

**LEY DE PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL
PERÚ: PROPUESTA PARA UNA REGULACIÓN INTEGRAL EN EL ÁMBITO DE
LAS RELACIONES LABORALES**

KASANDRA MEJÍA ROSASCO

Abogada por la Universidad de San Martín de Porres.

GUILLERMO GONZÁLEZ ZEVALLOS

Bachiller en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

I. Antecedentes - II. Aspectos principales del acoso u hostigamiento sexual. Caso de la legislación peruana: 1. Definición de acoso sexual: 1.1. Elementos integrantes del acoso sexual: 1.1.1. Conducta de carácter sexual; 1.1.2. Conducta no bienvenida; 1.1.3. Afectación del empleo; 2. Tipos de acoso sexual: 2.1. Acoso sexual en la modalidad *quid pro quo* o por chantaje; 2.1.1. Elementos del chantaje sexual: 2.1.1.1. Una relación de autoridad, jerarquía u otra situación ventajosa; 2.1.1.2. Existencia de una afectación real; 2.2. Acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo. - III. Principales deficiencias de la Ley 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, y su Reglamento. Propuestas para una regulación integral del acoso sexual en el trabajo: 1. Regulación limitada a los supuestos de chantaje sexual; 2. Ámbito de aplicación limitado; 3. Reiteración de la conducta; 4. Tipología cerrada de las manifestaciones del acoso sexual; 5. Efectos de la "falsa queja"; 6. Trámite de la queja; 7. Derechos de los trabajadores sancionados por acoso sexual. - IV. Conclusiones.

I. ANTECEDENTES.

De manera previa a la exposición de los antecedentes que originan esta investigación, así como el análisis sociológico que esbozaremos en este acápite, consideramos prudente señalar al lector que, sin perjuicio del estudio conceptual que efectuaremos en el capítulo siguiente, usaremos el término "acoso sexual" cada vez que tengamos que hacer referencia al fenómeno estudiado en esta investigación. El uso de dicho término resulta por ahora imprescindible, sin embargo las referencias que hagamos al respecto serán complementadas con el análisis doctrinario que efectuaremos en el capítulo II. De esta manera, iniciamos la descripción del fenómeno comúnmente conocido como "acoso sexual", y sobre su origen y efectos en el ámbito de las relaciones laborales.

Si bien en la actualidad existe una regulación especial sobre el tema del acoso sexual, contenido en la Ley 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo No. 010-2003-MIMDES, no siempre existió una regulación unitaria del tema. Así pues, tenemos como iniciativas legislativas previas a la dación de la Ley 27942 (publicada en el Diario Oficial El Peruano el día jueves 27 de febrero de 2003) una serie de proyectos que en su oportunidad no fueron aprobados pero que, sin embargo, constituyeron referencias importantes para la regulación unitaria del tema.

Así pues, contamos con el Proyecto de Ley 510, que propone la ley que sanciona el hostigamiento sexual en el empleo, presentada el 29 de agosto de 2001 por el entonces congresista Aníbal Flórez-Araoz. De la misma manera, el entonces congresista Xavier Barrón presentó el 4 de julio de 2002 el Proyecto de Ley 1149, que buscaba establecer una sanción para el hostigamiento sexual en el empleo. El acoso sexual en reiteradas oportunidades ha sido calificado como delito, y el Proyecto de Ley 1406, presentado el 5 de diciembre de 2001 por la ex congresista Julia Valenzuela, buscaba incluir al acoso sexual dentro de los delitos contra la libertad sexual; misma intención que tuvo el ex congresista Rafael Valencia Dongo, mediante el Proyecto de Ley 4071, presentado el 1 de octubre de 2002. De la misma manera, existió una serie de Proyectos de Ley posteriores que buscaron establecer sanciones para los casos de acoso sexual, pero que sin embargo adolecieron de graves deficiencias como por ejemplo la

ausencia de una definición clara del concepto de "acoso" u "hostigamiento" sexual.¹ Dichas deficiencias estuvieron acompañadas, además, de un escaso interés por parte de nuestros legisladores para dar impulso a una adecuada regulación sobre el tema del acoso sexual.

Con la promulgación y publicación de la Ley 27942 se pretendió regular de manera completa los supuestos de acoso sexual, tanto los ocurridos dentro de las relaciones laborales públicas y privadas, como los ocurridos en centros educativos e instituciones militares y policiales. Sin embargo, dicho texto no estuvo exento de propuestas legislativas destinadas a su modificación, tales como el Proyecto de Ley 9264, presentado por la entonces congresista Rosa Yanarico, a través del cual buscaba modificar el texto original relativo a la "falsa queja", y los Proyectos de Ley 6015, 6085 y 8655, presentados por los congresistas Pedro Morales, Mercedes Cabanillas y Ántero Flórez-Araoz respectivamente, con los cuales se propuso la incorporación del ambiente hostil de trabajo como supuesto a ser regulado. Cabe destacar que, lamentablemente, a la fecha, ninguno de estos proyectos ha sido aprobado, impidiendo que nuestra legislación regule este importante y frecuente supuesto de acoso sexual.

Así pues, podemos apreciar que nuestra legislación, en lo que al acoso sexual atañe, si bien se encuentra comprendida en un único texto, adolece de insuficiencias que serán analizadas en los capítulos siguientes.

Luego de reseñados los antecedentes legislativos, resulta importante efectuar un análisis sobre los aspectos sociológicos vinculados al acoso sexual. En este sentido, antes de iniciar el estudio sobre la regulación del acoso sexual en el Perú resulta imprescindible determinar las conductas que deben ser reguladas, para posteriormente concluir si la norma vigente atiende a la realidad manifiesta que pretende regular.

De esta manera, podemos señalar como primer punto, la existencia de un mayor número de mujeres, en comparación con los hombres, que son víctimas de acoso sexual. En efecto, *"el acoso sexual lo experimentan tanto mujeres como hombres, aunque es más común que las asediadas sean las primeras. No existen cifras ciertas sobre el fenómeno, pero la Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que en promedio casi 25% de la población femenina mundial sufre algún tipo de hostigamiento"*.²

Frente a ello, emerge una pregunta tan necesaria como evidente: ¿Por qué el acoso sexual se dirige principalmente a mujeres más que a hombres? La respuesta no puede ser encontrada en ningún análisis jurídico, sino en uno de naturaleza sociológico; iqué determina el comportamiento hostigador fundamentalmente proveniente del sexo masculino?

Coincidimos con Baños Terrazas, quien en una ponencia ante El Instituto de las Mujeres del Distrito Federal de México, señaló que *"este tipo de situaciones suceden entre muchos otros aspectos, por la existencia de una relación desigual de poder entre los sexos, derivada de la sociedad patriarcal en la que convivimos mujeres y hombres, en la cual se subraya la supuesta superioridad masculina sobre la femenina, dictándose los comportamientos, conductas y valores que cada sexo debe asumir. De esta manera, al sexo masculino se le adjudica la agresión, la inteligencia, la fuerza y la eficacia; mientras que al sexo femenino se le adjudica la pasividad, la ignorancia, la docilidad y la ineficacia. Es así como la violencia de los hombres hacia las mujeres se justifica dentro de la sociedad patriarcal, como un mecanismo para mantenerlas en el lugar que les ha sido asignado históricamente, la subordinación"*.³ Evidentemente, el nivel de prejuicios patriarcales varía de una cultura a otra, pudiendo ser más

¹ Una lista detallada de los Proyectos de Ley presentados antes de la entrada en vigencia de la Ley 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, puede encontrarse en: http://www.mujerla.org.pe/doc_vigilancia/hoja_art_28.doc

² Tomado de <http://lacapalera.indymedia.org/es/wiki/index.php/82198/index.php>

³ Tomado de www.itsaerf.gob.mx/en_linea/temas/temas/temas/hostigamiento.html

intenso en un Estado que en otro, pero sin embargo siempre se encontrará presente, sobretodo en las sociedades latinoamericanas.

Ahora bien, el acoso sexual encuentra una manifestación clara en las relaciones laborales, tal como lo señala Baños Terrazas, "el hostigamiento sexual está relacionado no sólo con la posición que ocupan las mujeres en la estructura jerárquica laboral, sino con la posición de subordinación que tienen en la estructura social".⁴

De la misma manera, Farias y Gómez, afirman que se trata de un problema de género, el cual lo definen como "la red de rasgos de personalidad, actitudes, sentimientos, valores, conductas y actividades que a través de un proceso de construcción social establecen diferencias entre los hombres y las mujeres".⁵ Por ello, no sorprende que las citadas autoras afirmen que "podemos visualizar el acoso sexual como una expresión emblemática de la discriminación en el trabajo, realidad que al estar en la base de esta problemática explica, en parte la caracterización del hostigamiento sexual como un tema sensible y complejo que genera tantas resistencias. El acoso sexual supone una situación de discriminación en la que la mujer sólo por el hecho de serlo puede ser objeto de acoso sexual, exponiéndose a situaciones que amenazan su trabajo y su integridad física y psíquica".⁶ Así también lo destaca Baños Terrazas, quien afirma que "el hostigamiento sexual es uno de los principales factores para que las mujeres no accedan a los cargos de dirección en los centros laborales y ello implica la limitación ocupacional como parte de la discriminación que los hombres ejercen contra la población femenina ante la escasez de oportunidades de trabajo".⁷

Al respecto, coincidimos con Balta Varillas, quien citando a Arias Solís señala que "si bien aún predomina en la gran mayoría de legislaciones la idea de que el acoso sexual es una forma de discriminación por sexo, en la actualidad la tendencia consiste más bien en regular el acoso sexual de manera autónoma, independientemente de otras perspectivas (...), que con el tiempo han ido revelando sus insuficiencias".⁸

Por otro lado, podemos entender que el acoso sexual se encuentra relacionado además con una situación de superioridad o con una situación de ventaja, aunque no se agota en esta, es decir, hay muchas posibilidades que el acoso sexual se presente con mayor frecuencia en relaciones de superioridad jerárquica o superioridad económica, pero ello no impide que se manifieste incluso en relaciones entre personas de la misma categoría laboral.

Farias y Gómez señalan que "en el ámbito laboral, el acoso sexual constituye una expresión de las distintas maneras que existen de ejercer el poder que una persona tiene en razón de su cargo de manera abusiva y excediendo las atribuciones con que cuenta".⁹ Evidentemente, en tanto el agresor se encuentre en una situación de superioridad o ventaja, se sentirá con mayor posibilidad de incidir en la voluntad de su subordinada a través de una coacción psicológica como es el acoso sexual, a fin de obtener favores sexuales de la misma. Sin embargo, ello también podrá presentarse en el supuesto de un trabajador que ostente la misma categoría de la víctima, no obstante las posibilidades de que esto última se sienta coaccionada son menores, por lo que en este supuesto nos encontraríamos frente a una afectación al ambiente de trabajo, tornándolo hostil, derivado de las acciones del trabajador agresor que ostenta la misma categoría laboral que la víctima. Lo afirmado se encuentra respaldado en el análisis efectuado en Chile por Farias y Gómez, en el cual se verifica que, respecto a treinta y

⁴ Ltr. CIL

⁵ FARIAS A., Pamela y GÓMEZ A., Marcela, *Aportes al Debate Laboral* No. 7, *Acoso Sexual en el Trabajo de la Impunidad a la acción*, Departamento de Estudios de la Dirección de Trabajo del Gobierno de Chile, Santiago, p. 4.

⁶ *Ibid.*, p. 5.

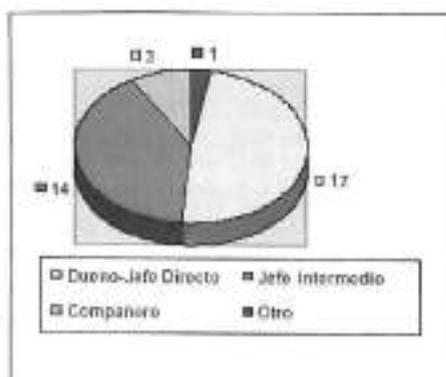
⁷ Tomado de www.trabajo.cl/gob/mat/act_informacion/sexual/hostigamiento.html

⁸ BALTA VARELLAS, José, *Acoso sexual en las relaciones laborales privadas*, Ara Editores, Lima, 2005, p. 20.

