

CONFIGURACIÓN ESPACIAL Y TEMPORAL DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL TRABAJO

CLAUDIA DENISSE CERMEÑO DURAND

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Curso de Especialización de la Universidad de Salamanca "Problemas actuales de Derecho del Trabajo y Derechos Fundamentales". Asociada del área laboral en el Estudio Rodrigo, Elías & Medrano. Correo electrónico: claudia.cermeno@pucp.pe.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos dos años la regulación peruana en materia de hostigamiento sexual en el trabajo ha sufrido cambios sustanciales. El primero de ellos ocurrió en septiembre de 2018, cuando se publicó el Decreto Legislativo N.º 1410 que introdujo diversas modificaciones a la Ley N.º 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual. El otro evento de importancia aconteció en julio de 2019, con la publicación del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP, que aprobó el Reglamento de la Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, sustituyendo en su integridad el reglamento pasado aprobado por el Decreto Supremo N.º 010-2003-MINDES. Tales dispositivos han determinado la existencia de un sistema de prevención y sanción del hostigamiento sexual absolutamente nuevo en diversos ámbitos, incluyendo, el laboral privado.

El cambio principal del Decreto Legislativo N.º 1410, fue la modificación del concepto de hostigamiento sexual, al calificarlo expresamente como una forma de violencia, y establecer por primera vez una definición limpia con énfasis en sus elementos esenciales y no en la clasificación de sus tipos. En cuanto al Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP, las novedades son abundantes. Entre ellas: en materia de prevención se disponen las evaluaciones anuales, publicación de afiches, capacitaciones generales para el personal y especializadas para quienes dirigen la investigación y sanción, entre otros; se crea la obligación de contar con un Comité de Intervención frente al Hostigamiento Sexual que liderará la etapa de investigación (o de un Delegado, para empresas con menos de 20 trabajadores); se establece un procedimiento para la tramitación de la queja de hostigamiento sexual con diversas obligaciones a cumplir por actores específicos y en plazos muy acotados; se incorporan diversas medidas para la contención y protección

de la presunta víctima; se crean nuevas comunicaciones obligatorias para el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; entre otras.

En definitiva, se trata de un sistema normativo nuevo y sobre el que, de momento existen pocos estudios. Los campos de investigación son diversos, en esta oportunidad, nos centraremos en uno bastante específico: la configuración espacial y temporal del hostigamiento sexual en régimen laboral privado. Es decir, dónde y cuándo podrían producirse las conductas que llegarían a configurar un supuesto de hostigamiento sexual laboral. Este aspecto es esencial pues permite delimitar el alcance de las obligaciones que tienen los empleadores en materia de prevención, protección y, sobre todo, sanción del hostigamiento sexual.

El hostigamiento y acoso sexual, son formas de violencia de larga data, que afectan principalmente a las mujeres y personas en situación de vulnerabilidad, presentes en diversos ámbitos, tales como: el laboral, el educativo, el formativo, el familiar, las vías públicas, etc. Su intervención, prevención y control, demandan el trabajo conjunto de diversos actores, tanto públicos como privados, que el Estado debe articular apropiadamente para evitar excesos y fallas en el sistema que generen argumentos para deslegitimar los importantes avances normativos que se han logrado. Si bien no hay un límite para las acciones de sensibilización que, de buena voluntad puedan emprenderse, lo mismo no ocurre cuando se trata de sancionar desde el plano legal y laboral los actos de hostigamiento sexual detectados. Como indicamos, desde que tales conductas pueden presentarse en diversos ámbitos de las personas, es fundamental verificar la competencia para avocarse a su intervención, a efectos de evitar cuestionamientos futuros que desestimen las acciones emprendidas.

2. LA IMPORTANCIA DEL 'DÓNDE' Y DEL 'CUÁNDO'

La regulación actual del hostigamiento sexual es producto de las modificaciones introducidas en los últimos dos años. Sin embargo, no podemos obviar que este fenómeno se reguló por primera vez en febrero del 2003, con la publicación de la Ley N.º 27942, Ley de Prevención y San-

ción del Hostigamiento Sexual, reglamentada inicialmente en noviembre del mismo año por el Decreto Supremo N.º 010-2003-MIMDES. Pese a ello, este primer elenco normativo no contemplaba ninguna referencia al ámbito espacial ni temporal en el que se configura el hostigamiento sexual.

Producto de ello, MOLERO y ULLOA, reflexionando en base a esta legislación, se preguntaban si el empleador también debía ser responsable por los actos que sus trabajadores y trabajadoras realicen fuera del centro y del horario de trabajo. (2005, pág. 311). Al ensayar una respuesta, ambos autores se inclinan por ampliar el rol tuitivo del empleador a situaciones de hostigamiento sexual inmediatamente cercanas a la prestación de servicios, debido a que aquellas “(...) no sólo pueden producirse durante la jornada laboral sino que también se cometen durante el refrigerio, al salir del trabajo, en fiestas de camaradería, entre otras situaciones, siendo que aquellos podrían ser indebidamente incentivados si asumimos una posición restringida de la responsabilidad del empleador y la limitamos solamente al centro de labores” (2005, pág. 312).

