual y acoso por razón de sexo se propone la modificación de los siguientes artículos y normas: Modificaciones en el ET (artículo 17 y artículo 54); Modificaciones en la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), (artículo 27, artículo 146, artículo 149, artículo 181), y modificaciones propuestas en la LISOS (artículo 8.13 bis y artículo 46 bis).

Como se decía, el Título I comienza estableciendo una serie de medidas de tutela contra la discriminación que resultan asimismo aplicables a los supuestos de acoso sexista: la indemnidad frente a las represalias (artículo 9); la nulidad de las decisiones discriminatorias y la responsabilidad de tales decisiones a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, el establecimiento de sanciones que prevengan la realización de conductas discriminatorias (artículo 10); la tutela judicial

40. *Vid.*, al respecto, VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos psico-sociales...cit.*, págs. 64 a 68.

efectiva a través de procedimientos preferentes y sumarios, legitimando a las personas físicas y jurídicas para intervenir en los procesos, salvo en los de acoso sexual en los que la víctima será la única legitimada (artículo 12) y la inversión de la carga de la prueba, salvo en procesos penales y procedimientos de naturaleza sancionadora, cuando se presenten indicios fundados de discriminación (artículo 13).

En el ámbito laboral, las medidas anteriores tienen reflejo en la propuesta de modificación de las siguientes normas sustantivas, procesales y sancionadoras:

Así, en primer lugar, la garantía de indemnidad a la que refiere el artículo 9 del Proyecto de Ley, y la nulidad de las decisiones discriminatorias referenciadas en el artículo 10, se ven refrendadas en la modificación que se propone del artículo 17 ET, que considera nulas *“las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación 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”*. Ni que decir tiene que la calificación de nulidad establecida en este precepto tiene su manifestación más genuina en la categorización del despido cuando el mismo tiene como causa implícita la denuncia de situaciones de acoso laboral, incluido el acoso sexista (artículo 55.6 ET). Se mantiene en vigor, además, en el apartado 12 del artículo 8 de la LISOS, la calificación como infracción muy grave, de las decisiones empresariales que supongan un trato desfavorable a los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

En segundo lugar, las medidas de protección jurídica consistentes en el establecimiento de procedimientos preferentes y sumarios, con inversión de la carga de la prueba (salvo en procesos penales y procesos de naturaleza sancionadora) y el establecimiento de un sistema de indemnizaciones reales, efectivas y proporcionales al perjuicio sufrido, se ven refrendadas en la propuesta de modificación de diversos preceptos de la LPL así como el añadido de otros tantos nuevos apartados a los que refiere la Disposición Adicional Decimotercera.

Refiere en primer lugar el Proyecto de Ley a la modificación del artículo 181 LPL, de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, para dar entrada a la protección frente al acoso sexista. Indudablemente tal referencia no resulta novedosa, incluso podría calificarse de superflua e incompleta, porque ya en la actualidad, tras la promulgación de la LMAFOS, el precepto citado refiere expresamente a los supuestos de acoso en general, sin diferenciar las causas subyacentes al mismo. Además, dado que el acoso sexista es calificado como discriminatorio, el mismo ya se siente incluido sin necesidad de reforma alguna.

Aunque también es verdad que las especiales ventajas procesales presentes en la modalidad de protección de la libertad sindical y demás derechos fundamentales,

no debe realizarse de forma automática e indiscriminada a los supuestos de acoso laboral, pues el resultado sería la aparición de inconvenientes disfunciones en el régimen jurídico de la tutela de estos derechos. Es el caso, por ejemplo, de la coadyuvancia del sindicato que no tiene sentido cuando el trabajador reacciona contra menoscabos sufridos en derechos fundamentales propios, distintos del de libertad sindical o de huelga. En ello insiste como se ha visto el Proyecto de Ley en varios apartados, lo que no quita para que vuelva a especificarse en la propia reforma del art. 181 LPL. No obstante, cabe defender la posible intervención del sindicato cuando la violación de los derechos de no discriminación tuviera una proyección colectiva, tal como ha reconocido el TS en Sentencia de 4 de mayo de 2000⁴¹.

