

XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Santiago de Chile, Septiembre 2012

Cuestionario sobre el tema II: Acoso sexual y moral en el lugar de trabajo

Co-relatores generales Sergio Gamonal C.^{*} y José Luis Ugarte C.^{*}

ACOSO SEXUAL

Introducción

La centralidad del trabajo en la vida de la sociedades moderna y su rol esencial en los modelos productivos vigentes, torna la experiencia de “lo laboral” como uno de los espacios más significativos de socialización de los individuos, tanto por la cantidad de tiempo que se dedica al trabajo, como por la calidad de las experiencias que se producen al interior de los lugares donde se desarrolla.

Los lugares de trabajo se vuelven entonces en un espacio único de experiencias positivas y de crecimiento para el desarrollo humano¹. Pero, al mismo tiempo, es un escenario especialmente delicado para situaciones problemáticas que tensionan ese espacio, especialmente

^{*} Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Adolfo Ibáñez.

^{*} Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Diego Portales.

¹ Como señala Méda, resulta evidente, cuando no tautológico, afirmar que el ejercicio de un trabajo es hoy en día la condición principal para pertenecer a la sociedad, el factor de identidad esencial, o que las personas carentes de trabajo se encuentran al mismo tiempo desposeídas de todo, o que el trabajo es la única actividad colectiva, ya que el resto pertenece a la esfera privada, vid. Meda, 1996: 693.

aquellas que afectan el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas².

Desde la década de los setenta, los sistemas laborales han ido enfatizando la defensa de los derechos humanos o fundamentales del trabajador³. La doctrina laboral hace referencia la Ciudadanía en la Empresa o a los Derechos Laborales Inespecíficos⁴.

Junto con los derechos humanos laborales propiamente tales (por ejemplo, el derecho al trabajo o la libertad sindical), encontramos los derechos humanos que detenta el trabajador en cuanto persona y ciudadano, derechos civiles que no debieran quedar postergados por el hecho de ser parte de un contrato de trabajo, sin perjuicio de que sean adaptados, restringidos o modulados para dar cumplimiento al contrato.

Una situación de tensión clave en relación a los derechos personalísimos del trabajador, es precisamente el acoso sexual. En él podemos ver claramente el desnivel de poder impetrante en las relaciones de trabajo, y que superan ampliamente el marco contractual para dar paso al interés general comprometido en las relaciones de trabajo⁵.

² Como decía Sinzheimer las demandas del contrato de trabajo son de tal naturaleza para los trabajadores, que de su cumplimiento depende, por regla general, su subsistencia. Vid. Sinzheimer, 1984: 53 y 54.

³ Para efectos de este informe, utilizaremos indistintamente los términos derechos humanos y fundamentales.

⁴ Gamonal, 2004, y Ugarte, 2009. Sobre el origen de la denominación “derechos laborales inespecíficos” vid. Palomeque, 1991. Para una visión comparativa, vid. Valdés dal Ré, 2003: 37 y ss., y Siqueira Neto, 2003: 161 y ss.

⁵ Como enfatizaba Kahn-Freund “la relación entre un empresario y un trabajador aislado es típicamente la relación entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno (...). Se origina como un acto de sumisión que en su dinámica produce una situación subordinada, por más que la sumisión y subordinación puedan ser disimuladas por esa indispensable ficción jurídica conocida por <<contrato de trabajo>>. El propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos

El acoso sexual se presenta, en principio, en todas aquellas relaciones donde existe ejercicio de poder (ej. académicas). Pero es en el marco del trabajo, donde tiene una manifestación especialmente calificada, que hacen de este problema –el del acoso sexual- uno de los más relevantes para el derecho laboral de los últimos años.

La respuesta del Derecho no se ha hecho esperar. A la falta de regulación de hace pocos años atrás, el panorama jurídico a principios de siglo XXI es distinto: existen numerosos sistemas jurídicos que han decidido sancionar legalmente la figura del acoso sexual y establecer diversos mecanismos de represión y reparación (responsabilidad, indemnización, multas, etc.).

Este informe está basado en la información entregada por 25 reportes nacionales (Argentina⁶, Australia⁷, Austria⁸, Brasil⁹, Canadá¹⁰, Chile¹¹, Colombia¹², España¹³, Estados Unidos de Norteamérica (USA)¹⁴, Filipinas¹⁵, Finlandia¹⁶, Francia¹⁷, Gran Bretaña (respecto de Inglaterra y Gales)¹⁸,

atrevernos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo” vid. Kahn-Freund, 1987: 52.

Por su parte, Supiot destaca que la relación de trabajo se ha definido como una “relación en que uno puede mandar y otro ha de obedecer. Es decir: que la cuestión del poder se halla en el corazón mismo del derecho del trabajo” vid. Supiot, 1996: 133.

⁶ Elaborado por la informante Andrea García Vior.

⁷ Elaborado por las informantes Anna Chapman y Beth Gaze.

⁸ Elaborado por la informante Anna Ritzberger-Moser.

⁹ Elaborado por la informante Ivette Ribeiro.

¹⁰ Elaborado por los informantes Jeffrey Sack y Peter Neumann.

¹¹ Elaborado por los informantes Gabriela Lanata, Diego Lapostol y Diego Rosas.

¹² Elaborado por el informante Fabián Hernández Henríquez.

¹³ Elaborado por la informante Gemma María Sobrino González.

¹⁴ Elaborado por las informantes Susan T, Mackenzi y Rebecca Quinn.

¹⁵ Elaborado por el informante Nicolas B. Barriatos.

¹⁶ Elaborado por el informante Jorma Saloheino.

¹⁷ Elaborado por las informantes Marie France Mazars, Marie Laure Morin, Sylvaine Laulom y Héléne Masse-Dessen.

Holanda¹⁹, Italia²⁰, Japón²¹, Lituania²², Polonia²³, República Checa²⁴, República Dominicana²⁵, Rumania²⁶, Suecia²⁷, Turquía²⁸, Uruguay²⁹ y Venezuela³⁰) y por un informe de la Unión Europea³¹. En consecuencia, al citar estos países y a la Unión Europea en el texto de este informe, estamos haciendo referencia a estos reportes nacionales.

Para sistematizar los puntos esenciales del acoso sexual, hemos dividido nuestro trabajo en los siguientes acápites: (1) Noción y régimen; (2) sujetos y clasificación, (3) sistemas de responsabilidad, (4) obligaciones del empleador, y (5) reparaciones.

1. Noción y régimen.

Por noción aludiremos a el concepto de acoso sexual en los distintos países, cualquiera sea su fuente, legal, jurisprudencial o doctrinaria. Por régimen entendemos el sistema de regulación, que puede ser legal, jurisprudencial, doctrinario en aquellos países que aún no tienen una regulación legal expresa, etc.

¹⁸ Elaborado por la informante Lizzie Barmes.

¹⁹ Elaborado por el informante J.P. Zeilstra.

²⁰ Elaborado por el informante Alberto Pizzoferrato.

²¹ Elaborado por la informante Yoko Hashimoto.

²² Elaborado por la informante Daiva Petrylaite.

²³ Elaborado por los informantes Andrzej M. Świątkowski, M. Wujczyk.

²⁴ Elaborado por los informantes Zdeňka Gregorová y Věra Štangová.

²⁵ Elaborado por los informantes Vielkha Morales Hurtado y Nancy Salcedo Fernández.

²⁶ Elaborado por la informante Loredana Manuela Mascalu.

²⁷ Elaborado por la informante Catharina Calleman.

²⁸ Elaborado por los informantes Ali Güzel y Emre Ertan.

²⁹ Elaborado por los informantes Martha Márquez Garmendia y Eduardo Goldstein.

³⁰ Elaborado por el informante César Carballo Mena.

³¹ Elaborado por las informantes Ann Numhauser-Henning y Sylvaine Laulom.

En los informes podemos apreciar que la noción de acoso sexual está presente en todos los ordenamientos jurídicos.

Cabe destacar la importancia de los derechos fundamentales en esta materia, dado que en aquellos ordenamientos donde el legislador aún no promulga regulaciones específicas, encontramos igualmente recepción a la figura del acoso dado su carácter de atentado a los derechos personalísimos de la víctima.

La fundamentación de la protección frente al acoso sexual se basa en la dignidad de las personas y en derechos fundamentales que se ven gravemente vulnerados por esta práctica, a saber, el derecho a la intimidad, el derecho a la no discriminación³², así como el derecho a la vida e integridad física y psíquica de la trabajadora³³.

El acoso sexual puede ser definido como la conducta de naturaleza sexual indeseada por la víctima y que afecta o amenaza su dignidad en el trabajo, incidiendo negativamente en su situación laboral. El acoso sexual implica conductas o acciones sexuales indeseadas, no recíprocas, que casi siempre son reiteradas en el tiempo, sin perjuicio de que una sola conducta, por su entidad o gravedad, constituya en sí un acoso.

Puede tratarse de una conducta física, verbal o no verbal o cualquier otra basada en el sexo.

Esta conducta afecta o amenaza la dignidad en el trabajo, incidiendo negativamente en la situación laboral de la víctima. Para estos efectos, basta una amenaza para alterar dicha situación.

³² Caamaño, 2005: 23 y 24, y Lizama y Ugarte, 2005: 5.

³³ Rojas, 1998: 16 y ss.

Una de las definiciones más conocidas de acoso sexual es la dada por la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo de USA, que postula que las proposiciones indeseadas, requerimientos para concesiones de tipo sexual y otras conductas físicas o verbales constituye acoso sexual cuando (i) el sometimiento a tal conducta se hace, explícita o implícitamente, a condición de empleo, (ii) la aceptación o rechazo de tal conducta por una persona es utilizada como base de una decisión afectante a la relación laboral en sí, o (iii) dicha conducta tiene el objetivo o el efecto de interferir injustificadamente con el rendimiento laboral de la persona o crear un ambiente de trabajo ofensivo, hostil o intimidatorio. Luego en 1986 la Corte Suprema norteamericana en *Banco de Ahorros Meritor con Vinson* contempló el acoso sexual como una de las conductas discriminatorias por sexo prohibidas en el Título VII, de la Ley de Derechos Civiles de 1964³⁴.

En la Unión Europea (UE), la Recomendación N° 92/131, de 1991, relativa a la protección de la integridad de la mujer y del hombre en el trabajo, definió el acoso sexual en su artículo 1° como: “La conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afecta a la dignidad de la mujer en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros si: (i) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona objeto de las misma, (ii) la negativa o sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresas o trabajadores (incluidos los superiores y compañeros) se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y el empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, (iii) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma, y que dicha conducta puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principios de igualdad de trato”³⁵.

³⁴ Lizama y Ugarte, 2005: 3.

³⁵ Lizama y Ugarte, 2005: 12.

Luego, según la Directiva de la 2002/73/EC sobre tratamiento equitativo, el acoso sexual es definido como una discriminación y es prohibido en el empleo, incluyendo la etapa de contratación, formación y práctica profesional. Luego, la Directiva 2006/54/EC derogó la directiva del 2002 pero mantuvo idénticas las definiciones de acoso sexual. Por otro lado, la Directiva 2004/113EC amplió la prohibición de acoso sexual fuera del mercado de trabajo, amparando a todos los prestadores de bienes y servicios, tanto en los sectores públicos y privados. Estas directivas son generales, en el sentido de que cada estado miembro elige la forma de implementarlas en su derecho interno y las sanciones respectivas.