Ello ha cambiado con la regulación vigente. El numeral 6.3 del artículo 6 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP, dispone lo siguiente:

“Artículo 6.- Configuración y manifestaciones del hostigamiento sexual (...)

6.3 El hostigamiento sexual se configura independientemente de (...) si el acto de hostigamiento sexual se produce durante o fuera de la jornada educativa, formativa, de trabajo o similar; o si este ocurre o no en el lugar o ambientes educativos, formativos, de trabajo o similares.”

(El énfasis es añadido).

Es la primera vez que la legislación nacional se pronuncia sobre el alcance temporal y espacial del hostigamiento sexual. Según el dispositivo citado, las conductas que configurarían un acto de hostigamiento sexual pueden producirse tanto durante como fuera de la jornada de trabajo y del centro o ambientes laborales. Ciertamente, se trata de una referencia bastante amplia que, leído de manera aislada y literal, nos llevaría a concluir

que las acciones que un trabajador o trabajadora realice en su tiempo y espacio personales, podrían llegar a configurar un acto de hostigamiento sexual con consecuencias de índole laboral.

Pensemos en el *after office* de los viernes o en una parrilla de fin de semana entre compañeros de trabajo. Ahora imaginemos las fiestas de aniversario organizadas por los empleadores o un retiro de *coaching* auspiciado por la empresa. Estos ejemplos coinciden en que suelen realizarse fuera de la jornada o del centro de labores. Sin embargo, ¿todos son iguales? ¿los empleadores tienen el mismo nivel de responsabilidad en cuanto a la prevención y acción frente a potenciales actos de hostigamiento sexual? ¿existe algún límite y, de ser el caso, cuál es?

Seguidamente abordaremos la experiencia de la legislación comparada, para finalmente referirnos al doble ámbito en el que incidirá la determinación del dónde y el cuándo del hostigamiento sexual, y que está vinculado a sus objetivos fundamentales: su prevención y sanción (Alva, 2004, pág. 501).

2.1. Otras experiencias en la materia

La legislación comparada trata este aspecto con soluciones poco uniformes. Graficando tal variedad, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) señala que el ámbito de protección “(...) se define utilizando expresiones tales como «en el lugar de trabajo», o «durante el trabajo, o en relación con éste». Muchos países no definen necesariamente en su legislación el concepto de «lugar de trabajo». Sin embargo, un número creciente de países están ampliando el alcance de [dicha] (...) noción (...)” (2018, pág. 22). Añade que, un 53% de las legislaciones que tratan la violencia no definen “lugar de trabajo”, un 30% de aquellas define al “lugar de trabajo” únicamente como la dimensión física y un 17% contempla una definición que rebasa la dimensión puramente física (OIT, 2018, pág. 22).

Debido a esa variedad, tratándose de la violencia y el acoso sexual, la OIT ha optado por referirse al “mundo del trabajo”, entendido no solo

como el lugar de trabajo físico tradicional, sino también “(...) el trayecto hacia y desde el trabajo, los eventos sociales relacionados con el trabajo, los espacios públicos (...) el hogar, en particular para los trabajadores a domicilio, los trabajadores domésticos y los teletrabajadores” (2016, pág. 6). A ello, se añade el ciberacoso, que se viabiliza a través de las tecnologías de la información, y que puede llevarse tanto dentro como fuera del lugar de trabajo físico (OIT, 2018, págs. 23-24).

En nuestra legislación, es irrelevante la definición de “centro de trabajo” desde que, como indicamos, el Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP señala que el hostigamiento sexual puede configurarse a partir de conductas que se produzcan tanto dentro como fuera del centro de labores y de la jornada de trabajo. De hecho, si bien nuestra normativa parecería recoger la propuesta de la OIT, referida a circunscribir la violencia y el acoso al “mundo de trabajo”, en realidad advertimos que una lectura aislada y literal del numeral 6.3 del artículo 6 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP podría llegar a excederlo. Nos preguntamos, el encuentro en una discoteca entre dos compañeros o compañeras de trabajo ¿en todos los casos es parte del “mundo del trabajo”?

2.2. Para las medidas de prevención

ALVA HART señala acertadamente que el primero de los objetivos fundamentales del tratamiento del hostigamiento sexual está referido a su carácter preventivo que, entre otros, comprende campañas de sensibilización, capacitaciones, entre otras actividades (2004, pág. 501).