Por lo demás, las restantes ventajas procesales resultan de aplicación. A saber, a grandes rasgos: - exoneración de la conciliación previa, sentencia *in voce*, preferencia sobre cualquier otro proceso, brevedad en los plazos, carácter ejecutivo de la sentencia, reparación *in natura* y, en su caso, indemnización por daños y perjuicios. Además, dicho procedimiento requiere de la necesaria intervención del Ministerio Fiscal por si existente indicios delictivos (art. 175.3 LPL), y la inversión de la carga de la prueba (art. 96 y 179.2 LPL)⁴².

En segundo lugar, en relación a las reformas de la LPL, cabe destacar como novedad todo el tema relativo a las indemnizaciones a las que pudiera tener derecho el trabajador hostigado, proponiéndose al respecto un nuevo apartado segundo al artículo 181 LPL, en el sentido de que "*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*".

Tal referencia normativa encuentra coherencia con la modificación propuesta del artículo 27 LPL, al que se incorpora un nuevo párrafo segundo en el apartado 2 que permite la acumulación de acciones cuando se trata de reclamar indemnizaciones derivadas de discriminación o lesión de derechos fundamentales a las que refiere el artículo 181 LPL. Cuestión ésta que tampoco resulta novedosa porque ya se venía admitiendo en sede judicial (STS de 12 de junio de 2001) y porque en el mismo procedimiento de tutela de derechos fundamentales se reconoce dicha acumulación, en concreto en el artículo 180.1 LPL cuando establece que la sentencia declarará la

41. (RJ 2000, 4266), entre otras.

42. Un análisis más detallado del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, *vid.*, VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos Psico-Sociales...cit.*, págs. 81 y ss.

nulidad radical de la conducta..., la reposición a la situación anterior..., *“así como las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera”*. Cuestión distinta es que el legislador haya querido expresamente reconocer tal acumulación en los supuestos también de discriminación por acoso.

Ahora bien, la innovación más importante en relación a la indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de situaciones de acoso laboral, tiene que ver con la *actuación de la Inspección de Trabajo* en la constatación de las situaciones de discriminación por razón de sexo en las que se recojan las bases de los perjuicios estimados para el trabajador, a los efectos de determinación de la indemnización correspondiente (nueva letra d), del artículo 146 LPL). Debiendo, en este caso, la Jefatura de la Inspección informar a la autoridad laboral competente, para su conocimiento y para que de traslado, en su caso, al órgano jurisdiccional competente a efectos de la acumulación de acciones que se iniciará con posterioridad al procedimiento de oficio referido en el artículo 149. 2 LPL.

Por último, refiere el artículo 10 del Título I, al establecimiento de sanciones que prevengan la realización de conductas discriminatorias. Tal mandato legislativo tiene reflejo, de un lado, en la propuesta de modificación de la letra g) del artículo 54 ET, para dar entrada al despido disciplinario por acoso sexual y acoso por razón de sexo (ya analizado entre las medidas de protección al trabajador) y, de otro lado, en la propuesta de modificación del apartado 13 bis, del artículo 8 LISOS, que considera infracción muy grave el acoso, entre otras causas, 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, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”*.

Obsérvese que la propuesta de modificación de este artículo no afecta al acoso sexual, para el que el legislador mantiene en vigor el tipo infractor previsto en el apartado 13 del artículo 8 LISOS, lo que por otro parte, provoca problemas de interpretación jurídica y de coherencia y coordinación con el supuesto de hecho previsto en el apartado 13 bis, del artículo 8 LISOS⁴³; respecto de la infracción por otros supuestos de acosos “discriminatorios”.

Las medidas de tutela jurídica establecidas en el Proyecto de Ley de Igualdad, para atacar las conductas propias de acoso sexual y acoso por razón de sexo, no difieren de las que en su día introdujo la LMAFOS para otros supuestos de acoso

43. *Vid.*, al respecto VAZQUEZ BELTRAN, A y VALLEJO DACOSTA, R.: “Artículo 8. Infracciones Muy Graves”, *Comentario Sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y Normas Concordantes*, Comares, 2005 págs. 159 a 165.

