

## ALGUNAS APROXIMACIONES AL CONCEPTO Y REGULACIÓN DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

DANIEL ULLOA MILLARES

Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica de Perú.

MARLENE MOLERO SUÁREZ

Alumna del séptimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

### SUMARIO:

- I. Introducción. - II. El concepto: 1. Una precisión necesaria: ¿hostigamiento o acoso sexual?; 2. ¿Por qué regalar o enfrentar el hostigamiento sexual en las relaciones laborales?; 3. La regulación internacional: breve descripción; 4. Antecedentes normativos peruanos. - III. El hostigamiento sexual: 1. Definición; 2. Conductas que califican como hostigamiento. - IV. Análisis de aspectos puntuales de la nueva regulación: 1. La importancia de la capacitación o de tener una política empresarial sobre el hostigamiento; 2. ¿Se sanciona en el Perú el hostigamiento ambiental?; 3. ¿Se sanciona el acoso horizontal? El concepto de situación ventajosa; 4. La importancia del rechazo (manifiesto); 5. La evaluación de la conducta de hostigamiento: parámetros; 6. La protección del presunto hostigador: el derecho a un debido proceso; 7. Acciones legales ante un supuesto de hostigamiento; 7.1. Ámbito subjetivo; 7.2. Ámbito objetivo; 7.3. Los procedimientos aplicables en el régimen laboral privado; 7.3.1. Procedimiento para el cese de hostilidad; 7.3.2. Procedimiento para la extinción del contrato y el pago de la indemnización; 7.4. Consecuencias de una queja falsa; 7.5. Obligación de comunicación al Ministerio de Trabajo; 8. La prueba del hostigamiento; 8.1. La carga de la prueba; 8.2. El respeto al derecho a la intimidad del hostigado. - V. Colofón: La importancia del tema.

Una supervisora de auditoría de una empresa automotriz le ha pedido a su jefe que no la envíe a realizar labores a determinados centros de trabajo dado que el ambiente en esos lugares es muy machista, los trabajadores no la dejan de mirar (tiene que vestirse con ropa muy holgada) y las paredes de la mayoría de los centros de atención están "decoradas" con imágenes de mujeres desnudas. El jefe no atiende su pedido pues le dice que eso es "normal" y que si no lo puede hacer entonces tendrá que dedicarse a otras labores de categoría inferior.

Una enfermera ha solicitado su traslado a otro hospital dado que, si bien el trabajo es muy bueno, el nuevo médico no cesa de invitarle a salir y mandarle pequeños obsequios. Ella no quiere algo con él (es una mujer casada con dos hijos), pero tampoco quiere quedar mal con él (dado que dicho profesional decide los ascensos en el hospital). Sus compañeras le aconsejan que le "siga el juego", pues caso contrario podría perder el trabajo, tan escaso en estos días.

Estas situaciones califican como hostigamiento sexual y no son conductas que tengamos que aceptar debido a que jurídicamente ya existen elementos para corregirlo. Este concepto es el objeto del presente artículo.

### I. INTRODUCCIÓN

Una importante novedad legislativa del año pasado fue la publicación y vigencia de la Ley 27942<sup>1</sup> (en adelante "la ley") y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 10-2003-MIMDES<sup>2</sup> (en adelante "el reglamento"), que regulan la prevención y la sanción del hostigamiento sexual en los centros de trabajo, en las instituciones educativas, policiales<sup>3</sup> y militares y, en general, en cualquier relación de prestación de servicios donde exista autoridad o dependencia.

<sup>1</sup> Publicada el 27 de febrero de 2003.

<sup>2</sup> Publicada el 26 de noviembre de 2003.

<sup>3</sup> Posteriormente, mediante Ley 28338, Ley del régimen disciplinario de la Policía Nacional del Perú, se incluyó como infracción muy grave "coaccionar o amenazar implícita o explícitamente al personal de la PNP, intimidando, presionando y/o sometiendo a trato hostil, para condicionar o recibir favores de contenido sexual, o por rechazo a éstos" (artículo 37).

Resulta innecesario justificar la importancia de la regulación de este tema considerando que este fenómeno es muy conocido, lamentablemente, por muchas mujeres, sean trabajadoras o no, al formar parte de las relaciones cotidianas entre los sexos, siendo las principales víctimas de esta conducta las mujeres jóvenes que ocupan su primer empleo o las mujeres que se reincorporan al trabajo tras un periodo de inactividad.<sup>4</sup> No es, entonces, un asunto que haya sido inventado por aburridos catedráticos o por lúcidos burócratas sino que son las mismas mujeres las que exigen que su vida laboral sea desempeñada con dignidad.<sup>5</sup> A ello debe agregarse que por evidentes factores sociales y culturales, muchas de las conductas calificadas como hostigamiento sexual se asemejan o están muy cerca de relaciones y reacciones habituales, encontrándose demastado próximas a la "normalidad".<sup>6</sup> Consecuentemente, se asume el grave riesgo que muchas faltas sean consideradas como conductas "normales" o como elementos cotidianos que, inevitablemente, resultan perjudicando, hoy y desde hace mucho tiempo atrás, a un colectivo determinado.

En Europa se han realizado varios estudios tratando de descubrir la verdadera situación de esta conducta, siendo el principal problema la identificación del concepto. Así por ejemplo, la encuesta que se realizó en España en abril de 2000 por encargo de la Secretaría Confederal de la Mujer de Comunidades Obreras tuvo que utilizar tres conceptos de hostigamiento (acoso, sexismo y acoso reconocido) para intentar obtener un mayor margen de medición del problema.<sup>7</sup> Asimismo, José Donayre menciona<sup>8</sup> que en un estudio realizado en Francia sólo el 10% de las encuestadas dijo haber sido objeto de acoso sexual, pero que el 48% del mismo universo pensaba que no calificaba como hostigamiento que el jefe directo de la trabajadora le solicite pasar el fin de semana con él si ello era necesario para aspirar a un ascenso.

A pesar de la indefinición conceptual, no es exagerado afirmar que el hostigamiento es una violación a los derechos humanos, una manifestación de la violencia de género contraria al principio de igualdad de trato y en muchas legislaciones, una forma de discriminación por sexo. Ello producto de las ideas arraigadas en las diversas jurisdicciones así como de su regulación interna, tal como lo afirma Aeberhard-Hodges: *"En los Estados Unidos se ha confirmado recientemente que el acoso sexual constituye una discriminación en el trabajo por motivo de sexo. En Francia este tipo de acoso sigue considerándose un abuso de autoridad o de poder y se indemniza como tal. En España se considera más bien una violación del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (...)"*<sup>9</sup>

Consecuentemente, resulta importante que en nuestro ordenamiento se establezcan reglas claras sobre tan delicado tema.

Si bien el ámbito de aplicación de las normas a comentar es muy amplio, el propósito de este estudio se centrará en las disposiciones vigentes de la ley y del reglamento aplicables en las relaciones laborales reguladas por la legislación de la actividad privada.

<sup>4</sup> Según refiere AEBERHARD-HODGES, Jane, en la entrevista publicada en la Revista Trabajo, No. 19, marzo 1997, OIT, p. 8.

<sup>5</sup> RUBENSTEIN, Michael, *Tratamiento del acoso sexual en el trabajo*. En: *La lucha contra el acoso sexual en el trabajo*, Condiciones de Trabajo, No. 7, OIT, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, p. 27.

<sup>6</sup> Tal como lo señala el informe emitido por la Secretaría Confederal de la Mujer de Comunidades Obreras titulado *El acoso sexual en el trabajo en España*, noviembre de 2000, p. 7. Asimismo, muchas veces se busca calificar conductas de hostigamiento como piropos o propias de relaciones "románticas".

<sup>7</sup> Comisiones Obreras, Op. Cit.

<sup>8</sup> En *Acoso Sexual*, publicado en la revista *Business*, Lima, enero de 1998, p. 44.

<sup>9</sup> AEBERHARD-HODGES, Jane, *Jurisprudencia reciente sobre el acoso sexual en el trabajo*. En: *Revista Internacional del Trabajo*, Volumen 115, No. 5, 1997, p. 547.

## II. EL CONCEPTO

### 1. Una precisión necesaria: ¿hostigamiento o acoso sexual?

De forma previa al análisis, haremos una breve precisión terminológica, dado que la ley y el reglamento utilizan la frase "hostigamiento sexual" y no "acoso sexual"<sup>9</sup> mientras que la legislación y la jurisprudencia existente en España y en Europa utilizan el término "acoso sexual".<sup>10</sup>

La última versión del Diccionario de la Real Academia Española (2001) contempla las siguientes definiciones:

**Acoso**- 1. m. Acción y efecto de acosar. 2. m. *Taurow*. Acosamiento a caballo, en campo abierto, de una res vacuna, generalmente como preliminar de un derribo y tiesta. - sexual. 1. m. Der. El que tiene por objeto obtener los favores sexuales de una persona cuando quien lo realiza se halla en posición de superioridad respecto de quien lo sufre.

**Acosar**- (Del ant. *cosso*, carrera). 1. tr. Perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o a una persona. 2. tr. Hacer correr al caballo. 3. tr. Perseguir, apremiar, importunar a alguien con molestias o réquerimientos.

**Hostigamiento**- 1. m. Acción y efecto de hostigar.

**Hostigar**- (Del lat. *fastigare*). 1. tr. Dar golpes con una fusta, un látigo u otro instrumento, para hacer mover, juntar o dispersar. 2. tr. Molestar a alguien o burlarse de él irsistentemente. 3. tr. Incitar con insistencia a alguien para que haga algo. 4. tr. Hostilizar (Á al enemigo). 5. intr. *And., Chile, Col., Ecuad., Méx. y Perú*. Dicho de un alimento o de una bebida: Ser empalagoso. 6. intr. coloq. *Bol., Chile, Col. y Perú*. Dicho de una persona: Ser molesta o empalagosa.

En la definición específica de acoso sexual incluida en el diccionario antes citado se exige una relación de autoridad y un fin (obtener favores sexuales), lo cual no existe en las definiciones generales de las palabras acoso u hostigamiento, en las que se incluye la conducta de incitar con insistencia a alguien para que la persona acosada realice algo, así como la acepción de molestar o incomodar a alguien.

Como explicaremos más adelante, la conducta a estudiar contempla dos modalidades sancionadas: el *quid pro quo* (literalmente: esto por aquello) o chantaje propiamente dicho y el ambiente hostil, con lo cual la definición académica antes transcrita resulta insuficiente.<sup>11</sup> Por ello, dada la amplitud de este concepto, consideramos que la utilización de la palabra "hostigamiento" constituye un acierto de las normas peruanas para así poder incluir en su regulación las dos variantes de este concepto reconocidas actualmente por la doctrina y la jurisprudencia internacional.

<sup>9</sup> La Ley no menciona dicha frase y el reglamento solamente la utiliza en tres artículos (No. 1, 5 y la tercera disposición complementaria) pero solamente como referencia de la regulación previamente existente en el Código del Niño y del Adolescente y referida al hostigamiento en los colegios. Es más, en la definición de hostigamiento sexual prevista en el artículo 1 del reglamento se menciona expresamente la variación del término: "Para el caso de los menores de edad será de aplicación lo dispuesto en el literal a) del artículo 18 de la Ley 27337, Código de Niños y Adolescentes, referido al acoso a los alumnos, entendiéndose a éste como hostigamiento sexual".

<sup>10</sup> En inglés la frase utilizada es "sexual harassment", traducida indistintamente con la palabra "acoso" u "hostigamiento" con lo cual no nos ayuda a resolver la duda planteada.

<sup>11</sup> En el caso *Meritor Savings Bank, FSB vs. Vinson*, 477 U.S. 57 (1986), el Tribunal Supremo estadounidense reconoció por unanimidad estas dos modalidades de acoso sexual en el trabajo.

## 2. ¿Por qué regular o enfrentar el hostigamiento sexual en las relaciones laborales?

Consciente de la importancia de este tema, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) entrevistó a varias compañías de ámbito mundial para obtener información que pudiera ser útil para elaborar un manual educativo sobre la prevención del hostigamiento sexual en los centros de labores, labor que finalizó con una publicación realizada en 1999.<sup>21</sup> En una de las preguntas realizadas, se mencionaron como principales causas para afrontar el problema del hostigamiento sexual las siguientes: el cumplimiento de la ley local, el tratar a los trabajadores con dignidad y respeto, la aplicación o el respeto de principios éticos o morales de la empresa, la productividad, los costos administrativos o judiciales, la imagen ante los clientes, la creación de una sola identidad empresarial ante la variedad cultural, entre otros<sup>24, 25</sup>.

En nuestro país esta discusión ha sido eliminada con la vigencia de la ley y el reglamento, normas que, basándose en la dignidad de la persona, han establecido las regulaciones que todo empleador, entre otros obligados, debe respetar sobre el tema, sin perjuicio de señalar que la regulación actual se diferencia claramente de la existente en años anteriores, tal como se detalla en el punto 4.

## 3. La regulación internacional: breve descripción

La regulación del hostigamiento sexual no es reciente ni tampoco uniforme. Si bien el concepto no está definido en el Derecho Federal de los Estados Unidos, país de referencia obligatoria en este tema, sí se le reconoce como una forma de discriminación por razón de sexo con base en el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964<sup>26</sup>, no obstante que su protección recién se consolidó a mediados de los años 70. Del mismo modo es asumido por el Código de Conducta Europeo.<sup>27</sup>

En el Reino Unido el tema está regulado por la *Sex discrimination Act* de 1975 y en Australia por la Ley de Discriminación Sexual de 1984 (*Sex discrimination Act 1984*<sup>28</sup>). Recientemente, en la República Checa se ha aprobado una nueva ley sobre acoso sexual, la cual ha entrado en vigencia el 1 de marzo de 2004.<sup>29</sup> En España, como antes lo fue en el Perú, no existe legislación específica sobre este concepto sino que éste se deduce de la protección de otros derechos previstos en la Constitución, el Código Penal y el Estatuto de los Trabajadores.<sup>30</sup>

De otro lado, la OIT no posee un convenio internacional referido a este tema si bien éste es mencionado expresamente pero de forma secundaria en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas

<sup>21</sup> REINHART, Ariane, *Sexual harassment, addressing sexual harassment in the workplace. A management information booklet*, Ginebra, OIT, 1999.