La legislación vigente contempla una serie de medidas de prevención que los empleadores deben adoptar (ya sea de forma periódica o cada vez que identifiquen una conducta de hostigamiento sexual en el trabajo). La determinación del espacio y del tiempo dentro del cual pueden ocurrir estas conductas es fundamental para diseñar las acciones preventivas que la legislación exige, así como, para implementar las mejoras que sean necesarias luego de la ocurrencia de algún evento de hostigamiento sexual. Para ejemplificar esto, conviene repasar las principales acciones de prevención:

a. Evaluaciones anuales

Los empleadores deben realizar estas evaluaciones, con periodicidad anual, para identificar posibles situaciones de hostigamiento sexual o riesgos de que estas sucedan, dentro de su “ámbito de intervención” (numeral 10.1 del artículo 10 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP). Para ello, deben utilizar cuestionarios u otras herramientas de valuación que incluyan preguntas o mecanismos destinados a levantar información que permita identificar acciones de mejora para la prevención del hostigamiento sexual (numeral 10.2 del artículo 10 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP).

Como resulta evidente, la preparación de tales herramientas y su respectiva metodología, dependerán de qué estemos incluyendo dentro del “ámbito de intervención” del empleador que, —a su vez—, exige definir el momento y el lugar en que pueden tener lugar las conductas de hostigamiento sexual laboral.

b. Capacitaciones obligatorias

Los empleadores deben capacitar a todo su personal al inicio del vínculo laboral o formativo en materia de hostigamiento sexual que —entre otros aspectos— debe abordar el referido a cómo identificar tales situaciones (literal a), numeral 11.1, artículo 10 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP). Asimismo, los empleadores deben capacitar anualmente a quienes sean responsables de conducir el procedimiento interno de investigación y sanción del hostigamiento sexual sobre —entre otros aspectos— el desarrollo del proceso (literal b), numeral 11.1, artículo 10 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP).

En ambos casos es imprescindible delimitar el espacio temporal y espacial del hostigamiento sexual, pues de ello dependerá el contenido de la capacitación que se brinde, ya sea para que los trabajadores o quienes dirijan el procedimiento de investigación y sanción puedan identificar apropiadamente tales conductas.

c. Medidas adicionales para evitar nuevos casos

Los empleadores deben identificar los factores de riesgo en el “área” o “espacio” en el que se han desarrollado los hechos que constituyeron hostigamiento sexual, con el fin de removerlos y evitar que se repitan (artículo 23 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP). Este mandato viene de la mano con la obligación de incluir en el informe final que resuelve la queja presentada, las medidas identificadas para evitar nuevos casos de hostigamiento sexual (inciso 29.6 del artículo 29 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP).

Nuevamente, el alcance espacial y temporal de las conductas que pueden configurar hostigamiento sexual laboral, determinarán tales acciones preventivas del empleador. Respecto de todas las inconductas detectadas por el empleador y que estén dentro de su ámbito de acción, deberán identificarse los riesgos que las ocasionaron a efectos de mitigarlos.

2.3. Para las medidas correctivas

El segundo de los objetivos fundamentales de regular el hostigamiento sexual apunta al ámbito sancionador que “(...) se sustenta en la justa reparación de la víctima que (...) es de carácter económico con el pago de una indemnización, y de carácter moral al aplicarse al hostigador una sanción de carácter administrativa” (ALVA, 2004, pág. 501).

a. Medidas disciplinarias

La persona que incurra en actos de hostigamiento sexual podrá ser sancionada. El inciso 8.3 del artículo 8 de la Ley N.º 27942 señala que cuando el hostigador u hostigadora se sujetan al régimen laboral privado, se les sancionará según la gravedad de los hechos con amonestación, suspensión o despido. Se trata de aplicar la facultad disciplinaria de la que goza todo empleador y que, en nuestro ordenamiento, está consagrada en el artículo 9 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Según este dispositivo, los empleadores pueden sancionar disciplinaria-

mente cualquier infracción o incumplimiento “de las obligaciones a cargo del trabajador”, dentro de los límites de la razonabilidad.

Como recuerda VIDAL SALAZAR, dentro de los principios que restringen el uso irracional y abusivo del poder sancionador se encuentra el de tipicidad que –entre otros aspectos– impide calificar como falta un acto que no ha sido previsto como tal, de modo que el empleador deberá sujetarse a lo estrictamente regulado en la norma legal, convencional o unilateral (2009, págs. 269-274). En estos casos, se sanciona el incumplimiento de la obligación de todo trabajador y/o trabajadora de no incurrir en actos de hostigamiento sexual en el trabajo. Desde que esta obligación nace de lo dispuesto por la Ley N.º 27942 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP, la medida que se imponga cumplirá con el principio de tipicidad siempre que la conducta esté inmersa en el concepto de hostigamiento sexual regulado por tales dispositivos que, como hemos indicado, exige verificar el ámbito espacial y temporal de la conducta que lo ocasiona¹.