⁹ FARIAS A., Pamela y GÓMEZ A., Marcela, *Op. Cit.*, p. 2.

cinco casos escogidos al azar, la mayor cantidad de agresores resultan ser superiores de las víctimas, aunque no se deja de lado que algunos agresores son los compañeros de trabajo.¹⁰

GRAFICO N° 3
PROTAGONISTAS DEL ACOSO



De la misma manera, "la experiencia en atención de estos casos demuestra que se niega la existencia de hostigamiento sexual en los centros de trabajo ya que los jefes se consideran respetables; se dice que la afectada 'exagera los hechos', se habla de la falta de humor de las mujeres, la libertad de expresión, la camaradería masculina y vestimenta de las afectadas".¹¹ Este tipo de conductas crea un conflicto en el fuero interno de la víctima, en este conflicto "existe la tendencia a creer que la persecución sexual que reciben, de alguna forma ellas la han provocado, presentándose sentimientos de culpa, que las llevan a considerar este problema como personal, temiendo la reprobación de los demás. (...) Independientemente de que enfrenten el problema de manera abierta, se sienten atemorizadas de expresarla, ya que pueden ser ignoradas, desmentidas y consideradas poco profesionales; temen también que se les considere como personas conflictivas, o que las hagan sentir que son incidentes triviales por los que no deben preocuparse. Este tipo de actitudes hacia las mujeres generalmente se presenta entre las hambres, aunque no es extraño encontrar que las mismas mujeres no reconozcan en otro este problema".¹² Por ello resulta correcto afirmar que el acoso sexual es un problema "invisibilizado" y no invisible.

Por si no fuera suficiente el ataque psicológico al cual se encuentran expuestas las víctimas, quienes no sólo deben soportar el acoso sexual, sino además un sentimiento de infundada culpa, en los casos que pretenden denunciar el acoso reciben represalias por parte de los superiores agresores. Es razón de ello, que "la impunidad existente es tal, que quienes se atreven a denunciarlo, son despedidas y bofeteadas para impedir su recontratación en otras empresas. Ante la presión y carencia de espacios que atiendan el problema, no tienen otra opción más que renunciar sin recibir una indemnización mientras que otras son acusadas de robo para despedirlas y el hostigador sólo recibe un llamado de atención".¹³

Dicha situación también consta en el estudio realizado por Farías y Gómez, quienes concluyen lo siguiente:¹⁴

¹⁰ Cuadro tomado de FARIAS A., Pamela y GÓMEZ A., Marcela, Op. Cit. p. 26.

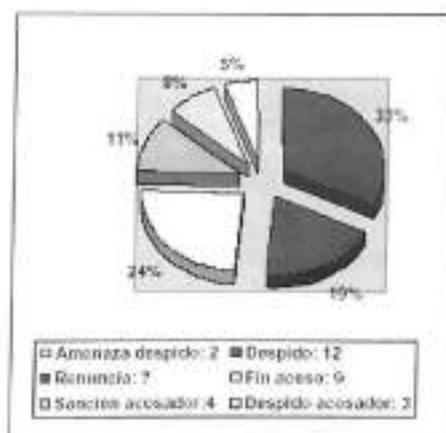
¹¹ Tomado de www.larosa.es/empresas/decuando/rojo.html

¹² Tomado de www.internadigo.com/mostrar_detalle.php?accion=verDetalleHostigamiento.html

¹³ Loc. Cit.

¹⁴ Cuadro tomado de FARIAS A., Pamela y GÓMEZ A., Marcela, Op. Cit. p. 30.

GRAFICO N° 6
CONSECUENCIAS DE LAS DENUNCIAS



Como se puede apreciar, existe un mayor número de casos en los cuales la víctima resulta afectada con un despido o con la amenaza del mismo, en comparación con los casos de fin del acoso o alguna sanción al acosador.

La situación descrita puede haber sucedido en una considerable cantidad de oportunidades, muchas de las cuales posiblemente no han sido denunciadas. sin embargo es importante citar el caso de ocho trabajadoras en Varsovia que fueron despedidas por denunciar ser víctimas de acoso sexual. En efecto, en la planta de snacks Frito-Lay, ubicada en Grodzisk, Varsovia, las trabajadoras eran citadas a la oficina de los supervisores nocturnos y allí eran víctimas de acoso sexual, pudiendo algunas haber sido sexualmente abusadas bajo la amenaza de despido en caso decidieran revelar lo ocurrido. Tiempo después, cuando los superiores de los agresores se enteraron de lo ocurrido, y evidentemente lo pusieron en su conocimiento, el supervisor nocturno y gerente de Recursos Humanos citó a ocho trabajadoras, a las cuales amenazó con un despido disciplinario a menos que renunciar; algunas de ellas firmaron resignadas las cartas de renuncia que les fueron presentadas, y otras fueron despedidas. El 3 de enero de 2005 estas ocho mujeres presentaron cargos por acoso sexual ante los tribunales laborales.¹⁵

Todo lo expuesto hasta el momento puede constituir una respuesta clara y lógica a los indicadores estadísticos obtenidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto al desempleo femenino en América Latina, y en especial en el caso del Perú. Si bien existen prejuicios respecto al empleo femenino, resulta válido presumir que una parte del desempleo femenino puede ser resultado de casos de acoso sexual no atendidos, así como también concluir que adicionalmente al escaso porcentaje de empleo femenino, no existe una adecuada protección al mismo, pues al menos en materia de acoso sexual existen serias deficiencias que serán advertidas en los capítulos siguientes. En ese sentido, consideramos importante mostrar los resultados obtenidos en el estudio realizado por la OIT "Panorama Laboral 2005 para América Latina y el Caribe".¹⁶

¹⁵ Obtenido de www.cel-uta.org/museo/pepaco-pokina.html

¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Panorama Laboral 2005 América Latina y el Caribe*, p. 111.

AMÉRICA LATINA, PAÍSES SELECCIONADOS
TASA DE DESempleo según sexo, Píjor trimestre 2000 - segundo trimestre 2002
(en %)

País	2000				2001				2002				
	E	M	F	T	E	M	F	T	E	M	F	T	
Argentina¹													
Hombr	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11
Mujer	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10
Brazil¹													
Hombr	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11
Mujer	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10
Colombia¹													
Hombr	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11
Mujer	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10
Costa Rica¹													
Hombr	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11
Mujer	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10
Chile¹													
Hombr	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11
Mujer	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10
Perú¹													
Hombr	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11	11
Mujer	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10	10

Finalmente, cabe destacar que los efectos perjudiciales derivados de la existencia de casos de acoso sexual dentro de una empresa se hacen extensivos a todas las personas que laboran dentro de la misma. Como indica Baños Terrazas, "este tipo de conductas tiene efectos graves sobre todas las partes en la relación laboral. En la receptora, tiene efectos psicológicos, de orden laboral, de orden físico y personal y de orden social, ya que contribuye a crear estereotipos en el trabajo y limita las opciones de empleo de todas las mujeres. En las hostigadoras, puede costarles el empleo o una medida disciplinaria, además de crearles problemas en su hogar, con su pareja o dañarle su reputación. Los efectos en la empresa son cuantiosos: baja productividad, baja moral, pérdida de buenos empleados y pérdida de dinero si se le obliga a pagar salarios caídos e indemnizaciones".¹⁷

De la misma manera, la OIT señala que las principales consecuencias derivadas de un caso de acoso sexual en una empresa serían las siguientes:

- Con relación a los empleados, las consecuencias del acoso sexual pueden ser demoledoras para la víctima. Además de los dañinos efectos físicos y psíquicos mencionados antes, la víctima corre el riesgo de perder su trabajo o experiencias relacionadas con él, tales como su formación profesional, o llegar a sentir que la única solución posible es renunciar a todo ello. El caso sexual lleva a la frustración, pérdida de autoestima, absentismo y una merma de la productividad.
- Con relación a las empresas, además de los efectos negativos ya apuntados, el acoso sexual incluso puede ser la razón oculta de que empleados valiosos abandonen o pierdan su puesto de trabajo, cuando, por otra parte, habían dado muestras de un buen rendimiento. Y si la empresa consiente un clima de tolerancia hacia el acoso sexual, su imagen puede verse dañada en el supuesto de que las víctimas se quejen y hagan pública su situación. Por añadidura, corre también crecientes riesgos financieros, porque cada día son más los países en que una acción judicial a instancia de las víctimas puede fácilmente determinar daños e imponer sanciones económicas.
- Las consecuencias para la sociedad, en su conjunto, podrían resumirse diciendo que el acoso sexual impide el logro de la igualdad, condona la violencia sexual y tiene efectos negativos sobre la eficiencia de las empresas, que entorpecen la productividad y el desarrollo.¹⁸

¹⁷ Tomado de www.inmujer.gob.mx/tem_estadial/perencias/hostigamiento.html

¹⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL TRABAJO, Centro Interamericano de Investigación y documentación sobre formación profesional - CINTERFOR, El acoso sexual: un problema de relevancia de todo. Tomado de <http://www.ocearfa.org/cepub/le>

Así pues, resulta imprescindible para el empleador establecer procedimientos adecuados de resolución de controversias derivadas de quejas por actos de acoso sexual. Asimismo, la legislación cumple un rol fundamental, en tanto delimita el ámbito de actuación de los agentes intervinientes tanto en la relación laboral como en una queja por actos de acoso sexual.

No podemos terminar este acápite sin antes citar nuevamente Baños Terrazas, quien afirma coherentemente que *"lo que se propone es que las relaciones que implican la sexualidad, sean de respeto y se dé la posibilidad de que ambos sexos tengan opción de elegir y aceptar el tipo de relación que desean, sin que tenga que asumir un sexo las demandas sexuales del otro, sólo porque se piensa que las mujeres deben responder a ellas, por ser las depositarias de la sexualidad masculina y creer en la pasividad y sumisión que ellas deben presentar ante este hecho"*.¹⁹

II. ASPECTOS PRINCIPALES DEL ACOSO U HOSTIGAMIENTO SEXUAL: CASO DE LA LEGISLACIÓN PERUANA

Luego de expuestos los antecedentes y datos estadísticos que nos proporcionan un panorama claro de la necesidad de una regulación integral y armoniosa del acoso sexual en las relaciones laborales, y antes del análisis detallado de las principales deficiencias de nuestro ordenamiento jurídico en lo que a esta materia se refiere, consideramos imprescindible la delimitación jurídica de los conceptos a ser utilizados en éste análisis. De esta manera, una vez establecidos los principales aspectos vinculados al tema del acoso sexual en las relaciones laborales, y los supuestos de hecho que se encuentran vinculados al mismo, podremos realizar una coherente crítica a la vigente regulación peruana en lo relativo al acoso sexual en las relaciones laborales para, posteriormente, exponer nuestras propuestas para una regulación integral y efectiva de este tema que viene tomando cada vez mayor importancia en el ámbito de las relaciones laborales.

I. Definición de acoso sexual

La determinación del concepto de acoso sexual resulta fundamental dentro del análisis jurídico que haremos. De esta manera, al identificar claramente el fenómeno del acoso sexual, y establecer su definición, podremos posteriormente analizar si la regulación contenida en la legislación peruana es adecuada para una efectiva protección del acoso sexual en las relaciones laborales, o si, por el contrario, contiene una regulación insuficiente para los supuestos de acoso sexual. Así pues, existen una serie de definiciones ensayadas al respecto, tanto por instituciones internacionales, así como por las legislaciones e incluso una definición propuesta por la doctrina.

La Real Academia de la Lengua Española define el verbo acosar como "perseguir, importunar, fatigar a una persona ocasionándole molestias", asimismo define al verbo hostigar como "perseguir, acosar, molestar a uno". Como se puede apreciar, existe una evidente similitud entre ambos, por lo que ambos términos bien pueden ser utilizados de manera indistinta. Sin embargo, a efectos de la presente investigación utilizaremos el concepto de acoso, pues es el único que, de acuerdo a la Real Academia de Lengua Española, se encuentra asociado al término de acoso sexual. Cabe destacar además que en la presente investigación el término de acoso sexual será empleado en su acepción jurídica, mucho más amplia que la propuesta por la Real Academia de la Lengua Española.

Antes de determinar una definición concreta del acoso sexual, es importante tomar en cuenta los antecedentes extranjeros respecto a la definición del acoso sexual, así pues, resulta interesante la definición propuesta por el Sindicato de Telefonistas de la República Mexicana, quienes definen el acoso sexual de la siguiente manera: "Es toda conducta con implicancias sexuales no solicitadas ni

¹⁹ www.senales.org/region/americas/consorcio/temas/generales/definicion/peste/cue_griado_wes.htm

²⁰ Loc. Cit.

deseadas, sea verbal o física, que humilla, insulta y degrada a las personas. Esta conducta puede ser repetitiva o presentarse una sola vez. Puede ocurrir en cualquier lugar y provenir de un superior a un inferior jerárquico, de un compañero de trabajo o un cliente. En muchos casos se disfraza de afecto o atracción, pero en realidad es una demostración de poder con la cual se intimida o amenaza. Esto provoca en la víctima una angustia creciente que deriva en trastornos de la salud y afecciones al desempeño del trabajo”.²⁸ Como se puede apreciar, el concepto propuesto por dicho sindicato se aproxima más o menos a la definición doctrinaria que esbozaremos en líneas siguientes, el mismo que recoge dos supuestos distintos de acoso sexual que definiremos posteriormente: el chantaje sexual y el acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo.