En los informes nacionales podemos apreciar aproximaciones o tendencias diferentes a la noción de acoso sexual. En algunos países existe una legislación especial que define en forma expresa sobre acoso. En otros el acoso ha sido subsumido dentro de las leyes relativas a la no discriminación o derechos fundamentales, aunque no esté explícitamente contemplado. En este último caso, ha sido la jurisprudencia y la labor de la doctrina las que han configurado la noción de acoso sexual.

A su vez, estas regulaciones pueden ser de carácter laboral, civil e incluso penal. Veamos algunos ejemplos.

Respecto de la primera tendencia, podemos citar a Francia, donde la ley N° 92-684 de 22 de julio de 1992 sancionó penalmente el acoso sexual enmendando el código penal e introduciendo también esta figura en las relaciones de trabajo para proteger al trabajador acosado.

Francia fue uno de los primeros países europeos (en conjunto con Bélgica, Finlandia, Suiza y España) en introducir este tipo de legislación. Actualmente el acoso es definido en el art. 1153-2 del Código del Trabajo

francés como las acciones de acoso de cualquier persona con el objetivo de obtener favores de naturaleza sexual en su provecho o en provecho de un tercero. Además, este artículo define la protección para los trabajadores en el sentido de que, cualquier trabajador, candidato a un trabajo, o persona en período de formación no puede ser objeto de sanción, despido o ser discriminado, directa o indirectamente, especialmente en materia de remuneración, formación, reclasificación, asignación, cualificación, clasificación, promoción profesional, mutación o renovación de contrato, por haber rehusado conductas de acoso sexual.

Por su parte, el art. 222-33 del Código Penal francés condena con un año de presidio y una multa de 15 mil euros al que acose a otro con el objetivo de obtener favores de naturaleza sexual. Estas definiciones de la legislación francesa fueron complementadas, por la ley de 27 de mayo de 2008, incluyendo las conductas sexistas, comprendiendo como discriminación cualquier conducta de connotación sexual que afecte a una persona y afecte su dignidad o cree un ambiente hostil, degradante, humillante u ofensivo para la víctima.

Del mismo modo, en Austria el acoso sexual está consagrado tanto en la legislación laboral como penal, pero con interpretaciones distintas. El acoso sexual está tratado en la Ley Austríaca de Igualdad de Trato que lo define como una conducta tendiente a menoscabar la dignidad de la persona, siendo indeseada, inapropiada y ofensiva para la víctima, creando un (1) ambiente laboral hostil o humillante, (2) afectando a la víctima que rechaza estas actuaciones respecto de su empleador, superiores, o compañeros, en su entrenamiento vocacional, empleo, ascensos, remuneración, o en diferentes decisiones dentro de la esfera del empleo. Esta definición cubre tanto el lenguaje verbal, corporal, como imágenes o acciones. Esta conducta no depende de la culpabilidad del victimario. Esta noción se centra en la dignidad de la víctima. En la ley penal, el acoso sexual es concebido como

una violación a la integridad sexual y de la autodeterminación sexual. El Código Penal lo castiga con presidio de 6 meses a 360 días.

En Uruguay la ley No. 18.561 (11/9/2009) define el acoso sexual de la siguiente forma: “Se entiende por acoso sexual todo comportamiento de naturaleza sexual, realizado por persona de igual o distinto sexo, no deseado por la persona a la que va dirigido, cuyo rechazo le produzca o amenace con producirle un perjuicio en su situación laboral o en su relación docente o que cree un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante para quien lo recibe” (art.2).

El art. 3 de esta ley uruguaya agrega que el acoso sexual puede manifestarse –entre otros- por medio de los siguientes comportamientos:

- 1.- Requerimientos de favores sexuales que impliquen: promesa implícita o explícita de trato preferencial respecto a la situación actual o futura de empleo de quien la reciba; amenazas implícitas o explícitas de perjuicios referidos a la situación actual o futura de empleo de quien las reciba; exigencia de una conducta cuya aceptación o rechazo sea en forma implícita o explícita, condición para el empleo.
- 2.- Acercamientos corporales u otras conductas físicas de naturaleza sexual, indeseada u ofensiva para quien los reciba
- 3.- Uso de expresiones (escritas u orales) o de imágenes de naturaleza sexual, que resulten humillantes u ofensivas para quien las reciba.

Por último, se precisa que no se requiere que se trate de un comportamiento repetido: Un único incidente grave puede constituir acoso sexual (art.3).

En República Dominicana aunque el Código de Trabajo sanciona el acoso sexual como figura jurídica, no está debidamente definido; sin embargo, la

Ley sobre Violencia Intrafamiliar (que introduce modificaciones al Código Penal) en su artículo 333-2, sí se ocupa de definir el acoso sexual, de la siguiente forma: “constituye acoso sexual toda orden, amenaza, constreñimiento u ofrecimiento destinado a obtener favores de naturaleza sexual, realizado por una persona (hombre o mujer) que abuse de la autoridad que le confieren sus funciones.”. La sanción penal del acoso sexual puede alcanzar a un año de prisión y multa.

En Filipinas la legislación garantiza el respeto de la dignidad de todos los individuos y sanciona el acoso sexual que afecta a trabajadores, empelados, postulantes a un empleo, estudiantes, personas en capacitación y en el sistema educacional. Se trata de la ley N° 7.877 de 14 de febrero de 1995. El acoso sexual implica un ejercicio desviado de autoridad respecto de otro en el trabajo u otros ambientes, demandando favores sexuales respecto del subordinado.

En Rumania el acoso sexual fue definido por el art. 4 de la ley N° 202/2002, como una situación donde se manifiesta un comportamiento indeseado de connotación sexual manifestado de manera física, verbal o no verbal, teniendo como objeto o resultado un daño para la dignidad de la persona, y especialmente, la creación de un ambiente de intimidación, hostilidad, degradación, humillación u ofensa.

Para el derecho de este país, el acoso puede manifestarse en miradas, tocaciones, gestos, lenguaje con connotación sexual, en el requerimiento de relaciones sexuales a cambio de promesas llegando a forma más graves como amenazas a la víctima. Para el Código Penal es un delito cuando se realiza por amenaza o apremio con el objetivo de obtener favores de naturaleza sexual, por una persona que abusa de su autoridad o influencia por la función que detenta en el trabajo. En este caso puede conllevar de 3 meses a 2 años de cárcel (art. 203).

En el caso de Australia, el acoso sexual está consagrado en la ley y se encuentra prohibido en todas las jurisdicciones (Commonwealth, estados y territorios). Cada uno tiene su propia legislación. Un buen ejemplo es la ley sobre discriminación sexual de 1984, que define el acoso sexual cuando se realiza un avance sexual indeseado o se requieren favores sexuales al acosado, o cuando se efectúa otro tipo de conducta indeseada de naturaleza sexual respecto del acosado, en circunstancias que una persona razonable, sopesando todas las circunstancias, estimaría que la víctima se ofenderá, será humillada o intimidada. Conducta de naturaleza sexual es definida como declaraciones o acciones, verbales o escritas. La prohibición de acoso sexual comprende también otros sectores como la educación, la provisión de bienes y servicios, los servidores públicos, etc. También se cubre el caso de los postulantes a un trabajo, de los agentes comisionistas y el acoso en las agencias de empleo. Los lineamientos expuestos son seguidos por las legislaciones de los territorios.

En Lituania la noción de acoso sexual fue estatuida en el 1998. Originalmente la ley lo definió como una conducta ofensiva de naturaleza sexual, verbal o física, respecto de personas en el trabajo, en los negocios o en otras relaciones de subordinación. Luego de la Directiva de la UE 2002/73/EEC sobre tratamiento equitativo hombre mujer, en el 2005 la Ley de Igualdad Mujer Hombre definió nuevamente el acoso sexual. Actualmente esta noción abarca cualquier conducta indeseada e insultante, verbal, escrita o física, de naturaleza sexual con que una persona se propone violentar la dignidad de una persona, en particular creando un ambiente intimidatorio, hostil, humillante u ofensivo. También se considera el acoso sexual en el estatuto de las fuerzas armadas y en el código penal.

En Finlandia se regula el acoso sexual en la ley sobre igualdad hombre mujer N° 609/1986, definiéndolo como una conducta de naturaleza sexual

indeseada, verbal o no verbal, o física, cuyo objetivo sea violentar la dignidad de la persona o crear un ambiente intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo.

Otro país con regulación y una noción expresa de acoso sexual es Italia, donde el decreto legislativo n° 198 de 11 de abril de 2006 (Código de Igualdad de Oportunidades) sistematizó todas las normas relativas a la promoción de la igualdad de oportunidades y de prevención y lucha en contra de la discriminación por motivos de sexo. Esta preceptiva, en su artículo 26, define el acoso y el acoso sexual. En términos generales el acoso es una forma de discriminación en cuanto se manifiesta como un comportamiento indeseable basado en el sexo, y que tiene por objeto o efecto el atentar en contra de la dignidad de un o una trabajador (a) y de crear un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Por su parte, se define el acoso sexual como una forma de discriminación cuando un comportamiento indeseable que se basa en el sexo se manifiesta a través de un acto físico, verbal o no, y que tiene por objeto o efecto el atentar en contra de la dignidad de un o una trabajador (a) y de crear un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Además, se considera discriminatorio cualquier tratamiento desfavorable al o a la trabajador (a) por haber rechazado los comportamientos anteriormente descritos. La normativa considera que los actos, acuerdos o disposiciones vinculados con la víctima de estas vulneraciones y derivados de esta situación son nulos.

Es destacable la legislación de Gran Bretaña, donde la sección 26 de la ley de igualdad (Equaty Act) de 2010, contempla en términos amplios el acoso sexual, tanto en el lugar de trabajo como fuera del mismo.

En el caso de Colombia, el acoso sexual sólo está contemplado expresamente en el Código Penal, reformado el 4 de diciembre de 2008, y

cuyo artículo 210-A, dentro del capítulo de delitos contra el honor y el pudor sexual, lo define de esta forma: “ACOSO SEXUAL.- El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años”. Con todo, aunque no se encuentre en forma expresa, la ley N° 1010 de 2006, por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo, determinó que el acoso u hostigamiento se podría presentar cuando hubiera maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad o desprotección laboral. A su vez, y dentro de la categoría del maltrato laboral, se contempló todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador.

La segunda aproximación o tendencia, cuando el acoso ha sido subsumido dentro de las leyes relativas a la no discriminación o derechos fundamentales, aunque no esté explícitamente contemplado, la encontramos en Estados Unidos de Norteamérica (USA), donde el acoso sexual es constitutivo de discriminación laboral a nivel federal y en algunos estados. En el primer caso la discriminación laboral por razones de sexo (entre otros motivos) se encuentra contemplada en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964.

En ese país, el sentido de “discriminación basa en el sexo” ha sido discutido en parte debido a la carencia de historia legislativa sobre el sentido de esta disposición, aunque la Corte Suprema ha entendido que el Título VII no se limita a discriminación económica o tangible, sino a cualquier trato diferenciado entre mujeres y hombres. Con el desarrollo dado por el

derecho al tema del acoso sexual, a fines de los setenta, se pudo basar su prohibición en la discriminación basada en el sexo.