Noten que, la incorrectamente tipificación de una conducta como hostigamiento sexual en el trabajo, podría ocasionar el cuestionamiento de la medida disciplinaria impuesta y, por tanto, que la persona sancionada solicite: (i) su levantamiento, en caso de una amonestación; (ii) el levantamiento y el reembolso correspondiente en caso de una suspensión sin goce de haberes; o (iii) su reposición al empleo o el pago de una indemnización por despido arbitrario, en caso del despido.

b. Reparación a la víctima

El artículo 8 de la Ley N.º 27942 señala que la víctima de hostigamiento sexual puede accionar en vía judicial el cese de la hostilidad o el pago de la indemnización por despido arbitrario prevista en el artículo 35 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, cuando: (i) quien hostiga se-

1 Naturalmente, para que la sanción sea válida se exigen otros criterios como el de proporcionalidad y razonabilidad, que deberán evaluarse según el caso en concreto, para decidir si se sanciona con una amonestación, suspensión o despido.

xualmente es el empleador, personal de dirección, personal de confianza, titular, asociado/a, director/a o accionista; o (ii) cuando el empleador omite iniciar la investigación del caso de hostigamiento sexual o adoptar las medidas de protección, prevención y sanción correspondientes, con independencia de la categoría o cargo de quien hostiga sexualmente.

La Ley N.º 27942 y el Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP precisan que, el empleo de los mecanismos señalados no excluye la posibilidad de que la víctima demande directamente los daños y perjuicios sufridos producto del hostigamiento sexual o solicite la actuación de la Autoridad Inspectiva de Trabajo competente.

Nuevamente, la responsabilidad que asuma el empleador frente a víctima, será respecto de aquellas conductas que estén dentro del concepto de hostigamiento sexual y sus respectivos alcances espaciales y temporales.

3. DELIMITANDO EL ÁMBITO ESPACIAL Y TEMPORAL

En nuestra opinión, no es diligente leer de manera aislada y literal el numeral 6.3 del artículo 6 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP, que señala que el hostigamiento sexual se configura independientemente de si la conducta se produce dentro o fuera de la jornada laboral o del lugar o ambientes de trabajo. Así, consideramos imprescindible encuadrar tal precisión dentro del concepto de hostigamiento sexual previsto en la Ley N.º 27942 y el Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP, que nos obliga revisar los derechos fundamentales que su regulación pretende proteger, su conceptualización como un acto de violencia y su calificación de riesgo psicosocial.

3.1. Definición legal del hostigamiento sexual

El artículo 4 de la Ley N.º 27942 define al hostigamiento sexual de la siguiente manera:

“Artículo 4.- Concepto de hostigamiento sexual

El hostigamiento sexual es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole.

En estos casos no se requiere acreditar el rechazo ni la reiterancia de la conducta.”

(El énfasis es añadido).

Como podrán advertir, se trata de una forma de violencia que se configura a partir de tres elementos: (i) una conducta sexual o sexista, (ii) que no es bienvenida o desea, y (iii) que impacta o puede impactar negativamente en el ambiente de trabajo. No pretendemos avocarnos al estudio de tales elementos que, además de complejos, demandaría una mayor extensión a la de la presente reflexión². Sin embargo, resulta relevante identificar en cuál o cuáles de tales elementos se encuadra la dilucidación del ámbito temporal y espacial que venimos tratando, los que seguidamente describiremos.

El primer elemento se refiere a la conducta. Siguiendo la definición del artículo 3 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP, las conductas sexuales son todos los comportamientos referidos a la sexualidad del ser humano y que se expresan mediante acciones, gestos, palabras, sentimientos, valores, fantasías, creencias, etc. (MUNDAZA CASTILLO, 2017, pág. 177). En cuanto a la conducta sexista, el artículo 3 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP la define como los “comportamientos o actos que promueven o refuerzan estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos, roles o espacios propios, que suponen la subordinación

2 Para mayores alcances, en los siguientes artículos realicé una aproximación breve (aunque más detallada de la que se realiza en el presente trabajo), respecto al concepto de hostigamiento sexual: (i) *En camino a nueva regulación del hostigamiento sexual en el trabajo*. En: Revista Análisis Laboral N.º 501, Lima: AELE, marzo 2019, pp. 52-53; y (ii) *Hostigamiento sexual en el trabajo: revisando los nuevos supuestos incluidos en su ámbito de protección*. En: Revista Análisis Laboral N.º 506, Lima: AELE, agosto 2019, pp. 16-18.

de un sexo o género respecto del otro”. Es importante añadir que el Decreto Legislativo N.º 1410 eliminó a la reiterancia como un requisito que la conducta sexual o sexista.

En segundo lugar, debe evaluarse la recepción de la conducta. La Ley N.º 27942 señala que ésta debe ser no deseada por la persona contra la que se dirige. Siguiendo a BALTA VARILLAS, si bien la legislación no precisa en qué consiste lo “no deseado”, es claro que la intención ha sido referirse a las conductas que “no son bienvenidas” (2005, pág. 73). Sin dudas, definir cuándo una conducta no es bienvenida es una tarea compleja, que deberá evaluarse en cada caso en concreto, y en función de los medios probatorios que se aporten en cada caso. Al margen de ello, debemos destacar en el 2018, el Decreto Legislativo N.º 1410 eliminó al rechazo expreso de la víctima, como elemento de configuración del hostigamiento sexual.