“discriminatorio”⁴⁴. Ahora bien, la propuesta de regulación actual sugiere la necesidad de detener el análisis en algunas de estas medidas, bien porque actualizan controversias doctrinales no resueltas o bien, porque introducen nuevos elementos para el debate. A la par, será preciso referirse a otro tipo de medidas de tutela jurídica silenciadas en el Proyecto de Ley, como la posibilidad que tiene el trabajador de solicitar la extinción del contrato de trabajo *ex. artículo 50 ET*; sede en la que deben resultar aplicables las especialidades previstas en el artículo 181 LPL, respecto de la protección frente al acoso. Asimismo, será preciso algún tipo de referencia a la sanción penal frente al acoso sexista, dada la vigencia del delito de acoso sexual en el artículo 184, párrafos 1,2 y 3 CP.

4.2. ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS DE TUTELA JURÍDICA PREVISTOS EN EL PROYECTO DE LEY DE IGUALDAD PARA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

A). En torno al sistema de indemnizaciones por acoso sexista

En relación a las reformas propuestas del procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, para dar entrada a la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, (ya analizado a grandes rasgos) se plantean una serie de interrogantes en varias cuestiones:

En primer lugar, se plantea la cuestión de identificar cuáles son las indemnizaciones por modificaciones y despidos que resultan compatibles con la indemnización posible por lesión de derechos fundamentales. Junto a esta problemática, surge otra conexas y es sí en todo caso, en un supuesto de acoso sexista, debe acordarse una indemnización por daños y perjuicios o bien, la indemnización sólo procederá cuando existan daños que se puedan probar de forma objetiva. Y por último, también en relación con las indemnizaciones se plantean dudas en respecto a la valoración de los daños por parte del juzgador.

Reconoce expresamente el artículo 181 LPL, en el Proyecto de Ley, que la indemnización por acoso..., “*será compatible, en su caso, con las 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*”.

Tal propuesta de regulación pretende dejar cerrada la controversia que se suscitó a nivel doctrinal y judicial sobre la posible compatibilidad de indemnizaciones. Como se sabe, ha sido doctrina general del TS la prohibición de acumular indemnizaciones al interpretar que se estaría sancionando dos veces un mismo incumplimien-

44. Se pueden consultar en VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos Psico-Sociales...cit.*, págs. 51 y ss

to⁴⁵. Sin embargo, poco a poco se fue abriendo paso una nueva doctrina, principalmente en sede de los Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia, en relación con supuestos de despidos discriminatorios, sobre todo por razón de sexo⁴⁶, donde se venía admitiendo dicha compatibilidad. Con posterioridad, se plantea en sede judicial la posible compatibilidad de indemnizaciones, pero esta vez, con las derivadas de la resolución del contrato de trabajo *ex* artículo 50 ET, cuando la causa de la solicitud es el hostigamiento al que se encuentra sometido el trabajador.

Tal posibilidad dio lugar a la STS de 11 de marzo de 2004⁴⁷, donde se niega la compatibilidad de indemnizaciones, con el argumento de que la indemnización tasada de 45 días prevista para los supuestos de resolución contractual *ex* artículo 50 ET, ya compensa por los daños y perjuicios sufridos, no pudiéndose sancionar un mismo incumplimiento duplicando las indemnizaciones. No obstante tal sentencia fue fuertemente contestada por la doctrina iuslaboralista y en cierta forma rectificada por el propio TS⁴⁸. Y parece lógico que así se reconozca, pues una cosa es compensar económicamente un despido improcedente (aunque en este caso sea indirecto) y otra es que las lesiones de los derechos fundamentales se tasan *a priori*, lo que resulta prohibido por la normativa comunitaria que exige un sistema de indemnizaciones reales, efectivas y proporcionales al perjuicio sufrido.

Ahora bien, dicho esto surque una segunda cuestión. El Proyecto de Ley refiere a la compatibilidad de estas indemnizaciones con las que pudieran corresponder por modificaciones y extinciones. Cabe pensar que dado que el legislador no diferencia, todos los supuestos de extinciones y de modificaciones que lleven aparejada una indemnización, resultan compatibles con la que deriven de los daños y perjuicios por violación de derechos fundamentales.