<sup>22</sup> Op. Cit., p. 4.

<sup>23</sup> "Sexual harassment represents a cost to employers, in terms of disruption to the workplace, negative impacts on productivity and workplace culture, and in particular, employee absenteeism and employee turnover. Employers can also be held legally responsible for acts of sexual harassment committed by their employees or agents, exposing them to the possibility of legal proceedings and compensation payments". En: [www.hrcos.gov.au/sex\\_discrimination/bul\\_business/moda/bul\\_court.html](http://www.hrcos.gov.au/sex_discrimination/bul_business/moda/bul_court.html).

<sup>24</sup> AEBERHARD-HODGES, Op. Cit., p. 554.

<sup>25</sup> "El acoso sexual es una discriminación sexual porque el sexo de la persona afectada es el factor que determina quien es el objeto del acoso". Recomendación de la Comisión de Comunidades Europeas del 27-11-1991; 92/13/CE, Anexo 1, apartado 3: la Ley y la responsabilidad de los empresarios.

<sup>26</sup> Para un informe sobre los casos de hostigamiento sexual en Australia puede revisarse la página web de la Comisión Australiana de Derechos Humanos y de Igualdad de Oportunidades (HREOC): [http://www.hrcos.gov.au/sex\\_discrimination/bul\\_business/text.html](http://www.hrcos.gov.au/sex_discrimination/bul_business/text.html).

<sup>27</sup> Noticia de fecha 15 de enero de 2004 publicada en la página web de Radio Praga (<http://www.radio.cz/es/articulo/49452>).

<sup>28</sup> Artículos 1.1., 9.2., 14, 18.1., 35.1. y 53.2. de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978; artículo 184 del Código Penal (sobre favores de naturaleza sexual en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios) y artículos 4.2., 17.1. y 55.5. del Estatuto de los Trabajadores, según se señala en la *Guía médica para abordar el acoso sexual en el trabajo*, Secretaría Confederal del Mujer de CC.OO., Madrid, marzo de 2003.

y tribales.<sup>22</sup> No obstante, los órganos supervisores relevantes de la OIT (entre ellos el Comité de Expertos sobre Aplicación de Normas y Recomendaciones) y de las Naciones Unidas han concluido que este concepto debe entenderse como una forma de discriminación por razón del sexo.<sup>23</sup>

#### 4. Antecedentes normativos peruanos

En la legislación laboral peruana el tema del hostigamiento surgió cuando fue regulado por la Ley de Estabilidad en el Trabajo, Ley 24514<sup>24</sup>, que señalaba:

*"Artículo 25.- Se considera como actos de hostilidad del empleador o sus representantes en contra del trabajador, los siguientes:*

*(...)*

*h) Los actos contra la moral, el hostigamiento sexual y todos aquellos que constituyan actitudes deshonestas que afecten la dignidad del trabajador".*

Esta calificación como acto de hostilidad fue repetida en la Ley de Fomento del Empleo<sup>25</sup> y en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral<sup>26</sup>, sin que los reglamentos correspondientes definieran el concepto o agregasen alguna precisión sobre el tema.<sup>27</sup>

Entonces, hasta la entrada en vigencia de la Ley, todo acto de hostigamiento sexual debía tramitarse como cualquier otro incumplimiento contractual del empleador, es decir, el trabajador hostigado debía optar por demandar judicialmente el cese de la hostilidad o darse por despedido y demandar el pago de una indemnización tarifada legalmente, cuyo máximo era de doce remuneraciones, sin tenerse en consideración otras posibilidades de reparación para la víctima o de sanción para el agresor.

Con las nuevas normas vigentes en nuestro ordenamiento, el hostigamiento sexual ya no consta expresamente como un acto de hostilidad (podría entenderse que califica como uno de tantos actos que afecten la dignidad del trabajador), lo cual constituye uno de los más graves errores del legislador.<sup>28</sup>

En efecto, la ley modificó el literal del acto de hostilidad en el que estaba previsto el hostigamiento sexual (literal g), eliminándolo<sup>29</sup>, para luego agregar un párrafo que señala:

*"Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la ley sobre la materia"* (el resaltado es nuestro).

<sup>22</sup> *"Artículo 20.- 1. Los gobiernos deberán adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general. (...)*

*3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que: (...)*

*d) los trabajadores pertenecientes a esos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo y de protección contra el hostigamiento sexual".*

<sup>23</sup> En *ABC de los derechos de los trabajadores y la igualdad de género*, OIT, 2003.

<sup>24</sup> Publicada el 5 de junio de 1986.

<sup>25</sup> Decreto Legislativo 728, publicado el 12 de noviembre de 1991.

<sup>26</sup> Aprobada por Decreto Supremo 03-97-TR y publicada el 27 de marzo de 1997.

<sup>27</sup> Lo cual podría dar a entender que se considere como actos de hostilidad solamente al chantaje sexual pero no a los supuestos de ambiente hostil.

<sup>28</sup> Acredita esta premisa el hecho que el reglamento señale en el segundo párrafo de su artículo 25 que *"para tales efectos, el hostigamiento sexual será considerado como acto de hostilidad equiparable al despido (...)"*.

<sup>29</sup> Según la primera disposición final y complementaria de la ley.

Es decir, el hostigamiento sexual dejó de ser considerado como un incumplimiento contractual del empleador para ser investigado y sancionado según lo indicara la ley de la materia, la cual, curiosamente, la regula y considera como un acto de hostilidad.

Consecuentemente, consideramos que la ley yerra cuando, por un lado, elimina la calificación del hostigamiento sexual como acto de hostilidad según se ha visto líneas arriba para, por otro lado, regularlo como si lo continuara siendo, tal como lo señala su artículo 8:

**"Artículo 8.- De las sanciones del hostigamiento sexual típico**

*Si el hostigador es el empleador, personal de dirección, personal de confianza, titular, asociado, director o accionista, el hostigado puede optar entre accionar el cese de la hostilidad o el pago de la indemnización, dando por terminado el contrato de trabajo, conforme al artículo 35 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR,*

*En este supuesto no es exigible la comunicación al empleador por cese de hostilidad señalado en el artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR" (el resaltado es nuestro).*

Craso error que el reglamento pretende subsanar con su artículo 25, el cual resulta ilegal, pues podría resultar cuestionable la creación de nuevos supuestos de actos de hostilidad laboral mediante normas de rango secundario.

No obstante el aspecto formal antes indicado, consideramos que la regulación del hostigamiento sexual (más por lo que prevé el reglamento que la ley) resulta ser de una gran calidad doctrinal, dado que respeta y recoge la evolución actual del tema a nivel legislativo internacional. Consecuentemente, esperamos que los actores sociales aprovechen esta regulación para modificar, corregir y adecuar las relaciones laborales en el país (lo cual implica también una nueva educación social y cultural), a fin de lograr el antiguo y permanente anhelo de contar con trabajos decentes en ambientes adecuados.

### III. EL HOSTIGAMIENTO SEXUAL

#### 1. Definición

Según la OIT<sup>22</sup> -aunque las definiciones de hostigamiento sexual previstas en los diferentes códigos, leyes y sentencias puedan diferir en algunos detalles- la mayoría de ellas contienen los siguientes elementos:

- Es una conducta de naturaleza sexual, o cualquier otra conducta basada en el sexo y que afecte a la dignidad de mujeres y hombres, que resulta ingrata, irrazonable y ofensiva para quien la recibe;
- El rechazo de una persona a esa conducta, o su sumisión a ella, se emplea explícita o implícitamente como base para una decisión que afecta al trabajo de esa persona (acceso a la formación profesional o al empleo, continuidad en el empleo, promoción, remuneración o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo);
- La conducta crea un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante para quien la recibe.

<sup>22</sup> *El acoso sexual, un problema de relaciones de poder.* En: [http://www.cinterfor.org.ar/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/cinterfor/cos\\_gendaco\\_sex.htm](http://www.cinterfor.org.ar/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/cinterfor/cos_gendaco_sex.htm).

De estos tres elementos se desprenden las dos principales modalidades del hostigamiento aceptadas internacionalmente: el *quid pro quo* y el hostigamiento ambiental. El primero de ellos describe la situación del trabajador obligado a elegir entre acceder a determinadas demandas sexuales o perder algún beneficio que le corresponde por su trabajo. Es el típico caso del chantaje sexual ("*acceptas o eres despedido*"). El segundo es más amplio, pues contempla la existencia de un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que lo sufre. La doctrina señala que en este último caso no existe una conexión directa entre requerimiento sexual y la condición de empleo. Incluso, puede existir sin necesidad de tal requerimiento.

La ley y el reglamento señalan que el hostigamiento sexual típico o chantaje sexual (una de las dos conductas antes descritas) debe ser:

1. Una conducta física, verbal, escrita o de similar naturaleza;
2. Reiterado (aunque el reglamento desvirtúa este requisito en dos oportunidades<sup>29</sup> al señalar que no será relevante para la **constitución** del acto de hostigamiento sexual sino que simplemente es un elemento indiciario, lo cual resulta de grave y discutible ilegalidad);
3. De naturaleza sexual no deseado o rechazado **manifiestamente**<sup>30</sup>;
4. Realizado por una o más personas que se aprovechan de su posición de autoridad o dependencia, jerarquía o cualquier otra situación ventajosa (entendiéndose por esta última aquellas relaciones en las cuales no existe una posición de autoridad atribuida pero sí un **poder de influencia** de una persona frente a la otra, aún cuando las personas involucradas en un acto de hostigamiento sexual sean de igual cargo, nivel o jerarquía);
5. Producido en contra de otra u otras personas, que **rechazan** dichas conductas por considerarlas indignas y que afectan sus derechos fundamentales.

Cabe acotar que los afectados por este tipo de conductas pueden ser no sólo aquellos que mantienen vínculo laboral con la empresa sino también el personal destacado por empresas de servicios o cooperativas y personal con contratos de capacitación para el trabajo (formación laboral juvenil, practicantes y aprendices), aspectos que desarrollaremos más adelante.

Repárese asimismo de dicha descripción legal que no sólo se sanciona el hostigamiento jerárquico sino también el horizontal, siempre y cuando el hostigador posea una situación ventajosa frente al hostigado.

Adicionalmente, para que se configure el hostigamiento según lo prevé la ley, debe presentarse **alguno** de los dos elementos siguientes:

1. El sometimiento a la conducta es una condición para acceder, mantener o modificar la situación laboral; o,
2. El rechazo al hostigamiento genera decisiones que conllevan a afectar a la víctima en su situación laboral o de otra índole.

El reglamento precisa que el sometimiento o el rechazo antes señalados deben utilizarse, explícita o implícitamente, como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso o la

<sup>29</sup> Tanto en el artículo 5 y como en el artículo 14 se señala que la reiteración no es relevante o determinante para la configuración del acto de hostigamiento sexual.

<sup>30</sup> Resultando una curiosa redundancia que el reglamento indique en la parte final de su artículo 28 la existencia de "*actos de hostigamiento sexual no deseados*".

continuación del empleo, los ascensos, la remuneración o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo (acoso *quid pro quo*) o que dicha conducta cree un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma (hostigamiento ambiental). Cabe destacar que este último concepto sólo es mencionado por el reglamento.

Puede observarse, entonces, que lo esencial en el concepto legal es la existencia de una situación de ventaja entre las partes, la naturaleza sexual de la conducta presentada, el rechazo manifiesto de la misma por parte del hostigado y los perjuicios laborales que pueda sufrir este último por no aceptar tal conducta.

## 2. Conductas que califican como hostigamiento

La ley y el reglamento prevén ejemplos de conductas que constituyen manifestaciones de hostigamiento, a saber:

- Una promesa explícita o implícita a la víctima de un trato preferente o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales;
- Amenazas mediante las que se exige en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima que atente o agravie su dignidad o se ejercen actitudes de presión o intimidatorias con la finalidad de recibir atenciones o favores de naturaleza sexual, o para reunirse o salir con la persona agraviada;
- Uso de términos de naturaleza o connotación sexual (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima tales como:
  - Escritos con mensajes de contenido sexual;
  - Exposiciones indecentes con contenido sexual y ofensivo;
  - Bromas obscenas, preguntas, chistes o piropos de contenido sexual;
  - Conversaciones con términos de corte sexual;
  - Miradas lascivas reiteradas con contenido sexual;
  - Llamadas telefónicas de contenido sexual;
  - Proposiciones reiteradas para citas con quien ha rechazado tales solicitudes;
  - Comentarios de contenido sexual o de la vida sexual de la persona agraviada;
  - Mostrar reiteradamente dibujos, graffitis, fotos, revistas, calendarios con contenido sexual;
  - Otros actos de similar naturaleza.
- Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivos y no deseados por la víctima, tales como:
  - Rozar;
  - Recostar;
  - Arrinconar;
  - Besar;
  - Abrazar;
  - Pellizcar;

- Palmear;
  - Obstruir intencionalmente el paso;
  - Otras conductas de similar naturaleza.
- Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas anteriormente.

#### IV. ANÁLISIS DE ASPECTOS PUNTUALES DE LA NUEVA REGULACIÓN

##### 1. La importancia de la capacitación o de tener una política empresarial sobre el hostigamiento

No hay discusión en aceptar que la más importante medida de prevención que se puede tomar contra la existencia de conductas de hostigamiento sexual la constituye la capacitación de todos los trabajadores sobre las conductas prohibidas<sup>36</sup> y la existencia de políticas de reacción contra ellas, tanto en la forma previa como en el procedimiento a seguirse en caso se den en el centro de labores.