Por otro lado, la Ley 7476 de Costa Rica señala que “se entiende por acoso u hostigamiento sexual toda conducta sexual indeseada por quien la recibe, reiterada y que provoque efectos perjudiciales en los siguientes casos: a) Condiciones materiales de empleo o de docencia, b) Desempeño y cumplimiento laboral o educativo, c) Estado general de bienestar personal. También se considera acoso sexual la conducta grave que, habiendo ocurrido una sola, perjudique a la víctima en cualquiera de los aspectos indicados”.²⁹ La definición propuesta por dicha ley no recoge en principio los supuestos de acoso sexual que serán definidos en líneas siguientes, sin embargo, aporta a la determinación de la ausencia de reiterancia en el acto para la configuración del acoso sexual. Será el artículo 4 de dicha ley la que regule los supuestos de acoso sexual al establecer las manifestaciones del acoso sexual, entre las que se encuentran: “1. Requerimientos de favores sexuales (...) 2. Uso de palabras de naturaleza sexual, escritas u orales, que resulten hostiles, humillantes u ofensivas para quien las reciba (...)”.³⁰

En la misma línea, el tema que nos ocupa, también ha sido regulado por Puerto Rico, donde la Ley 17 del 22 de abril de 1988, Ley para prohibir el hostigamiento sexual en el empleo: imponer responsabilidades y fijar penalidades, define al hostigamiento sexual (llamado así por la citada ley) como: “El hostigamiento sexual en el empleo consiste en cualquier tipo de acercamiento sexual no deseado, requerimiento de favores sexuales y cualquier otra conducta verbal o física de naturaleza sexual cuando se da una o más de las siguientes circunstancias: a) Cuando el someterse a dicha conducta se convierte de forma implícita o explícita en un término o condición del empleo de una persona, b) Cuando el sometimiento o rechazo a dicha conducta por parte de la persona se convierte en fundamento para la toma de decisiones en el empleo o respecto del empleo, que afectan a esa persona, c) Cuando esa conducta tiene el efecto o propósito de interferir de manera irrazonable con el desempeño del trabajo de esa persona o cuando crea un ambiente de trabajo intimidante, hostil y ofensivo”.³¹

Como se puede apreciar, las definiciones citadas hasta el momento, si bien no describen completamente todos los aspectos incluidos dentro del acoso sexual, coinciden en un aspecto fundamental: el acto de naturaleza sexual dirigido hacia la víctima, y que la considera ofensivo, puede realizarse tanto con la intención de ofrecerle una ventaja en sus condiciones de trabajo, o con la intención de crear un ambiente hostil de trabajo que influya negativamente en su desempeño.

En el caso peruano, luego de los innumerables intentos legislativos fallidos para la regulación del acoso sexual, señalados en el primer acápite de nuestro análisis, el 27 de febrero de 2003 se publicó la Ley 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual (en adelante, la Ley), y de manera posterior, el 26 de noviembre de 2003, mediante Decreto Supremo No. 010-2003-MIMDES, el Reglamento de la misma (en adelante, el Reglamento).

²⁸ Texto de www.csttm.org/misicio/hojasasual3.htm

²⁹ Texto de www.ajprr.com/web/legislacion/misicio/02.htm

³⁰ Loc. Cit.

³¹ Texto de www.legislaris.com/trabajo/963/Clas1795017.htm

Así pues, el artículo 4 de la Ley regula el concepto del hostigamiento sexual²¹ de la siguiente manera: "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".

El artículo 4 de la Ley debe ser interpretado con lo establecido por el artículo 5 del Reglamento, el mismo que regula los elementos constitutivos del acoso sexual: "a) Una relación de autoridad o dependencia, o jerarquía o situación ventajosa, b) Un acto de carácter o connotación sexual, que pueden ser físicos, verbales, escritos o de similar naturaleza, c) El acto no es deseado o es rechazado manifiestamente por la víctima, d) El sometimiento o el rechazo de una persona a dicha conducta se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación o al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo y/o dicha conducta creando un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma".

Como se puede apreciar, el legislador peruano, a diferencia del costarricense o del puertorriqueño, optó por regular un solo supuesto de acoso sexual: el chantaje sexual. Sin embargo, podemos notar la intención de regular además la posibilidad de crear un ambiente hostil de trabajo mediante la realización de actos constitutivos de acoso sexual. A pesar del importante avance legislativo que hubiera implicado la regulación de este supuesto, la ley peruana, de manera contradictoria a lo expresado en el artículo 5 del Reglamento, limita la configuración del acoso sexual a una relación en la que exista verticalidad entre los sujetos involucrados, dejando de lado la posibilidad de sanción en caso el acoso sexual se produzca entre trabajadores de la misma jerarquía. Es claro que la gravedad de ésta conducta (al tratarse de trabajadores jerárquicamente iguales) es de menor lesividad que la que se produce cuando el agente del acoso sexual es el superior jerárquico. Por ello, el legislador peruano debió incluirlo expresamente porque dichos comportamientos generan un ambiente hostil de trabajo y de la misma manera perjudican el desarrollo profesional o laboral de las personas que lo sufren.

Ello reviste especial gravedad, pues de acuerdo a la regulación peruana sobre acoso sexual, en caso un trabajador realice a otro de la misma jerarquía proposiciones de naturaleza sexual que este último las considera ofensivas, no podría configurarse un supuesto de acoso sexual, pues no exista relación vertical entre ambos, y de acuerdo a la ley peruana, ello no constituiría un supuesto de acoso sexual. Al respecto consideramos, que una vez más el legislador peruano regula "de espaldas a la realidad", pues es un hecho comprobado que "el hostigamiento sexual se puede producir entre personas de todo el escalafón laboral, tanto entre profesionales como entre los trabajadores de menor cualificación, y puede afectar por igual a una persona de 20 años que a uno de 40. No se puede dibujar un perfil de la víctima".²² Pero nuevamente, debe tenerse en cuenta que este tipo de comportamiento tiene menor gravedad que los casos en donde exista verticalidad.

Baste por ahora con la breve referencia hecha a la legislación peruana, pues las deficiencias de la misma serán analizadas con mayor detenimiento en el tercer acápite de nuestra exposición. Sin embargo, es importante resaltar una vez más que la insuficiencia de la regulación es especialmente grave, pues si un hecho, que en efecto constituye acoso sexual, no puede enmarcarse dentro del

²¹ Esta es la denominación por la cual optó el legislador nacional al momento de expedir los citados textos normativos, sin embargo, en concordancia con lo dispuesto hasta el momento, en adelante usaremos el término "acoso sexual" para referirnos al "hostigamiento sexual" regulado por la ley peruana.

²² Así lo manifestó la web "Mujeres en Red", de acuerdo a un análisis realizado en España. Tomado de www.redo50.org/mujeresenred/accosos-200707

supuesto de hecho establecido en la norma, aquella víctima carecerá de protección de acuerdo a la ley especial sobre acoso sexual y se verá obligada necesariamente a encontrar una opción legislativa general para ver protegido su derecho vulnerado, con la consecuente imposibilidad de verse beneficiado con las reglas y opciones contenidas en la ley especial.

Así pues, luego de esbozados algunos conceptos contenidos en la definición de acoso sexual tanto por las legislaciones extranjeras como por la peruana, procederemos a determinar el contenido exacto de la definición de acoso sexual así como los elementos que necesariamente debe contener una regulación sobre este tema para, de esta manera, determinar si la regulación peruana satisface una protección integral del acoso sexual en las relaciones laborales, o si por el contrario resulta insuficiente dada la diversidad de manifestaciones en las que el acoso sexual se puede presentar.

El acoso sexual "es una conducta verbal o física, cuyo autor sabe o debería saber que es ofensiva para la víctima". Asimismo, dicha conducta física de naturaleza sexual debe ser indeseada, y se manifiesta en tocamientos, roces, frotamientos o pellizcos contra el cuerpo de un empleado para forzar o ejercer coacción, en procura de un intercambio sexual. Este comportamiento se transforma en ilegal cuando el rechazo o la aceptación de tal conducta por la víctima sean utilizados o invocados como amenaza, para fundamentar una decisión que afecte a su empleo o condiciones de trabajo, lo que importa un ejercicio de poder al respecto, así como cuando la víctima entiende que la conducta sexual que atribuye haya ocasionado un perjuicio a su ambiente de trabajo.²⁶

Por otro lado, Husbands señala que "en la definición tradicional y estricta del acoso sexual, se trata de la exigencia formulada por un superior, normalmente pero no siempre, de sexo masculino, a un subordinado suyo, normalmente pero no siempre, de sexo femenino, para que se preste a una actividad sexual si quiere conseguir o conservar ciertos beneficios laborales, por ejemplo un aumento de salario, un ascenso, un traslado o su permanencia en el puesto de trabajo. Se habla en este caso de 'acoso sexual por chantaje', que implica un abuso de poder por parte de un superior o del empleador. Según la definición más general del acoso sexual, se trata de incitaciones sexuales impertunas, de una sollicitación sexual o de otras manifestaciones verbales, no verbales o físicas de índole sexual, con la finalidad o el efecto de coartar sin razón la actuación laboral de una persona o de crear un entorno de trabajo ofensivo, hostil, de intimidación o de abuso. En este caso se habla de 'acoso sexual por intimidación', que se diferencia del acoso sexual por chantaje en el sentido de que la parte demandante no tiene que haber sufrido una pérdida económica tangible, por haber sido despedida o por no haber obtenido un ascenso o un aumento de salario".²⁷

Las dos definiciones citadas hasta el momento coinciden en establecer dos tipos distintos de acoso sexual, y proponen una definición de cada uno de ellos. Sin embargo, consideramos más acertada la opinión propuesta por Serna Calvo quien, dentro de las diversas definiciones esbozadas por los doctrinarios, recoge tres elementos convergentes entre ellas: 1) Se trata de un comportamiento de carácter o connotación sexual; 2) No es deseado por la persona a la que va dirigido; 3) Incide negativamente en la situación laboral de la víctima.²⁸

En el caso peruano, y con gran acierto, Balta propone como definición que "de manera general, puede sostenerse que el acoso sexual es todo conducta o comportamiento de carácter sexual que no es

²⁶ Todo ello es tomado de la definición propuesta por Rubenstein, la misma que se encuentra contenida en *Dealing with sexual harassment at work: the experience of industrialized countries*. En: *OECD Conditions of work digest: Combating sexual harassment*. Creado en MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Acoso sexual en las relaciones laborales*. Atrio, Buenos Aires, 1995, p. 13.

²⁷ HUSBANDS, Robert, *Análisis internacional de las leyes que sancionan el acoso sexual*. En: *Revista Internacional del Trabajo*, 1993, vol. 112, No. 1, p. 115.

²⁸ SERNA CALVO, María del Mar, *Acoso sexual en las relaciones laborales*. En: *Revista de Relaciones Laborales en América Latina - Cono Sur*. RELASUR, 1994, No. 2, p. 36.

bienvenido por la persona a la que se dirige y que tiene por propósito o efecto afectar negativamente sus términos y condiciones de empleo”.²⁵

A efectos de nuestro análisis, y toda vez que el mismo se centra en la regulación peruana sobre el acoso sexual, utilizaremos el acertado concepto esbozado por Balta, que contiene de manera general todos aquellos supuestos que han sido advertidos por la doctrina internacional y que fueran señalados líneas arriba.

1.1. Elementos integrantes del acoso sexual

De acuerdo con la definición propuesta de acoso sexual, podemos identificar la existencia de tres elementos en la misma, a saber:

- a) La existencia de una conducta de carácter sexual;
- b) La conducta o el comportamiento no son bienvenidos por la persona a la que se dirige; y
- c) La conducta o el comportamiento afectan negativamente los términos y condiciones de empleo de dicha persona, afectando de esa manera su trabajo.²⁶

Estos tres elementos se encuentran presentes, entre otros, en la definición propuesta por el artículo 4 y 5 de la Ley y el artículo 5 del Reglamento. Así pues, la ley peruana sobre acoso sexual, a efectos de definir dicho concepto, recoge los tres elementos antes citados. Sin embargo, nuestra norma supedita los mismos a la existencia de una relación de autoridad o dependencia, o jerárquica o de una situación ventajosa. Consideramos que la definición de acoso sexual planteada por la Ley y el Reglamento no deberían encontrarse sujetas a uno de los dos supuestos de acoso sexual reconocidos doctrinariamente, sino más bien regular de manera general la configuración del acoso sexual y determinar posteriormente cómo se manifiesta el mismo en cada uno de los supuestos identificados.

Sin perjuicio de ello, a continuación delimitaremos, analizaremos y criticaremos el contenido de cada uno de los elementos que configuran el acoso sexual, sin perjuicios de entrar al análisis de su reconocimiento legislativo en la Ley y el Reglamento.