Finalmente, se debe verificar el impacto de la conducta. La Ley N.º 2794 indica que la conducta sexual o sexista, no deseada, “puede”: (i) crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o (ii) afectar la situación laboral o de cualquier otra índole de la víctima. El Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP añade que para la configuración del hostigamiento sexual “no necesariamente se requiere de dichas consecuencias”. Al respecto, y conforme indicamos en un trabajo previo, consideramos que, si bien no es necesario que tales situaciones se materialicen, sí lo es que la conducta sexual o sexista tenga la potencialidad de ocasionarlas (CERMEÑO DURAND, 2019, pág. 17).

De los elementos abordados, consideramos que la delimitación espacial y temporal del hostigamiento sexual depende del real o potencial impacto de la conducta sexual o sexista no deseada, cuya configuración se pretende evitar con la proscripción del hostigamiento sexual. Si bien tal determinación definitivamente restringirá el universo de conductas que pueden derivar en actos de hostigamiento sexual, somos de la opinión que el resultado que se pretende evitar con esta regulación, es el que marcará la pauta del tiempo y el espacio en donde tales situaciones indeseadas pueden llegar a materializarse.

3.2. Hostigamiento sexual como violencia

Con la modificación incorporada por el Decreto Legislativo N.° 1410 al artículo 4 de la Ley N.° 27942, se calificó por primera vez al hostigamiento sexual como una forma de violencia. Al respecto, la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.° 1410 señaló lo siguiente:

“El contexto en el que se plantea esta modificación es particularmente importante, pues los niveles de violencia contra las mujeres que estamos viviendo en el país han obligado a una reacción del Estado y se han planteado una serie de medidas para enfrentar la violencia hacia las mujeres, una de las cuales, ha sido justamente, la delegación de facultades al ejecutivo para legislación, entre otras materias, en la prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad”.

(El énfasis es añadido).

Es ampliamente sabido que el hostigamiento sexual es padecido mayoritariamente por mujeres y personas en situación de vulnerabilidad (trans, homosexuales, bisexuales, entre otros) (OIT, 2018, pág. 10). De ahí que su calificación como violencia está ligada a la situación de discriminación que padecen las víctimas por su condición sexual o de género. En efecto, como anota PÉREZ DEL RIO, el hostigamiento por conducta sexual o sexista (acoso sexual o acoso moral por razón de género), son expresiones de fenómenos más amplios como la discriminación y la violencia sexista, pues en ambos casos “(...) 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” (2007, pág. 189)³.

3 En la misma línea se encuentra el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, al señalar lo siguiente: “Se considera al hostigamiento sexual como una violación de derechos humanos fundamentales de las personas y como una forma de discriminación basada en el sexo, que afecta en forma desproporcionada a la mujer, por lo que es, propiamente, una violencia de género y una expresión de violencia hacia ella. En ese sentido, se describe al hostigamiento sexual como el resultado de las desigualdades históricas, sociales y culturales entre varones y mujeres, que están presentes en la estructura de las sociedades y que han dado lugar a esta forma de violencia” (2012, págs. 14-15).

De ahí que la OIT afirma que “Un mundo del trabajo que esté libre de violencia y acoso es esencial para que haya un futuro de trabajo en el que exista la igualdad de género” (2019, pág. 68). Precisamente por ello, el artículo 4 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP contempla como uno de sus principios al de igualdad y no discriminación por razones que género, según el cual, se encuentra prohibida por ser discriminatoria “Cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, identidad de género u orientación sexual que tenga por finalidad o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas (...)” (énfasis añadido).

Sin embargo, en tanto forma de violencia, el hostigamiento sexual también atenta contra la dignidad de sus víctimas, tal y como lo reconoce en el numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP. En efecto, como sostiene ESPEJO MEGÍAS, cuando se habla violencia laboral “(...) se está haciendo referencia a conductas que lesionan bienes jurídicos esenciales del trabajador o la trabajadora como ser humano (...) De todos ellos, debe de ponerse de relieve el valor genérico de la dignidad humana (...)” (2018, pág. 160). De ahí que, otro de los principios reconocidos en el artículo 4 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP es el de la dignidad humana y defensa de la persona, según el cual, todos los involucrados en la prevención y sanción del hostigamiento sexual deben actuar teniendo en cuenta que la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado y asegurando su protección.

Ahora bien, la lesión a la dignidad en tanto bien jurídico genérico implica, a su vez, el potencial daño a otros derechos, tales como: el de igualdad y no discriminación (previamente mencionado), el derecho a la integridad física como moral, el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal, entre otros. Todos estos derechos se encuentran reconocidos en el artículo 2 de nuestra Constitución, así como en numerosos tratados internacionales de los que el Perú es parte. Asimismo, el artículo 23 de la Constitución dispone que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

De este modo, consideramos que la calificación del hostigamiento sexual como violencia y su proscripción en el ámbito laboral, no tiene otra finalidad que no sea realizar lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución, es decir, asegurar que los trabajadores y trabajadoras no vean afectados sus derechos constitucionales en el marco de la relación laboral y, en especial, el de dignidad y el de igualdad y no discriminación por razón de género. Por tanto, las conductas de hostigamiento sexual que puedan tener impacto en las relaciones laborales serán aquellas que, con prescindencia del tiempo o lugar en el que se produzcan, tengan la potencialidad de lesionar cualquiera de los derechos previamente señalados, ya sea mediante la creación de un ambiente intimidatorio, hostil o humillante, o por la afectación de su situación laboral.