A nivel estatal existen en USA regulaciones más explícitas, como en Nueva York, así como en otros estados donde se ha sancionado el acoso sexual por medio de la responsabilidad civil extracontractual.

En Canadá se estimó que el acoso sexual es una forma de discriminación por razones de sexo. La Corte Suprema de este país lo definió como “conducta de naturaleza sexual indeseada que afecta el ambiente de trabajo o que conlleva consecuencias adversas en el trabajo para las víctimas del acoso”. Con posterioridad, las leyes que han definido expresamente el acoso sexual han adoptado esta noción jurisprudencial.

En Suecia originalmente la Ley de Igualdad de Oportunidades (Equal Opportunities Act) de 1979 no contemplaba el acoso sexual, pero luego fue enmendada esta ley en 1991 contemplándolo en forma expresa. Más tarde, en 1998, se introdujo una definición expresa de acoso sexual en esta ley. En el año 2005 esta ley fue nuevamente enmendada para implementar la directiva europea 2002/73/EC sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres. En la actualidad el acoso sexual está definido en la Ley Sueca de Discriminación (Swedish Discrimination Act) del 2008.

En el caso de Brasil, la jurisprudencia y la doctrina han configurado la noción de acoso sexual, donde es sancionado por vía de los derechos fundamentales, dado que no existe una legislación específica al respecto (sí varios proyectos de ley en los estados). Para la doctrina laboral, el acoso sexual es amplio (superior jerárquico y colegas) y basta una amenaza concreta de perder el empleo, promociones o ser indebidamente transferido o de cualquier perjuicio, para que se configure. Para algunos autores basta

con una sola conducta acosadora, sin necesidad de reiteración. La jurisprudencia también ha reconocido el acoso sexual en sus sentencias.

Cabe destacar, en todo caso, que en el ámbito penal sí existe legislación expresa en Brasil. El código penal brasilero tipifica la conducta de acoso sexual definiéndolo como (art. 216-A) el constreñir a alguien con el objetivo de tomar ventaja o favor sexual, sacando provecho el agente de su posición superior de jerarquía, o de sus influencias inherentes al ejercicio de su empleo, cargo o función. La pena es de un mes a dos años de cárcel. Esta norma penal abarca sólo el acoso vertical.

Asimismo, en Japón ha sido la jurisprudencia quien ha reconocido y sancionado el acoso sexual desde 1992. En casos de enfermedad mental causada por el acoso se compensa, además, al trabajador por la ley de seguro de accidentes del trabajo. Lo anterior, sin perjuicio de los deberes de prevención que contempla la ley japonesa y a los que aludiremos más adelante.

En Argentina aunque no se ha legislado específicamente tanto la doctrina como la jurisprudencia han comprendido el acoso sexual como un tipo de violencia en el trabajo. La ley N° 26.485 de protección integral de las mujeres (ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (Boletín Oficial de 14/4/09) define a la violencia sexual como “cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres”(art. 5.3). En este país existe consenso en que el acoso

sexual se consuma con independencia de su resultado. A nivel de empleo público, se ha regulado la violencia laboral en gran cantidad de jurisdicciones (provincias) y en todas ellas se ha incluido como un supuesto, forma o modalidad de violencia sancionable al acoso sexual en el trabajo. A su vez, en el ámbito del empleo público nacional, rigen numerosos convenios colectivos de trabajo que regulan específicamente sobre la materia.

Respecto de la relación entre las nociones de acoso sexual y mobbing, varios informes dan cuenta de las diferencias entre ambas figuras, como por ejemplo, en Austria, Brasil, Finlandia, Francia, Holanda y Rumania. El mobbing implica actos reiterados en el tiempo y el acoso sexual puede configurarse en un solo acto. Los informes de Austria y Francia hacen presente que el mobbing puede implicar acoso sexual y en el informe de República Checa el acoso sexual es un tipo de mobbing. En el informe de USA se precisa que el acoso sexual puede implicar mobbing y bullying en ciertos casos. En el caso argentino, se precisa que la violencia laboral es el género; que se entiende por violencia todo comportamiento deliberado que provoca o puede provocar daños físicos o psíquicos a la persona y que el mobbing y el acoso sexual son especies dentro del género violencia.

Por último, el acoso sexual es tratado en forma preventiva en convenios colectivos (por ejemplo en Brasil, Filipinas, Francia, Rumania y Uruguay) y en códigos de conducta de las mismas empresas (Finlandia). En USA desde el año 2009 la Corte Suprema ha permitido que los sindicatos intervengan en situaciones de acoso sexual por medio de los procedimientos contemplados en los contratos colectivos. Con anterioridad, se estimaba que podía haber conflictos de intereses si tanto el acosador o la víctima pertenecían al mismo sindicato.

2. Sujetos y clasificación

Los sujetos participantes en el acoso sexual pueden ser variados. Tanto la víctima como el acosador pueden ser de cualquier sexo y tener cualquier orientación sexual. Incluso en trabajos sexualizados, como el de bailarina exótica o prostituta, podemos hablar de situaciones de acoso sexual³⁶.

Con todo, existe consenso en el hecho de que el acoso sexual es una de las peores formas de discriminación femenina, dado que la práctica social del acoso sexual en el trabajo se radica, en forma abrumadoramente mayoritaria, respecto de las mujeres³⁷.

Desde una perspectiva de “género”³⁸, el acoso sexual constituye una manifestación de la violencia contra las mujeres, configurándose un problema social serio y una discriminación dado que, por el solo hecho de ser mujer, la trabajadora deberá tomar más recaudos que un hombre, considerando la alta tasa de acoso que sufren las mujeres en comparación con el colectivo masculino.

La discriminación contra la mujer se expresa en salarios desiguales, en segregación sexual vertical (mujeres concentradas en cargos subordinados respecto de jefes que en su mayoría son varones) y horizontal (labores propias de mujeres)³⁹.

³⁶ McGinley, 2006: 78 y ss.

³⁷ Gamonal, 2007: 68.

³⁸ Entendemos el “género”, como una construcción de la cultura que se basa en el sexo y, por ende, va más allá de las diferencias biológicas vinculándose con las valoraciones que la cultura atribuye a las diferencias sexuales. Es así como en nuestra cultura al hombre y a la mujer se les atribuyen roles distintos con funciones y responsabilidades diferenciadas, incidiendo en esferas de actuación distintas se trate del espacio público o del privado. Vid. Fernández Revoredo, 2001: 132 a 135.

³⁹ MacKinnon, 1979: 9 y ss.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, de la Organización de Naciones Unidas, del año 1979, dispone en su art. 5 punto 1) que los Estados partes tomarán medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y de mujeres.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el acoso sexual es un comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada y que incide negativamente en su situación laboral provocándole un perjuicio⁴⁰.

Por su parte, el Convenio 111 de la OIT, considera como discriminación, entre otras conductas, cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de sexo que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o en la ocupación (art. 1 punto 1 letra a).

Los acosadores pueden ser superiores jerárquicos de la víctima, los representantes del empleador, sus compañeros de trabajo, clientes, familiares y amigos del empleador. Incluso puede ser efectuado por personas de inferior jerarquía de la víctima⁴¹ como destaca el informe de Brasil.

En Filipinas el acoso sexual puede ser realizado por el empleador, los trabajadores, los gerentes, los supervisores, y otros agentes del empleador con autoridad, influencia o ascendencia moral respecto de otro en el trabajo.

⁴⁰ Caamaño, 2005: 8.

⁴¹ Lizama y Ugarte, 2005: 14.

En Austria, el acoso puede ser cometido por el empleador, sus delegados, compañeros de trabajo o terceros (clientes o competidores). También abarca las entrevistas de trabajo. Se lo contempla ampliamente, en los casos de asistencia vocacional, entrenamiento vocacional, educación y re entrenamiento.

En Francia la definición de acoso abarca incluso a terceros, como los clientes de la empresa.

El acoso sexual puede ocurrir con trabajadores subcontratados o suministrados, siendo responsable por estas situaciones el empleador principal o la empresa usuaria, según el caso, como sucede por ejemplo en Uruguay, Filipinas, Finlandia, Brasil, Australia, Austria y Lituania.

El acoso sexual puede clasificarse de distintas formas, distinguiéndose entre el acoso vertical (realizado por el empleador o superior jerárquico) y el horizontal (entre pares e, incluso, inferiores). Se habla de acoso por chantaje o *quid pro quo*, y acoso por intimidación, entorno hostil o ambiental.

El chantaje o *quid pro quo* implica exigencias sexuales a cambio de alguna ventaja o del mantenimiento del empleo o de las condiciones de trabajo. En estos casos debe haber una relación jerárquica y una amenaza o pérdida efectiva de derechos. Este tipo de hostigamiento puede comprender también el acoso indirecto, que se produce cuando la víctima no es acosada directamente pero toma conciencia de que los únicos trabajadores que ascienden son los que han aceptado un requerimiento de tipo sexual del superior.

El acoso sexual por intimidación, entorno hostil o ambiental, se da cuando se somete al afectado a una conducta de asedio sexual que incide

negativamente en el medio en el cual se desempeña, causándole inseguridad o temor. Esta clase de hostigamiento produce efectos indeseados aunque no consecuencias negativas directas. Se trata, por ejemplo, de bromas reiteradas de orden sexual, lenguaje impropio y ofensivo, ilustraciones con desnudos en las paredes de la oficina, que en definitiva conforman un ambiente de trabajo absolutamente intimidatorio, hostil o humillante para la sensibilidad de la víctima. Este acoso sexual ambiental es producto de visiones machistas del mundo laboral y se utiliza, en cierta forma, para “mantener a las mujeres en su lugar”. Este tipo de asedio puede ser, a su vez, vertical u horizontal.

En los reportes nacionales encontramos todas estas clasificaciones del acoso sexual, por ejemplo, en Argentina, Australia, Brasil, Chile, Francia, Filipinas, Holanda, Japón, Lituania, Polonia, Uruguay y USA.

En Suecia aunque no se ocupan los términos acoso vertical u horizontal, igualmente se distinguen dos categorías según si el acoso es efectuado por el (a) empleador o el personal directivo, o por (b) compañeros de trabajo.

En república Checa no se clasifican los tipos de acoso.

En Japón es muy común el ambiente hostil, dado que el poder de dirección recae más en el departamento de personal que en el jefe directo.

En Rumania sólo se reconoce el acoso vertical.

3. Sistemas de responsabilidad.

La responsabilidad en materia de acoso sexual laboral sigue el curso de la potestad de mando del empleador y de la subordinación del trabajador. Por ello, aunque el acosador directo sea otro trabajador o un superior jerárquico que no representa al empleador, igualmente éste será responsable.

El acoso sexual es una temática que permite apreciar el cruce de responsabilidades contractuales y extracontractuales dentro de la empresa. Con todo, la potestad de mando del empleador configura una responsabilidad por la salud del trabajador lo que lo sitúa como el centro de imputación de responsabilidad por los atentados a la dignidad de sus subordinados.

Esta responsabilidad está precedida por un deber de prevención. El acoso sexual, sobre todo respecto de las mujeres, conlleva una visión cultural y machista que es importante extirpar y reeducar por medio de medidas de prevención dentro de la empresa (ver próximo párrafo).