Indudablemente, si se trata de un despido nulo, calificado así porque trae su causa en las represalias que se adoptan contra los trabajadores por reclamar frente al acoso sexista, o simplemente porque el mismo constituye un comportamiento más de discriminación por razón de sexo, parece lógico interpretar que se producirá la readmisión del trabajador despedido y por tanto, no habrá lugar a indemnización por despi-

45. Por todas, STS, *ud.*, de 3 de abril de 1997 (RJ 1997, 3047).

46. *Vid.*, al respecto STS de 10 de abril de 1999; STS de 23 de marzo de 2000 y 12 de junio de 2001 (RJ 2001, 5931).

47. Que a su vez cita doctrina del TS contenida en la sentencia de 30 de abril de 1997 (RJ 1997, 3047).

48. Auto del TS de 15 de septiembre de 2004. *Vid.*, al respecto URRUTIKOXEA BARRUTIA, M.: "Extinción del contrato de trabajo por acoso e indemnización adicional por daños (comentario al Auto del TS de 15 de septiembre de 2004)", ejemplar fotocopiado.

do, aunque sí pueda haberla por lesión de los derechos fundamentales. Por lo tanto, la Ley está refiriendo a otro tipo de extinciones y por lógica parece referirse a las que solicita el trabajador al juez, *ex* artículo 50 ET, por modificación sustancial de condiciones de trabajo que redundan en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad, supuesto referenciado en el apartado a) del artículo 50 ET; o bien, las que puedan instarse en base al apartado c) del mismo precepto por incumplimientos graves de las obligaciones empresariales, en concreto de proteger al trabajador frente a supuestos de acoso laboral. Indudablemente la alegación de este tipo de incumplimientos empresariales, para dar por terminada la relación laboral, cabe en todo supuesto de acoso laboral, pues sin duda, no todos los comportamientos típicos de acoso se manifiestan a través de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo que afectan a la dignidad y formación profesional del trabajador.

Si la interpretación anterior se considera correcta, solo cabe deducir que el legislador, de forma indirecta, está tratando de reconocer como vía de tutela del trabajador hostigado, la posible solicitud de extinción del contrato de trabajo, como alternativa a instar el proceso de tutela de derechos fundamentales a través del cual se persigue, ante todo, que se declaren nulos y por tanto cesen los comportamientos propios del acoso al que esté sometido el trabajador, sin perjuicio de la posible indemnización a la que tuviera derecho. Reconocer dicha posibilidad es dar razón al sector de la doctrina iuslaboralista que ha venido defendiendo que, dado que la causa de la extinción *ex* artículo 50 ET, trae su causa en la violación de derechos fundamentales, deben resultar aplicables en esta sede las mismas o parecidas especificidades de aquél: no sólo la indemnización por daños y perjuicios que no puede venir prefijada o tasada; también la presencia del Ministerio Fiscal en el procedimiento de resolución contractual así como el reconocimiento de medidas de "*ius resistentiae*" y la ejecución provisional de la sentencia, mientras se sustenta el proceso o bien el recurso⁴⁹.

Queda por determinar, entonces, a que tipo de indemnizaciones adjuntas a las modificaciones se está refiriendo el legislador. Si no recuerdo mal, la modificación sustancial de condiciones de trabajo que dan lugar a indemnizaciones, acaban resolviéndose en la extinción del contrato de trabajo, bien por vía del apartado a) del artículo 50 ET, si se producen modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de su dignidad. O bien, por el supuesto es el previsto en el artículo 41. 3 ET; vía extintiva a la que podrá recurrir el trabajador si resulta perjudicado y siempre que la condición

49. Ampliamente, VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos Psico-Sociales...cit.*, págs. 96 y ss.

objeto de modificación sea la jornada, el horario y el régimen de trabajo a turnos. Cualquier otro supuesto de modificación que puede declararse nulo o injustificado, si se impugna a través del procedimiento previsto en el artículo 138 LPL, no conlleva aneja un sistema de indemnizaciones, salvo el supuesto previsto en el apartado c) del artículo 50 ET.

Por tanto debe prevenirse al legislador sobre la necesidad de clarificar este extremo que se acaba de analizar. A la par que sería recomendable especificar que la compatibilidad de indemnizaciones se refiere a las extinciones contractuales que traigan causa en el artículo 50 del ET.