En Estados Unidos constituye una práctica general y reiterada el cumplimiento de dichas políticas, debido también a las ventajas de defensa que otorga al empleador cuando tenga que definirse la responsabilidad vicaria que debe asumir por la conducta de su personal jerárquico, en caso se discuta judicialmente la existencia de un acto de hostigamiento sexual realizado por alguno de ellos, dado que es lógico presumir que es el empleador el responsable por las condiciones en que se desarrolla la actividad laboral.<sup>37,38</sup> Así, la existencia de este tipo de políticas constituye una de las soluciones que encontraron los empleadores para disminuir o contradecir la generalización de las demandas contra actos de hostigamiento sexual existentes en dicho país.<sup>39,40</sup>

En nuestro sistema estas conductas resultan obligatorias, dado que la ley (artículo 7) y el reglamento (artículos 19, 20, 21 y 22) establecen el deber del empleador de "capacitar y sensibilizar a los trabajadores sobre las conductas a sancionar por hostigamiento sexual", "establecer un procedimiento preventivo interno" e "informar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo sobre los procedimientos instaurados por hostigamiento sexual y de ser el caso sobre las sanciones impuestas".

<sup>36</sup> REINHART, Ariane, Op. Cit., p. 11.

<sup>37</sup> Tan es así que gráficamente se señala que un empleador sin una política de entrenamiento de hostigamiento sexual es "a sitting duck before an angry jury". En: el informativo *Employment Law Alert*, Nixon Peabody LLP, No. 71, enero 2001.

<sup>38</sup> No obstante, en *Burlington Industries Inc. con Ellerth*, 524 U.S. 742 (1998) y *Faragher con la Ciudad de Boca Ratón*, 524 U.S. 775 (1998) la Corte Suprema de los Estados Unidos descartó que en estos casos la responsabilidad del empleador sea siempre objetiva (automatically liable) por los actos de su personal de dirección, dado que se puede alegar como medio de defensa la vigencia de una política razonable para prevenir y corregir prontamente cualquier tipo de conducta de hostigamiento sexual, la misma que el hostigado no debe haber utilizado de forma lógica o razonable ("where no tangible employment action occurs, the employer escapes liability if it can prove both that -1- it used reasonable care to prevent and correct any harassing behavior and -2- the employee unreasonably failed to take advantage of those preventive and corrective opportunities"). Lo mismo se señaló en Inglaterra, en la resolución del caso *Caniffe con East Riding of Yorkshire Council* (2000, IRLR 555, EAT).

<sup>39</sup> El 22 de junio de 1999 la Corte Suprema de Estados Unidos, con una votación de 5-4, señaló que los empleadores podían evitar la responsabilidad vicaria por los actos de discriminación realizados por sus supervisores o gerentes siempre que acrediten que dichos actos "eran contrarios a los esfuerzos de buena fe del empleador en cumplir con la *disputa VII*" (el título VII es la norma que prohíbe los actos de discriminación en los Estados Unidos). No obstante, no basta la existencia de numerosas políticas de entrenamiento o de terribles sanciones ante actos de hostigamiento sexual sino también la verificación de su efectivo respeto cotidiano así como de una respuesta inmediata apenas se presente una denuncia o queja de hostigamiento, tal como se resolvió en el caso *Lynn Caldera con The Processor Corporation*, 2000 U.S. App LEXIS 22926. En: *Employment Law Alert*, Nixon Peabody LLP, No. 71, enero 2001, pp. 10-11 ("*doing nothing in the face of workplace harassment complaints is never an option*").

<sup>40</sup> En la empresa Volkswagen existe un programa de entrenamiento de tres días para todos los trabajadores, incluidos gerentes y supervisores. Asimismo, hay otro curso de nueve días de duración en el cual se exponen diversos aspectos relacionados a los temas de género en la compañía. En REINHART, Op. Cit., p. 11.

No obstante, la única responsabilidad solidaria ante un supuesto de hostigamiento sexual laboral es la establecida en el artículo 13 del reglamento, la misma que se genera cuando no se inicia el procedimiento de investigación dentro del plazo legal (tres días para comunicar la queja oportunamente<sup>37</sup> presentada al supuesto hostigador). En este caso, la autoridad competente del procedimiento (normalmente, la oficina de personal o la de recursos humanos de cada empleador) responderá solidariamente por el cumplimiento de la indemnización fijada contra el hostigador.

Asimismo, debe indicarse que no resulta contrario a ley realizar diferentes programas de capacitación de los trabajadores, agrupándolos según criterios objetivos (por edades, por servicios realizados, por sexo) o convocando a profesionales externos a la empresa para realizar dicha función.<sup>38</sup> Eso sí, el procedimiento de reclamación debe ser uno solo.

De lo anteriormente expuesto puede quedar claro que un empleador contará con una importante defensa ante una discusión judicial por la existencia de actos de hostigamiento sexual si:

- Capacitó a todo su personal sobre el tema;
- Tiene implementado un procedimiento de reclamación;
- Atendió cada queja de forma oportuna<sup>39</sup>;
- Corrigió o sancionó las conductas presentadas como hostigamiento.

## 2. ¿Se sanciona legalmente en el Perú el hostigamiento ambiental?

Tal como hemos indicado anteriormente, una de las dos conductas comprendidas dentro del concepto de acoso u hostigamiento sexual en la doctrina y la jurisprudencia internacional lo constituye el acoso ambiental, el cual se define como la creación de un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el hostigado, sin que exista necesariamente conexión directa entre un requerimiento sexual y la condición de empleo.<sup>40</sup> La característica principal es que el comportamiento de naturaleza sexual crea o produzca un contexto ofensivo.<sup>41</sup> Pero, ¿cuándo estamos ante un ambiente hostil? ¿Está prohibido el flirteo dentro de la empresa, las reuniones sociales, el enamoramiento o las bromas de doble sentido? ¿Qué sucede cuando un trabajador se ofende con dichas bromas? ¿Ya no se puede hablar de sexo en el puesto de trabajo? Dos casos ocurridos en Inglaterra, uno en Australia y una decisión del Tribunal Constitucional Español pueden ilustrar este concepto.

El primero<sup>42</sup> involucró a Miss Stewart, quien laboraba como inspectora de una empresa de ingeniería, por lo que, por necesidades de servicio, fue requerida para visitar un centro de

<sup>37</sup> Considerando la mención del artículo a la "oportunidad" del reclamo, si bien no existe indicación de plazo alguno para que un hostigado presente su queja, una mala redacción del reglamento podría decirnos que aquel es de 30 días calendario contados a partir del día siguiente de producido el último acto de hostigamiento o inicio del mismo (ver artículo 27 del reglamento). Otra forma de interpretarlo (la cual asumimos) es que el plazo antes indicado es para presentar la demanda judicial de hostilidad o pago de indemnización y no resulta aplicable a la queja que se tramita internamente (artículo 24 del reglamento). No obstante, debe respetarse la inmediatez para evitar la idea de que la conducta no fue rechazada en su momento.

<sup>38</sup> Según REINHART, el 86% de las empresas consultadas derivó en consultores externos la obligación de capacitar a su personal, Op. Cit., p. 12.

<sup>39</sup> Ver punto 7.2.

<sup>40</sup> Conducta que según OIT implicaría la cobertura de aquellos actos inaceptables realizados entre compañeros de trabajo, tema que explicamos en el numeral 3.

<sup>41</sup> La Recomendación General 19 sobre la violencia contra la mujer, aprobada en enero de 1992 por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer establecido por la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 incluye como parte del hostigamiento sexual "la creación de un medio de trabajo hostil". Citado por AEBERHARD-HODGES, Op. Cit., p. 350.

<sup>42</sup> Stewart con Cleveland Guest (1994, IRLR 440, EAT).

labores en cuyas paredes se exhibían numerosos calendarios con fotografías de mujeres desnudas. Ella se quejó ante el gerente solicitando que los calendarios sean retirados, lo cual no fue realizado por el gerente, quien consideró este tema como trivial. La señorita Stewart sufrió de depresión y no pudo regresar al trabajo, en especial por la reacción de otros compañeros de trabajo, quienes afirmaron que no compartían su punto de vista. Ella demandó este caso ante la Comisión de Igualdad de Oportunidades (EOC) y el Tribunal de Apelaciones determinó que en este caso no estábamos ante un hostigamiento sexual dado que un hombre también pudo haberse ofendido de la misma manera que la señorita Stewart, con lo cual no se produjo una discriminación por razón de sexo ni un acto de hostigamiento.

El segundo ejemplo<sup>68</sup> involucró a la señorita Morse<sup>69</sup>, quien trabajaba en una oficina con varios compañeros que, en algunos momentos de su jornada laboral, se dedicaban a bajar de internet archivos con contenido sexual explícito e imágenes que ella consideraba obscenas. Si bien dichos documentos no le eran enviados a la señorita Morse, dicha conducta le incomodaba a tal punto que renunció a su trabajo, alegando como causa los gráficos, el lenguaje utilizado y la atmósfera de obscenidad existente en la oficina. El Tribunal consideró que en este caso todos los factores antes mencionados causaron efectivamente un detrimento en la trabajadora constituyendo un acto de hostigamiento sexual en el cual el empleador resultaba responsable por no haber tomado acción alguna para prevenir dicha conducta.

Alicia es el nombre ficticio de la protagonista de nuestro tercer caso, quien, a sus 51 años, ingresó a laborar como trabajadora temporal a una compañía de seguridad en Australia.<sup>70</sup> Geoffrey, un compañero de trabajo, era muy amigable, conversaba con ella muchas veces en la empresa y la alababa por su forma de vestir. Un día, él se puso detrás de ella y le frotó los hombros. Tratando de quedar bien, Alicia le dijo que eso se sentía bien.

A la semana siguiente, muy temprano, Geoffrey fue a la oficina de Alicia, cuando todavía no llegaban los otros trabajadores y le volvió a frotar los hombros. Alicia le preguntó que quería pero él no contestó. Geoffrey le dio un beso en la cabeza y se alejó, dejando incómoda a Alicia quien le dijo que estaba abusando, ante lo cual Geoffrey le respondió que no pensaba que alguien podría abusar de ella.

Alicia señaló que posteriormente Geoffrey iba a su oficina cuando no había otras personas y caminaba alrededor de su escritorio para estar cerca de ella. Asimismo, indicó que ponía su mano en su hombro e inclinaba su cuerpo sobre ella. También señaló que le parecía que miraba su busto cuando le hablaba.

Alicia le contó todo esto a su supervisor, señalando que le parecía que Geoffrey la estaba acosando sexualmente. El supervisor se rió de ello y le empezó a contar situaciones graciosas en la oficina que supuestamente también serían actos de hostigamiento sexual y que nunca fueron objeto de reclamo.

Al cumplirse el plazo de su contrato temporal, la empresa no renovó la relación con Alicia. Ante esto, ella presentó un reclamo de hostigamiento sexual y discriminación sexual contra Geoffrey, el supervisor y la empresa.

Luego de ser tramitado, el reclamo acabó en una conciliación, en la cual la compañía pagó US\$ 4,750 como indemnización de daños. Asimismo, Geoffrey aceptó emitir una carta de disculpa.

<sup>68</sup> Este y otros casos de hostigamiento sexual pueden revisarse en la página web de la Comisión de Igualdad de Oportunidades (EOC en inglés): [http://www.eoc.org.uk/case/advice/sexual\\_harassment\\_cases.asp](http://www.eoc.org.uk/case/advice/sexual_harassment_cases.asp)

<sup>69</sup> Morse vs Future Reality Ltd (1996, IT).

<sup>70</sup> En *Sexual harassment; a bad business. Review of sexual harassment in employment complaints*, 2002. En: <http://www.hracc.gov.au>

Finalmente, tenemos el caso resuelto por la sentencia<sup>46</sup> de fecha 13 de diciembre de 1999 emitida por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español en el recurso de amparo 892/95 interpuesto por Ana María Izquierdo Esteban contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del 9 de febrero de 1995<sup>47</sup>:

En el caso antes mencionado, se consideró probado por el Juez de lo Social No. 2 de Vigo, entre otros hechos, que el demandado, Salvador Beloso Arenosa, dueño del lugar donde trabajaba la señora Izquierdo, "tocó a la actora en el trasero y ella le amenazó con darle una hostia si volvía a hacerlo, ante lo cual el señor Beloso le pidió disculpas. En múltiples ocasiones el demandado señor Beloso hizo alusiones sexuales a la actora, que le incomodaban, como que podía acostarse con él, seguir felizmente casada y que ello reforzaría la vida matrimonial, o que se le iban las manos a la blusa que llevaba la actora, o que no tuviera complejos de pechos grandes porque él veía que los tenía muy bonitos. El señor Beloso provocaba roces físicos continuos con la actora, sólo por el hecho de cruzarse en la tienda y llegó a ofrecerle las llaves de una casa que tenía y hacerle manifestaciones como "cuando lo hagas conmigo verás la diferencia".

Estos hechos justificaron que el Juez de lo Social estimara parcialmente la demanda, lo cual fue revocado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, estimando que si bien "han existido unas conductas por parte del empresario que objetivas y teóricamente pudieran tipificarse dentro del marco de la agresión sexual, pero sin embargo, referidas a su alcance respecto al sujeto pasivo cual es la trabajadora, no han dado lugar a que ésta se sintiese afectada, agredida o intimidada en su libertad sexual, ni mucho menos en su dignidad personal y por ello no se ha vulnerado ningún derecho fundamental (fundamento de Derecho quinto)". Pues, como también indica dicha sentencia "si la conducta del empresario se inició desde el comienzo de la relación laboral, resulta obligado que la actora reaccione de inmediato, ya sea denunciándolo, ya sea planteado una resolución contractual o a través de los medios que estime oportunos, pero resulta muy poco defendible que admita la situación, continúe en el trabajo, y se limite a comentar con uno y otros el evento en cuestión, además de hacer partícipes de su incomodidad por la persecución del empresario a conocidas y vecinas a las que no resulta lógico se le hagan confidencias de dicha índole, y menos todavía al señor Casal, en su condición de amigo del empresario, con el fútil pretexto de si podría intervenir ante aquél, para que cesase la susodicha persecución (...)".

El argumento antes transcrito fue rechazado por el Tribunal Constitucional considerando que "salvo casos extremos, una señal del carácter no querido de tal conducta por parte de su destinataria (resulta) conveniente para deshacer cualquier equívoco o ambigüedad al respecto".