Respecto de la responsabilidad, ésta puede ser laboral y civil, administrativa y penal. Los procedimientos pueden ser laborales (dentro de la empresa), administrativos y judiciales.

Numerosas legislaciones consagran responsabilidad laboral y civil. La víctima de acoso sexual puede exigir medidas de protección por parte del empleador y, en caso contrario, puede poner término al contrato de trabajo por incumplimiento del empleador. Conjuntamente, se contempla el resarcimiento de daños, especialmente el daño moral laboral o extracontractual (civil) respecto del acosador directo. Además, se contemplan sanciones para el acosador o victimario que pueden incluso llegar al despido.

Responsabilidad laboral se contempla, por ejemplo, en Austria, Australia, Brasil, Filipinas, Francia, Japón, Rumania, Lituania y Uruguay. En el caso de Finlandia, el resarcimiento mínimo contemplado es de 3.240 euros.

En algunos casos, se contemplan, entre otras responsabilidades, al acoso sexual como un riesgo laboral, como ocurre en Finlandia, salvo que el acoso haya implicado casos de violencia donde la compensación va por los otros tipos de responsabilidad.

Del mismo modo, en Italia un acoso sexual que genera una disfunción psíquica puede entenderse como una enfermedad profesional, si deriva de un tipo de coacción o apremio organizacional.

En Japón el acoso sexual puede generar la aplicación de seguros de compensación por enfermedad mental, incluyendo el intento de suicidio. Con todo es difícil determinar cuándo una enfermedad mental es provocada por el acoso. El Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales japonés, ha clasificado los incidentes que causen enfermedades mentales en 3 niveles: Grado 1, el incidente no es de tal entidad de causarlo, Grado 2 el incidente puede causar la enfermedad y es cubierto por el seguro cuando se detecta, complementariamente, alguna otra situación anormal en el lugar de trabajo, Grado 3 el incidente claramente causa un enfermedad mental. El acoso sexual es Grado 2 y el mobbing severo grado 3. Se discute que, en algunos casos, el acoso sexual continuo debería ser grado 3.

En el caso de República Dominicana, aunque ni el Código del Trabajo ni la Ley sobre el Sistema Dominicano de Seguridad Social 87-01 establecen el acoso sexual como un riesgo laboral (enfermedad profesional o accidente de trabajo), es posible considerar el acoso sexual como enfermedad profesional o accidente de trabajo, toda vez que el artículo el artículo 185 de la Ley 87-01 señala que enfermedad profesional o accidente de trabajo es "...toda lesión corporal y todo estado mórbido que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que presta por cuenta ajena", ámbito que abarca el acoso sexual.

Encontramos también responsabilidad administrativa, en especial respecto de las instituciones encargadas de fiscalizar el cumplimiento de las normas legales y por las eventuales multas o sanciones al empleador, como en el caso de Filipinas.

En algunos sistemas se consagra también responsabilidad penal, como en Austria, hasta 6 meses de cárcel o multa, o Finlandia o Francia con presidio de hasta un año o multa,

Los procedimientos pueden ser laborales (reclamo dentro de la empresa), administrativos o judiciales. Por ejemplo en el caso de Francia existe un procedimiento de alerta por intermedio del delegado de personal, para obligar al empleador a iniciar una investigación y a adoptar medidas. En caso de desacuerdo (entre el empleador y delegado de personal) interviene el juez. Además, el comité de higiene y seguridad y de condiciones de trabajo puede recibir la denuncia de la víctima y hacer la investigación. Asimismo, el inspector del trabajo puede recibir el reclamo y como el acoso sexual es un delito puede enviar los antecedentes al procurador penal. Por último, como el acoso sexual constituye una forma de vulnerar a la igualdad entre hombres y mujeres, la víctima puede recurrir al Defensor de Derechos, en su calidad de autoridad administrativa que lucha contra la discriminación. En este caso, la víctima puede presentar un requerimiento que terminará con una recomendación o sanción administrativa.

En Austria el acosado puede recurrir la Oficina del Ombudsman de Igualdad de Trato, dado que el acoso sexual es contemplado como discriminación de género. De esta forma, se pueden levantar cargos en contra del empleador antes de iniciar el procedimiento en tribunales, o se puede presentar el caso en la Comisión Austríaca de Igualdad de Trato. Esta Comisión da recomendaciones pero no tiene imperio. Por lo anterior, el

afectado puede ir directamente a tribunales y solicitar una compensación económica.

En República Checa el trabajador igualmente puede recurrir al Ombudsman por discriminación.

En USA el procedimiento está a cargo de la comisión de igualdad de igualdad de oportunidades en el empleo (EEOC)⁴² quien investiga, negocia y puede presentar el caso al departamento de justicia.

En Finlandia se contempla un procedimiento extra judicial y otro prejudicial. El acoso puede producirse dentro de la competencia del representante de seguridad de los trabajadores o del delegado sindical (shop steward), dependiendo del caso. El trabajador o su representante notifica al empleador del problema y se comienza a hablar del caso y a negociar. En otras situaciones la institución encargada de salud ocupacional ve el caso y trata de que se llegue a una conciliación entre las partes. Como sea, es el empleador el encargado de tomar, en última instancia, las medidas para el cese del acoso. Administrativamente, el deber de prevención recae en las autoridades sobre igualdad de género: El Ombudsman de Igualdad (equidad) y la Comisión de Igualdad.

Además, en Finlandia, para determinar los daños a indemnizar o imputar por responsabilidad penal existe un procedimiento similar. La víctima tiene legitimación activa, y si hay cargos criminales, la demanda puede ser apoyada por ministerio público, iniciándose la investigación por el inspector del trabajo, quien será oído en el tribunal.

⁴² Equal Employment Opportunity Commission.

En Rumania se contempla la asistencia de la organización sindical en la demanda al acosador y al empleador por discriminación sexual.

También puede haber procedimientos derivados de los contratos colectivos, como en Canadá, en el caso del arbitraje contemplado en acuerdos colectivos cuando los trabajadores están sindicalizados. El árbitro es libre para adoptar su propio procedimiento, aunque debe respetar principios de “justicia natural” como el debido proceso. Si el arbitraje conoce materias sometidas a tribunales por otro estatuto, por ejemplo, derechos humanos, ambas instancias pueden continuar sus respectivos procedimientos, aunque la que primera decida el caso producirá efecto de cosa juzgada respecto del procedimiento paralelo.

En Austria no interesa la culpa del acosador sino el sentimiento subjetivo del acosado. O sea, una conducta que para el victimario es neutra puede no serlo para el acosado.

En cuanto al estándar de prueba, en Uruguay en el año 1992 la Suprema Corte de Justicia confirmó una sentencia del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º. Turno, afirmando el criterio de admitir como prueba “un cuadro de indicios y presunciones directas, relacionadas e inequívocas que en su conjunto conducen a la convicción firme de que los hechos ocurrieron tal como los relata la víctima”, habida cuenta de la dificultad de prueba directa en tales casos. Otros fallos han seguido el mismo criterio mencionado, realizando una valoración de conjunto de la prueba producida: antecedentes de conductas de acoso sexual por parte del denunciado y certificación médica del perjuicio psicológico provocado a la víctima de acoso sexual en el trabajo.

En Austria la víctima debe demostrar una causa probable de acoso. El acusado puede demostrar que la causa probable obedece a otros hechos. Con todo, en igualdad de pruebas tiende a creerse más a la víctima.

En Italia el art. 40 del Código de Igualdad de Oportunidades contempla un sistema aligerado de prueba en base a elementos fácticos concordantes y precisos, aportados por el demandante, que permitan presumir una discriminación (lo cual comprende también el acoso sexual) y en donde es el empleador, frente a esta presunción, quien debe probar que no ha existido discriminación.

Las directivas de la Unión Europea estatuyen expresamente estándares probatorios menos intensos en materia de discriminación y acoso (art. 19 directiva del 2006 y art. 9 directiva del 2004).

4. Obligaciones del empleador.

El empleador tiene obligaciones de prevención, investigación y sanción del acoso sexual.

Deberes de prevención encontramos, por ejemplo, en Canadá, Chile, Japón, Austria, Australia, Filipinas, Gran Bretaña, Holanda, Turquía, Francia, Suecia, Lituania, Italia, Polonia, República Checa, España, Rumania, Uruguay y Unión Europea.

Obviamente la prevención no sólo es responsabilidad del empleador. Por ejemplo, en Canadá las agencias gubernamentales (comisiones de derechos humanos) buscan promocionar entre empleadores, trabajadores y público en general el cumplimiento y respeto de los derechos humanos. Asimismo, en Canadá los sindicatos y empleadores implementan acuerdos en el lugar de trabajo con el fin de prevenir estas conductas.

En Gran Bretaña la prevención está contemplada en la Ley de Igualdad (Equality Law), en la legislación de salud y seguridad (Health and Safety Law) y en la guía adoptada por los actores sociales el 2009 sobre violencia y acoso en el trabajo, implementando, de esta forma, el Acuerdo Marco de la UE sobre Acoso y Violencia en el Trabajo del 2007.

En USA, aunque la ley no contempla un deber específico, la comisión de igualdad de oportunidades en el empleo (EEOC) insta a los empleadores a prevenir el acoso sexual. La comisión ha publicado guías voluntarias para estos efectos.

En Italia la prevención del empleador se vincula directamente con el deber del empleador de proteger la salud y seguridad de sus trabajadores, evitando cualquier perjuicio físico o psicológico al interior de la empresa (art. 2087 del Código Civil).

En el caso de Brasil este deber de prevención ha sido desarrollado sobre todo en algunas negociaciones colectivas y en Finlandia la prevención recae en la Inspección del Trabajo.

Es interesante el caso italiano, en donde se distinguen 5 aproximaciones distintas de los contratos colectivos al tema del acoso sexual. Un primer tipo, tratan el fenómeno en forma marginal. Las del segundo grupo, hacen referencia al tema acoso en los artículos relativos a salvaguardar la dignidad del trabajador, asumiendo dicha función los comités paritarios nacionales y regionales por la igualdad de oportunidades, encargados de formular proposiciones e indicaciones encaminadas a la sensibilización, prevención y eliminación de este fenómeno. Los contratos del tercer grupo, abordan el tema en el marco de los Observatorios nacionales y regionales, creados por las organizaciones de empleadores y trabajadores y de donde nace el Comité

paritario nacional de igualdad de oportunidades. En el cuarto grupo aunque encontramos se aborda en forma expresa el acoso sexual, se limitan a reenviar el tema al Comité por la Igualdad de Oportunidades. Por último, en el quinto grupo, el acoso sexual es tratado dentro de las medidas disciplinarias.

En Holanda algunos acuerdos colectivos tratan el tema del acoso sexual y ciertas compañías y reparticiones públicas han adoptado códigos de conducta preventivos del acoso sexual, como por ejemplo, en la Universidad de Twente.

Generalmente las obligaciones de prevención van acompañadas de facultades de investigación del acoso en caso de denuncia. Sin duda, se trata de una facultad bastante compleja del empleador, que tan sólo es un particular y no un órgano estatal, pero este tipo de medidas es necesaria porque en el lugar de trabajo quien tiene la potestad directiva es el empleador y sobre él pesa el deber de seguridad respecto de los trabajadores. De igual forma, una facultad investigativa, de tipo prepolicial, requiere de límites claros que cautelen los derechos fundamentales de los involucrados, especialmente de los trabajadores subordinados.