Otra de las cuestiones en las que la futura regulación plantea dudas interpretativas tiene que ver con el reconocimiento o no de la automaticidad de las indemnizaciones por lesiones de derechos fundamentales. Y es que la propuesta de modificación del artículo 181 LPL en el sentido de que "*Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, que, en su caso, correspondiera al trabajador..., si hubiera discrepancia entre las partes*", parece indicar que en todos los supuestos de acoso laboral procede automáticamente el reconocimiento de una indemnización. Es decir, parece acogerse la doctrina del TS, mantenida en unificación de doctrina en alguna ocasión, de que una vez apreciada la vulneración del derecho fundamental se presumía la existencia de daño indemnizable (STS, *ud.*, de 9 de junio de 1993)⁵⁰. Esta doctrina, como se sabe, fue superada con posterioridad, de tal manera que no bastaba con acreditar la vulneración para que el juzgador tuviera que condenar automáticamente por los daños y perjuicios irrogados⁵¹. Parece que el legislador aboga por una vuelta al criterio preferente, si bien, esto no quita para el trabajador pruebe la existencia de unos daños cuya realidad y justificación tendrá que acreditar⁵², al fin y al cabo, la propuesta contenida en el Título I del Proyecto de Ley refiere al establecimiento de indemnizaciones reales, efectivas y proporcionales al perjuicio sufrido.

Por último, y para finalizar este apartado, se plantean dudas respecto a la valoración de los daños por parte del juzgador cuando se trate de un supuesto de acoso laboral. Establece el artículo 181 LPL, que el juzgador determinará la indemnización si no hubiera acuerdo entre las partes.

50. RJ 1993, 4553

51. Cambio de criterio que puede apreciarse en la STS de 22 de julio de 1996 (RJ 1996, 6381).

52. Por lo que refiere a los tipos de daños que pueden exigirse, patrimoniales y extrapatrimoniales, *vid.*, VALLEJO DACOSTA, R.: *Riesgos Psico-Sociales... cit.*, págs. 87 y ss.

Obviamente se está reconociendo la posibilidad de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial sobre el montante indemnizatorio por acoso sexista, de manera que sólo en caso de desacuerdo se requeriría la intervención del juzgador. Sin embargo, no parece posible que la función del juez quede limitada a la determinación del montante económico, dado por constatado el acoso laboral; el precepto exige la existencia de una Sentencia que declare la vulneración del derecho fundamental. Por lo tanto, a falta de acuerdo entre las partes, la apreciación de la certeza del daño y de su alcance corresponde al juez de instancia, considerándose una cuestión de hecho. A este respecto sería aconsejable que el Juez solicitase a la Inspección de Trabajo informe sobre la situación de acoso, así como las bases sobre los perjuicios estimados a los efectos de la determinación de la indemnización correspondiente y ello, aunque dicha intervención sólo parece procedente cuando la Inspección actúa de oficio (nueva propuesta de letra d) del artículo 146 LPL). Sin duda la intervención de la Inspección de Trabajo en la investigación de los procesos de acoso laboral, resulta fundamental por la necesidad de demostrar el nexo causal entre el acoso y los daños derivados del mismo, y que se ve tanto más necesaria cuando el acoso ha provocado daños en la salud psico-física del trabajador. Intervención que debería ser necesaria, en todo caso, aunque la misma subordine el ejercicio de acciones resarcitorias por el trabajador a una previa iniciativa administrativa.

B). Análisis del sistema de sanciones por acoso sexista

En el capítulo de las sanciones a aplicar por acoso sexista la propuesta de regulación todavía plantea mayores problemas interpretativos que los relativos a las indemnizaciones por violación de derechos fundamentales.