Retomando uno de los ejemplos previamente señalados, la conducta sexual o sexista no deseada, producto del encuentro en un bar o discoteca de dos personas que, si bien laboran en la misma empresa no están en la misma área, probablemente no tenga mayor incidencia en el ámbito laboral. Ello ocurre porque la simple coincidencia de pertenecer a la misma empresa, no activa por sí misma la potencialidad de que tal encuentro pueda terminar afectando el ejercicio de los derechos previamente señalados en la relación laboral, ya sea mediante la afectación de la situación laboral o la creación de un ambiente intimidatorio, hostil o humillante.

Distinto sería si el encuentro fuese entre personas que se encuentran en una relación jerárquica pues, si bien la relación entre la víctima y su agresor/a no es determinante para la configuración del hostigamiento sexual, en este ejemplo en concreto dicha relación es la que precisamente viabiliza la potencial afectación de los derechos en el empleo de la posible víctima, lo que podría llevarla a acceder o tolerar situaciones que atentan su dignidad por temor a las represalias.

3.3. Hostigamiento sexual como riesgo psicosocial

El numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP ha calificado por primera vez al hostigamiento sexual como un

riesgo psicosocial. Este tipo de riesgos son aquellos que se “(...) derivan de la exposición de los trabajadores a determinados aspectos psicosociales no favorables que pueden influir en la salud causando la aparición de enfermedades (estrés, angustia, depresión, crisis de ansiedad, fatiga psicológica y otras), pero también en el rendimiento y la satisfacción personal en el trabajo (...)” (SERRANO ARGÜELLO, 2008, págs. 161-162).

Como señala la OIT, no existe controversia en reconocer que el hostigamiento sexual, en tanto forma de violencia en el trabajo, constituye un peligro psicosocial que puede provocar estrés y agotamiento laboral (2018, pág. 108). En efecto, siguiendo a SERRANO ARGÜELLO, el hostigamiento sexual puede deteriorar de forma importante la salud física y psicológica de la persona hostigada que, si bien varía en función del sujeto, los actos y las circunstancias, puede consistir: (i) desde el plano psicológico, en sentimientos de desesperación e indefensión, impotencia, ansiedad, nerviosismo, depresión, traumas emocionales, etc.; y (ii) desde el plano físico, en problemas gastrointestinales, úlceras, dolores de cabeza, náuseas, hipertensión, etc. (2008, págs. 171-172).

La consecuencia natural de tal calificación consiste en incluir al hostigamiento sexual como un factor de riesgo en el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SG-SST) que todos los empleadores están obligados a implementar en sus respectivas organizaciones. En el Perú, tal SG-SST se regula por la Ley N.º 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N.º 005-2012-TR.

El principio de prevención es la línea angular del SG-SST. El Título Preliminar de la Ley N.º 29783 señala que en virtud de este principio el “empleador garantiza en el centro de trabajo el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores (...) [considerando] factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral”. El artículo 54 de la Ley N.º 29783 añade que este deber también comprende “(...) toda actividad que se desarrolle durante la ejecución de órdenes del em-

pleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, o en el desplazamiento a la misma, aun fuera del lugar y horas de trabajo”.

Cuando se trata del desplazamiento, el artículo 93 del Decreto Supremo N.º 005-2012-TR precisa que: (i) aquél es el que realiza el trabajador en cumplimiento de una orden del empleador o la ejecución de una labor por encargo de éste, como parte de las funciones asignadas, incluso si aquella se desarrolla fuera del lugar y las horas de trabajo; y (ii) que no se incluye el desplazamiento entre el domicilio del trabajador al lugar de trabajo y viceversa, salvo que –entre otros supuestos– el desplazamiento se realice en un medio de transporte brindado por el empleador, de forma directa o a través de terceros. Por su parte, el artículo 56 de la Ley N.º 29783 señala que en la evaluación del plan de prevención de riesgos el empleador debe contemplar que la exposición a los –entre otros– agentes psicosociales concurrentes en el centro de trabajo no generen daños a la salud de los trabajadores. De este modo, el alcance de las obligaciones que el empleador deba tener respecto del hostigamiento sexual en tanto riesgo psicosocial, se encontrará también delimitado por el alcance del deber de prevención en materia de riesgos laborales.

De las normas previamente citadas, podemos extraer que tal alcance comprendería: (i) a las actividades que se realicen dentro del centro de trabajo, sin diferenciar si son dentro o no de la jornada de trabajo; (ii) las actividades que se realicen durante la ejecución de una orden del empleador o una labor bajo su autoridad, aun cuando estén fuera del centro de trabajo y la jornada laboral; (iii) durante el desplazamiento para cumplir una orden del empleador o ejecutar una labor como parte de las funciones asignadas, aun cuando estén fuera del centro de trabajo y la jornada laboral; y (iv) en el desplazamiento del domicilio al centro de labores y viceversa, cuando la movilidad es proporcionada por el empleador.