1.1.1. Conducta de carácter sexual

La definición de “conducta de carácter sexual” no es sencilla, pues puede abarcar una lista significativa de actos que pueden ser calificados como “de carácter sexual”. Asimismo, puede haber controversia respecto a si los actos de carácter sexual, entendidos como elemento tipificante del acoso sexual, necesariamente deben ser conductas ofensivas para quien la recibe.

Así pues, consideramos que la “conducta de carácter sexual”, en tanto elemento constitutivo de la definición de acoso sexual, no debe ser necesariamente una conducta ofensiva para quien la recibe, pues que dicha conducta sea o no ofensiva será determinado posteriormente, al analizar el elemento de si la conducta es bienvenida. Por ello, bastará la existencia de connotación sexual en la conducta, para que este primer requisito se encuentre satisfecho. De esta manera, será una conducta de carácter sexual en tanto se encuentren presentes dos sexos, sean masculino y femenino, masculino y masculino, o femenino y femenino, independientemente de si el acto es ofensivo o no.

Un aspecto importante a tomar en consideración son los esfuerzos en establecer una suerte de tipología de conductas que pueden ser calificadas como “de carácter sexual”. Así, “el Código de

²⁵ BALTA VARILLAS, José, Op. Cit. p. 25.

²⁶ *Ibid.*, p.26.

Prácticas de 1991 sobre medidas para combatir el acoso sexual que fue adoptado por la Comisión de las Comunidades Europeas contempla la conducta sexual en un sentido amplio, señalando que en las conductas de naturaleza sexual quedan comprendidas las conductas verbales o no verbales, o las físicas molestas.²¹

De la misma manera, Rubinstein²² estableció una clasificación de las conductas de carácter sexual, y las dividió en tres categorías:

- a) **Conducta física de naturaleza sexual:** este comportamiento puede ser variado e ir desde tocamientos innecesarios, palmaditas o pellizcos, o roces con el cuerpo de otro empleado hasta el intento de violación y la coacción para las relaciones sexuales. Una buena parte de estas conductas equivaldrían a un delito penal si tuvieran lugar en la calle entre desconocidos.
- b) **Conducta verbal de naturaleza sexual:** este comportamiento puede incluir insinuaciones sexuales molestas, proposiciones o presión para la actividad sexual; insistencia para una actividad social fuera del lugar de trabajo después que se haya puesto en claro que dicha insistencia es molesta; flirteos ofensivos; comentarios insinuantes, indirectos o comentarios obscenos.
- c) **Conducta no verbal de naturaleza sexual:** en este comportamiento quedarían incluidas la exhibición de fotos sexualmente sugestivas o pornográficas, de objetos o materiales escritos, miradas impúdicas, silbidos o hacer ciertos gestos sexualmente sugestivos.

Consideramos que cualquier clasificación que pueda realizarse sobre los actos de "carácter sexual" debe ser de tan solo referencial, mas no constituir una lista taxativa de supuestos que puedan ser calificados como conductas de carácter sexual, pues dada la diversidad de conductas que, como señalamos, son de carácter sexual, el riesgo de establecer una lista taxativa de las mismas a efectos de calificar un supuesto de acoso sexual es enorme, pues puede suceder que un acto de carácter sexual, acompañado además de los otros elementos tipificantes del acoso sexual quede sin sanción pues no se encuentra recogido dentro de una lista taxativa de conductas de carácter sexual a efectos de la determinación del acoso sexual.

Así pues, es importante establecer una serie de conductas que pueden ser calificadas como "de carácter sexual", sin embargo, no deben constituir una lista taxativa, pues dada la complejidad del tema, es muy probable que constantemente se realicen nuevas conductas sexuales que deban ser sancionadas, o incluso puede suceder que, a efectos de no ser sancionado, un empleado o un superior realicen una conducta sexual pero que no pueda enmarcarse dentro de uno de los supuestos recogidos en la tipificación, con lo que se dejaría en una clara situación de indefensión a la víctima del acoso sexual.

Muchas instituciones extranjeras llevan a cabo un adecuado procedimiento de información a sus trabajadores sobre los actos constitutivos de acoso sexual, así como su proscripción, y la sanción en caso estos se cometan. Por ejemplo, en México, Liconsa S.A. informa a sus trabajadores sobre los actos constitutivos de acoso sexual, así como el procedimiento a seguir para denunciarlo, y las sanciones aplicables.²³ Dentro de la información otorgada a sus trabajadores, Liconsa establece una clasificación, en niveles, de actos constitutivos de acoso sexual:

²¹ Informe sobre acoso sexual en el trabajo, realizado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España. Una copia de este informe se encuentra en http://www.mtas.es/lnaba/lnabp/lnp_307.htm

²² Clasificación recogida en el informe sobre acoso sexual en el trabajo, realizado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España (http://www.mtas.es/lnaba/lnabp/lnp_307.htm). Citado también por BALTA VARRILLAS, José, Op. Cit., p. 28.

²³ "Todo lo que el personal de Liconsa S.A. de C.V. debe saber acerca del hostigamiento sexual". En: www.liconsa.gob.mx/igualdad/hostigamiento.html

- *Leve*: Verbal, chistes, piropos, conversaciones de contenido sexual.
- *Moderado*: No verbal, sin contacto físico, miradas, gestos lascivos.
- *Medio fuerte verbal*: Llamadas telefónicas y/o cartas, presiones para aceptar invitaciones con intenciones sexuales.
- *Fuerte, con contacto físico*: Manoseos, sujetar o acorralar.
- *Muy fuerte*: Presiones tanto físicas como psíquicas para tener contacto sexual.

Cabe destacar además la iniciativa en el Perú, del Ministerio del Interior, quien expidió en el mes de noviembre de 2002 la Directiva No. 001-2002-IN/DDP-OE MUJ, Normas y Procedimientos para la promoción de relaciones interpersonales respetuosas y para la prevención y sanción del acoso sexual en el sector interior.²⁴ En dicha Directiva, se establecieron distintos niveles de la conducta de acoso sexual:

a. *Acoso Sexual Leve*:

1. Bromas obscenas.
2. Preguntas, chistes o piropos de contenido sexual.
3. Conversaciones con términos vulgares de corte sexual.
4. Silbidos o sonidos con intención sexual.
5. Miradas lascivas reiteradas con contenido sexual.

b. *Acoso Sexual Medio*:

1. Escritos con mensajes de contenido sexual.
2. Cartas o correos electrónicos con contenido sexual.
3. Gestos insinuantes.
4. Llamadas telefónicas de contenido sexual.
5. Propositiones reiteradas para citas con quien ha rechazado tales solicitudes.
6. Comentarios de contenido sexual o de la vida sexual de la persona agraviada.
7. Mostrar reiteradamente dibujos, grafitis, fotos, revistas, calendarios u otros objetos con contenido sexual.

c. *Acoso Sexual Grave*:

1. Contacto físico, tocamientos o rozamientos no deseados por la persona agraviada.
2. Recostarse, arrinconar, besar, abrazar o pelizcar a la persona agraviada, con intención sexual.
3. Obstruir intencionalmente el paso de la persona agraviada, con intención sexual.
4. Realizar exposiciones indecentes a la persona agraviada, con contenido sexual y ofensivo.
5. Ejercer actitudes de presión o intimidatorias, con la finalidad de recibir atenciones o favores de contenido sexual, o para reunirse o salir con la persona agraviada.

²⁴ Una copia de esta directiva se encuentra en <http://www.ojtas.org.pe/va/boas/boas/peru/directiva.htm>

6. Todo comportamiento con contenido sexual, que implique la afectación psicológica de la persona agraviada y que de por resultado un ambiente hostil.

Asimismo, dicha Directiva establece además el procedimiento a seguir para interponer una queja por acoso sexual ante dicha entidad.²⁷ Consideramos importante la iniciativa del Ministerio del Interior respecto a la información proporcionada a los trabajadores, y al establecimiento de un procedimiento interno de queja y sancionador. Sin embargo, reiteramos nuestra discrepancia con el establecimiento de una lista taxativa de supuestos reconocidos como conductas de carácter sexual, pues como señalamos, es muy probable que constantemente se aparezcan nuevas conductas de carácter sexual con las cuales se pretenda realizar un acoso, por lo que establecer una lista cerrada de conductas típicas de acoso sexual contribuiría a la impunidad de los acosadores, quienes, a efectos de no encontrarse inmersos dentro de un supuesto de sanción, realizarían el acoso sexual en base a conductas no contenidas en la regulación taxativa que les es de aplicación.

Ahora bien, el artículo 4 de la Ley hace referencia de manera general a una "(...) conducta física o verbal (...) de naturaleza sexual (...)", mientras que el artículo 6 de la misma complementa la regulación, estableciendo una lista taxativa de conductas de carácter sexual a través de las cuales se puede manifestar el acoso sexual²⁸, lo que en buena cuenta implica reconocer las conductas posibles de ser calificadas como "de carácter sexual". Dicha clasificación se complementa con lo regulado por el artículo 15 del Reglamento, el cual complementa, mediante la determinación de una diversidad de conductas, a la lista propuestas por la Ley.

Consideramos que la Ley incurre en el error que advertíáramos, pues establece una lista taxativa de conductas a través de las cuales se puede manifestar el acoso sexual. Este primer elemento: "conducta de carácter sexual", se encuentra recogido en la ley a través de una lista taxativa que no permite extender la calificación de "sexual" a alguna otra conducta que no pueda encontrarse comprendida dentro de alguno de los cinco supuestos regulados en el artículo 6, con lo que, de acuerdo a la legislación peruana, bastará que el presunto acosador demuestre no haber realizado ninguna de las conductas señaladas en el artículo 6 para que pueda quedar exento de responsabilidad alguna por un acto de acoso sexual.

No debemos dejar de reconocer el carácter amplio de los supuestos recogidos en el artículo 6 de la Ley, lo que en cierto modo contribuye a la inclusión de una significativa variedad de conductas dentro de la calificación de "naturaleza sexual". Sin embargo, dicha clasificación "amplia" queda en cierto modo restringida por el artículo 15 del Reglamento, el cual contiene una lista más detallada de las conductas que pueden ser calificadas como "de naturaleza sexual".

Debemos manifestar finalmente, en lo que a este punto respecta, que no proponemos la eliminación de una lista que pretenda recoger las diversas conductas calificadas como "de naturaleza sexual", sino que cualquier clasificación que se haga al respecto no tenga un carácter cerrado mediante una lista taxativa. Nuestra sugerencia se dirige a que exista la posibilidad, mediante la inclusión de una fórmula abierta, que nuevas conductas o incluso conductas no recogidas en el texto legal puedan

²⁷ Artículo 6.

El comportamiento sexual puede manifestarse por medio de las conductas siguientes:

a) Promesa implícita o expresa e la víctima de un trato preferencial y/o beneficios respecto a su situación actual a futuro o cambio de favores sexuales.

b) Amenazas mediante las cuales se exige en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima que afecte o agrave su dignidad.

c) Uso de obstáculos de naturaleza o connotación sexual (escenas o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos que resulten asпорtables, hostiles, humillantes y ofensivos para la víctima.

d) Acercamientos corporales, toques, oscuros o otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivos y no deseados por la víctima.

e) Trato ofensivo e hostil por el rechazo de las conductas señaladas en este artículo.

ser pasibles de ser calificadas, siempre que concurren con los demás elementos del acoso, como constitutivas de acoso sexual.

1.1.2. Conducta no bienvenida

El segundo elemento integrante del acoso sexual se encuentra vinculado a que la conducta de carácter sexual no debe ser bienvenida por la persona a la cual se encuentra dirigida.

Determinar si la conducta es bienvenida por el destinatario de la misma constituye un elemento primordial, toda vez que pueden existir conductas de naturaleza sexual dirigidas a un trabajador, y en tanto este las reciba sin objeción alguna, no nos encontraremos frente a una conducta no bienvenida, pasible de configurar acoso sexual. Es más, cabe la posibilidad que la conducta pueda ser ofensiva, pero en tanto sea bienvenida por su destinatario, no se configurará el acoso sexual.³⁶

De esta manera, podrá tratarse de un flirteo, el mismo que puede realizarse de cualquier manera, incluso mediante el empleo de conductas que podrían ser calificadas como excesivas, y sin embargo no se configurará el acoso sexual en tanto la persona destinataria reciba de buena manera dichas conductas, aún incluso si las considera ofensivas. No se trata, pues, en realidad de determinar si el comportamiento es o no ofensivo, sino de saber si es bien acogido por una persona dada.³⁷ El aspecto fundamental consiste en evaluar si la conducta es tolerada o aceptada (bienvenida), independientemente de si la misma puede ser calificada ofensiva por el destinatario.