Para arribar a dicha conclusión el Tribunal define al acoso ambiental: "para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto", por lo que decidió otorgar el amparo solicitado por la demandante y la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Nótese que en este caso no se hace alusión a las características del chantaje sexual sino esencialmente al "clima radicalmente odioso e ingrato".

Queda claro que esto no quiere decir que todas las conductas sexuales en el centro de trabajo están prohibidas sino que la línea divisoria entre un acto de hostigamiento y un acto que no lo es, resulta ser el hecho de que la conducta sea rechazada o bienvenida, a pesar que las decisiones sobre este tema no han seguido un patrón único.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> Publicada en el BOE No. 17, No. 20900120, con número de referencia 224/1999. El texto completo de la sentencia se puede revisar en <http://www.tribunalconstitucional.es>.

<sup>47</sup> Cabe indicar que en España no existe el control difuso, por lo que los litigantes pueden acudir al proceso de amparo cuando una sentencia emitida por la jurisdicción ordinaria declara inaplicable una demanda sobre protección de derechos fundamentales.

<sup>48</sup> ROBERTS, Barry y MANN, Richard, *Sexual harassment in the workplace*. En: [www2.usknu.edu/lawrev/robert1.html](http://www2.usknu.edu/lawrev/robert1.html)

Si revisamos el texto de la ley no vamos a encontrar referencia alguna a esta definición de hostigamiento. Es más, sólo se menciona al hostigamiento sexual "típico" o "chantaje sexual" (artículo 4)<sup>20</sup> a la vez que se describen sus elementos (artículo 5)<sup>21</sup>, lo cual nos da una definición muy diferente a la que prevé el reglamento, pues este último incluye entre los elementos imprescindibles para la constitución del hostigamiento sexual a "la creación de un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma" (parte final del literal d del artículo 5).

Resulta entonces que nuevamente el reglamento amplía irregularmente un concepto legalmente establecido, incurriendo en el defecto formal de prever y tipificar una figura no prevista en la norma a regular. Mencionamos esto sin perjuicio de aceptar la necesidad e importancia de incluir este concepto en la regulación del hostigamiento, dado que pueden darse situaciones en que la dignidad de la persona se vea afectada con conductas de naturaleza sexual que no llegan a ser propiamente chantajes.

Revisados estos casos, el concepto pareciera muy general y peligroso para un determinado ambiente de convivencia social. Empero, existen otros elementos a considerar.

### 3. ¿Se sanciona el acoso horizontal? El concepto de situación ventajosa

Un tema que se encuentra en la ley y que está desarrollado por el reglamento es el que involucra la descripción de la relación entre hostigador y hostigado. Normalmente se ha considerado que el hostigador debe ser una persona de autoridad o jerarquía superior al del hostigado, de ahí que se relaciona muchas veces este concepto con las relaciones de poder y sujeción normalmente existentes en las relaciones laborales.

Sin embargo, el concepto de hostigamiento sexual vigente en nuestro ordenamiento también incluye la posibilidad de que sean los compañeros de trabajo los sujetos activos del acto prohibido.<sup>22</sup>

En efecto, el artículo 4 de la ley (ver nota 49) señala que el chantaje sexual lo realizan una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o *cualquier otra situación ventajosa*. El artículo 1 del reglamento contiene varias definiciones que nos serán muy útiles para definir este importante concepto.<sup>23</sup>

- Relación de autoridad: Todo vínculo existente entre dos personas a través de la cual una de ellas tiene *poder de dirección* sobre las actividades de la otra, o tiene una *situación ventajosa* frente a la otra. Este concepto incluye el de relación de dependencia.

#### <sup>20</sup> Artículo 4.- Concepto

*El Hostigamiento sexual Típico o Chantaje Sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra u otras, quienes rechazan estas conductas por considerar que afectan su dignidad así como sus derechos fundamentales.*

#### <sup>21</sup> Artículo 5.- De los Elementos Constitutivos del Hostigamiento Sexual

*Para que se configure el hostigamiento sexual debe presentarse alguno de los elementos constitutivos siguientes:*

- a) El sometimiento a los actos de hostigamiento sexual es condición a través del cual la víctima accede, mantiene o modifica su situación laboral, educativa, policial, militar, contractual o de otra índole.*
- b) El rechazo a los actos de hostigamiento sexual genera que se tomen decisiones que conllevan a afectar a la víctima en cuanto a su situación laboral, educativa, policial, militar, contractual o de otra índole de la víctima.*

<sup>22</sup> En Japón, la organización de mujeres Santama No Kai, investigó en 1990 a 3,131 mujeres que habían sufrido acoso sexual y encontró que el 23.5% habían sido acosadas sexualmente por sus jefes, el 14% por alguien que estaba en su puesto superior, el 18.5% por alguien sin más experiencia en el área de trabajo, el 15.8% por un compañero de trabajo, el 4.4% por un usuario, el 4.2% por un cliente y el 19.6% por otras personas. Citado en *La lucha contra el acoso sexual en el trabajo*, Condiciones de Trabajo 7, OIT, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, pp. 129-130.

<sup>23</sup> Literales d, e, k, l y m del artículo 1 del reglamento.



Del ejemplo puede verse que las conductas incluidas en el reglamento y reseñadas en el punto 2, anterior pueden ser realizadas no solo por personas que se ubican jerárquicamente en niveles diferentes sino también entre trabajadores en el mismo nivel, siendo necesario en este último caso, por disposición de nuestra legislación, que exista una situación ventajosa en el hostigador.

A contrario, parecería que no podría existir hostigamiento sexual en el pretendido acoso realizado por un trabajador de cargo, nivel o categoría inferior frente al superior, ni tampoco entre aquél realizado por alguien que no posee alguna situación ventajosa respecto del compañero(a) acosado. ¿Sería un caso de hostigamiento sexual atípico?

#### 4. La importancia del rechazo (manifiesto)

Según lo prevé la ley y el reglamento, uno de los elementos esenciales para la configuración del hostigamiento sexual es que la conducta no sea bienvenida, mucho menos tolerada: ella debe ser no deseada o rechazada de forma manifiesta.<sup>35</sup> Ese rechazo debe generar que el hostigador tome represalias contra la persona hostigada, generándose así el acoso *quid pro quo*, o que se establezca una situación incómoda en el centro laboral (hostigamiento ambiental).

Revisemos el caso de la señorita Steadman resuelto por la Comisión de Igualdad de Oportunidades (EOC).<sup>36</sup> Ella renunció a su puesto de secretaria debido a los constantes comentarios de contenido sexual y conducta insinuante del gerente de marketing, los cuales continuaron a pesar que ella le dijo que consideraba su comportamiento como ofensivo. Aunque ella no presentó una queja formal a su empleador, se logró probar que la compañía conocía de sus dificultades a través de los comentarios que ella realizó a otros compañeros de trabajo y sobre el deterioro en su salud, sin que la empresa realizar acción alguna. Para corregir esa situación, el Tribunal de Apelación (*Employment Appeal Tribunal*) sostuvo que concernía al individuo decidir qué comportamiento resultaba ofensivo y el hecho de que ello no sea compartido por otra persona no perjudicaba la posibilidad del reclamo. Asimismo, se indicó que no era necesario que el hostigado haga un escándalo para indicar su desaprobación: Si una persona razonable pudo entender que ella, sea por las palabras o la conducta, rechazó la conducta en discusión, la continuación de dicha conducta configura hostigamiento.

Esto nos lleva a señalar una primera afirmación: No está prohibido realizar comentarios, gestos o conductas de naturaleza sexual dentro de un centro de labores ni mucho menos la posibilidad de establecer relaciones sentimentales entre compañeros de trabajo.<sup>37</sup> Al contrario, ello constituye una consecuencia de la convivencia social realizada durante varias horas en un determinado lugar, aspecto típico en muchos centros de trabajo. En cambio, lo que se encuentra prohibido por la ley es que se obligue a una persona a realizar o a soportar conductas que no comparte, más aún, utilizando la existencia o permanencia de su situación laboral como instrumento para obligarla a realizarlas.

Mientras el supuesto hostigador pueda acreditar que todos sus actos fueron bienvenidos o no rechazados de manera evidente, nos encontraremos ante conductas que no calificarían como

[mobbingspicion.blogspot.com/2011/01/1119.html](http://mobbingspicion.blogspot.com/2011/01/1119.html), <http://mobbingspicion.blogspot.com/2011/01/1119.html>, o el texto de Juan Lorenzo de Membela: *El acoso moral en el trabajo, su indefinición jurídica*, en <http://ramical.com>.

<sup>35</sup> Ver sentencia del TC español comentada en el punto 2.

<sup>36</sup> *Reed & Bull Information Systems con Steadman* (1999, IRLR 299, EAT).

<sup>37</sup> A pesar que muchas empresas locales mantienen vigente la política de prohibir las relaciones sentimentales entre trabajadores de la misma empresa o que las formalicen mediante el matrimonio. Ello existe de manera típica dada su evidente inconstitucionalidad. Relacionado con esto, resulta peculiar lo establecido por la Ley del régimen disciplinario de la Policía Nacional del Perú, Ley 28338, cuyo artículo 37 califica como infracción grave (37.2.60) el "tener relaciones extramatrimoniales entre personal de la PNP que generen escándalo o menoscabe la imagen institucional".

hostigamiento. Pero, ¿cómo sabemos si la conducta fue bienvenida, si la negativa inicial resultó ser parte del flirteo o del juego de seducción entre personas o que dicha perseverancia constituyó una incomodidad que puede desestabilizar posteriormente a la persona "seducida" y que sea considerada como hostigamiento?

Esto nos lleva a examinar los criterios de evaluación de la conducta de hostigamiento, de alguna forma mencionados en el caso de la señorita Steadman.

#### 5. La evaluación de la conducta de hostigamiento: parámetros

Perseverar en una invitación a salir luego de iniciales negativas puede ser una muestra de cariño o interés, el inicio de una aventura sentimental o paradójicamente un acto de hostigamiento que puede sustentar una sanción laboral, si es que ha sido continuamente rechazado<sup>98</sup>. Un abrazo de felicitación o una broma "de doble sentido" puede ser también considerado hostigamiento<sup>99</sup>. Pero, ¿cómo diferenciar uno de otro?

El reglamento opta por lo siguiente:

*"Artículo 11.- Criterio para evaluar la existencia o configuración del hostigamiento sexual.- A fin de remediar las diferencias de percepción por parte de la autoridad encargada de la investigación al momento de evaluar la existencia o configuración del hostigamiento sexual, la autoridad competente al emitir la Resolución que declarará fundada o infundada la queja, podrá emplear el criterio objetivo de razonabilidad o discrecionalidad, efectuando el examen de los hechos tomando en cuenta el género del quejoso de hostigamiento sexual, cualidades, trayectoria laboral o nivel de carrera, personal, y situación jerárquica del quejado, entendiéndose que tanto varones como mujeres son iguales en derechos pero que tienen condiciones físicas, biológicas y psicológicas distintas."*

Notamos algunas contradicciones en lo anteriormente señalado: si bien se reconoce que varones y mujeres tenemos iguales derechos, también se señala que poseemos diferentes condiciones físicas, biológicas y psicológicas. Es evidente que algunas personas puedan ser más sensibles que otras considerando la educación o moral de cada uno. ¿Esto puede significar que un mismo acto puede ser considerado hostigamiento por un hombre y no por una mujer o viceversa?

Asimismo, se indica que el examen de los hechos se realizará tomando en cuenta el género del quejoso, cualidades, trayectoria laboral o nivel de carrera, personal y situación jerárquica del quejado. Lo último no queda tan claro: si bien el análisis dependerá del género del quejoso y de la situación jerárquica del quejado, no se nota claramente la persona de quien se analizarán las cualidades, trayectoria laboral o personal. Parecería que es del quejado, aunque ello no resulta evidente ni tampoco justificable dado que la trayectoria laboral no debería influir en la constatación de un acto de hostigamiento: tan responsable es el gerente con veinte años de servicios como el supervisor con cinco meses de labor en la empresa. Caso contrario estaríamos diferenciando a las personas según el nivel o categoría que tengan en la empresa.

Párrafos atrás mencionamos el reclamo de Alicia (punto 2). Recordemos como no existió en ese caso una conducta de contenido sexual determinada, sino que simplemente ella se sentía incómoda con los actos realizados por su compañero de labor Geoffrey. En este sentido, podríamos describir tres formas de apreciar una conducta de hostigamiento: desde un punto de vista objetivo, desde el punto de vista de la víctima o desde el punto de vista del presunto hostigador.

<sup>98</sup> El reglamento precisa que el hostigamiento sexual puede manifestarse como proposiciones erráticas para citas con quien ha rechazado tales solicitudes (literal c del artículo 15).

<sup>99</sup> Siempre que la primera sea ofensivo y no deseada, según el reglamento (literal d del artículo 15).

Un famoso reclamo que ocurrió en Estados Unidos y que generó la creación del parámetro de la "mujer razonable", caso del cual se realizó una película<sup>40</sup>, reflejó los problemas en reconocer los actos de hostigamiento sexual. Kerry Ellison era una trabajadora de la autoridad fiscal estadounidense (*Internal Revenue Service, IRS*) que, con dos años de antigüedad, aceptó un día salir a almorzar con un compañero de trabajo, Sterling Gray, a quien conocía desde que ingresó a trabajar al IRS. El señor Gray estaba casado y aprovechó la cita para mostrarle su casa, alegando que tenía que recoger la lonchera de su hijo.

Luego del almuerzo, señala Ellison que Gray comenzó a tratar de conversar con ella continuamente, incomodándola con preguntas innecesarias y sucesivas visitas a su escritorio. Paralelamente existieron varias invitaciones a almorzar o a tomar un trago después del trabajo, todas rechazadas por Ellison.