A parte de la ya mencionada y analizada sanción que pueda aplicarse al trabajador hostigador, el Proyecto Ley propone la reforma del apartado 13, bis del artículo 8 de la LISOS, para sancionar los comportamientos típicos de acoso por razón de sexo, añadiéndose así una causa más de los posibles acosos "discriminatorios" que ya incorporó en su día la LMAFOS. De hecho, el apartado 13 bis, fue propuesto por la citada Ley para los supuestos de acoso por razón de discapacidad, edad, religión o convicción, étnica o raza y orientación sexual. Llama la atención, no obstante, que se mantenga incólume la infracción por acoso sexual, en otro apartado 13 del artículo 8 LISOS, pues como ya se ha manifestado con anterioridad, ello provoca, no pocos problemas de coordinación y coherencia interpretativa, el mantener dos tipos infractores distintos para referirse a parecidos comportamiento violadores de derechos fundamentales que tiene por causa el sexo de las personas. Obsérvese al respecto como para que exista sanción por acoso sexual la responsabilidad empresarial se amplía hasta el ámbito que alcanzan las *facultades de dirección del empresario, cual-*

*quier que sea el sujeto activo del mismo; mientras que concurre infracción por acoso por razón de sexo, en el apartado 13, bis, cuando, además, conocido el acoso, el empresario no adopte las medidas necesarias para impedirlo*⁵³.

No debe olvidarse, en cualquier caso, que aunque el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, así como los demás supuestos de acoso “discriminatorios”, se incluyan en la sección correspondiente a las infracciones muy graves por lesión de los derechos fundamentales de los trabajadores y no en la relativa a los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales, ello no puede llevar a concluir, sin más, que el enfoque preventivo no esté previsto en los citados preceptos. Los distintos supuestos de acoso podrán sancionarse en atención a la imprevisión del riesgo, en base a otros tipos diferentes que se consuman sin el resultado. En definitiva, no creemos que de modo intencionado el legislador haya querido excluir la posibilidad de sancionar el riesgo (LOUSADA AROCHENA).

Por último una breve referencia a la sanción penal del acoso sexual que como se sabe viene regulado en el artículo 184, párrafos 1, 2 y 3 CP, de manera que puede constituir ilícito penal el acoso sexual, aunque sea ambiental, aunque tal medida no está prevista para el acoso por razón de sexo. No obstante, este último supuesto tendría encaje en el delito de acoso laboral – contra la integridad moral – previsto en el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal⁵⁴, que anuncia un nuevo apartado en el artículo 173.1 CP del siguiente tenor: *“El que infringiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el marco de una relación laboral, realicen contra otro, de forma reiterada actos graves de acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación y los que, en el marco de cualquier otra relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma”*.

En cualquier caso, debería tomarse nota de la opinión de la doctrina especializada que aboga, bien porque desaparezca dicha figura delictiva del acoso sexual o bien, porque se vuelva a reelaborar incluyéndose una mejor tipificación de las conductas propias de acoso sexual y ello de acuerdo con una mejor armonización entre la rama jurídico penal y la laboral, abogando asimismo por un incremento de las

53. *Vid.*, VAZQUEZ BELTRAN, A y VALLEJO DACOSTA, R.: “Artículo 8...*cit.*”, págs. 159 y ss.

54. Reseña tomada del diario EL PAIS, de 19 de julio de 2006.

penas y su ubicación en el título XV, relativo a los "delitos contra los derechos de los trabajadores"⁵⁵.

Para finalizar, téngase en cuenta que a la hora de identificar las medidas de tutela jurídica debe advertirse de la necesidad de discernir entre aquellas a través de las cuales se puede exigir contra conductas de acoso provenientes del empresario y, aquellas otras que provengan de compañeros de trabajo y todo ello sin olvidar que, en determinadas circunstancias el empresario puede resultar responsable por omisión, especialmente en aquellas situaciones en las que el acoso causa daños en la salud psico-física del trabajador, responsabilidad que debe exigirse en el marco de las responsabilidades anudadas a los incumplimientos en de la normativa en prevención de riesgos laborales.

5. CONCLUSIONES

En el presente comentario se ha llevado a cabo un estudio sobre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo partiendo de la regulación que para tales supuestos prevé el Proyecto de Ley de Garantía de Igualdad entre hombres y mujeres; proyecto que, en breve tiempo, esperamos se convierta en la normativa marco que impulse el principio de transversalidad en todos los órdenes de la vida social, cultural, económica, política y sobre todo en el laboral.