El análisis de si la conducta es bienvenida o no también constituye el eje en el cual gira la opinión del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, para el cual "existen diferencias claras entre el flirteo y el comportamiento romántico y el acoso sexual. Lo que hace distintos a unos comportamientos de otros es que la conducta en cuestión tenga una buena acogida por la persona a la que se dirige. La atención sexual es acoso sexual cuando se convierte en desagradable. Por ella, a cada persona le corresponde determinar el comportamiento que aprueba o tolera, y de parte de quien. Es esta la que imposibilita el hacer una relación de conductas vejatorias que deban ser prohibidas. En todo caso, se pueden indicar conductas que probablemente hayan de ser consideradas como acoso sexual pero que efectivamente sean así consideradas dependerá de las circunstancias de cada caso concreto (en definitiva, de la actitud con que se reciben por parte de la persona a quien han sido dirigidas)".³⁸ Así pues, como se puede apreciar, el elemento determinante es evaluar si la conducta de naturaleza sexual es bienvenida o no.

Ahora bien, en el Perú, el artículo 4 de la Ley señala que la conducta de naturaleza sexual es "no deseada o rechazada". Al respecto, coincidimos con Balta en que "se puede apreciar claramente que el legislador peruano ha querido utilizar la expresión 'no deseado' como concepto equivalente de lo que no es bienvenido por la persona a la que se dirige la conducta de carácter sexual, siguiendo de esta manera la práctica internacional más común. En ese sentido, consideramos que la Ley adopta el criterio mayoritariamente aceptado, en el sentido de que lo que verdaderamente determina la naturaleza acosadora de una conducta, es el hecho de que la misma no sea bienvenida por la persona a la que se dirige".³⁹ Sin embargo, debemos evidenciar una vez más la contradicción en la que incurre el legislador peruano, quien establece dos posibilidades para la configuración del acoso sexual: conducta no deseada, y conducta rechazada. De esta manera, la Ley no regula de manera clara este requisito, pues podrá alegarse válidamente que se configura el acoso sexual por la conducta no bienvenida, así como

³⁶ Así lo entiende además la OIT, la cual señala que "el acoso sexual (...) no es si la conducta es ofensiva, sino si es bienvenida". Citado por BALTA VARILLAS, José, Op. Cit., p. 32.

³⁷ HUSBANDS, Robert, Op. Cit., p. 111.

³⁸ Informe sobre acoso sexual en el trabajo, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España (https://www.mtas.es/instabuscar/instabuscar_502.htm).

³⁹ BALTA VARILLAS, José, Op. Cit., p. 73.

también podrá afirmarse válidamente que no se configura un acoso sexual pues, si bien la conducta no es bienvenida, ésta no ha sido rechazada por su destinatario.

Así pues, es evidente la contradicción en la que incurre la Ley, pues faculta a que se configure el acoso sexual en dos supuestos completamente distintos: cuando la conducta no es bienvenida, que se determina únicamente en el fuero interno de la persona afectada, y cuando la conducta es rechazada, que requiere una manifestación de voluntad clara, concreta y fehaciente.

Dentro de ambas posibilidades propuestas por la ley, la jurisprudencia peruana parece acoger la segunda, es decir, la necesidad de un rechazo expreso por parte de la víctima. Así ha quedado establecido por la Tercera Sala Laboral de Lima, en el expediente No. 3012-2006-IND (AyS)¹⁹, donde la Sala se pronunció señalando que:

"(...) DÉCIMO: que, para la configuración del acoso sexual no sólo basta la presencia de conductas de carácter sexual, sino que resulta elemento esencial que quien es agraviado por estas conductas no considere bienvenida la actitud acosadora, es decir que la misma sea rechazada tajantemente; que, en tal sentido no se configurará acoso sexual el caso de personas que aceptan comportamientos inmorales hacia ellos con el propósito de obtener beneficios o privilegios indebidos (...)"

De esta manera, frente a la inadecuada regulación contenida en la Ley, la jurisprudencia peruana opta por el rechazo expreso como manifestación de una conducta no bienvenida, a efectos de calificar un acto como constitutivo de acoso sexual.

Sin embargo, debemos discrepar del criterio propuesto por la Sala en dicho proceso, pues consideramos que, dadas las circunstancias en las cuales se presentan los casos de acoso sexual, resulta muy difícil para el trabajador oponerse tajantemente a una solicitud efectuada por su superior jerárquico. En efecto, resulta imprudente y excesivo solicitar al trabajador, quien ya se encuentra afectado por la conducta sexual no bienvenida, que tenga que pronunciarse además rechazando expresamente la misma. Aquello derivaría muy posiblemente en una represalia inminente por parte del empleador hostigador, quien frente a dicha negativa podría tomar acciones contra la víctima, que repercutan en sus condiciones de trabajo. Esta es la posición asumida por el Tribunal Constitucional Español, el cual en la sentencia No. 224/1999 expuso que:

"(...) parece razonable que, salvo casos extremos, una señal del carácter no querido de tal conducta por parte de su destinatario sea conveniente para deshacer cualquier equívoco o ambigüedad al respecto como ocurrió en este caso sin que en consecuencia quepa hablar de tolerancia por su parte. Debe ser rechazado, pues, el razonamiento judicial, que parece imponer al eventual afectado por un acto de acoso sexual la carga de reaccionar con carácter inmediato y con (...) contundencia. (...) Pueden espigarse datos en el relato de lo sucedido, que revelan la reacción airada de la víctima frente a los primeros avances así como su incomodidad y desagrado ante los requerimientos del empresario, con indicios racionales de que tal conducta no era deseada ni deseable, como son el que comunicara lo sucedido no sólo a compañeros en su anterior empresa, y se quejara de ello a un amigo del propio empresario."

Como hemos señalado, el hecho que la víctima no se oponga expresamente a la conducta de carácter sexual a la cual se encuentra sujeta, no implica que acepte la misma. De hecho, puede suceder que aún cuando la conducta no sea bienvenida por la víctima, esta puede incluso de manera voluntaria aceptar y someterse a realizar la conducta propuesta por el hostigador, sin que esta

¹⁹ Proceso seguido por Miguel Ángel Díaz Sotomayor contra la Universidad Tecnológica del Perú S.A.C., por concepto de indemnización por despido arbitrario y pago de beneficios sociales.

participación "aparentemente" voluntaria del acto pueda ser asumida a una convalidación en la aceptación del mismo por parte de la víctima.

A efectos de calificar si la conducta es o no bienvenida, surge el problema "referido a la necesidad de diferenciar la participación voluntaria de la víctima en un determinado incidente con el hecho de que la conducta que la configura haya sido bienvenida. Prima la idea de que la conducta que constituye el acoso puede no ser bienvenida inclusive si la víctima toleró y hasta participó en determinados actos".⁴¹ En consecuencia, lo determinante es el fuero interno de la víctima, independientemente de su tolerancia a las conductas realizadas por el acosador.

El criterio esbozado fue propuesto por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *Michelle Vinson vs. Meritor Savings Bank*. En aquel caso, la demandante Michelle Vinson argumentó que durante el tiempo en el cual trabajó para el Meritor Savings Bank, fue víctima de acoso sexual por parte de Sidney Taylor, Vicepresidente de dicho banco y gerente de la sucursal donde ella trabajaba. La demandante argumentó que, poco tiempo después de iniciados sus servicios en el banco, el señor Taylor le hizo una serie de propuestas de tipo sexual, a las cuales en principio se rehusó pero posteriormente aceptó por temor a perder el empleo, dichos actos continuaron hasta que ella empezó una relación sentimental.

El criterio establecido por la Corte Distrital señalaba que "si la demandante y Taylor tuvieron relaciones íntimas o sexuales durante el tiempo en el que la demandante trabajó para el banco, dichas relaciones fueron completamente voluntarias y ajenas a su empleo en el banco". Posteriormente, la Corte Suprema falló señalando lo siguiente:

"(...) el hecho que la conducta sexual sea 'voluntaria', en el sentido de que la demandante no fue forzada a participar contra su voluntad en dichas actividades sexuales, no es una defensa válida contra un cargo de acoso sexual. El punto central de cualquier demanda sobre acoso sexual se refiere a si la conducta sexual es o no bienvenida. Si bien la pregunta de si una conducta fue bienvenida o no representa grandes problemas de prueba y termina siendo en su mayor parte un tema de credibilidad, la Corte Distrital en este caso erróneamente centró la atención de la discusión en el factor de la voluntad de la demandante en lo que se refiere a su participación en los episodios sexuales. La pregunta correcta es si la conducta de la demandante indicó que las alegadas propuestas sexuales no eran bienvenidas, y no si su participación en la actividad sexual fue voluntaria (...)"

Así pues, recogiendo el criterio esgrimido por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, es válido concluir que si la víctima consintió o participó en la conducta propuesta por el hostigador resulta irrelevante a efectos de configurar el acoso sexual, pues lo determinante es si la conducta fue o no bienvenida, al margen de la participación o consentimiento de la misma por parte de la víctima.

Ahora bien, resulta importante además determinar cuándo una conducta podrá ser calificada como "no bienvenida" pues, si bien la calificación de la conducta responde en primer lugar al fuero interno de la víctima, esta calificación debe basarse en un criterio objetivo de evaluación para evitar la existencia de quejas infundadas basadas en actos que objetivamente no pueden ser constitutivos de acoso sexual. De esta manera, lo que se busca es evitar la interposición de quejas por personas "extremadamente sensibles". A efectos de llevar a cabo dicho análisis, debemos tener en cuenta que una conducta que puede ser bienvenida para una, puede no serlo para otra, pues evidentemente hombres y mujeres reaccionan de manera distinta frente a cualquier estímulo externo, principalmente frente a las conductas de naturaleza sexual.

⁴¹ SALTA VARRILLAS, José. Op. Cit., p. 32.

En la calificación de la conducta de carácter sexual, y a efectos de determinar si esta reviste especial gravedad, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de Estados Unidos de América, tomando en consideración que hombres y mujeres reaccionan de manera distinta a las conductas sexuales provenientes de terceros, propuso en la sentencia expedida en el caso Kerry Ellison vs. Nicholas F. Brady el concepto de la "mujer razonable". En la sentencia, la Corte señaló lo siguiente:

"(...) creemos que al evaluar la severidad del acoso sexual, debiéramos hacerlo desde la perspectiva de la víctima. Si sólo examináramos el tema desde la perspectiva de una persona razonable, correríamos el riesgo de reforzar el nivel de discriminación que prevalece actualmente. Los hostilizadores podrían continuar hostilizando simplemente debido a que una práctica discriminatoria en particular es común y corriente, en cuyo caso las víctimas del acoso sexual no tendrían posibilidad alguna de remediar la situación.

Consecuentemente, preferimos analizar el acoso desde la perspectiva de la víctima. Un entendimiento completo del punto de vista de la víctima requiere, entre otras cosas, un análisis de las diferentes perspectivas de hombres y mujeres. Conductas que los hombres pueden considerar legítimas, podrían ofender a muchas mujeres.

(...)

A fin de proteger a los empleadores de tener que acomodar las preocupaciones idiosincráticas de los raros empleados hipersensitivos, nosotros sostenemos que una demandante mujer prueba prima facie un caso de acoso sexual por ambiente hostil de trabajo cuando ella alega una conducta que una mujer razonable consideraría lo suficientemente severa o penetrante como para alterar las condiciones de empleo y crear un ambiente de trabajo abusivo.

Nosotros alegamos la perspectiva de la mujer razonable fundamentalmente porque creemos que la perspectiva de una persona razonable, sin tomar en cuenta su sexo, tiende a tomar en cuenta las experiencias de los hombres y tiende a ignorar sistemáticamente las experiencias de las mujeres. La perspectiva de la mujer razonable no establece un nivel más alto de protección para las mujeres que para los hombres. Por el contrario, un examen de los hechos tomando en cuenta el sexo de la víctima de acoso sexual permite a las mujeres participar en el mercado de trabajo en igualdad de condiciones que los hombres (...)"

Aquel criterio fue asumido posteriormente de manera internacional, pues tal como señala Husbands, "la mayoría de tribunales que se han ocupado de este tema (por ejemplo, Canadá, Estados Unidos, Reino Unido y Suiza) han optado por el criterio de la mujer sensata (contrapuesto al totalmente subjetivo del o la demandante), por estimar que los hombres y mujeres perciben y califican la conducta sexual de un modo muy diferente y que se debe recurrir al criterio de la mujer sensata, ya que las mujeres son las víctimas principales del acoso sexual".⁴²

El concepto esbozado por la Corte estadounidense al parecer ha sido recogido en el Reglamento, el cual, en su artículo 11 prescribe que la calificación del acoso sexual deberá realizarse tomando en consideración el género del quejoso.⁴³ Aquella disposición reviste absoluta coherencia con el concepto de acoso sexual que propone la ley, en el cual aparece como un elemento configurador del acoso, el hecho que la conducta "afecte su dignidad así como sus derechos fundamentales". En consecuencia, el modo de evaluación propuesto por el artículo 11 del Reglamento resulta fundamental.