Ante las constantes negativas, Gray le dejó a Ellison una nota en su escritorio que señalaba lo triste que se encontraba pues había llorado toda la noche anterior por ella y que se encontraba sin lágrimas.<sup>41</sup> Ellison le enseñó la nota a su supervisora pero le pidió no realizar acto alguno pues quería resolver el caso ella sola. Paralelamente, conversó con un amigo de Gray para que le diga que la dejara en paz.

A la semana siguiente, cuando Ellison fue a otra ciudad a un entrenamiento, recibió en su hotel una carta de tres páginas firmada por Gray que señalaba lo melancólico que se sentía.<sup>42</sup> Esto sirvió para que Ellison manifestara su incomodidad a su supervisora, quien conversó seriamente con Gray. Posteriormente, el IRS decidió la transferencia de Gray a otra ciudad, situación que calmó a Ellison y que buscó solucionar el problema.

No obstante, luego de un período corto y previa intervención sindical, Gray regresó a su centro de trabajo inicial lo cual motivó a Ellison a presentar una queja formal alegando hostigamiento sexual, la cual fue inicialmente acogida. Luego, el Departamento del Tesoro y la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo estadounidense (EEOC) concluyeron que el IRS había adoptado las acciones adecuadas para prevenir que se repitieran las conductas acusadas por lo que no resultaba procedente la queja. Ante ello, Ellison presentó una demanda en una corte federal, la misma que resolvió a favor del Departamento del Tesoro. Ellison apeló esta decisión.

En el pasado, la Corte evaluaba el nivel del hostigamiento sexual considerando el criterio de una persona razonable con lo cual el reclamo hubiera sido improcedente. Pero en este caso, se atendió al sexo de la víctima para definir el concepto, creándose así la figura de la "mujer razonable".<sup>43,44</sup> Consecuentemente, se señaló que la conducta de Gray constituyó hostigamiento sexual.

<sup>40</sup> El caso es Ellison con Brady, 9<sup>o</sup> CA, del 23 de enero de 1991. La película, que se basa en la versión de los hechos expuesta por la hostigada, se llama "Hostile advances: The Kerry Ellison story", es del año 1996 y está protagonizada por Victor Garber, Rena Sofer, Karen Allen, Dan Petronijevic y Sean McGinn. Fue dirigida por Allan Krooker.

<sup>41</sup> "I cried over you last night and I'm totally drained today (...)"

<sup>42</sup> "I know that you are worth knowing with or without sex (...) I have enjoyed you so much over these past few months. Watching you. Experiencing you from so far away."

<sup>43</sup> "Since in this case the victim was a woman, the court said a reasonable woman's perspective should be considered. How is the reasonable woman's perspective different? The (male) judge who wrote the opinion said:

Because women are disproportionately victims of rape and sexual assault, women have a stronger incentive to be concerned with sexual behavior. Women who are victims of mild forms of sexual harassment may understandably worry whether a harasser's conduct is merely a prelude to violent sexual assault. Men, who are rarely victims of sexual assault, may view sexual conduct in a vacuum without a full appreciation of the social setting or the underlying threat of violence a woman may perceive". En: <http://www.filmcommission.com/newsletter/archive/summer91.html>.

<sup>44</sup> "No obstante, a fin de proteger a las empleadas de trabajadoras muy sensibles, se refiere en la misma decisión que la demandante acredita prima facie un caso de hostigamiento sexual por ambiente hostil de trabajo cuando alegue una conducta que una mujer razonable consideraría lo suficientemente severa o penetrante como para alterar las condiciones de empleo y crear un

Si el criterio resulta ser el de la "mujer razonable" entonces también debemos tener el del "hombre razonable". ¿Se sentirá acosado un hombre por las insinuaciones de una compañera de trabajo? ¿Aceptarías no implicar el inicio de una posterior queja por hostigamiento? Debe notarse que cultural y socialmente, los roles del hombre y de la mujer son convencionalmente diferentes, tanto en el inicio o en la creación de relaciones sentimentales, resultando muy difícil precisar el momento en que las bromas, el coqueteo y la galantería se convierten en hostigamiento.

Retomando el caso anterior y analizando los hechos desde el punto de vista del señor Gray, la defensa afirmó que estábamos ante la conducta de un "Cyrano de Bergerac" moderno que solamente deseaba cortejar a Ellison con sus palabras.<sup>42</sup> Asimismo, la defensa resaltó el hecho que él había ofrecido dejarla si así ella lo quería<sup>43</sup>, argumentos que sirvieron a la Corte Distrital para acreditar que la conducta fue aislada y trivial. No obstante, el Tribunal consideró que las notas y cartas recibidas asustaron de tal forma a Ellison que resultaron insuficientes las medidas tomadas por su empleador, dado que Ellison no consideró triviales las "galanterías" de Gray.

El gran problema resulta entonces cómo descubrir las conductas de hostigamiento dado que dependemos de la sensibilidad de una "mujer razonable" o de un "hombre razonable", conceptos que se pueden aplicar en nuestra realidad tomando en cuenta la amplitud de la definición prevista en el artículo 11 del reglamento antes citado y lo ambiguo que puede ser considerar "las condiciones físicas, biológicas y psicológicas distintas" existentes en cada caso en particular.

Al respecto, y para el futuro desarrollo local, resulta pertinente citar los criterios utilizados por la jurisprudencia constitucional española para definir el carácter hostil de una conducta<sup>44</sup>:

*"la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo".*

Relacionado con lo anterior, lo que sí queda claro es que variar el standard para analizar conductas de hostigamiento sexual según el tipo de centro de trabajo en que aquellas ocurren es inequitativo e injusto<sup>45</sup>, pues pensar lo contrario implicaría aceptar que una mujer asumiría el riesgo de sufrir y aceptar actos de hostigamiento sexual si conviene en laborar en áreas comúnmente dominadas por hombres o con roles masculinos (ejemplo: un taller de mecánica o una obra en construcción) los cuales son la mayoría en nuestra realidad. Asimismo, salvo estos ejemplos de estereotipo, vemos en la realidad que no existen centros de labores puros, resultando muchas veces combinadas las labores realizadas por obreros y por empleados (*blue collar* y *white collar workers*). Entonces, no debería presumirse que las mujeres que aceptan laborar en ambientes

*ambiente de trabajo abusivo*". Traducción libre incluida en los Materiales de enseñanza del curso de Temas de Derecho Laboral, José Bata Vieillas, PUCP, 2001.

<sup>42</sup> Ellison v. Brady, 924 Federal Reporter 2d Series, p. 880.

<sup>43</sup> *The court acknowledged the defendant harbored no ill will toward Ellison and that he "even offered in his 'love letter' to leave her alone if she wished"* (Ellison v. Brady, 924 Federal Reporter 2d Series, p. 880).

<sup>44</sup> Ver nota 46.

<sup>45</sup> RUSHING, Emily, *So much for equality in the workplace: the ever-changing standards for sexual harassment claims under FEH*, en 45 ST. LOUIS U.L.J., 1389, p. 12.

machistas tengan un carácter fuerte o que estén mejor preparadas para enfrentar casos de hostigamiento<sup>66</sup>, ni mucho menos debería asumirse que deban soportarlo. Mandarle piropos indeseados, denominar a una mujer "jugadora", "prostituta" o tocarla sin su consentimiento debe tener el mismo significado hostigador para una mujer que labora en un taller como aquella que labora en una oficina administrativa.

#### 6. La protección del presunto hostigador: el derecho a un debido proceso

No siempre el acusado de hostigamiento resulta ser el personaje sancionado. Muchas veces los presuntos hostigadores han obtenido protección legal no sólo porque no se probó su conducta sino porque, a pesar que ella había sido probada, no se tramitó adecuadamente su sanción.

En efecto, el derecho a un debido proceso -utilizado en reiterada jurisprudencia constitucional peruana para declarar la improcedencia de un despido- también resulta ser un importante elemento en los procesos de acusación de actos de hostigamiento.

En Canadá, los árbitros que resuelven los procedimientos de hostigamiento sexual prestan mucha atención al respeto a un debido proceso.<sup>67</sup> Así, en el caso *School District No. 22 con Chilliwack Teachers Association*, el árbitro afirmó que la dirección de la empresa no había investigado adecuadamente la denuncia efectuada y eximió al acusado del cargo de acoso sexual debido a que el investigador no estaba capacitado ni tenía experiencia en esas cuestiones y el acusado no había recibido información alguna acerca del presunto incidente.

En el caso *Andrew & Another con Linfox Transport (Aust.) Pty. Ltd.*<sup>68</sup>, el Tribunal de Relaciones Laborales de Australia resolvió que el despido de un conductor-repartidor por acoso sexual era severo e injusto y, por consiguiente, contrario a la ley de relaciones laborales de 1998, ya que el empleado no había recibido instrucción alguna acerca de lo que configuraba un hostigamiento sexual.

En forma contraria fue resuelto el caso *Vaux Breweries Ltd con McNaughton* (1999, EAT) ocurrido en Inglaterra.<sup>69</sup> El señor McNaughton, de ocupación gerente, fue acusado de hostigamiento sexual por dos trabajadoras. Durante la revisión de las quejas realizadas, él admitió haber realizado algunas de las conductas acusadas pero resaltó que fueron hechas de manera jocosa, sin otro ánimo que ser bromas. No obstante, la empresa lo despidió sin realizar mayor investigación, ante lo cual él reclamó.

El Tribunal de Apelaciones señaló que el despido realizado, obviando otra sanción o mayores investigaciones, fue considerado como una respuesta razonable por parte de la compañía ante las circunstancias que el caso planteaba, considerando además la admisión de la culpa realizada por el acusado. El ex trabajador perdió la apelación.

En otro caso, *Vent-Axia Ltd con Wright* (1999, EAT)<sup>70</sup>, el señor Wright reclamó por el despido realizado como resultado de unas quejas por hostigamiento sexual realizadas por cuatro trabajadoras de su *staff*, cuyos nombres no le fueron indicados, reclamando que su cese fue injusto al no conocer el nombre de sus acusadoras. El Tribunal de Apelaciones señaló que el criterio para definir la confidencialidad de una información requiere determinar si la revelación resulta necesaria considerando los temas a evaluar en la decisión tomada. Así, el empleador

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>67</sup> AEBERHARD-HODGES, Op. Cit., p. 560.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 363.

<sup>69</sup> [http://www.cesr.org.uk/cesr/advice/sexual\\_harassment\\_cases.asp](http://www.cesr.org.uk/cesr/advice/sexual_harassment_cases.asp)

<sup>70</sup> *Ibid.*

tiene la obligación de proteger la confidencialidad de la información que reciba de sus trabajadores, con mayor énfasis si se trata de denuncias por hostigamiento sexual. En tal sentido, un empleador solamente podrá transmitir información confidencial si las circunstancias del caso justifican que ello resulta necesario.

Este tema resulta muy importante considerando que el reglamento señala que la investigación de la queja debe ser reservada, confidencial, imparcial y eficaz, a fin que se sancione al hostigador y se proteja a la víctima, cumpliendo con el debido proceso.<sup>74</sup>

Relacionado a esto, el reglamento prevé que se deben garantizar medidas de protección personales y laborales a los testigos ofrecidos por las partes a fin de evitar represalias luego de finalizado el procedimiento de investigación, más aún si el testigo facilitó el esclarecimiento de los hechos relativos al hostigamiento sexual contra la víctima. Asimismo, se establece que será sancionada cualquier infidencia respecto a lo actuado en un procedimiento de hostigamiento sexual, sea difundir la información confidencial o permitir su acceso.

En resumen, el acusado tiene derecho a un debido proceso y el acusador a que toda la información proporcionada sea administrada por el encargado de la investigación de manera confidencial<sup>75</sup>. Asimismo, todos los participantes del procedimiento tienen derecho a una adecuada protección personal y laboral. Sin el respeto a estas garantías, todo lo regulado por la ley y el reglamento no tendría mayor aplicación, dejándose de lado el respeto a los bienes jurídicos protegidos, que son la dignidad e intimidad de la persona, la integridad física, psíquica y moral, el derecho a la salud mental, el derecho al trabajo y el derecho a un ambiente saludable y armonioso que genere un bienestar personal<sup>76</sup>.

## 7. Acciones legales ante un supuesto de hostigamiento

Una vez producido el hostigamiento, la ley otorga dos alternativas al trabajador:

- (i) Solicitar el cese del hostigamiento y que se sancione al hostigador.<sup>77</sup> En este caso no es necesario remitir una carta previa al empleador para que efectúe su descargo o emiende la conducta, o
- (ii) Finalizar la relación laboral y darse por despedido para así obtener el pago de la indemnización por despido arbitrario prevista en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (equivalente actualmente a remuneración y media por año de servicios con un tope de doce remuneraciones).

Debemos indicar que no se precisa si en estos casos el trabajador puede demandar adicionalmente el pago de una indemnización por daños y perjuicios diferente a la prevista en la norma laboral, supuesto en el cual la regulación se asimilaría a la experiencia existente en otros países (como por ejemplo a la estadounidense). Cabe destacar que la posibilidad de solicitar una reparación monetaria sólo está prevista en la ley y en el reglamento para los casos de hostigamiento en relaciones de sujeción no reguladas por el Derecho Laboral, como sería el caso de los profesionales independientes o del personal empleado por empresas de servicios o cooperativas que sufra hostigamiento durante su destaque en alguna empresa usuaria.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> Primer párrafo del artículo 6 del reglamento.

<sup>75</sup> Inclusive la ley prevé en su artículo 9 que el juez competente que revisará el caso de hostigamiento puede disponer, de oficio o a pedido de parte, que el procedimiento sea de carácter reservado.

<sup>76</sup> Segundo párrafo del artículo 6 del reglamento.

<sup>77</sup> Si bien las sanciones pueden ser la amonestación verbal o escrita, la suspensión, el despido o cualquier otra, según lo señala el artículo 16 del reglamento, el literal i del artículo 24 señala que sólo las tres primeras pueden darse en las relaciones laborales.

<sup>78</sup> Segundo párrafo del artículo 11 de la ley.