Durante la investigación y una vez probado el acoso, el empleador puede amonestar en forma verbal o escrita (Brasil, Lituania y USA), puede disponer el relevo o transferencia interina mientras se concluye la fase de investigación (Australia y USA), puede suspender a los implicados como en el caso de Filipinas (de 30 a 90 días), degradar al culpable y rebajar su remuneración (ambos casos en USA). Las medidas adoptadas, por ejemplo en el caso de Austria, deben ser proporcionales.

En Japón las medidas con que cuenta el empleador son amplias, desde advertencias y reprimendas hasta rebajas de la remuneración, degradación y despido.

En cuanto a las sanciones, obviamente el empleador puede despedir al acosador, como ocurre en Argentina, Austria, Australia, Canadá, Chile, España, Gran Bretaña, Filipinas, Francia, Polonia, República Checa, Turquía, Holanda, Suecia y Uruguay.

Si el empleador es negligente el trabajador acosado puede poner término al contrato (despido indirecto) y demandar indemnizaciones a su empleador, como ocurre en Argentina, Chile, Italia, Uruguay, República Dominicana, Francia y Brasil. En el caso de Polonia, el empleador luego de indemnizar a la víctima puede demandar al acosador para recuperar los montos cancelados.

La legislación Sueca en forma expresa prohíbe que el empleador o sus representantes adopten represalias con el trabajador denunciante de acoso sexual.

5. Reparaciones.

Una infracción tan grave como el acoso sexual conlleva reparación de los daños, sobre todo el daño moral, como ocurre por ejemplo en Argentina, Rumania o Uruguay, sin perjuicio de las indemnizaciones propiamente laborales (preaviso y años de servicio), como en el caso de Francia.

En Uruguay la ley fija un monto mínimo para la reparación del daño moral, ascendente a 6 mensualidades de acuerdo a la última remuneración del trabajador/a víctima del acoso.

En USA el Congreso aprobó la ley de Derechos Civiles en 1991 ampliando las sanciones por acoso sexual, incluyendo compensaciones y daño punitivos. En este último caso la ley limita los montos a decretar según el tamaño de la empresa (tope de 300.000 dólares en empresas de más de 500 o más trabajadores y 50.000 en empresas de más de 15 y hasta 100 empleados).

En Filipinas el trabajador puede solicitar también la indemnización de daños nominales (de reconocimiento de derechos) y punitivos.

Si un trabajador ha sido despedido por resistirse a un acoso sexual, puede ser readmitido o reintegrado a su puesto como en Brasil y Australia.

En Australia occidental las compensaciones están limitadas hasta el tope de 40 mil dólares australianos, y en Nueva Gales del sur hasta 100 mil dólares. En otras jurisdicciones de Australia no está limitado. Las conciliaciones tienden a contemplar montos superiores, pero son confidenciales.

En Italia se contempla la reparación de daños patrimoniales y no patrimoniales, incluso el daño biológico (que atenta contra la integridad psico-física y es susceptible de una evaluación médico legal y causalmente vinculado a la conducta vejatoria), el daño existencial (el perjuicio provocado a la personalidad y a la vida relacional de la víctima) y el daño moral (sufrimientos morales de la víctima, “trastorno del alma” en palabra de la Corte de Casación italiana). También se dispone a título de reparación la publicación de la sentencia condenatoria, en la medida que permita reparar el daño.

En Holanda el trabajador acosado puede demandar daño material y moral y el monto a determinar no está sujeto a restricciones.

Finalmente, en el caso de Austria, la compensación por daño en general y por daño moral en el acoso sexual es por un monto mínimo de 1000 euros. La responsabilidad es acumulativa entre empleador y acosador.

ACOSO MORAL

ACOSO LABORAL

I.- Recepción del acoso laboral

La figura del acoso laboral ya no es desconocida para el Derecho del Trabajo. Progresivamente, se ha ido incorporando al horizonte jurídico la noción de acoso moral en el trabajo, *mobbing* o acoso laboral, ya sea de la mano del legislador, de la jurisprudencia o de la doctrina.

Eso sí, a diferencia de otras figuras, como el acoso sexual, se trata de una recepción fundamentalmente articulada desde la doctrina y la jurisprudencia. Salvo contadas excepciones, el acoso laboral no ha sido objeto de incorporación legislativa expresa en los diversos ordenamientos jurídicos laborales analizados por los informes. En ese sentido, la recepción de la figura está generalizada –prácticamente no existen experiencias comparadas relevantes que no la contemplen-, pero sólo por excepción a través de la dictación de preceptos legales sobre la figura. Existen, eso sí, numerosos países donde hay proyectos de ley sobre la materia.

De este modo, en primer lugar, están aquellos países –excepcionales- donde el Derecho del Trabajo habilita legalmente la figura: el legislador ha incorporado, ya sea en normas comunes o en normas específicas sobre seguridad o salud en el trabajo, la noción de acoso laboral. Es el caso de Colombia, Francia o Polonia.

En segundo lugar, se encuentra los países –mayoritarios- donde el Derecho del Trabajo no contempla una recepción explícita en la ley del acoso laboral, pero dicha figura ha venido construyendo por otras fuentes del derecho, especialmente la jurisprudencia y por la doctrina científica. Es el caso de Argentina, Uruguay, España, Chile, Brasil, Venezuela, Suecia, Finlandia o Italia.

En tercer lugar, existen algunas tradiciones jurídicas donde el concepto de acoso laboral está íntimamente vinculado a la discriminación y a la violencia contra las mujeres. En esta situación se encuentran, entre otros, Rumania, España o Venezuela.

En Rumania, el artículo 4 de la ley 202 del año 2002, que establece normas antidiscriminatorias, entiende por acoso un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de la persona, que tenga por objeto o efecto dañar la dignidad de la persona y crear un ambiente de intimidación, hostil, degradante o humillante.

A su turno, en la República Checa el *mobbing* se reconoce en la ley N° 198/2009, sobre igualdad de trato y sobre los medios jurídicos de protección contra la discriminación, y se le define como un comportamiento no deseado, relacionado con motivos discriminatorios (raza, origen étnico, nacionalidad, sexo, orientación sexual, edad, deterioro de la salud, credo, religión y creencias políticas), con la intención o la consecuencia de reducir la dignidad de una persona y la creación de trabajo intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo, o que pueda ser razonablemente entendida como una condición previa para una decisión de influir en el ejercicio de los derechos y obligaciones derivados de las relaciones jurídicas.

De este modo, en España por ejemplo, el artículo 7 de la ley 51/2003 considera acoso toda actitud dirigida a las personas con minusvalía que tenga “como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo”. A su vez, el art. 28 de la ley 62/2003, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2002/73/CE de 23 de septiembre sobre el principio de igualdad entre hombres y mujeres, incorpora una mención al acoso definiéndolo como una “conducta no deseada” en situaciones en las que la víctima lo sea por su “origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”.

En otra vinculación especialmente interesante, se encuentran aquellos ordenamientos jurídicos que, pese a no tener una figura expresa y general de acoso laboral, la misma ha sido reconocida parcialmente por las normas que sancionan la violencia contra las mujeres. En Argentina, la ley 26485 (de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales –BO 14/4/09-) define a la violencia contra las mujeres como “toda conducta, acción u omisión que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica y/o patrimonial, como así también su seguridad personal”. Se incluye, como señala el informe argentino, como una de las formas de violencia laboral al —hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión social (art. 6 de la ley 26485).

Otro tanto ocurre en Venezuela, donde el régimen de represión de la violencia de género, contiene la previsión del acoso en el artículo 15.2 de la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LODMVLV), la que señala que “se consideran formas de

violencia de género en contra de las mujeres, las siguientes: [...] *Acoso u hostigamiento*: Es toda conducta abusiva y especialmente los comportamientos, palabras, actos, gestos, escritos o mensajes electrónicos dirigidos a perseguir, intimidar, chantajear, apremiar, importunar y vigilar a una mujer que pueda atentar contra su estabilidad emocional, dignidad, prestigio, integridad física o psíquica, o que puedan poner en peligro su empleo, promoción, reconocimiento en el lugar de trabajo o fuera de él”.

II.- Concepto y noción

Desde el punto de vista del concepto de acoso laboral, es posible determinar que existe una fuerte influencia de la psicología, en algunos casos porque el legislador la tuvo en cuenta al momento de legislar, o porque en la recepción judicial se utilizan las nociones provenientes de dicho conocimiento.

La ruta parece, salvo ligeras modificaciones, la misma: el uso original de la idea de acoso proviene de las ciencias biológicas, específicamente de los estudios del comportamiento de los animales efectuados por LORENZ. De ahí se da un salto al estudio del trabajo de la mano de LEYMANN, quien lo aplica por primera vez a las organizaciones humanas. Este último lo definió inauguralmente como aquella: "situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo"⁴³.

⁴³ Leymann, 1996.

De ahí, la definición de acoso laboral ha pasado al Derecho, ya sea por la vía de las definiciones legislativas, ya sea por la vía de su inclusión como parte de la jurisprudencia que sobre el punto comienza a existir en casi todos los países⁴⁴.

Desde esa perspectiva, el acoso laboral en los pocos países que ha sido expresamente regulado por la ley, ha seguido el camino trazado por la psicología. Una definición interesante es la del Acuerdo Marco Europeo sobre violencia y acoso en el trabajo del año del 2007, donde se le define como aquella situación donde “uno o más trabajadores o directivos son maltratados, amenazados o humillados, repetida y deliberadamente, en circunstancias relacionadas con el trabajo”.

El concepto de acoso laboral ha sido definido, entre otras normas, en el art. 943 § 2 del Código de Trabajo de Polonia. De conformidad con esta disposición, se entenderá por acoso laboral toda acción o comportamiento, en relación con un empleado o contra el empleado que consiste en un acoso persistente y de larga duración, o en una intimidación de un empleado como resultado de la evaluación decreciente de sus capacidades profesionales, así como el que resulta de la intención de humillar o ridiculizar a un empleado, aislando a él o ella o eliminando a él o ella del equipo de trabajo.

En Francia, la figura es objeto de una doble definición. De acuerdo con el artículo L. 1152-1 del Código de Trabajo, "ningún empleado sufrirá la repetición de actos de acoso que tengan por objeto o por efecto un deterioro de las condiciones de trabajo, que puedan perjudicar sus derechos y su dignidad, la alteración de su salud física o mental o poner en peligro su futuro profesional". Dicha definición fue complementada por la de la ley del 27 de Mayo del 2008, en qué asimiló el acoso laboral a una discriminación

⁴⁴ Sobre la noción de acoso laboral en doctrina ver: Gamonal y Prado, 2006 y Mangarelli, 2008.

en relación con la pertenencia o no, real o supuesta, a un grupo étnico, raza, religión, creencias, edad, discapacidad, orientación sexual o de género y cualquier acción de naturaleza sexual sufrida por una persona, cuyo objeto o consecuencia sea la violación de la dignidad o la creación de un entorno hostil, degradante, humillante u ofensivo. Como se advierte, a diferencia de la definición del acoso del artículo L1152-1 del Código del Trabajo, esta última no requiere de la naturaleza repetitiva de los actos y un acto aislado cuando está vinculada a un motivo discriminatorio, puede ser constitutivo de discriminación.