⁴² HUSBANDS, Robert, Op. Cit., p. 117.

⁴³ Artículo 11 Reglamento: "[...] la autoridad competente al emitir la Resolución que declare fundado o infundado lo queja, podrá emplear el criterio objetivo de razonabilidad o discrecionalidad, efectuando el examen de los hechos tomando en cuenta el género del quejoso de heterogeneidad sexual (...), entendiéndose que tanto varones como mujeres son iguales en derechos pero que tienen condiciones físicas, biológicas y psicológicas distintas".

dentro de la perspectiva adoptada por la Ley peruana, a efectos de calificar la configuración de un supuesto de acoso sexual. Lo expuesto constituye uno de los pocos aciertos propuestos por la norma bajo análisis.

1.1.3. Afectación del empleo

Este constituye, de acuerdo a la definición de acoso sexual adoptada, el tercer elemento configurador del acoso sexual. La afectación del empleo implica necesariamente la existencia de una medida lesiva a las condiciones de trabajo de la víctima, como consecuencia de su negativa a la conducta de carácter sexual propuesta por el acosador.

Atendiendo a la definición de acoso sexual adoptada en la Ley y el Reglamento, la concreción del acto será necesaria a efectos de calificar la existencia de acoso sexual. En efecto, el artículo 5 de la ley hace referencia a dos supuestos en los cuales el empleo ha sido evidentemente afectado⁴³, así como el reglamento refiere en el inciso d) del artículo 5 a los efectos de una decisión sobre el empleo de una persona. Como se puede apreciar, de acuerdo a la Ley y el Reglamento, para que se configure un acto de acoso sexual, necesariamente deberá existir una afectación concreta al empleo de la víctima, en tanto que la amenaza de dicha afectación no implicará la existencia de acoso sino hasta que ésta (la amenaza) efectivamente se concrete.

Aquella disposición armoniza con la opción legislativa adoptada en el Perú, en la cual el acoso sexual ha sido regulado únicamente en la modalidad de chantaje, mas no de ambiente hostil de trabajo. En el chantaje evidentemente se requerirá de una medida concreta y efectiva a efectos de la configuración del acoso sexual.

La posibilidad de configuración de acoso sexual a través de una amenaza de afectación en el empleo de la víctima encuentra mayor coherencia en la regulación del acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo que, lamentablemente, no se encuentra recogida ni en la Ley ni en el Reglamento, pero que, como proponemos, necesariamente debe incluirse en una pronta reforma legislativa.

Consideramos que el concepto "afectación en el empleo" incluye tanto la afectación concreta y real, como la afectación potencial mediante una amenaza, pues la existencia de esta última ya implica per se una afectación en el empleo, no de carácter económico, sino psicológico o moral, lo cual se refleja necesariamente en el desempeño del trabajador.

2. Tipos de acoso sexual

La clasificación que goza de reconocimiento doctrinario, jurisprudencial y legislativo a nivel internacional, es aquella que señala que el acoso sexual puede manifestarse de dos formas: en la modalidad *quid pro quo* o por chantaje, y en la modalidad de ambiente hostil de trabajo.

Sin perjuicio del uso de esta clasificación en la presente exposición, consideramos prudente señalar que un sector de la doctrina panameña establece una tipología distinta que incluye un nuevo supuesto de acoso sexual. Así pues, Méndez Illueca reconoce, además de las dos modalidades señaladas, al "favoritismo sexual (*hostigamiento sexual de terceras*), que se refiere a los perjuicios que sufren otros empleados cuando un superior jerárquico mantiene relaciones sexuales con uno empleado, quien se convierte en su "favorita" y goza de privilegios que no se le conceden a los otros empleados".⁴⁴

⁴³ Los dos supuestos son los siguientes:

- a) El sometimiento a los actos de hostigamiento sexual es condición a través de la cual la víctima accede, mantiene o modifica su situación laboral (...)
- b) El rechazo a los actos de hostigamiento sexual genera que se tomen decisiones que conlleven a afectar a la víctima en cuanto a su situación laboral (...)

⁴⁴ MÉNDEZ ILLUECA, Haydee. El acoso sexual en el ámbito de las relaciones en el empleo. En www.legalinfo.panama.com/articulos/articulos_44.htm

Si bien consideramos interesante la acotación propuesta por la citada autora, también lo es que discrepamos de su inclusión como un supuesto adicional de acoso sexual. El acoso sexual ha sido regulado atendiendo al daño que sufre la persona a la cual el acto de carácter sexual ha sido dirigido y a la protección que debe dispensarse a la víctima.

El perjuicio que pudieran sufrir los demás empleados en virtud de la conducta del empleador hacia una persona no encuentra protección a través de la figura de acoso sexual, pues esta propone la protección de aquella persona afectada de manera negativa en su empleo como producto de conductas de naturaleza sexual que no son bienvenidas. En tanto los demás trabajadores perciban todos los beneficios laborales que les corresponden, no podremos hablar de perjuicio. El hecho que un trabajador o trabajadora reciba beneficios adicionales por aceptar una conducta constitutiva de acoso sexual por el empleador no implica un desmedro de los derechos reconocidos legislativamente a todos los demás trabajadores por lo que, en consecuencia, al no existir daño, no podríamos pretender la solicitud de una reparación. La figura de "favoritismo sexual" propuesta, más atiende a una situación de envidia en el centro de trabajo, que a un supuesto constitutivo de acoso sexual.

Así pues, luego de realizadas las acotaciones pertinentes, procederemos a describir los dos supuestos de acoso sexual reconocidos mayoritariamente.

2.1. Acoso sexual en la modalidad *quid pro quo* o por chantaje

En este tipo de acoso sexual *"el sujeto activo está investido de una posición jerárquica superior a la de la víctima y con poder de dirección propio—empresario—o delegado—superiores jerárquicos— pudiendo ser utilizada el rechazo o la aceptación de la conducta ofensiva como amenaza para fundamentar una decisión que afecta al empleo y a las condiciones del trabajo del sujeto pasivo de esa conducta"*.⁴⁶

Consideramos más acertada la definición propuesta por Balta, quien propone que *"hay acoso sexual en esta modalidad cuando un empleador o alguno de sus agentes—gerentes, supervisores, jefes, etc.— condiciona el otorgamiento o mantenimiento de ciertos beneficios laborales a favores sexuales de un subordinado o cuando lo sanciona por rehusarse a otorgarlos"*.⁴⁷

Esta modalidad de acoso sexual es la única que encuentra reconocimiento en la Ley y el Reglamento. Así, el artículo 4 de la Ley, al establecer el concepto de hostigamiento sexual típico alude expresamente al "chantaje", y el artículo 5 del Reglamento, que establece los elementos del acoso sexual, hace referencia a "la posición de autoridad o dependencia, o jerarquía o situación ventajosa", y a la existencia de una afectación concreta en el empleo de la víctima que rehusó acceder a la conducta de naturaleza sexual propuesta.

De esta manera, lamentablemente la Ley y el Reglamento circunscriben su ámbito de aplicación a los supuestos de chantaje sexual, limitándose respecto de la posibilidad de sancionar la modalidad de ambiente hostil de trabajo. En consecuencia, a efectos de evitar una posible sanción por acoso sexual, bastará con demostrar que el acosador no se encontraba en una situación de autoridad, jerarquía, o alguna otra situación ventajosa respecto de la víctima, quedando desprotegido de esta manera todo trabajador o trabajadora que se vea afectado por conductas de carácter sexual por parte de compañeros de trabajo con los que comparte el mismo nivel jerárquico.

2.1.1. Elementos del chantaje sexual

De acuerdo a la definición doctrinaria y a legislativa, podemos concluir que al acoso sexual en la modalidad *quid pro quo* o chantaje sexual se configura con la existencia conjunta de dos elementos.

⁴⁶ SERNA CALVO, María del Mar. Op. Cit., p. 37.

⁴⁷ BALTA VARELLAS, José. Op. Cit., p. 39.

de un lado a) una relación de autoridad, jerarquía u otra situación ventajosa, y de otro lado se exige, b) la existencia de una afectación real.

a) *Una relación de autoridad, jerarquía u otra situación ventajosa*

Implica la "existencia de acciones de una persona que está investida con cierta responsabilidad y autoridad, reputándose que sus acciones son siempre atribuibles al empleador".⁴⁸

Martínez señala que esta modalidad de acoso "requiere siempre un ejercicio de poder o una relación desigual de poder. Es decir, necesita la actitud del propio empleador, o la de aquel en el que este haya delegado sus tareas, pretendiendo imponer o imponiendo realmente una conducta de naturaleza sexual no deseada, con amenazas que pueden afectar sus condiciones de trabajo o la continuidad en el empleo, agrediendo con ella su dignidad como ser humano. Es típicamente un abuso de poder (...)"⁴⁹

Asimismo la Equal Employment Opportunity Commission⁵⁰, afirma que "(...) esa autoridad debe ser de la suficiente magnitud como para ayudar explícita o implícitamente al acosador en la realización del acoso. La determinación en cuanto a si el acosador tenía tal autoridad está basada en las funciones de su trabajo mas que en el título de su puesto y debe estar basada en hechos específicos".⁵¹

Como señalamos, tanto el artículo 4 de la Ley como el artículo 5 del Reglamento contienen la referencia a esta relación de autoridad, jerarquía u otra situación ventajosa, pues ambos cuerpos normativos regulan exclusivamente el acoso sexual en la modalidad de chantaje.

Ahora bien, resulta importante hacer referencia a las definiciones contenidas en el artículo 1 del Reglamento, en el cual se definen los conceptos de "relación de autoridad", "relación de jerarquía" y "situación ventajosa", esta última que contiene un aspecto relevante que debe ser destacado.

Si bien en un principio, la ley circumscribe su aplicación a los supuestos entre un superior y su subordinado, con la inclusión del término "situación ventajosa", permite que sea de aplicación a las relaciones entre trabajadores de la misma categoría, siempre que uno de ellos posea un poder de influencia sobre aquella persona que efectivamente puede decidir sobre la situación laboral de la víctima. Ello constituye un avance positivo para la regulación del acoso entre trabajadores de la misma categoría, pero sin embargo, no podría ser asimilado aún al supuesto del acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo.

b) *Existencia de una afectación real*

Como señalamos líneas arriba, la afectación real y concreta en el empleo de la víctima se encuentra vinculada únicamente al supuesto del chantaje sexual, ya que la definición de esta modalidad de acoso sexual alude a una situación en la que se presenta "esto por aquello"⁵², es decir, se beneficia o se perjudica a la víctima de acuerdo a la conducta que manifieste frente a la conducta sexual a la que es expuesta. En caso acepte la conducta, recibirá un beneficio, en caso la rechace, obtendrá una pérdida o no podrá acceder a un beneficio.

Así pues, en el chantaje sexual se requiere la presencia conjunta de dos conductas, una por parte del trabajador, que consiste en la aceptación o no de la conducta de carácter sexual, y otra por parte del empleador, que consiste en la alteración de las condiciones de trabajo de la víctima sea

⁴⁸ *Ibid.*, p. 40.

⁴⁹ MARTÍNEZ VMOT, Julio, *Op. Cit.*, p. 22.

⁵⁰ Institución cuyo nombre traducido al español es: "Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo".

⁵¹ Tomado de BALTA VARILLAS, José, *Op. Cit.*, p. 40.

⁵² Traducción de la frase "Quid pro quo" al español.

para beneficio o para perjuicio. Por ello, para la configuración del acoso sexual en la modalidad de chantaje no bastará con una amenaza a la víctima, sino que requerirá la concreción del acto lesivo.

En este tipo de acoso sexual se necesita exige que la víctima haya sufrido materialmente una pérdida concreta y tangible de empleo, mediante el no otorgamiento de un beneficio o a través de la pérdida de uno ya obtenido: no contratación, no promoción, despido, traslado, no ascenso, cambio de oficina, entre otros.⁵¹

La concreción de la afectación ha sido recogida por el inciso d) del artículo 5 del Reglamento⁵², toda vez que el acoso sexual en la modalidad de chantaje ha sido la opción legislativa adoptada en el Perú.

2.2. Acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo

Esta segunda modalidad de acoso sexual no solo ha sido desarrollada doctrinariamente, sino además ha encontrado reconocimiento jurisprudencial en una serie de sentencias estadounidenses. En el Perú aún no existe jurisprudencia al respecto pues ni la Ley ni el Reglamento la regulan, en consecuencia carece de protección legislativa.

El acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo, o acoso sexual ambiental, es definido por Serna Calvo como *"aquella conducta realizada por compañeras de trabajo de la víctima y que, por consiguiente, se encuentra en igual situación jerárquica, produciendo un perjuicio en las condiciones de trabajo de la víctima (...)".*⁵³

Husbands también la denomina "acoso sexual por intimidación", y señala que se trata de *"incitaciones sexuales importunas, de una solicitud sexual o de otras manifestaciones verbales, no verbales o físicas de índole sexual, con la finalidad o el efecto de coartar sin razón la actuación laboral de una persona o de crear un entorno de trabajo ofensivo, hostil, de intimidación o de abuso. (...) Se diferencia del acoso sexual por chantaje en el sentido de que la parte demandante no tiene que haber sufrido una pérdida económica tangible, por haber sido despedida o por no haber obtenido un ascenso o un aumento de salario".*⁵⁴

Balta señala que *"el acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo se produce cuando existen conductas y/o comportamientos de carácter sexual lo suficientemente severas o graves como para crear un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil, humillante u ofensivo, interfiriéndose así con el trabajo de una persona".*⁵⁵

Las definiciones propuestas hacen referencia al término "conductas de carácter sexual" sin determinar qué tipos de conductas podrían constituir este tipo de acoso sexual. Consideramos acertado establecer una fórmula abierta, pues las conductas de carácter sexual pueden ser de todo tipo, desde la exhibición de imágenes de carácter sexual, bromas obscenas, e incluso propuestas para mantener relaciones sexuales, etc. Al parecer, el único requisito para la configuración de este tipo de acoso es que la conducta revista la suficiente gravedad como para crear un ambiente hostil de trabajo.

⁵¹ En sentido igual ver BALTA VARELLAS, José, Op. Cit., p. 40.

⁵² Artículo 5 inciso d).

⁵³ "El incumplimiento o el rechazo de una persona o dicho conductas se utiliza de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación o al empleo, sobre la continuación del mismo, o las acciones, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo (...)"

⁵⁴ SERNA CALVO, María del Pilar, Op. Cit., p. 37.

⁵⁵ HUSBANDS, Robert, Op. Cit., p. 115.

⁵⁶ BALTA VARELLAS, José, Op. Cit., p. 41.

Ahora bien, ¿cuándo nos encontraremos frente a una conducta lo suficientemente grave?, o mejor dicho, ¿cómo se evalúa esta gravedad? En la realización de dicho análisis será necesario tomar en cuenta el criterio de la "persona razonable", o el de la "mujer razonable", si se trata de una víctima de sexo femenino. El criterio de la "persona razonable" es el comúnmente usado, "de acuerdo con el cual se intenta apreciar si una persona razonable consideraría a una determinada conducta de la severidad y gravedad suficiente como para crear un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil y ofensivo".³⁸

De manera adicional a dicho criterio, tal como señaláramos líneas arriba, la jurisprudencia estadounidense, en el caso *Ellison vs. Brady* propuso el concepto de la "mujer razonable", en virtud del cual el análisis de la gravedad de la conducta debe hacerse desde la perspectiva de la víctima. Así pues, dado que una misma conducta no puede ser percibida de la misma manera por hombres y por mujeres, cuando nos encontremos frente a un caso de acoso sexual hacia una mujer, debemos tomar el criterio de la "mujer razonable" como parámetro de evaluación para determinar la gravedad de la conducta denunciada como constitutiva de acoso sexual ambiental.

Como complemento de lo expuesto, cabe señalar que, a efectos de configurar el acoso sexual ambiental, no será necesario que la conducta llegue al extremo de ocasionar daños psicológicos a la víctima, bastará que el afectado o afectada se considere ofendido por la conducta o que le ocasione un ambiente de trabajo hostil o intimidante, para que se configure esta modalidad de acoso sexual. Este criterio fue acogido por la Corte Suprema de Estados Unidos de América en el caso *Teresa Harris vs Forklift Systems Inc.* en cuya sentencia manifestó que:

"(...) la Corte Distrital se equivocó al basar su decisión en si la conducta había "afectado seriamente el bienestar psicológico de la demandante" o la había hecho "sufrir un daño". Tal análisis podría hacer que se focalice la atención innecesariamente en un daño psicológico concreto, un elemento que no exige el Título VII. (...) En la medida en que el ambiente pueda ser razonablemente percibido, y sea percibido, como hostil o abusivo, no existe necesidad de que exista un daño psicológico.

(...)

El efecto en el bienestar psicológico del trabajador, por supuesto, es relevante para determinar si el demandante en verdad sintió que el ambiente era abusivo. Y aunque el daño psicológico, como cualquier otro factor relevante, puede ser tomado en cuenta, no se exige necesariamente la presencia de uno de ellos".

Por otro lado, dadas las características de esta modalidad de acoso sexual, su configuración no se encuentra supeditada a la existencia de una afectación concreta en el trabajo de la víctima, pues este tipo de acoso sucederá cuando se haya creado un ambiente hostil de trabajo, que no puede ser materializado, a diferencia del beneficio o perjuicio sufrido por la víctima en el caso de chantaje sexual. Habrá acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo cuando las conductas a las que se encuentra expuesta la víctima hayan creado un ambiente de trabajo que considera hostil e intimidante, y que interfiera con su trabajo.

Así pues, la sentencia expedida en Estados Unidos de América por la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito, en el caso *Henson vs. City of Dundee* señaló:

"El acoso sexual que crea un ambiente hostil y ofensivo para los miembros de un sexo es una barrera arbitraria a la igualdad sexual en el centro de trabajo, así como lo es el acoso racial para la igualdad racial. (...) Un patrón de acoso sexual infringido en un trabajador debido a su sexo es un patrón de comportamiento que inflige un tratamiento dispar en un

³⁸ *Ibid.*, p. 46.

miembro de un sexo en relación a los términos, condiciones y privilegios del empleo. No es requisito que un empleado sometido a este tratamiento desigual pruebe adicionalmente que él sufrió un detrimento tangible en el trabajo”.

Complementariamente debemos señalar que el ambiente hostil de trabajo “puede ser creado por los compañeros de trabajo, por los clientes del establecimiento, por los propios jefes de los trabajadores y, en general, por cualquier tercero con capacidad de interferir o afectar el ambiente de trabajo”.³⁹ Ello es evidente, pues al no tratarse de la modalidad de chantaje sexual, en la que existe una relación de “doy para que des” y una situación de ventaja, no será necesaria la existencia de una persona con poder para que este tipo de acoso sexual pueda ser configurado.

Finalmente, la legislación peruana, como señalamos, no regula esta modalidad de acoso sexual, pues se limita a proscribir únicamente el supuesto de chantaje sexual. Sin embargo, en el Reglamento podemos encontrar pequeñas referencias al acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo pero que, aún así, no permiten la solicitud de tutela judicial en caso de acoso sexual ambiental.

Así pues, el inciso d) del artículo 5, al hacer referencia a uno de los elementos constitutivos del acoso sexual (o chantaje, de acuerdo a lo regulado en la ley peruana), señala que la conducta a la cual se encuentra expuesta la víctima le crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante. Lamentablemente dicha referencia se encuentra referida, contradictoriamente, a uno de los elementos que configuran el acoso sexual en la modalidad de chantaje, mas no a una posibilidad de regulación del acoso sexual ambiental.

Otra referencia al acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo, insuficiente también a efectos del requerimiento de tutela judicial, se encuentra contenida en el artículo 15 del Reglamento, en el que se indica que la gravedad de las conductas constitutivas de acoso sexual será evaluada tomando en cuenta, entre otros factores, si da por resultado un ambiente hostil de trabajo. Una vez más se hace referencia a esta modalidad de acoso sexual, pero no a efectos de establecer una regulación para la misma, sino en tanto se encuentra vinculada a la forma de determinación de la sanción en caso de un acoso sexual en la modalidad de chantaje.

III. PRINCIPALES DEFICIENCIAS DE LA LEY 27942, LEY DE PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL, Y SU REGLAMENTO. PROPUESTAS PARA UNA REGULACIÓN INTEGRAL DEL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

I. Regulación limitada a los supuestos de chantaje sexual

Como hemos venido señalando en la presente investigación, la Ley regula únicamente uno de los dos supuestos de acoso sexual reconocidos doctrinariamente, a saber, el chantaje sexual, dejando de lado por completo la protección necesaria para los supuestos de acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo. Ello fluye claramente de la lectura del artículo 1 de la Ley, el mismo que describe el objeto de la Ley, afirmando que la misma busca prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia. De la misma manera, el artículo 4 de la Ley, al proponer el concepto del hostigamiento sexual, hace referencia a la existencia de “una posición de autoridad o jerarquía o cualquier otra situación ventajosa”.

Adicionalmente, y a fin de no dejar duda alguna que la Ley se aplicará únicamente en los supuestos de chantaje sexual, y en la existencia de una relación vertical entre trabajador y superior, el artículo 4 del Reglamento señala que el mismo será de aplicación al hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia, jerarquía y aquellas provenientes de situaciones

³⁹ *Ibid.*, p.41.

ventajosas. Por si no fuera suficiente, el artículo 5 del Reglamento establece como uno de los elementos imprescindibles constitutivos del acoso sexual la existencia de una relación de autoridad o dependencia, o jerarquía o situación ventajosa.

De esta manera, resulta evidente que tanto la Ley como el Reglamento buscan regular únicamente el acoso sexual en la modalidad de chantaje, obviando la imperiosa necesidad de una regulación integral del acoso sexual en ambas modalidades. El peligro de regular solamente el chantaje sexual ya fue advertido por la OIT, quien señaló acertadamente que *"limitar (...) la prohibición del acoso sexual sólo al chantaje sexual practicado por los empleadores o sus agentes deja en pie algunos problemas fundamentales. Para empezar, porque eso supone excluir la conducta inaceptable entre compañeros de trabajo. Y el acoso por parte de un compañero de trabajo, al crear un ambiente de trabajo hostil, puede tener consecuencias físicas, emocionales y psíquicas tan nocivas como las del acoso por parte de un superior. En segundo lugar, cuando la ley limita su definición de acoso sexual al chantaje sexual, el efecto que se sigue no es el de que el acoso sea considerado per se como un delito, sino en virtud de que la reacción de la persona acosada le hizo perder un ascenso, un aumento de sueldo o incluso su puesto de trabajo. Esta situación da pie, en la práctica, a que un trabajador o trabajadora puedan ser acosados sexualmente con impunidad a condición de que su resistencia no haya determinado ninguna acción tangible en su contra".*⁴⁰

Consideramos necesario hacer referencia a un significativo avance establecido en el artículo 4 del Reglamento, relativo a situaciones en las que si bien no existe una relación jerárquica entre acosador y víctima, cabe la posibilidad de la existencia de un acoso sexual reconocido como tal de acuerdo a la legislación peruana. Así, el citado artículo 4 incluye dentro de la calificación de "relaciones de autoridad o dependencia", los casos en los que exista una situación de ventaja ambiental vertical institucional frente a la víctima por motivo de la función que realiza el acosador, por la información que maneja, entre otros. De esta manera, y atendiendo a lo establecido en el artículo citado, el acoso sexual puede presentarse incluso entre trabajadores de la misma categoría, siempre que el acosador detente una situación de ventaja frente a la víctima, relativa a la posibilidad de influir sobre la situación laboral de esta última, independientemente de ocupar un cargo jerárquicamente superior a través del cual pueda incidir en las condiciones de trabajo del hostigado. Así pues, la contraposición no radica en la existencia de una diferencia de categoría, sino en la posibilidad que tiene el hostigador de influir en quienes determinan la situación laboral de la víctima.

Si bien consideramos oportuna dicha inclusión, frente a la deficiente regulación contenida en la Ley y el Reglamento, debemos ser enfáticos en señalar la imperiosa necesidad de una regulación integral, tanto del chantaje sexual como del acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo, en atención a los argumentos expuestos líneas arriba.

Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo No. 009-2005-TR, resultará necesario que el empleador garantice condiciones de trabajo que no afecten a la salud tanto física como emocional de los trabajadores a su cargo, por lo que deberá velar para la protección adecuada de sus trabajadores tanto en los supuestos de chantaje sexual como de ambiente hostil de trabajo, pues como señaláramos, ambos afectan la salud emocional de estos. De la misma manera, el Decreto Supremo No. 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, califica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales la no adopción de medidas necesarias para prevenir y cesar los actos de hostilidad y hostigamiento sexual, así como cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos constitucionales. Esta infracción es pasible de una multa que oscilará, atendiendo al

⁴⁰ OIT, *El acoso sexual: un problema de relaciones de poder*, Op. Cit.

número de trabajadores afectados, entre 11 y 20 UITs.⁶¹ A pesar que la Ley y el Reglamento limitan la definición del acoso sexual a los supuestos de chantaje sexual, por lo que en principio la infracción a la cual hace referencia la norma sobre inspecciones se aplicaría únicamente a este tipo de acoso, atendiendo a las afirmaciones contenidas en esta investigación será válido concluir que el acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo afecta la dignidad del trabajador, por lo que se encontraría dentro del ámbito de aplicación de la multa inspectiva.