Consideramos que asumir que un trabajador hostigado sexualmente sólo puede optar por la indemnización tarifada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral resultaría una interpretación limitativa al agrupar con una sola consecuencia innumerables situaciones de hostigamiento que se puedan dar. Una posible solución sería entender que dicha indemnización sólo cubre el daño producido por la pérdida del empleo, resultando viable la posibilidad de una demanda por otros daños que se puedan haber producido como consecuencia del hostigamiento sufrido (por ejemplo, el daño moral).

### 7.1. **Ámbito subjetivo**

Las opciones antes anotadas están previstas para cualquier trabajador.

¿Qué pasa con el personal vinculado por contratos de capacitación para el trabajo (formación laboral juvenil, practicantes y aprendices)? Las normas resultan contradictorias: Por un lado, la ley no los regula de forma específica, por lo que tendríamos que incluir a este personal en las relaciones de sujeción no amparadas por el derecho laboral.<sup>79</sup> No obstante, el reglamento señala en su artículo 18 que los contratados mediante dichas modalidades deben estar comprendidos dentro de las disposiciones aplicables al régimen laboral privado. Con ello, un aprendiz o un practicante podrían optar por el pago de la indemnización tarifada prevista por las normas laborales solamente para el caso de los trabajadores dependientes. ¿Un acercamiento de estos regímenes a la normativa laboral?

Empero, esta discordancia normativa deberá ser precisada por normas posteriores de rango legal. Mientras tanto, por control difuso, un juez debería preferir la regulación legal antes que la reglamentaria y considerar la regulación de este personal como no laboral, con las alternativas que la ley les otorga.

### 7.2. **Ámbito objetivo**

Se supone que el hostigamiento laboral es el que se produce en el centro de trabajo. Pero, ¿qué ocurre si el hostigador es un cliente del negocio? De otro lado, ¿el empleador resulta responsable por los actos de sus trabajadores realizados fuera de la jornada?

Un caso inglés<sup>80</sup> nos puede ayudar para el primer supuesto: un participante de una fiesta en la cual estaba trabajando la señorita Bourdouane realizó comentarios sexuales que la molestaron. Ella salió de la fiesta y se quejó ante el director encargado, pero éste le ordenó retornar a la reunión pues todo el staff de trabajadores se encontraba ocupado y su trabajo era necesario. Al regresar, el mismo cliente la continuó molestando e inclusive le golpeó el trasero. Cuando ella salió del cuarto, llorando, el director la dejó irse a su casa. Posteriormente, ella fue despedida al comentar en la empresa que iba a reportar el caso a la policía.

El Tribunal de Apelaciones señaló que el empleador cometió discriminación y era responsable por la manera indebida en la que reaccionó ante los reclamos realizados por la señorita Bourdouane, pues en su opinión los empleadores tienen la obligación de realizar todos los procedimientos necesarios para prevenir la existencia de actos de hostigamiento. El Tribunal resolvió de manera similar el caso *Burton and Rhule con De Vere Hotels* (1996) IRLR 596 EAT, en el cual el hotel resultó responsable por el hostigamiento realizado a dos de sus trabajadoras (de raza negra) por una persona que con sus burlas y chistes racistas animaba una reunión privada masculina en el hotel.

<sup>79</sup> El artículo 24 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Formación y Promoción Laboral, aprobado por D.S. 002-97-TR, señala que los convenios de formación laboral juvenil y prácticas profesionales no originan vínculo laboral. Asimismo, el artículo 9 del reglamento del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 001-96-TR, prevé que el contrato de aprendizaje no genera relación laboral.

<sup>80</sup> *Go Kite Go con Bourdouane* (EAT:1118/95 EAT), incluido en [http://www.cog.org.uk/cogeng/advice/sexual\\_harassment\\_cases.asp](http://www.cog.org.uk/cogeng/advice/sexual_harassment_cases.asp).

Empero, debemos indicar que la posición establecida en estas dos decisiones fue recientemente dejada de lado por la Cámara de los Lores, que constituye la Suprema Corte de Apelaciones, en la decisión realizada en el caso *Pearce* con *Governing Body of Mayfield Secondary School* (2003) IRLR 512, de fecha 19 de junio de 2003.<sup>81</sup>

Sobre este tema, las normas peruanas exigen como elemento imprescindible para la configuración de un acto de hostigamiento sexual la existencia de una relación de autoridad, dependencia, jerarquía o situación ventajosa. No obstante, un cliente puede tener alguna de éstas respecto de determinados trabajadores (por ejemplo, sobre un mozo en un restaurante o una promotora en un supermercado). ¿El empleador tiene un rol que cumplir en esta situación o es un contexto no laboral? ¿Resultará responsable el empleador en evitar un entorno humillante al trabajador? Es un tema que por la extensión del trabajo no podemos profundizar pero en el cual consideramos que debe existir una necesaria e inmediata atención del empleador hacia el trabajador que alegue hostigamiento durante la ejecución de sus servicios por actos realizados no por un superior o un compañero de trabajo sino por un tercero, que bajo la posición de cliente del empleador, crea una situación incómoda a la persona.

Otro problema, no vinculado a terceros sino a los compañeros de trabajo, resulta la definición de la responsabilidad del empleador por actos realizados fuera del centro de labores. Nuevamente un ejemplo inglés (*Chief Constable of the Lincolnshire Constabulary* con *Stubbs* y otros, 1999, IRLR 81, EAT)<sup>82</sup> nos ayudará a revisar el supuesto:

Una vez finalizada la jornada, la señorita *Stubbs*, una detective, fue sometida a dos actos de hostigamiento sexual realizados por compañeros de trabajo en un bar al cual acudió luego de salir de trabajar. El Tribunal de Apelaciones señaló que el empleador era responsable por los incidentes que pudieran ocurrir en las reuniones sociales de trabajadores que se realicen inmediatamente después de laborar o en fiestas de despedida pues estos eventos son extensiones del lugar de trabajo.<sup>83</sup> No se señala en el caso presentado si el empleador fue declarado responsable pero la consideración no deja de ser interesante, dado que los actos de hostigamiento no sólo pueden producirse durante la jornada laboral sino que también se cometen durante el refrigerio, al salir del trabajo, en fiestas de camaradería, entre otras situaciones, siendo que aquellos podrían ser indebidamente incentivados si asumimos una posición restringida de la responsabilidad del empleador y la limitamos solamente al centro de labores.

Al contrario, ampliando el rol tuitivo del empleador a situaciones "inmediatamente" cercanas al cumplimiento de la prestación de servicios, lograríamos obtener una mayor protección al trabajador, sin mayor costo para aquel.

### 7.3. Los procedimientos aplicables en el régimen laboral privado

La ley establece que, ante un acto de hostigamiento sexual, el afectado puede seguir alguna de las dos alternativas judiciales señaladas en el punto 7. No obstante, el reglamento regula y establece de forma adicional las características que debe tener el procedimiento interno que todo empleador debe establecer en la empresa<sup>84</sup>, procedimiento que entendemos no resulta obligatorio de seguir si así lo decidiese el trabajador hostigado.

<sup>81</sup> Incluida en [http://www.publications.parliament.uk/pa/d200301/djudgmt/d30612/mcdon\\_l.htm](http://www.publications.parliament.uk/pa/d200301/djudgmt/d30612/mcdon_l.htm). No obstante, a pesar del vacío creado por esta opinión, que en su principal decisión no concede dentro de la protección contra el hostigamiento sexual a los homosexuales, debe indicarse que el Gobierno inglés tiene plazo hasta el mes de octubre de 2005 para realizar las modificaciones necesarias a la ley de hostigamiento sexual. Asimismo, desde el 1 de diciembre de 2003, las regulaciones de igualdad en el empleo prohíben la discriminación por motivo de que una persona sea, o sea percibida, de una orientación sexual determinada.

<sup>82</sup> En [http://www.eat.org.uk/escse/advice/sexual\\_harassment\\_cases.asp](http://www.eat.org.uk/escse/advice/sexual_harassment_cases.asp)

<sup>83</sup> *These occasions were seen to be extensions of the workplace.*

<sup>84</sup> Artículos 21 y 34 del reglamento.

En efecto, consideramos que no podría condicionarse al trabajador su acceso al Poder Judicial con el cumplimiento del procedimiento interno, dado que la ley no estableció este requisito. Siguiendo esta interpretación, solamente quedaría como simple referencia lo señalado en el último párrafo del artículo 24 del reglamento, que precisa:

*"En caso la queja recaiga sobre la autoridad de mayor jerarquía, el procedimiento interno no resulta aplicable, teniendo el trabajador el derecho a interponer una demanda por cese de hostilidad (...)"*

En este sentido, el procedimiento nunca resultará aplicable si así lo decide el hostigado. Esta interpretación, que consideramos legalmente correcta, no cuestiona la disposición prevista en el artículo 21 del reglamento sobre la obligatoriedad del establecimiento del procedimiento para sancionar al hostigador, pues son dos aspectos muy diferentes la posibilidad de resolver el problema internamente y el recurrir a la protección judicial, considerando que la aplicación de cada uno de ellos dependerá de la decisión de cada hostigado.

En otros países, muchas compañías tienen establecidos dos procedimientos para atender los casos de hostigamiento: uno informal y otro formal. De manera general, se acepta que el primero tiene más ventajas dado que, como comprende a pocas personas, resulta ser más rápido, eficiente y barato. Asimismo, el trabajador hostigado no ve su procedimiento como "el gran caso", con lo cual normalmente se obtienen mejores resultados conciliatorios.<sup>25</sup> Finalmente, el trámite informal no va al departamento de recursos humanos sino a un *Ombudsman* o a un consejero confidencial, supuesto que no se encuentra previsto en nuestra regulación.

### 7.3.1 Procedimiento para el cese de hostilidad

El trámite interno regulado en el reglamento supone:

1. La presentación ante la instancia designada de una queja, verbal o escrita, por parte de la persona afectada (nunca debe realizarse ante el presunto hostigador), la cual debe probar o provocar una duda razonable sobre la existencia del hostigamiento para poder iniciar el trámite. Si es rechazada y luego se acredita judicialmente la existencia de la conducta acusada, la autoridad encargada debe responder solidariamente por la indemnización a ser imputada al hostigador.
2. En la queja se pueden solicitar medidas cautelares (rotaciones, suspensiones, prohibición de contacto) siempre que se ajusten a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del caso. Asimismo, se puede pedir una confrontación. No obstante, consideramos que la solución jamás debe ser transferir a la víctima si ésta no lo solicita, dado que ella no causó el problema. Realizar dicha transferencia implicaría avalar tácitamente la conducta del presunto hostigador.
3. Recibida la queja, ella debe ser comunicada al quejado dentro de los tres días hábiles siguientes, quien deberá presentar su descargo por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes, explicando clara y detalladamente su posición. Este descargo se debe comunicar al quejoso dentro de los tres días hábiles siguientes de haber sido recibido.
4. Las partes pueden presentar las pruebas que consideren pertinentes hasta antes de ser emitida la resolución, las cuales les deben ser comunicadas a la otra durante el proceso de investigación (no mayor a diez días hábiles). Las pruebas pueden ser testigos, documentos, correos, fotos, grabaciones, pericias, etc. Todas las pruebas deben ser y permanecer inalteradas.

<sup>25</sup> REINHART, Op. Cit., p. 17.

5. La resolución debe ser motivada, declarando fundada o infundada la queja, y debe ser emitida dentro de los cinco días hábiles de finalizado el trámite de investigación.

Recordemos que el presunto hostigado tiene un plazo de caducidad de treinta días calendario contados a partir del día siguiente de producido el último acto de hostigamiento o de indicio del mismo para presentar la queja, demandar por cese de hostilidad o demandar por pago de indemnización por despido arbitrario (si se da por despedido). Entonces, dado que la tramitación del procedimiento interno no suspende el plazo de caducidad antes indicado, éste resulta ser un nuevo incentivo para que el hostigado no siga el trámite interno sino que proceda a presentar su demanda, sea en forma excluyente o en forma paralela al proceso interno.<sup>26</sup>

### 7.3.2. Procedimiento para la extinción del contrato y el pago de la indemnización

El trabajador afectado puede optar por presentar directamente su demanda de pago de indemnización por despido arbitrario al Poder Judicial dentro del plazo de treinta días calendario antes mencionado sin necesidad de realizar el trámite de queja señalado en el literal anterior. Conforme se indicó en el párrafo anterior, un trabajador hostigado normalmente debería realizar este trámite, sin perjuicio de la investigación que realice su empleador.

### 7.4. Consecuencias de una queja falsa

Si la queja o demanda de hostigamiento sexual es declarada infundada, la persona acusada puede demandar judicialmente al supuesto hostigado el pago de una indemnización, para lo cual deberá probar el dolo, nexo causal y el daño producidos. Asimismo, con la sentencia firme que declaró infundada la queja o demanda de hostigamiento, el empleador puede despedir justificadamente al supuesto hostigado, para lo cual debe quedar debidamente acreditado el dolo o culpa inexcusable de aquel.

En ambos casos es notoria la exigencia de acreditar el dolo existente, lo cual podría ser difícil de probar en muchos supuestos.

### 7.5. Obligación de comunicación al Ministerio de Trabajo

El reglamento ha establecido que es obligación del empleador informar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo sobre los procedimientos instaurados por hostigamiento sexual y de ser el caso sobre las sanciones impuestas, dentro de los treinta días calendario siguientes, contados desde la fecha de la resolución final del procedimiento.

Consideramos esta obligación contradictoria con la confidencialidad del procedimiento interno y poco útil dado que la autoridad de trabajo no tiene rol alguno en la investigación y en las decisiones tomadas en estos casos. Asimismo, esta obligación resulta propia de relaciones laborales de décadas pasadas, en las cuales se comunicaba a la autoridad de trabajo la contratación, las sanciones y el cese de los trabajadores. Finalmente, ¿cuál es el beneficio social que se obtiene con esta obligación?

## 8. La prueba del hostigamiento

### 8.1. La carga de la prueba

Como en todo procedimiento, los hechos sobre hostigamiento sexual expuestos por las partes deben ser acreditados de tal manera que produzcan certeza en las autoridades a cargo de la investigación y resolución de los mismos, por lo que la presencia de los medios probatorios en esta materia resulta inevitable.