En Colombia, según el artículo 2° de la ley 1.010 de 2006, es acoso laboral “toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado o trabajador, por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo”.

Parecería útil en este contexto, ante diversas definiciones de perfiles no siempre coincidentes y con deslindes algo difusos, utilizar la distinción entre el concepto y las concepciones del acoso laboral. De este modo, sobre la idea común que se maneja en el Derecho del Trabajo comparado – el concepto-, es posible encontrar, como veremos, diversas concepciones acerca el mismo. En ese sentido, más allá de entender una definición en particular como correcta, atendida la dificultad de aprender conceptualmente un fenómeno tan poliforme como el acoso laboral, parece razonable exponer los elementos centrales que en los distintos sistemas jurídicos se ha tenido a la vista al momento de tener que aplicar dicha noción.

Desde esta perspectiva, y partir de las revisiones de los informes es posible detectar que, en mayor o menor medida, el diseño de la figura jurídica de acoso laboral ha girado en torno a determinados elementos:

En primer lugar, la existencia de una conducta persistente. Uno de los requisitos que se incorporó, desde los orígenes de la noción de acoso laboral, es la necesidad de que la conducta sea persistente o recurrente. Algunos países lo han acogido explícitamente, como el caso de Colombia o Polonia y otros lo han hecho implícitamente por medio de las elaboraciones jurisprudenciales o doctrinales.

Dentro de los países que incorporan este elemento al concepto, encontramos algunos que lo hacen incluso considerando como parámetro el tiempo señalado por LEYMANN, esto es, que la conducta sea sistemática (al menos una vez por semana) y recurrente (a lo menos durante seis meses). Un ejemplo claro de esto se da en Venezuela, donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de ese país, tiene una mirada rígida del fenómeno, exigiendo que las conductas constitutivas del *mobbing* han de verificarse de manera sistemática (al menos una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (más de seis meses).

En Colombia el artículo 2º de la ley 1010 de 2006, señala expresamente que es acoso laboral “toda conducta persistente”.

Otros, como Italia, si bien comparten este parámetro, lo han flexibilizado. En este país, la noción de acoso laboral señala como elemento fundamental que la conducta sea repetida en un largo periodo de tiempo, e incluso en el informe se hace referencia al tiempo estimado por la psicología, esto es, seis meses. No obstante, la jurisprudencia más reciente ha estimado que en ciertos casos hay conductas vejatorias que pese a darse en un período de tiempo inferior, por las circunstancias materiales en que se desarrolla,

pueden configurar acoso moral (Tribunal de Montepulciano, 26 octubre 2006).

En este mismo punto cabe mencionar a Francia, ya que si bien en este país la ley señala la repetición como elemento constitutivo del acoso laboral (el artículo L. 1152-1 del Código de Trabajo), luego de la entrada en vigencia de la Ley 27 de Mayo 2008, se incorpora la idea de que un acto aislado -cuando está ligado a un motivo discriminatorio- puede constituir acoso laboral.

Estos casos reflejan que en algunos países reconocen como actos constitutivos de acoso laboral, pese a ser aislados, aquellos que tienen un motivo o finalidad discriminatoria.

Otro caso interesante de flexibilidad de la exigencia de reiteración es Colombia: la ley 1.010 de 2006 señala, en su artículo 7, que “excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales”.

En la misma línea, en la Ley de Normas de Trabajo del Estado de Québec en Canadá, se establece que -en su artículo 81.18- “una sola conducta grave puede también constituir acoso psicológico si supone un daño y produce efecto nocivo continuado para el trabajador”.

En segundo lugar, que la conducta sea sistémica. Esto es, que el acoso se verifique por la concurrencia de un conjunto de manifestaciones diversas que degraden, y sean capaces, por su intensidad y sistematicidad, de generar un ambiente laboral vejatorio y humillante.

Una buena parte de la experiencia comparada, como acreditan los informes, ha exigido de que el acoso laboral implique una conducta sistémica y compleja, cuestión que se explica por la influencia que en muchos de ellos han tenido los conceptos de la psicología. Particularmente relevante es la utilización del concepto de LEYMANN que pone acento en este punto: "situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo".

De ese concepto tomaran la exigencia de "sistematicidad" del acoso, muchos ordenamientos laborales, como España, Argentina, Chile, Suecia o Brasil. En ningún de ellos existe una definición legal de acoso laboral y, por lo mismo, se han utilizado por la jurisprudencia los conceptos provenientes de la psicología y junto con ellos, la exigencia de complejidad de las diversas conductas que lo constituyen.

El sentido de este elemento es obvio: permite distinguir al acoso laboral de situaciones de ordinaria ocurrencia en el trabajo, tales como la falta de compatibilidad entre compañeros de trabajo, tensión laboral, retos, gritos y otros, pero que por su carácter de episodios aislados no permiten sostener la configuración de un acoso laboral propiamente tal.

En tercer lugar, la existencia de una finalidad o intencionalidad determinada. La exigencia de un elemento subjetivo –o finalidad- en el acoso laboral, es una tendencia muy relevante en el Derecho del Trabajo comparado.

Existen países en los que se considera como elemento subjetivo del acoso laboral, la intencionalidad referida únicamente a conseguir que el trabajador acosado renuncie. Así en Austria se señala que la característica esencial del acoso laboral, además de tratarse de una conducta sistemática y reiterada, es

que debe contar con la intención deliberada de excluir a la persona del lugar de trabajo.

Parecido criterio es el que se observa en la jurisprudencia italiana, donde el elemento subjetivo, como señala el informe, “requiere, necesariamente, la forma de dolo, cuando una conducta vejatoria diseñada para aislar y devaluar a la víctima (TAR de Roma, 1 Cámara, n° 2907, 1 de abril de 2011).

En otros países se concibe una intencionalidad no sólo enfocada a la exclusión del trabajador, sino que incluye hipótesis donde la intención o finalidad de quien acosa es simplemente dañar o menoscabar al acosado. En Australia, en el estatuto de seguridad y salud del trabajo se señala que esta conducta, la de bullying, busca victimizar, humillar, quebrantar o amenazar al empleado, hacia quien la conducta está dirigida y crea un riesgo en su salud o seguridad. Asimismo, en Polonia se reconoce como finalidad del acoso laboral “humillar o ridiculizar a un empleado, aislarlo o excluirlo del equipo de trabajo”.

En ese sentido, para la jurisprudencia mayoritaria de Argentina el acoso laboral tiene “una dirección específica hacia la víctima con una intencionalidad subjetiva y perversa de generar daño o malestar psicológico y el consecuente sometimiento o su egreso de la organización empresarial o del grupo”.

Y por último, cabe referirse a aquellos países donde no es necesario acreditar intencionalidad para configurar el fenómeno. Así en Uruguay, si bien hay fallos que establecen la intencionalidad como elemento integrante de la estructura del acoso, la tendencia jurídica es a “objetivizar” la conducta, la que además debe ser grave, desde la perspectiva de un “ciudadano medio”.

En Japón, basta el incumplimiento por parte del empleador de su deber de resguardar la seguridad de sus empleados, sin hacer referencia alguna a la intencionalidad como un elemento para la constitución del acoso laboral. Asimismo, según retrata el informe, en Francia el acoso laboral, y también el acoso laboral discriminatorio, pueden configurarse sin intención parte del acosador.

A su turno, la Ley de Normas de Trabajo del Estado de Québec en Canadá, establece -en su artículo 81.18- que “se entiende por acoso psicológico una conducta vejatoria que se manifiesta por comportamientos, palabras, actos o gestos repetidos, que son hostiles y no deseados y que supone un daño a la dignidad o la integridad psicológica o física del trabajador o que entraña, por sí misma, un medio de trabajo nefasto”.

En cuarto lugar, el acoso laboral supone la producción de un resultado lesivo a determinados derechos del trabajador. Cualquiera sea la vía de implementación de la noción de acoso laboral –legislativa, jurisprudencial o doctrinal-, este debe producir un resultado lesivo y aquí el punto relevante, no muy destacado en los informes, es determinar qué carácter debe tener ese resultado.

Existe, por una parte, la posibilidad de entender que el acoso laboral requiere un daño síquico determinado – acreditado por la víctima- derivado de la conducta lesiva del victimario, lo que supone, entonces, como cuestión adicional, la prueba tanto de ese daño en concreto, como de la relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Pero existe otra opción, que consiste en entender que el resultado lesivo se relaciona con la afectación de uno o varios derechos fundamentales de la víctima y no con un daño síquico en concreto, de modo tal, que lo lesionado es un conjunto de bienes jurídicos protegidos que giran en torno a

la dignidad del trabajador, tales como la integridad moral, la honra, la privacidad y la no discriminación.

Es obvio que el tipo de resultado lesivo que se exigirá es una cuestión de política-jurídica, pero con significativas resonancias prácticas, especialmente de naturaleza probatoria para la víctima. Tal como lo destaca, entre otros, el informe venezolano, exigir un daño síquico parece más bien una influencia excesiva del mundo de la psicología sobre el derecho, ya que desde la perspectiva jurídica parece más relevante la protección de determinados bienes y derechos considerados fundamentales.

III.- La tipología del acoso laboral: vertical y horizontal, moral y sexual

Respecto de la distinción entre acoso laboral vertical y el horizontal, es posible dar cuenta de una relativa unanimidad en relación con el reconocimiento de ambos tipos de esta figura a nivel jurisprudencial y doctrinario. En efecto, en diversos informes se señala que tanto la doctrina científica de esos países, como la jurisprudencia, han reconocido como agente del acoso tanto al empleador y los superiores jerárquicos, como a los compañeros de trabajo.

Existe un lenguaje común en el Derecho del Trabajo comparado: el acoso vertical descendiente es entendido como aquel donde el acoso proviene del empleador o de los jefes superiores, el acoso vertical ascendente, a su turno, como el que va en la dirección opuesta de trabajadores inferiores, hostigando a un superior; y el acoso horizontal, por último, como aquel en que el victimario y la víctima son compañeros de trabajo de un mismo o aproximado nivel jerárquico.

Interesante es la introducción, junto a la tipología del acoso laboral ya señalada, de la noción que se relaciona con el establecimiento de métodos de organización empresarial extremadamente agresivos que generan ambientes hostiles y degradantes de trabajo. Dan cuenta de este tipo, entre otros, los informes de Argentina con el nombre de “acoso organizacional” y el de Brasil con el nombre de “acoso moral colectivo”.

En Canadá se le llama “ambiente laboral tóxico”, el cual se define como un ambiente de trabajo en el que los comentarios y comportamientos crean un ambiente poco acogedor, hostil u ofensivo para una persona o grupo de ellas. Este tipo de ambientes afecta la comunicación y la productividad y puede provocar que el individuo o el grupo se sienta marginado, aislado y/o vulnerado. En países como Austria y España, se reconocen como sujetos activos a terceros, nombrando como posibles perpetradores incluso a los clientes.

Respecto de la distinción entre acoso laboral y acoso sexual es posible señalar que ella se efectúa en la mayoría de las experiencias del derecho comparado. Y esa distinción se puede explicar en la clásica distinción de género y de especie.