Como podrá advertirse, dentro de este ámbito, se encuentran supuestos que aún estando fuera del lugar y la jornada de trabajo, permanecen dentro del deber de prevención del empleador. Trasladando esta conclusión al hostigamiento sexual, tenemos que en los siguientes ejemplos podrían ocurrir actos de hostigamiento sexual que, por estar dentro del deber de

prevención del empleador, deberían ser incluidas en las acciones de prevención e intervención: (i) la fiesta de aniversario de la empresa, en donde todos los trabajadores deben concurrir por mandato de su empleador; (ii) espacios dentro del centro de labores, tales como, como cafeterías, gimnasios u otros espacios comunes, en donde el personal se encuentra con ocasión de sus funciones; (iii) las movilidad o los buses brindados por la empresa, para el traslado de su personal al centro de labores; (iv) las capacitaciones auspiciadas por la empresa fuera del centro de labores; etc.

Debe anotarse que las delimitaciones introducidas por el alcance del deber de prevención, no sustituyen ni deben necesariamente concurrir, con la delimitación que fluye de la calificación del hostigamiento sexual como violencia y que se abordó en el punto previo. Asimismo, que una conducta esté dentro del deber de prevención del empleador no la convierte automáticamente en hostigamiento sexual pues, como hemos visto, es necesario que cumpla con los elementos previamente señalados que, entre otros, exigen un impacto real o potencial para la víctima en el plano laboral. En efecto, debe recordarse que el deber de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo, procura garantizar el ejercicio en la relación de trabajo de los derechos constitucionales a integridad física y psíquica, así como a la salud.

3.4. La violencia y el acoso en la OIT

Es obligatorio referirnos al Convenio N.º 190 de la OIT – Convenio sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (C190), así como a la Recomendación N.º 206 de la OIT – Recomendación sobre la violencia y el acoso (R206); ambos instrumentos adoptados en junio del 2019. La OIT había abordado con anterioridad en diversos convenios y estudios, la violencia, el acoso y discriminación en el plano laboral; sin embargo, es la primera vez que lo regula de manera general, sistemática, y en un solo texto.

El C190 recién entrará en vigencia en el 2021 y, si bien aún no ha sido ratificado por el Perú, es un referente obligatorio, importante y autorizado en la materia que venimos abordando. El artículo 1 del C190 señala

que la expresión “violencia y acoso en el mundo del trabajo” comprende una serie de conductas que “(...) tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”. Asimismo, el artículo 3 del C190 indica que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, comprende a las conductas que ocurran durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, tales como:

- En el lugar de trabajo, incluyendo los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo.
- En los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios.
- En los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo.
- En el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación.
- En el alojamiento proporcionado por el empleador.
- En los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo. Si bien no se precisa, queda claro que esto aplica siempre que el empleador proporcione el transporte.

Como se observa, la proscripción de las conductas configuradoras de violencia o acoso, son aquellas con la potencialidad de ocasionar daños en a los derechos fundamentales de los que gozan los trabajadores y trabajadoras, como señalamos cuando abordábamos las implicancias de calificar al hostigamiento sexual como una forma de violencia. Asimismo, los ejemplos señalados en el artículo 3 del C190 coinciden con las delimitaciones que hemos venido señalando en relación al ámbito espacial y temporal del hostigamiento sexual, a partir de su calificación como un riesgo psicosocial.

Del mismo modo, debemos resaltar que el artículo 3 del C190 vincula los actos de violencia a lo que ocurra en el trabajo, en relación al trabajo o

como resultado de aquél. En buena cuenta, no toda conducta que ocurra fuera del lugar y horario de labores puede llegar a configurar un supuesto de hostigamiento sexual, sino que aquélla deberá cumplir con ciertas limitaciones, como las que hemos tratado de ensayar en la presente reflexión, y que deberían tratarse de eventos relacionados al trabajo.

Finalmente, debemos resaltar el énfasis que la R206 le concede a la incorporación del hostigamiento sexual en el SG-SST de cada organización. Entre otras disposiciones, es destacable 8 de la R206 que indica que la evaluación de riesgos debería tener en cuenta los factores de riesgo que aumentan las probabilidades de violencia y acoso, incluyendo los peligros y riesgos psicosociales, prestando especial atención a los peligros y riesgos que:

- Se deriven de las condiciones y modalidades de trabajo, la organización del trabajo y de la gestión de los recursos humanos;
- Impliquen a terceros como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes y el público; y
- Se deriven de la discriminación, el abuso de las relaciones de poder y las normas de género, culturales y sociales que fomentan la violencia y el acoso.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Lo expuesto previamente no significa ni debería significar que existan actos de violencia sin protección.