<sup>26</sup> Sin perjuicio que el artículo 7 del reglamento señala que el procedimiento no puede durar más de veinte días hábiles, es decir, 26 o 28 días calendario.

En tal sentido, de acuerdo con los artículos pertinentes del Código Procesal Civil, la Ley Procesal de Trabajo (Ley 26636) y del reglamento, las pruebas que podrán presentarse serán, entre otras, la declaración de testigos, documentos públicos o privados, grabaciones, correos electrónicos, mensajes de texto telefónicos, fotografías, objetos, cintas de grabación, pericias psicológicas, psiquiátricas, forenses, grafotécnicas, análisis biológicos, químicos y en general, cualquier medio probatorio idóneo.

No obstante la amplitud y variedad de los medios probatorios que se podrían utilizar para acreditar este tipo de denuncias o para elaborar la defensa ante ellas, creemos que el mayor problema vendría dado por la forma de utilizarlos, cabe decir, por la distorsión en los objetivos a los que aquellos puedan dirigirse.

En efecto, a menos que contemos con un elemento material que acredite de manera fehaciente la conducta alegada por el presunto hostigado (que dicho sea de paso podría ser muy difícil, por no decir imposible, de obtener), en el común de los casos nos encontraremos frente al simple alegato de las partes, el cual podría terminar poniendo a la víctima como acusada<sup>87</sup>, debemos reconocer que difícilmente se ofrecerán en presencia de otras personas beneficios laborales tangibles a cambio de complacencias sexuales, por lo que a menudo habrá que elegir entre la versión de la persona hostigada y la del supuesto hostigador.<sup>88</sup> Este extremo puede llegar a ser aún más complicado si tomamos en consideración que en los países de cultura anglosajona como los Estados Unidos, Australia o el Reino Unido se habla de "predominio de la prueba" o "equilibrio de probabilidades", y que en los países con influencia del Derecho Romano, como es el caso de nuestro sistema, se impone a la persona demandante la obligación de demostrar lo que aduce en la demanda, prevaleciendo la idea de que el juez tiene que estar plenamente convencido de que es cierto lo que afirma el demandante para reconocer la existencia de lo alegado.

Al respecto, el planteamiento probatorio que presenta tanto la Ley Procesal de Trabajo como el reglamento parece convertir a la oportunidad de denunciar este tipo de faltas en mera lírica, superados los prejuicios culturales que posee este concepto.<sup>89</sup> En efecto, al amparo de un erróneamente aplicado principio constitucional de presunción de inocencia<sup>90</sup>, el artículo 8 del reglamento<sup>91</sup> establece la obligación del quejoso de crear una duda razonable a su favor para que

<sup>87</sup> BOSCH, Esperanza y FERRER, Victoria A., *El caso de Neveka Fernández como paradigma*. En: *Mujeres en red*. [http://www.nodo50.org/mujeresred/neveka-bosch\\_ferrer.html](http://www.nodo50.org/mujeresred/neveka-bosch_ferrer.html). En este caso tal giro se debió principalmente a la polémica desatada el año 2003 en España por la conducta del fiscal jefe del Tribunal Superior de Justicia, José Luis García Ancos, por el mural y grosero tono y contenido de las preguntas que realizó al interrogar a Neveka Fernández, la supuesta víctima de hostigamiento, lo cual no sólo provocó numerosas críticas sino que motivó que el 6 de mayo de 2003 la Fiscalía General del Estado lo apartara del caso, lo abriera diligencias informativas y acordara sustituirle por el teniente fiscal, Gregorio Segurado. Para mayor información sobre ese caso y su resolución final puede consultarse la página web <http://noticias.ia.com/local/2003/10/26/3625450.html> y también la página <http://www.noticiaslatina.com/ediciones/20031118/espana/dl8esp0505.php>.

<sup>88</sup> HUSBANDS, Robert, *Op. Cit.*, p. 132.

<sup>89</sup> DONAYRE, José, *Op. Cit.*

<sup>90</sup> El principio constitucional de presunción de inocencia implica afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. En tal sentido, una persona no podría ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. En: HUERTA, Luis, *El Debido Proceso en las Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. En: *Memoriales de lectura del curso Derecho Constitucional 2. Ciclo 2001-2*. Resulta evidente entonces el error al intentar aplicar un principio constitucional que, en todo caso, hace referencia a la resolución del caso sometido a debate mas no a la admisión de éste a trámite. La presunción de inocencia es equivalente a la certeza y convicción que debe existir en el juzgador, lo cual se contradice por sí con el concepto de duda razonable.

<sup>91</sup> Artículo 8°.- *Finalidad, oportunidad y tipo de medios probatorios.* - Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos alegados por las partes y producir certeza en las autoridades a cargo del proceso de investigación por hostigamiento sexual. Los encargados de la investigación deberán evaluar los medios probatorios así como todos los indicios existentes que condujeran a determinar la comisión de los hechos por los actos denunciados. En aplicación del principio constitucional de presunción de

la queja sea admitida a trámite.<sup>82</sup> Bajo esta idea, lo que se está creando es una barrera de entrada al procedimiento interno toda vez que, sin la actuación de los medios probatorios (ya que estos recién serán actuados dentro del procedimiento), el presunto hostigado tendrá que convencer al encargado del trámite que existe una fuerte posibilidad de que fue víctima de un acto de hostigamiento sexual para que la investigación de éste recién comience. Todas las personas que laboren en una institución determinada, deberían tener el derecho de acceder al procedimiento previamente establecido para que el llamado a resolver su pretensión la estudie y emita una resolución motivada. En tal sentido, el establecimiento de un requisito como el antes mencionado carece de sustento suficiente ya que la culpabilidad o inocencia del supuesto hostigador es un asunto que corresponde ser evaluado en el curso del procedimiento establecido sin provocar dudas previas o presunciones que lleven a considerar, aún antes de iniciado el trámite de la queja, que el quejado es culpable.

Debe tenerse en cuenta que si bien la finalidad del procedimiento para la sanción del hostigamiento sexual es determinar la existencia o configuración del acto denunciado así como la responsabilidad correspondiente, no debemos olvidar que éste debe realizarse garantizando una investigación reservada, confidencial, imparcial y eficaz.<sup>83</sup> Permitir (o peor aún, establecer) que quien admita a trámite la queja sea la misma persona o ente que siga el curso de ésta<sup>84</sup>, constituye un claro atentado contra la imparcialidad que debe existir en este procedimiento, toda vez que dicha persona tendrá que haber ya dudado de la inocencia del quejado.<sup>85</sup> La imparcialidad es la garantía de que toda controversia será decidida por un ente que no tiene ningún interés o relación personal con el problema y que mantendrá una posición objetiva al momento de resolverlo. En consecuencia, la imparcialidad implica que las instancias que conozcan

---

*Inocencia, corresponde a la víctima del hostigamiento sexual probar lo que afirma en la queja presentada, al punto de crear una duda razonable a su favor para que la queja sea admitida a trámite.*

*Las pruebas que podrán presentarse son entre otras:*

- Declaración de testigos*
- Documentos públicos o privados*
- Grabaciones, correos electrónicos, mensajes de texto telefónicos, fotografías, objetos, cintas de grabación, entre otras*
- Pericias psicológicas, psiquiátricas, forense, grafotécnicas, análisis biológicos, químicos, entre otras*
- Cualquier otro medio probatorio idóneo*

*Las partes podrán presentar las pruebas que empuen convenientes en las oportunidades que señala cada procedimiento, las mismas que se acusarán. Incluso, se podrá realizar una confrontación entre las partes, siempre que sea solicitada por la persona presentemente hostigada.*

*Deberá tenerse en cuenta la intangibilidad del contenido de los medios probatorios e incidentes que formaran parte de la documentación relativa a la investigación, tramitación y resolución en los procedimientos que correspondan a cada una de las instituciones a que alude la Ley, no pudiendo introducirse enmendaduras, alteraciones o extralimitados, ni agregados” (el resultado es nuestro).*

<sup>82</sup> El mismo sistema contempla el ordenamiento español para invertir la carga probatoria en los casos en los que se alegue que un hecho es discriminatorio o lesivo de los derechos fundamentales del trabajador. Así lo recordaron los SSTC 21/1992 de 14 de febrero y 266/1993 de 20 de septiembre, al señalar que para imputar al empresario la carga probatoria “no basta la mera afirmación de discriminación o lesión de un derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una apariencia de aquella discriminación o lesión. Se hace necesario, por ella, que quien afirme la referida vulneración acredite la existencia de indicios que establezcan razonablemente la probabilidad de lesión alegada” (el resultado es nuestro). La aportación de tales indicios es, así, el deber que recae sobre el demandante que está lejos de hallarse liberado de toda carga al respecto y al que no le basta alegar, sin más, la discriminación o lesión de un derecho fundamental. El mismo deberá aportar algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del juez sobre la existencia de hechos normalmente constitutivos de lesión del derecho, le induzca a una creencia racional sobre su probabilidad. STC 136/2001, de 18 de junio de 2001. En: <http://www.tribunalconstitucional.es/Stc2001/STC2001-136.htm>.

<sup>83</sup> Ver punto 6.

<sup>84</sup> Previsto por el reglamento para el trámite interno del régimen laboral privado (artículo 24), no así en la descripción del procedimiento general (artículo 7.1.)

<sup>85</sup> Como vimos en plénum precedentes para que la queja sea admitida a trámite, la víctima del hostigamiento debe crear una duda razonable a su favor.

cualquier clase de proceso no deben tener opiniones anticipadas sobre la forma en que los conducirán o el resultado de los mismos.<sup>94</sup>

## 8.2. El respeto al derecho a la intimidad del hostigado

Por su parte y ya en el plano judicial, la Ley Procesal de Trabajo impone en estos casos la obligación del demandante de demostrar lo que aduce en la demanda<sup>95</sup>, al punto de dejar plenamente convencido al juez de que lo que se afirma es cierto. En efecto, dicha ley procesal establece como finalidad de los medios probatorios el producir certeza<sup>96</sup> en el juez respecto de los hechos controvertidos, admitiendo todo medio probatorio que sirva a la formación de la convicción<sup>97</sup> del mismo<sup>98</sup>, incluso prevé la posibilidad de que el juez pueda ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes para producirle certeza y convicción<sup>99</sup> con lo cual se evidencia la importancia de la presencia de estos dos elementos en toda decisión que se emita. En tal sentido, la formación de tal certeza y convicción en el juzgador no sólo constituiría uno de los elementos del debido proceso en su faceta formal<sup>100</sup> sino también, para otro autor, la aplicación del principio *in dubio pro-reo* en materia civil puesto que la carga de la prueba obliga a que un demandante acredite con eficacia y eficiencia lo que es objeto de su pretensión jurídica, pues en caso de no hacerlo o de hacerlo dudosamente (duda razonable), el juez está en la obligación de absolver al demandado.<sup>101</sup>

Si crear una duda razonable en la existencia del acto de hostigamiento resulta el medio por el cual un presunto hostigador podría librarse de las acusaciones planteadas por la víctima, la lógica finalidad de sus medios probatorios podría estar dada por la obtención de aquella duda, con lo cual el problema, tal como lo señaláramos en la primera parte de este punto, no estaría dado tanto por la dificultad de conseguir tales pruebas sino por la distorsión en su empleo. En efecto, en este tipo de casos el objetivo de los medios probatorios presentados por los presuntos hostigadores sería generar una duda razonable en el juzgador y ya no producir certeza y convicción respecto de los hechos controvertidos.

Veamos algunos ejemplos. En el caso evaluado en 1996 por la Comisión de Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EOC) de los Estados Unidos contra Mitsubishi Motor Manufacturing

<sup>94</sup> HUERTA, Luis, Op. Cit.

<sup>95</sup> Artículo 27. – Carga de la Prueba. – Corresponde a las partes probar sus afirmaciones y esencialmente:

1. Al trabajador probar la existencia del vínculo laboral.
2. Al empleador demandado probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales, los convenios colectivos, la costumbre, el reglamento interno y el contrato individual de trabajo.
3. Al empleador la causa del despido; al trabajador probar la existencia del despido, su nulidad cuando lo invoque y la hostilidad de la que fuera objeto" (el resultado es nuestro).

<sup>96</sup> Certeza es definido por la real academia española como: 1. Conocimiento seguro y claro de algo. 2. Firme adhesión de la mente a algo conocido, sin temor de error. En: <http://www.rae.es/>.

<sup>97</sup> Convicción es definido por la real academia española como: Idea religiosa, ética o política a la que se está fuertemente adherido. En: <http://www.rae.es/>.

<sup>98</sup> Artículo 25 de la Ley Procesal del Trabajo. – "Los medios probatorios en el proceso laboral tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los hechos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Es admisible todo medio probatorio que sirva a la formación de la convicción del Juez, siempre que no esté expresamente prohibido si sea contrario al orden público o a la moral" (el resultado es nuestro).

<sup>99</sup> Artículo 28 de la Ley Procesal del Trabajo. – "El Juez, en decisión motivada e inapelable, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción" (el resultado es nuestro).

<sup>100</sup> BUSTAMANTE, Reynaldo, *Aproximación al Derecho Fundamental a un Proceso Justo*. En: *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*, p. 215.