Al margen ahora de estadísticas y de las controversias que puedan suscitar la consideración del acoso sexista como una forma de violencia por motivos de género, es del todo lógico considerar que el colectivo femenino es más vulnerable a los supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Reflejo, sin duda, del proceso psicológico de violencia inmerso en nuestra sociedad a manera de un "modus vivendi". Aun así y con todo, la futura regulación refiere al acoso relacionado con el sexo, concepto más amplio que el de acoso por razón de género.

En el Proyecto de Ley se parte de la consideración del acoso sexista como un supuesto de discriminación que afecta al principio de igualdad (artículo 14 CE), lo que conduce al legislador, consecuentemente, al establecimiento de mecanismos de tutela jurídica anti-acoso desde el punto de vista de la tutela antidiscriminatoria, como así se refleja, por ejemplo, en la propuesta de reforma del procedimiento de tutela de

55. Vid., sobre la responsabilidad penal en los supuestos de acoso laboral, VALLEJO DACOSTA, R.: "Riesgos Psico-Sociales...*cit.*", págs. 124 y ss. También, recientemente, MOLINA NAVARRETE, C.: "El acoso moral laboral por razón de género...*cit.*", págs. 14 y ss.

la libertad sindical y demás derechos fundamentales, en concreto del artículo 181 LPL, para dar entrada a la protección frente al acoso por las causas citadas, además de a otros supuestos de acoso laboral, con carácter general.

No obstante, en el presente estudio ha interesado sobre todo un planteamiento del acoso sexista desde el punto de vista de la promoción de la salud laboral de la mujer. Es por esta razón que el estudio se ha detenido en el análisis de la prevención y protección frente al acoso sexista, incidiéndose, en más de una ocasión, en la obligación que tiene el empleador de prevenir la aparición de supuestos de acoso en el medio laboral, porque a ello le obliga la LPRL; sobre todo porque los supuestos de acoso son considerados riesgos psico-sociales que pueden dañar la salud psico-física del trabajador. Al respecto se ha analizado la obligación que el Proyecto de Ley exige al empresario de establecer medidas para evitar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; medidas que se exige se negocien con los representantes de los trabajadores pero que no necesariamente tienen que concluir en una norma de carácter vinculante (salvo en los supuestos en los que se obliga a negociar un Plan de Igualdad). Se analiza, asimismo, el tipo de medidas que pueden establecerse y los procedimientos específicos de actuación inmediata de apoyo y asesoramiento al trabajador acosado y el establecimiento de procedimientos de resolución interna de conflictos, ágiles, fáciles y eficaces; que el empleador tiene que poner a disposición de los trabajadores para evitar los supuestos de acoso en el seno de las empresas e instituciones. Por otra parte, se ha llevado a cabo un estudio sobre la intervención que deberían tener los representantes de los trabajadores que actúen como "asesores confidenciales", en las denuncias de acoso sexista y, por supuesto, se reclama la necesaria intervención de los servicios de prevención (especialistas médicos psicólogos o psiquiatras) cuando el acoso produzca mella en la salud de los trabajadores hostigados. A partir de aquí se identifican el tipo de medidas sancionadoras y organizativas que pueden adoptarse, según los casos.

Por último se realiza un análisis de los mecanismos de tutela jurídica antidiscriminatorios previstos para los supuestos de acoso sexista; mecanismos que no difieren de los ya previstos en la LMAFOS para otros supuestos de acoso "discriminatorios", pero que incorporan alguna novedad que ha sugerido la necesidad de análisis debido a que, o bien actualizaban controversias doctrinales no resueltas o bien, presentaban nuevos elementos para el debate. En esta línea se ha analizado el sistema indemnizatorio por acoso sexista, así como en el sistema sancionador administrativo y sancionar penal, previstos para los supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo.

Sirva en cualquier caso este estudio para aportar nuevos elementos de debate, sobre todo porque la discriminación contra la mujer es real, por lo que se precisan mecanismos de prevención y tutela que aporten seguridad jurídica donde hoy reina la confusión y los prejuicios; prejuicios, por otra parte, mal fundados, de que las mujeres gozamos, ¡encima!, de una serie de privilegios por el hecho de ser el sexo femenino.