En efecto, el acoso laboral parece ser una figura más amplia y de contenido más extenso, en cuanto se refiere a todo acoso y hostigamiento que se desencadena en contra de un trabajador, mientras que el acoso sexual se construye como una figura más estricta y limitada, donde el contenido del hostigamiento tiene una naturaleza determinada como la sexual. De algún modo, entonces, el acoso laboral es una figura residual y genérica del acoso sobre el trabajador, mientras que el acoso sexual es una figura insular que recorta una parte de esa realidad del acoso y la particulariza mediante la connotación sexual de las conductas.

Ocurre así, por ejemplo, en Venezuela donde tanto la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente en el Trabajo (artículo 56 LOPCYMAT), como la Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una vida Libre de Violencia (artículo 15), distingue ambos tipos de acoso, según el contenido de la conducta (sexual o no), cada uno con un tratamiento normativo independiente. En Uruguay la ley 18.561 de 2009 que sanciona el acoso sexual en el trabajo, lo hace de “forma exclusiva y excluyente de cualquier otra conducta de hostigamiento en el ambiente laboral”, lo que la diferencia normativamente del acoso laboral.

En Estados Unidos ambas figuras están diferenciadas, el acoso sexual debe ser sobre la base del sexo de la víctima y es una forma de discriminación prohibida por la ley, cuestión que no ocurre con el acoso laboral (*workplace bullying*) que no dice relación con el factor sexo. En Polonia, regulada legalmente, la figura del acoso laboral esta normativamente diferenciada del acoso sexual; lo mismo ocurre en Chile donde la ley 20.005 del 2005, señala una definición expresa para este última figura con especial referencia al carácter sexual del hostigamiento, con exclusión del acoso laboral como figura carente del mismo.

De los informes parece seguirse que la línea que trazaría la diferencia sería el contenido de la conducta, en que el acoso sexual parece una figura más específica y de menor alcance que el acoso laboral, siempre concebido este último como una figura amplia, de finalidad múltiple y de contornos más imprecisos que aquella.

No obstante, existen casos relevantes donde la distinción no ha permeado el plano normativo, como Colombia, donde ambas figuras, según señala el informe, son consideradas como un único tipo del genero hostigamiento en las normas laborales. La ley 1010 de 2006, que quiso incluir todas las posibilidades de acoso en el lugar de trabajo, se determinó que el acoso se

podría presentar cuando hubiera maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad o desprotección laboral y dentro de estas categorías se incluyó dentro de la primera (maltrato laboral) “todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador”. Una situación parecida es la de Holanda, donde estas figuras no se distinguen claramente, y bajo la Ley sobre Condiciones de Trabajo se exige al empleador adoptar medidas contra el hostigamiento en el lugar del trabajo en general sin efectuar distinciones.

En la misma perspectiva, el Acuerdo Marco Europeo sobre violencia en el trabajo del 2007, incluye una noción amplia de acoso, que incluye las conductas de acoso sexual.

IV.- Responsabilidad jurídica

Respecto de la responsabilidad, cabe señalar qué tipo de consecuencias jurídicas implica la sanción del acoso laboral. Dicha responsabilidad en el Derecho del Trabajo comparado puede asumir diversas modalidades:

A.- Responsabilidad constitucional

En diversos países, el acoso laboral es tratado directamente como un problema de derechos fundamentales del máximo rango jerárquico, por lo que se permite a la víctima intentar el ejercicio de acciones de protección constitucional.

Más allá de la vía procesal que cada sistema contempla para la protección de dichos derechos, existen diversos países que reconocen la opción de recabar

protección iusfundamental. Así, por ejemplo, en Venezuela la víctima podrá ejercer la acción de amparo constitucional (de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Constitución de la República y en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), por violación de los derechos fundamentales a la integridad moral (artículo 46 CRBV) y la dignidad (artículos 3, 237 y 87), reclamando la restitución de la situación jurídica infringida, esto es, el cese inmediato de los tratos humillantes o vejatorios que producen la degradación del ambiente de trabajo, así como la adopción de las medidas eficaces tendentes a prevenir su reedición.

En el mismo sentido, en Chile el trabajador podría recabar protección frente al acoso laboral, por la vía de la denominada acción de tutela laboral (artículo 485 del Código del Trabajo) que permite reclamar ante el Juez del Trabajo la vulneración, entre otros, de los derechos fundamentales relacionados con este tipo de acoso: integridad física y síquica, derecho a la honra, privacidad, etc.

Lo relevante es que este tipo de acciones permite la cesación de la vulneración y la aplicación de medidas reparatorias más allá de las sanciones pecuniarias. De hecho, algunas de ellas obligan al juez, como ocurre en Chile, a “adoptar las medidas concretas” para el restablecimiento del ejercicio del o los derechos afectados (artículo 495 del Código del Trabajo).

B.- Responsabilidad laboral

Parece haber una extendida tendencia a establecer mecanismos de responsabilidad laboral en el caso del acoso. En numerosas experiencias, este tipo de responsabilidad consiste en indemnizaciones laborales. En efecto, en este ámbito cabe señalar que la mayoría de los remedios que se establecen frente a la conducta, son pecuniarios.

Un mecanismo especialmente relevante en muchos países es la figura del auto-despido o despido indirecto, donde el trabajador pone término al contrato de trabajo en razón que el acoso laboral se constituye como una infracción del empleador al contrato de trabajo y las leyes laborales que lo regulan. Ya sea en el caso del acoso vertical –el empleador no cumple con el deber de respetar y no afectar la vida y la salud del trabajador- o en el caso del acoso horizontal – el empleador no cumple con el deber de proteger la vida y seguridad frente a terceros-.

Como se señala en el informe de Uruguay, en este supuesto, el trabajador que considere que el clima en el cual se desarrolla la relación laboral es hostil, puede por término al contrato utilizando el despido indirecto. En este caso el trabajador tendrá la carga de la prueba de acreditar los extremos de hecho en los que se basa para poner fin a la relación de dependencia por este motivo. Lo mismo ocurre, entre otros, en Argentina, Brasil, Chile y Polonia.

En el caso de Reino Unido la jurisprudencia ha establecido que cuando un empleador ha cometido un acoso (*bullying*), ello podría constituir una infracción al deber contractual de confianza y el trabajador tiene derecho a autodespedirse y demandar ante los Tribunales.

Una cuestión laboral interesante es aquella que se produce con el trabajador que ha participado como acosador en una hipótesis de acoso laboral horizontal. En dichas situaciones, algunos sistemas jurídicos autorizan su despido por razones disciplinarias: en Suecia, se ha entendido que una causa objetiva de rescisión del contrato de trabajo es el *mobbing* en contra de otro trabajador (sección 7 de la Employment Protection Act).

Similar sanción es la prevista en la ley 1.010 de Colombia, que establece como justa causa de despido el acoso ejercido contra un compañero de

trabajo. En Brasil, a su turno, el trabajador puede ser despedido por atentar contra la dignidad y la integridad síquica de otro trabajador, lo que puede ser encuadrado como una justa causa de despido por atentado contra la honra, buena fama o integridad física prevista en las leyes laborales (letras j y k del artículo 482 Leyes Consolidadas del Trabajo).

C.- Responsabilidad civil por daños

En buena parte de los casos, se permite a la víctima recabar la reparación de los daños por la responsabilidad civil derivada del acoso laboral, aplicando las reglas legales comunes sobre daños y perjuicios.

En Italia, si el autor de la conducta vejatoria es el empleador, debe responder de la falta de seguridad que se refiere el art. 2087 CC en relación a lo dispuesto en con el art. 1218 CC, en virtud de incumplimiento de contrato, debiendo indemnizar a la víctima de todo daño provocado por el acoso. En estos casos, la carga de la prueba es particularmente favorable para el trabajador, que debe aportar evidencia sólo sobre la existencia de la relación laboral y el daño, y no sobre la culpa del empleador.

En Francia existe responsabilidad civil del empleador proveniente por daños por el acoso y la jurisprudencia de la Corte de Casación ha *condenado "in solidum"* tanto al autor del acoso como al empleador, por los daños y perjuicios causados al trabajador. En Holanda, a su turno, la víctima puede solicitar reparación indemnizatoria "bajo las leyes generales de responsabilidad" y en esos casos, podrá ser condenado el empleador, aun cuando no fuese el sujeto acosador, si no tomó las medidas razonables para prevenir el acoso.

En Japón, la jurisprudencia ha ordenado indemnizaciones por daños punitivos, previstos en el Código Civil, en casos graves de acoso laboral que

han terminado con suicidios de las víctimas, condenado al empleador por incumplimiento de sus obligaciones de seguridad con sus empleados.

Una cuestión interesante en este punto es la procedencia del daño moral en la indemnización del acoso laboral. En Italia, la reparación debe cubrir todos los daños causados por el acoso, y entre ellos se encuentran el daño biológico, el daño existencial - es decir, el daño causado en la personalidad y la vida social de la víctima - y el daño moral - como resultado de la angustia emocional de las víctimas-. Este último fue definido con el término "trastorno del alma" por la jurisprudencia de la Corte Suprema (sentencias números 26972 y 26973 del año 2008).

En algunos casos, la acción regular por daños civiles parece ser el único mecanismo de responsabilidad previsto para estas hipótesis, ya que, como se señala en el caso holandés, al no existir un régimen específico de responsabilidad laboral, la víctima debe intentar una demanda por daños ante las Cortes regulares, bajo las reglas generales de responsabilidad.

D.- Responsabilidad penal

En tercer lugar, excepcionalmente, los sistemas jurídicos contemplan como tipo penal específico el acoso laboral, quedando la responsabilidad penal eventualmente sujeta a la aplicación de tipos más generales de delito. Se exceptúan casos como el de España, que en una reciente reforma introdujo el delito de acoso laboral en los siguientes términos: "los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima"(artículo 173 del Código Penal), la generalidad de los ordenamientos jurídicos no conoce el tipo especial descrito.

En el resto de los casos, la responsabilidad penal por acoso laboral queda entregada a qué se considere las conductas que lo constituyen como incluida en tipos penales comunes. Así ocurre en diversos casos, como con el delito de difamación en Suecia (capítulo quinto, sección primera del Código Penal), de lesiones en Argentina (artículo 89 del Código Penal), o de injurias, difamación y lesiones en el caso de Uruguay (artículos 333, 334 y 316 del Código Penal)

E.- Responsabilidad administrativa

Una tendencia generalizada en el derecho comparado es la existencia de sanciones administrativas aplicadas por las conductas de acoso laboral, ya sea por infracción a normas legales laborales generales, como por incumplimiento del deber de seguridad y salud de respecto de los trabajadores.

De este modo, en Turquía el Código del Trabajo (art. 77) establece la obligación del empleador de proteger la salud y seguridad de sus trabajadores, y el acoso laboral entendido como un caso de incumplimiento de ese deber, puede ser sancionado por el Ministerio del Trabajo. Otro tanto ocurre en Polonia, en relación a la Inspección del Trabajo y su competencia sobre las normas de salud y seguridad ocupacional.

En el mismo sentido, en Finlandia la ley Ocupacional de Salud y Seguridad de 2002, establece en su Sección 28 la obligación del empleador de adoptar medidas contra el hostigamiento y trato inapropiados que amenazan la salud de los trabajadores, normas que debe controlar y sancionar la Inspección del Trabajo.