<sup>101</sup> QUIROGA LEÓN, Aafla, *El Debido Proceso Legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos*. Jurisprudencia, Jurídica editores, 2003, p. 70.

of America por continuos abusos físicos y verbales contra varias mujeres en su fábrica de montaje de automóviles de Normal, Illinois<sup>104</sup>, se destacó la presunta búsqueda de datos privados, incluidos los ginecológicos y sobre divorcios de las veintiocho mujeres que denunciaron a la empresa. En el proceso de acoso sexual seguido por Nevenka Fernández contra el ex alcalde de Ponferrada, éste sacó a relucir las parejas que ella había tenido, mencionando subliminalmente que no era una buena chica, que iba con muchos y que no era de fiar.<sup>105</sup> Un caso más reciente lo tenemos en el juicio que se realizó contra el jugador de baloncesto de los Angeles Lakers, Kobe Bryant, en el cual la defensa solicitó se le permita el uso no sólo de los antecedentes sexuales de la supuesta víctima (ya que, según ellos, la mujer tuvo numerosos encuentros sexuales; incluso el mismo día cuando supuestamente fue atacada por Bryant en el hotel donde trabajaba)<sup>106</sup> sino también un informe médico donde se constata que a principios del 2003, la joven fue internada por lo que se presume habría sido un intento de suicidio, ello con el objeto de probar la inestabilidad psíquica de la demandante.<sup>107</sup>

El problema que se evidencia en los casos reseñados en el párrafo precedente, y con el que nuestro juez laboral inevitablemente tendrá que enfrentarse, se origina en el hecho que nuestra legislación no cuenta de manera expresa con una prohibición que no sólo mantenga al empleador al margen de la reputación o la vida sexual anterior de la persona demandante (como podría ser el derecho a la intimidad), sino que evite que se presenten tales pruebas en las causas por acoso sexual.<sup>108</sup>

El tema no es fácil de resolver, y antes de establecer una regla general, consideramos que la respuesta debería estar dada por un análisis independiente de cada caso en concreto. En efecto, casos en los que se pretenda hacer valer pruebas referentes a la conducta sexual del demandante con otras personas fuera del lugar de trabajo son, en principio, por demás ajenas al caso que se estaría ventilando por considerar que quedan demasiado lejos del mismo en el tiempo o en el espacio.<sup>109</sup>

No obstante, el caso parece no ser tan claro cuando se hace referencia a la relación de la persona demandante con el supuesto acosador o al comportamiento en el lugar de trabajo de la persona demandante con otras personas o incluso en el mencionado caso que se siguió contra Kobe Bryant donde las pruebas cuestionadas servirían, aparentemente, tanto para demostrar que las lesiones de la joven pueden haberse producido al tener ella una relación sexual con otro hombre horas después de haber estado con Bryant, como para acreditar que lo que la joven buscaba era llamar la atención de su ex compañero sentimental.<sup>110</sup> Nuevamente, como manifestáramos en párrafos precedentes, el objeto de estas pruebas no sería otro que generar la duda razonable que exima al supuesto hostigador de toda culpa. Ello no tiene por qué ser visto como un resultado no querido, toda vez que el principio constitucional de presunción de inocencia así lo establece. No obstante, el juzgador tendrá que tener mucho cuidado al aceptar y valorar este tipo de pruebas ya que estamos ante una situación trágica<sup>111</sup> por la confluencia de dos

<sup>104</sup> AEBERHARD-HODGES, *Jano*, Op. Cit., p. 543

<sup>105</sup> BOSCH, Esperanza y FERRER, Victoria A., Op. Cit.

<sup>106</sup> Diario El Comercio, edición del día lunes 29 de marzo de 2003. En <http://digananama.com.pe/cpa/articulo.html?2004/03/24/cpa33332.htm>.

<sup>107</sup> Ver <http://www.chin.com/diario/2003/09/03/sum-616327.htm>.

<sup>108</sup> Un ejemplo de estas prohibiciones es la regla 412 de las Normas Generales aplicables a la presentación de pruebas en los Estados Unidos que prohíbe que se aduzcan tales pruebas en las causas por violación, y que se ha aplicado por analogía a las de acoso sexual. De manera similar, en la ley sueca sobre los contratos de trabajo se estipula que en el examen de las quejas por acoso sexual no se debe tener en cuenta la reputación o la experiencia sexual del demandante. Citado en HUSBANDS, Robert, Op. Cit. p. 132.

<sup>109</sup> Mitchell y Hatchings.

<sup>110</sup> Ver enu No. 19.

<sup>111</sup> En palabras de Ronald Dworkin, ya que necesariamente la preferencia por uno de ellos implicará el menoscabo del otro.

derechos: a la intimidad<sup>112</sup> del quejoso y a la defensa, contenido dentro del derecho al debido proceso<sup>113</sup>, del quejado.

La Comisión Andina de Juristas señala que el derecho a la intimidad o a la vida privada<sup>114</sup> involucra al conjunto de actos, situaciones o circunstancias que, por su carácter personalísimo, no se encuentran normalmente expuestos al dominio público. El derecho a la intimidad se proyecta en dos direcciones: como secreto de la vida privada y como libertad. Concebida la intimidad como secreto, atentan contra ella todas las divulgaciones ilegítimas<sup>115</sup> de hechos relacionados con la vida privada o familiar, o las investigaciones también ilegítimas de acontecimientos propios de dicha vida. Concebida como libertad individual, la intimidad trasciende y se realiza en el derecho de toda persona a tomar por sí sola decisiones que conciernen a la esfera de su vida privada.<sup>116</sup>

En tal sentido, utilizar los datos ginecológicos, informes médicos, número de divorcios y en general cualquier aspecto concerniente a la vida amorosa o sexual del reclamante implicaría una seria contravención a su derecho a la intimidad. Debe quedar claro que la vulneración de la intimidad personal y familiar se produce por la sola intromisión externa o perturbación no autorizada en las áreas privadas o reservadas (actos, hechos, hábitos, datos), sin necesidad de que con tal conducta se produzca algún daño o perjuicio adicional a la persona afectada, bastando para producir dicha vulneración la simple molestia ocasionada por la intromisión en la esfera íntima o privada, o por la comunicación no deseada ni autorizada a terceros de aspectos que forman parte de ésta y que su titular desea mantener en reserva.<sup>117</sup>

Por su parte, el derecho a probar o a producir prueba -elemento del debido proceso en su faceta formal o procesal (al interior de un proceso o de un procedimiento)- incluye el derecho a ofrecer medios probatorios, el derecho a que se admitan los medios probatorios ofrecidos, el derecho a que se actúen adecuadamente los medios de prueba admitidos, el derecho a que se asegure la producción o conservación de la prueba y el derecho a que se valoren en forma adecuada y motivada los medios probatorios que hayan sido actuados o practicados.<sup>118</sup>

El debido proceso, como todo derecho, no es de carácter absoluto, por lo que el ejercicio de los derechos que integran su contenido puede verse limitado por su propia naturaleza, por la función que cumplen en la realidad o por otros valores, bienes o derechos con los cuales el debido proceso guarda relaciones de coordinación o complementariedad en el ordenamiento

<sup>112</sup> Artículo 2 de la Constitución de 1993.- *"Toda persona tiene derecho: (inciso 7) Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley"* (el resultado es nuestro).

<sup>113</sup> Artículo 139 de la Constitución de 1993.- *"Ses principios y derechos de la función jurisdiccional: (inciso 3) La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminedada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación"* (el resultado es nuestro).

<sup>114</sup> La vida privada está constituida, según señala Juan Espinoza Espinoza, citando a Nova Mostrel, por aquellos fenómenos, datos y situaciones de una persona que normalmente están astraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por éstos puede turbarla moralmente por afectar su pudor o su recato, a menos que esa misma persona asienta a ese conocimiento. En: *Derecho de las personas*, Editorial Huallaga, 3ra. Edición, octubre 2001, p. 219.

<sup>115</sup> Entendemos que es ilegítima toda intromisión, intrusión y divulgación de hechos, que perturba su reserva y privacidad y que se producen sin el consentimiento del titular, sin importar la veracidad de la información difundida.

<sup>116</sup> Comisión Andina de Juristas, *Protección de los derechos humanos: definiciones operativas*, Lima, 1997, p.182.

<sup>117</sup> EGUIGUREN PRAELL, Francisco, *La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano*. En: *Ius et veritas*, No. 20, p. 56.

<sup>118</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*, Ara Editores, p. 215.

jurídico, como sería el derecho a la intimidad en los casos antes citados.<sup>119</sup> En tal sentido, para establecer el punto en el cual el derecho a la intimidad puede servir como límite al derecho al debido proceso, debe evaluarse qué tan esencial es el derecho a probar o producir prueba para que el debido proceso pueda cumplir con sus funciones y no pierda su naturaleza para convertirse en algo distinto, sobre todo cuando nos encontramos ante pruebas ilícitas.<sup>120</sup>

Sobre este tema revisaremos dos técnicas para la solución del conflicto de derechos planteado: el *Balancing* y la Teoría de Límites internos y contenido propio.<sup>121</sup>

El *Balancing* es aquella técnica (de origen estadounidense) por la cual se efectúa una comparación entre los diferentes derechos fundamentales o entre dichos derechos fundamentales y diversos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos e incluso los intereses involucrados en cada caso concreto. Dos son las críticas que se le hacen a esta técnica interpretativa: en primer lugar, que al buscar establecer un equilibrio entre conceptos muy diferentes entre sí, muchas veces resulta imposible encontrar estándares judiciales o criterios de interpretación comunes con base a los cuales pueda luego efectuarse la comparación deseada. En segundo término, que son muy frecuentes los casos en los cuales los juzgadores imponen como supuesta consecuencia de su labor de ponderación a algo que no es más que la plasmación de criterios meramente subjetivos.<sup>122</sup>

Por su parte, la teoría de los límites internos y contenido propio de los derechos fundamentales señala que no existen conflictos entre dos derechos fundamentales cuyo ejercicio esté aparentemente enfrentado, sino solamente situaciones en las cuales, por un lado, se encuentra una persona o grupo de personas que intenta indebidamente percibir algún beneficio que no le corresponde, haciendo para ello la invocación abusiva o injustificada de un derecho cuya titularidad en rigor no le compete y, de otro, algunas personas quienes sí estén en el ejercicio regular de un derecho cuya titularidad les corresponde plenamente.<sup>123</sup>

Teniendo en cuenta el tipo de casos que nos toca evaluar, no somos partidarios de esta última técnica interpretativa por cuanto nos parece muy difícil considerar que algunas de las víctimas de los casos utilizados a modo de ejemplo puedan estar invocando abusiva o injustificadamente un derecho cuya titularidad sí les compete, mientras que en algunos de dichos casos<sup>124</sup> el presunto hostigador pueda estar haciendo lo propio con los recursos que el ordenamiento le franquea.

Es en tal sentido que, no obstante los riesgos de plasmación de criterios meramente subjetivos por parte del juzgador en la ponderación de derechos que le toque efectuar, nos inclinamos por la técnica del *Balancing* antes expuesta por considerar que al tratarse de valores de igual jerarquía y donde se debe tener en cuenta la importancia de la búsqueda de la verdad

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>120</sup> Se conoce como prueba ilícita a aquellos medios o fuentes de prueba que han sido obtenidos violando derechos fundamentales.

<sup>121</sup> No consideramos la técnica de la *Prefered Position* por considerar que en el problema de la llamada "prueba ilícita" convergen valores, derechos y bienes jurídicos que se encuentran en el mismo nivel de jerarquía normativa, por lo que los conflictos que en cada caso en concreto puedan surgir entre ellos no pueden solucionarse en términos de predominio de alguno sobre los demás, sino en términos de equilibrio, razonabilidad y proporcionalidad. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Op. Cit.*, p. 213.

<sup>122</sup> ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, *Libertad de información versus intimidad: notas sobre las técnicas para resolver los posibles conflictos existentes entre estos derechos y la estrategia procesal a seguir en algunos de estos casos*. En: *Normas Legales*, tomo 288, mayo 2000, p. A-92 y A-93.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. A-93.

<sup>124</sup> Un ejemplo de esto puede ser el caso que se sigue contra Kobe Bryant en el cual la existencia de distintos encuentros sexuales el mismo día que supuestamente fue atacada por Bryant podría ser relevante para establecer que las lesiones que sufriría la jueza no fueran accesorio causadas por él.

real como valor superior de la justicia, es necesaria la evaluación de cada caso en concreto para establecer hasta qué punto la transgresión efectuada por la prueba ilícita produciría un daño mayor al beneficio que se aportaría al proceso.<sup>95</sup>

## V. COLOFÓN: LA IMPORTANCIA DEL TEMA

Los numerosos casos de chantaje sexual conocidos por los medios de comunicación (especialmente los producidos en centros educativos) revelan que estamos ante un fenómeno social de graves consecuencias del cual se conoce o se denuncia poco, debido a la escasa o poca protección legal existente, los prejuicios culturales o a la dificultad probatoria implícita en estos casos, resultando válido asumir que generalmente todo se reduce a la confrontación de dos versiones opuestas (la del hostigado y la del hostigador) sobre un mismo hecho.

No obstante, el tema no debe escapar a la sensibilidad social en contextos como el nuestro en que las mujeres siguen siendo un colectivo discriminado, sea para acceder a puestos de trabajo, sea para ascender en los mismos. No deja de ser lamentablemente anecdótico que hasta la fecha muchos reportajes periodísticos presenten como novedad la presencia de mujeres exitosas en campos típicamente dominados por hombres (desde el cargo de primer ministro, el de gerente general o el ser árbitro de fútbol).

El hostigamiento sexual tiene mucho que ver con este contexto, dado que la gran mayoría, por no decir todas las personas hostigadas son de sexo femenino. Y eso es justamente lo que debemos corregir.

<sup>95</sup> De similar opinión es Reynaldo Bustamante Alarcón, quien refiriéndose a este tema señala que en efecto, la naturaleza fundamental del derecho a la prueba (como integrante del derecho a un debido proceso), el valor superior de la justicia que la sustenta, así como la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, como bien jurídico constitucionalmente protegido y fin mediano que lo inspira, hacen que el citado derecho no pueda ser soslayado por la mera invocación de proteger otro derecho fundamental u otro bien jurídico tutelado constitucionalmente, sino que por tratarse de elementos de igual jerarquía u concurrencia o conflicto en cada caso concreto debe resolverse en términos de equilibrio y razonabilidad, sobre todo teniendo en consideración la justicia del caso concreto. En ese sentido, consideramos que el proceso justo exige que el juzgador evalúe la situación en cada caso concreto a fin de decidir sobre la eficacia probatoria de los medios y/o fuentes de prueba obtenidos ilícitamente, o sobre su admisibilidad o rechazo en cada proceso o procedimiento. Op. Cit., p. 213.