Conforme indicamos en la introducción, el hostigamiento o acoso sexual es transversal a todas las facetas y ámbitos del ser humano. Sin embargo, ello no justifica que el Estado traslade a los empleadores toda la responsabilidad y la carga de velar, prevenir y accionar respecto de situaciones que no tengan mayor vinculación con el mundo del trabajo. Establecer estos límites debería permitirnos verificar si el Estado ha regulado apropiadamente desde el plano penal o administrativo, los mecanismos para denunciar y frenar las situaciones de violencia que escapan al

plano laboral (o al educativo, militar, policial, que también son ámbitos comprendidos en la Ley N.º 27942).

El Decreto Legislativo N.º 1410 que introdujo diversas modificaciones a la Ley N.º 27942, también incorporó los siguientes delitos al Código Penal:

- Delito de acoso, tipificado en el artículo 151-A del Código Penal, entendido como el que, de forma reiterada, continua o habitual, y por cualquier medio, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona sin su consentimiento, de modo que pueda alterar el normal desarrollo de su vida cotidiana.
- Delito de difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, tipificado en el artículo 154-A del Código Penal, y entendido como el que, sin autorización, difunde, revela, publica, cede o comercializa imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual de cualquier persona, que obtuvo con su anuencia.
- Delito de acoso sexual, tipificado en el artículo 176-B del Código Penal, y entendido como el que, de cualquier forma, vigila, persigue, hostiga, asedia o busca establecer contacto o cercanía con una persona, sin el consentimiento de esta, para llevar a cabo actos de connotación sexual.
- Delito de chantaje, tipificado en el artículo 176-C del Código Penal, y entendido como el que amenaza o intimida a una persona, por cualquier medio, incluyendo el uso de tecnologías de la información o comunicación, para obtener de ella una conducta o acto de connotación sexual.

Al respecto, del artículo 21 del Decreto Supremo N.º 014-2019-MIMP se tiene que, si cuando, durante o como resultado del procedimiento de investigación y sanción, el empleador advierte indicios de la comisión de delitos, los debe poner en conocimiento del Ministerio Público, la Política Nacional del Perú u otras organizaciones competentes, con

conocimiento de la presunta víctima. De este modo, si bien es probable que existan actos de hostigamiento sexual en el trabajo que, a su vez, califiquen como delitos; también lo es, que existan conductas que, sin llegar a constituir hostigamiento sexual laboral, pudiesen estar configurando un delito. En cualquier caso, el empleador que advierta indicios de tales situaciones, deberá denunciarlo ante la autoridad competente.

Para finalizar, me quedo con la siguiente frase de Angélica MOTTA “Para seguir avanzando, hasta que no contemos con un sistema oficial a la altura y sin dejar de luchar por ello, es necesario enfrentar a la injusticia patriarcal desde prácticas de justicia feminista donde podamos experimentar formas alternativas de debido proceso” (2019, pág. 76). La presente reflexión hecha ponencia pretende atender a lo primero: lograr un sistema jurídico a la altura; para el activismo, ya encontraremos otros espacios.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALVA, H. B. (2004). El hostigamiento sexual. En S. P. Social, *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (Primera ed., págs. 499-512). Lima: SPDTSS.
- BALTA VARILLA, J. (2005). *Acoso sexual en las relaciones laborales privadas*. Lima: Ara Editores.
- CERMEÑO DURAND, C. (2019). Hostigamiento sexual en el trabajo: revisando los nuevos supuestos incluidos en su ámbito de protección. *Revista Análisis Laboral*(506), pp. 16-18.
- ESPEJO MEGÍAS, P. (2018). *Hacia una reformulación de la violencia de género laboral*. Madrid: La Ley.
- MOLERO SUÁREZ, M., & ULLOA MILLARES, D. (2005). Algunas aproximaciones al concepto y regulación del hostigamiento sexual. *Advocatus*(11), pp. 291-321.
- MUNDAZA CASTILLO, S. (2017). Violencia sexual y de género y los mecanismos de protección jurídica en la legislación laboral chilena. En A. Varios, *Anuario de derechos humanos* (págs. 175-195). Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

- OIT. (2016). *Informe del Director General. Quinto informe complementario: Resultado de la Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*. OIT. Ginebra: OIT. Recuperado el 20 de septiembre de 2020, de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_533579.pdf
- OIT. (2018). *Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo de trabajo* (Primera ed.). Ginebra: OIT.
- OIT. (2019). *Un paso decisivo hacia la igualdad de género. En pos de un mejor futuro del trabajo para todos* (Primera ed.). Ginebra: OIT.
- PÉREZ DEL RÍO, T. (2007). La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*(91), pp. 175-204.
- SERRANO ARGÜELLO, N. (2008). El acoso sexual como riesgo psicosocial de carácter laboral: su estudio en clave de prevención de riesgos laborales. *Revista universitaria de ciencias del trabajo*(9), pp. 159-178.
- VIDAL SALAZAR, M. (2009). Apuntes sobre los principios aplicables a la facultad sancionadora del empleador y su tratamiento jurisprudencial. En A. Varios, *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI* (págs. 267-290). Lima: Ara Editores.