En fin, en parecida situación de sanciones administrativas por conductas de acoso laboral se encuentra, entre otros, el caso uruguayo donde la legislación - decreto N° 186/2004 del 08.06.04- relativa a las infracciones a los convenios internacionales de trabajo, leyes, decretos, resoluciones, laudos y convenios colectivos, califica en su artículo 9° lit. d como muy graves, a “las infracciones que supongan incumplimientos de las prescripciones legales, reglamentarias o convencionales siempre que exista un riesgo muy grave, o inminente para la integridad física o salud de los trabajadores afectados”.

La aplicación de la sanción corresponde a la Inspección General del Trabajo, el bien jurídico tutelado en este caso es la higiene, seguridad y salud en el trabajo, y la sanción que recae sobre el sujeto ofensor, conforme lo dispone el Art. 13° del mismo decreto, consiste, como es la regla general en el derecho comparado, en una multa.

V.- Reclamaciones y procedimientos.

Respecto de la existencia de procedimientos de reclamo para enfrentar una situación de acoso laboral, es posible distinguir:

En relación a reclamos ante la propia empresa, la regla general es que no se prevén canales específicos para la denuncia de casos de acoso laboral. La víctima debe utilizar, entonces, las vías generales que la ley o los convenios colectivos de trabajo contemplan para las reclamaciones de naturaleza laboral. Una interesante excepción es Francia donde la ley (art. L.2313-2 del Código del Trabajo) establece que el trabajador podrá presentar un reclamo a través del delegado de personal, con el objeto de que el empleador se vea obligado a tomar las medidas necesarias para remediar la situación de acoso.

En algunos casos, la ley establece la obligación expresa de la empresa de adoptar medidas específicas contra el acoso laboral cuando el trabajador las ponga en conocimiento del empleador, como ocurre en Finlandia con la Ley Ocupacional de Salud y Seguridad (Sec. 28), o en Canadá (provincias de Saskatchewan, Manitoba y Ontario), donde la legislación ocupacional de Seguridad y Salud en el Trabajo expresamente exige normas y políticas en relación al acoso laboral, incluyendo procedimientos internos para reclamos de los trabajadores.

En relación a reclamaciones a la autoridad administrativa, existe una tendencia general a la posibilidad de recurrir a la autoridad estatal ya sea concentrada (Inspección del Trabajo) o a autoridades específicas en materias de salud o no discriminación.

De los informes se sigue, que este o no contemplada la figura de acoso laboral expresamente en la legislación, los ordenamientos jurídicos reconocen habitualmente la posibilidad del trabajador de recurrir a autoridades administrativas, sosteniendo la vulneración de una norma específica –la ley de acoso laboral si existe- o normas generales como las que exigen ambientes de trabajo dignos y con condiciones adecuadas de salud e higiene.

En países como Uruguay, Chile, Turquía, Francia, Finlandia o España, los, los trabajadores acosados pueden recurrir a la Inspección del Trabajo para solicitar tutela administrativa, y en otros, como Suecia se recurre al Departamento de Ambiente del Trabajo en aplicación de la Ley de Ambiente Laboral.

Por último, existe generalizadamente la posibilidad de recurrir a los Tribunales de Justicia para recabar protección en materia de acoso laboral,

ya sea estrictamente como casos laborales de infracción a la normas de salud o prevención en el trabajo o de lesión de los derechos de los trabajadores o, como casos comunes de acoso o discriminación. Un ejemplo de esto último es Reino Unido donde los casos de acoso laboral –frecuentemente llamado bullying- son tratados como casos de acoso a secas, en aplicación de una ley general de Prevención del Acoso del 2007, que con arreglo a la jurisprudencia tiene plena aplicación en materia de trabajo.

COMENTARIOS FINALES

De lo observado en los informes nacionales podemos extraer algunas tendencias respecto del acoso sexual.

En primer lugar, el acoso sexual es una figura que se encuentra absolutamente consolidada a nivel comparado. Los países por distintas vías han sancionado y buscan prevenir esta figura. El régimen estatuido en la generalidad de los casos se ampara en los derechos fundamentales del trabajador, en especial, la no discriminación e igualdad de trato.

En segundo lugar, la tipificación del acoso sexual es amplia. Tiende a incluir a los sujetos de la relación laboral (empleador y trabajador), así como a los otros participantes del ambiente de trabajo, como por ejemplo, los compañeros, los trabajadores subcontratados y los suministrados, los clientes, los familiares del empleador, etc. Incluso se protege al trabajador que busca empleo y al que está en procesos de formación y capacitación.

En esta perspectiva, aunque los sistemas de responsabilidad son amplios (laboral, civil, administrativo y penal) se tiende a imputar y a hacer responsable al empleador por el ambiente de trabajo, aunque no sea el

acosador directo. De esta forma, los ordenamientos laborales reconocen la relación de poder que subyace al contrato de trabajo, relación que es reconocida por el derecho a través de la potestad de dirección del empleador.

En tercer lugar, el acoso sexual puede afectar a cualquier persona pero aqueja en forma preponderante a la mujer trabajadora. Por ello no basta la prohibición y sanción legal de esta figura, sino que este tema es abordado desde la perspectiva de género y se buscan mecanismos de educación y de prevención en esta materia. Estos mecanismos tiende a involucrar a todos los actores: gobiernos, empleadores, sindicatos, etc.

En cuarto lugar, cabe apuntar que como el acoso sexual se vincula con la defensa de los derechos fundamentales de los trabajadores, los ordenamientos consagran procedimientos especializados para su persecución, aunando investigaciones al interior de la empresa, procedimientos de fiscalización administrativa, actuaciones de Ombudsman en algunos casos, arbitrajes emanados de contratos colectivos y finalmente intervención judicial en la materia. La intervención jurisdiccional tiene como característica la consagración de sistemas probatorios aligerados, en base a pruebas de indicios y presunciones.

Los efectos del acoso tienden a conllevar la reparación amplia de los daños causados, en especial el daño moral de la víctima.

Respecto de la revisión de los informes sobre el acoso laboral es posible efectuar algunas consideraciones críticas:

En primer lugar, que no existe un reconocimiento legal expreso de modo generalizado para al acoso laboral, lo que no ha impedido que la figura haya sido recepcionada por distintos caminos, especialmente la doctrina y la

jurisprudencia. En cualquier caso, existe una notoria influencia de la psicología en la construcción del concepto jurídico de acoso laboral.

En segundo lugar, que pese a las diversas formulas utilizadas por el derecho para la construcción de la figura del acoso laboral, existe un concepto mínimo y común en la materia – de tratarse de una situación de acoso y hostigamiento de cierta intensidad sobre el trabajador o la víctima-.

Sobre ese concepto mínimo se construyen las diversas concepciones sobre el acoso laboral en el derecho comparado y que se puede calificar a partir de dos extremos fundamentales, de acuerdo con los elementos configurativos en que se ponga la atención: una subjetiva y otra objetiva.

En la concepción que denominamos subjetiva el acoso laboral se diseña con especial exigencia de elementos de esa índole: la intencionalidad del acosador y la acreditación de un daño síquico a la víctima. Mientras que en el caso de la concepción objetiva, la exigencia fundamental se desplaza a la persistencia y sistematicidad de la conducta del acoso laboral.

En tercer lugar, y muy ligado con lo anterior, de sostenerse una concepción subjetiva del acoso laboral se hace más acuciante resolver el problema probatorio que el acoso presenta: por una parte, cómo puede la víctima acreditar la existencia de una situación de acoso laboral si ello requiere la prueba de una intencionalidad o elemento subjetivo determinado –el ánimo de excluir o de ofender- y, por otra, cómo probar la existencia de un daño síquico y la relación de causalidad respectiva.

El concepto objetivo parece aliviar a la víctima de esos desafíos, pero para ello requiere alejarse de la noción psicológica del acoso laboral y construir una figura con tintes más jurídicos desde una particular perspectiva del derecho: la de los derechos fundamentales.

En cuarto lugar, lo relevante para la figura del acoso laboral –entendidos como elementos típicos esenciales- es la existencia de una conducta que se revela como “pluriofensiva” de determinados derechos fundamentales de la víctima. De este modo, el acoso laboral no debería construirse estrictamente como un ilícito de actividad, sino, cosa distinta, como un ilícito de resultado, en cuanto se afectan las posiciones jurídicas protegidas por derechos considerados fundamentales para el trabajador como ciudadano, entre ellos, la privacidad, la no discriminación, la integridad física y síquica⁴⁵.

⁴⁵ Sobre la noción de afectación y restricción de derechos fundamentales “no laborales” del trabajador ver UGARTE (2011).

Referencias bibliográficas

Caamaño, Rojo (2005), “Acoso sexual: concepto, clases, bien jurídico protegido”, en *El acoso sexual en la empresa, análisis de la ley 20.005*, de Caamaño Rojo, Eduardo, Carvajal Godoy, Gabriela y Jiménez Trejo, Patricio, Santiago, LexisNexis.

Fernández Revoredo, Marisol (2001), “Violencia de género y acoso sexual: ¿qué se puede hacer desde el derecho de interés público?”, en *Derechos Humanos e Interés Público*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales N° 11, Universidad Diego Portales.

Gamonal C., Sergio (2007), *El Daño Moral en el Contrato de Trabajo*, 2ª edición actualizada, Santiago, LexisNexis.

Gamonal C., Sergio - Prado López, Pamela (2006), *El mobbing o acoso moral*, Santiago, LexisNexis.

Gamonal C., Sergio (2004), *Ciudadanía en la Empresa o los Derechos Fundamentales Inespecíficos*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

Kahn-Freund, Otto (1987), *Trabajo y Derecho*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Leymann, Heinz, L (1996) *La persécution au travail*, Seuil, París.

Lizama P., Luis y Ugarte C., José Luis (2005), *Nueva ley de acoso sexual*, Santiago, LexisNexis.

MacKinnon, Catharine A. (1979), *Sexual Harassment of Working Women*, New Haven, Yale University Press.

Mangarelli, Cristina (2008) *El acoso en las relaciones laborales*, en Revista Estudios Laborales de la Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N°3.

McGinley, Ann (2006), “Harassment of Sex(y) Workers: Applying Title VII to Sexualized Industries”, *Yale Journal of Law and Feminism*, Vol. 18 Issue I.

Méda, Dominique (1996), “El valor trabajo visto en perspectiva”, *Revista Internacional del Trabajo*, 1996/6, Ginebra.

Palomeque López, Manuel-Carlos (1991), *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Rojas Miño, Irene (1998), “Por qué legislar sobre el acoso sexual en el trabajo”, en Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo, N° 112.

Sinzheimer, Hugo (1984), “El perfeccionamiento del derecho del trabajo” (publicada originalmente en 1922), en *Crisis Económica y Derecho del Trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social.

Siqueira Neto, José Francisco (2003), *Derechos del Trabajador y Derechos Humanos Fundamentales (informe general)*, Montevideo, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Supiot, Alain (1996), *Crítica del derecho del trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales.

Ugarte C., José Luis (2009), *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing.

Ugarte C., José Luis (2011), *Privacidad, Trabajo y Derechos*, Santiago, AbeledoPerrot LegalPublishing.

Valdés dal Ré, Fernando (2003), *Los Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador (informe general)*, Montevideo, XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.