Ahora bien, ¿qué acción podrá ejercer el trabajador que se encuentre sometido al acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo? ¿Cuál será el sustento para el empleador a fin de sancionar a aquellos trabajadores que cometan esta modalidad de acoso sexual? Lamentablemente las respuestas a ambas preguntas no fluyen de los textos normativos peruanos relativos al acoso sexual, sin embargo existe la posibilidad de obtener protección a través de la inclusión en el Reglamento Interno de Trabajo, o en Directivas internas, de un procedimiento interno de investigación y sanción para los casos de acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo, que debe ponerse en conocimiento de todos los trabajadores.

La protección que se puede dispensar a un trabajador víctima de acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo puede sustentarse en los procedimientos internos establecidos dentro de cada empresa, pues el empleador se encuentra obligado, en virtud de las normas citadas, a establecerlo.

2. Reiteración de la conducta

Como señaláramos líneas arriba, de acuerdo con la posición mayoritariamente aceptada por la doctrina, para la configuración del acoso sexual no se requerirá reincidencia alguna en la conducta del hostigador. Así pues, nos encontraremos frente a un caso de acoso sexual aún si ha existido una sola proposición de naturaleza sexual no deseada por la víctima, y cuyo rechazo determinó la afectación de las condiciones de trabajo de esta última.

A pesar de ello, la Ley incluye a la reincidencia dentro de la definición propuesta de acoso sexual, pues señala que “el hostigamiento sexual típico o chantaje sexual consiste en la conducta física o verbal reiterada de naturaleza sexual no deseada y/o rechazada (...)”. Como resulta evidente, la reincidencia no constituye un elemento constitutivo del acoso sexual, pues bastará la existencia de un solo acto lesivo de los derechos del trabajador afectado, para que nos encontremos frente a un caso de acoso sexual; afirmar que la reincidencia forma parte de la definición de acoso sexual permitiría que los acosadores continúen impunemente con su comportamiento en tanto no pueda comprobarse la continuidad de su conducta. Así pues, la reincidencia no debió ser incluida dentro de la definición de acoso sexual desarrollada en la Ley y el Reglamento.

El impacto del desacierto descrito en el párrafo anterior ha sido en cierta forma mitigado con el desarrollo efectuado en el reglamento. En efecto, el último párrafo del artículo 5 del Reglamento señala expresamente que: “la reincidencia no será relevante para los efectos de la constitución del acto de hostigamiento sexual, sin embargo podrá ser un elemento indiciario que coadyuve a constatar su efectiva presencia.”

Como se puede apreciar, el Reglamento reconoce que pueden existir actos de hostigamiento sexual que no necesariamente hayan ocurrido por la reiteración de una conducta; de la misma manera parece afirmar que, en aquellos casos en los que no se pueda apreciar fehacientemente un supuesto constitutivo de acoso sexual, la reincidencia de las conductas por parte del supuesto acosador servirán como prueba indiciaria de la comisión de un acto de acoso sexual.

⁶¹ El valor de la UIT para el año 2006 ascendió a S/. 3,400.00 (Tres mil cuatrocientos con 00/00 Nuevos Soles).

De manera adicional, el artículo 14 del Reglamento señala que "con el fin de determinar la gravedad de la conducta de hostigamiento sexual se deberá decidir de acuerdo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Adicionalmente, se deberá tomar en cuenta la reincidencia y la concurrencia de las citadas manifestaciones". Así pues la reincidencia, de elemento constitutivo del acoso sexual, reconocido como tal en la Ley, pasa a ser, de acuerdo al Reglamento, un factor para la calificación de la gravedad de la falta cometida.

A pesar que consideramos adecuada la modificación introducida por el Reglamento, debemos afirmar que resultará mucho más prudente la omisión al concepto "reiterada" para la calificación de la conducta como constitutiva de acoso sexual, o para la calificación de su gravedad. Esto es así pues la reincidencia es un elemento completamente innecesario a efectos de evaluar un acto de acoso sexual; el chantaje sexual sucederá aún con una sola conducta de naturaleza sexual que afecte al trabajador, en tanto que el ambiente hostil de trabajo se configura por una serie de actos que no necesariamente tienen que ser reiterados, incluso pueden ser esporádicos, y sin embargo afectar la integridad psicológica de la víctima.

3. Tipología cerrada de las manifestaciones del acoso sexual

El artículo 6 de la Ley contiene una lista taxativa de conductas a través de las cuales puede manifestarse el acoso sexual, todas ellas descritas de manera detallada:

- a) Promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente y/o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales.
- b) Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima que atente o agrave su dignidad.
- c) 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.
- d) Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivos y no deseados por la víctima.
- e) Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas en este artículo.

Dicha clasificación se complementa con el artículo 15 del Reglamento, el mismo que amplía algunos supuestos adicionales a la lista contenida en el artículo 6 de la Ley.

Consideramos que si bien es importante delinear los parámetros objetivos en virtud de los cuales una conducta puede ser calificada como "de naturaleza sexual", una lista taxativa de supuestos puede resultar contraproducente. En efecto, el artículo 4 de la Ley hace referencia a "conducta física o verbal de naturaleza sexual", en tanto el artículo 6 desarrolla los supuestos calificados por la Ley como conductas constitutivas de acoso sexual, limitando la aplicación de la ley únicamente a los actos señalados en dicho artículo, toda vez que dicho artículo señala expresamente que el hostigamiento sexual puede manifestarse por medio de cualquiera de las conductas señaladas en el mismo.

Así pues, evidenciamos que las conductas de naturaleza sexual, para la Ley, únicamente son las señaladas en el citado artículo 6. Al respecto debemos manifestar nuestra discrepancia, pues no resulta prudente que las conductas constitutivas de acoso sexual estén contenidas en una lista taxativa pues ello limitará la aplicación de la ley y el reglamento únicamente a las conductas señaladas en el mismo.

Recordemos que la definición doctrinaria del acoso sexual alude a "toda conducta de carácter sexual", dejando abierta la posibilidad de incluir a una serie de conductas como constitutivas de

acoso sexual en tanto cumplan con las demás condiciones necesarias para su calificación como tal. Una fórmula abierta, que no contenga una lista de determinadas conductas, dispensará una mayor protección a la víctima del acoso, y una mayor dificultad para el acosador, para quien no bastará, a efectos de pretender eludir la sanción, demostrar no haber incurrido en ninguna de las causales señaladas como constitutivas de acoso sexual, sino además demostrar efectivamente que su conducta no puede ser calificada como "de naturaleza sexual", o que aun siéndolo, ha sido bienvenida por el destinatario de la misma.

Como señaláramos líneas arriba, no cuestionamos la existencia de una lista de conductas calificadas como "de naturaleza sexual" en tanto la misma tenga carácter meramente referencial y no constituya una lista cerrada de supuestos, por lo que optamos por la inclusión de una fórmula abierta adicional a la lista ya contenida tanto en el artículo 6 de la Ley como en el artículo 15 del Reglamento.

4. Trámite de la queja

La queja que puede presentar el trabajador afectado por un acto de acoso sexual reviste particular importancia, pues inicia el procedimiento interno de investigación a fin de determinar una posible sanción al hostigador. En dicho procedimiento se debe respetar, evidentemente, el derecho al debido proceso tanto del presunto hostigador como de la presunta víctima, por lo que resulta imprescindible que la queja tenga que ser resuelta por un tercero imparcial que no se encuentre vinculado de manera alguna a ninguna de las partes en la controversia.

El artículo 7 del Reglamento establece que las quejas pueden ser presentadas de forma verbal o escrita ante la instancia establecida en cada ámbito de aplicación, estando prohibido obligar a la víctima a interponer la queja ante el presunto hostigador, por ser coincidentemente la autoridad encargada del proceso, debiendo corresponderle al inmediato superior o quien haga sus veces. Complementariamente, el inciso a) del artículo 24 del Reglamento precisa que la queja deberá ser interpuesta ante la Gerencia de Personal, Oficina de Personal o de Recursos Humanos o quien haga sus veces; señala además que en caso que la queja sea contra el Gerente de Personal, la queja deberá interponerse ante la autoridad inmediata de mayor jerarquía. Como resulta evidente, la queja no se puede interponer ante el acosador sino ante su superior, quien imparcialmente deberá resolver sobre el presunto acoso sexual cometido.

Asimismo, el último párrafo del artículo 24 del Reglamento señala que 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. Al respecto consideramos inadecuada la opción adoptada por el legislador, pues la demanda por cese de hostilidad no es la única opción por la que puede optar el trabajador afectado, tomemos en cuenta que el trabajador, en caso efectivamente se produzca un acto de acoso sexual, se encontraría permanentemente expuesto a los daños que dicho comportamiento le provoca, por lo que esperar un largo tiempo antes de un pronunciamiento judicial que declare la existencia del acoso sexual y ordene cesar al acto, podría resultar innecesario pues el daño ya ha sido efectivamente realizado.

Si bien el artículo 23 del Reglamento faculta al hostigado a elegir entre una demanda de cese de hostilidad o demandar una indemnización dando por terminado el contrato, el último párrafo del artículo 24 limita esta posibilidad en los casos que el quejado sea la autoridad de mayor jerarquía, donde no se podrá dar por terminado el contrato y demandar una posterior indemnización, sino únicamente demandar el cese de la hostilidad. Como señalamos, consideramos que en estos casos se debería reconocer al hostigado la posibilidad de dar por terminado el contrato de trabajo y demandar una indemnización, pues no existe sustento alguno para limitar su posibilidad de acción

únicamente a la demanda por cese de actos de hostilidad, la misma que, como indicamos, resultará insuficiente a efectos de dispensar una adecuada protección al hostigado.

Frente a las inconsistencias de la ley, reviste importancia la necesidad de establecer una propuesta que aluda a la posibilidad del trabajador de accionar contra el hostigador por intermedio de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Así pues, el procedimiento ante la Autoridad Administrativa de Trabajo resulta evidentemente más expeditivo que cualquier proceso judicial por cese de hostilidad o por despido.

La Autoridad Administrativa de Trabajo constituye, al igual que el Poder Judicial, un ente imparcial que puede dirimir objetivamente respecto a un presunto acto de acoso sexual, con la significativa diferencia que el procedimiento administrativo tiene una duración mucho menor que el proceso judicial. De la misma manera, un proceso judicial implicaría mucho mayor gasto económico que un procedimiento administrativo, por lo que esta segunda vía resulta ser la más adecuada a efectos de dispensar una adecuada protección al trabajador víctima de acoso sexual.

Las ventajas del procedimiento de investigación y sanción a nivel administrativo sobre el proceso judicial no son únicamente las señaladas en los párrafos anteriores, sino también la relativa a la posibilidad de contar con un medio de prueba fehaciente que acredite la existencia de acoso sexual y que, posteriormente en sede judicial a través de la demanda de cese de hostilidad o de despido arbitrario, constituya la prueba determinante para la sanción correspondiente.

Debemos tener siempre en consideración que la víctima de acoso sexual se encuentra constantemente sometido a la conducta lesiva de sus derechos, por lo que debe buscarse la vía más eficiente y rápida para la investigación y sanción de los actos de acoso sexual cometidos en su contra. En este sentido, la vía administrativa propuesta líneas arriba, a efectos de dispensar una protección oportuna, resulta mucho más adecuada que cualquier proceso judicial que se pueda seguir. Sin embargo, no es nuestra intención desvirtuar la eficacia del Poder Judicial, sino únicamente de proponer la medida que proteja de la manera más rápida al trabajador afectado; de esta manera, la resolución que expida el Ministerio de Trabajo a través de la cual sancione el acto de acoso sexual constituirá prueba irrefutable para que posteriormente el trabajador pueda demandar cese de hostilidad o despido arbitrario.

5. Derechos de los trabajadores sancionados por acoso sexual

El último aspecto que consideramos pertinente destacar respecto a la, muchas veces insuficiente, regulación legislativa sobre el acoso sexual en las relaciones laborales, es el relativo a los derechos de los trabajadores sancionados por actos de acoso sexual.

Así pues, el artículo 26 del Reglamento establece que los trabajadores sancionados con despido por acto de hostigamiento sexual tienen expedito su derecho a interponer una demanda de nulidad de despido o de pago de indemnización por despido arbitrario.

Al respecto debemos resaltar una vez más las incoherencias en las que incurre la Ley, pues si bien establece la posibilidad de demandar nulidad de despido, no establece la causal bajo la cual encontrarían protección judicial, entrando en abierta contradicción con el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que no establece como una de las causales de despido nulo, a la sanción con despido por la comisión de actos de acoso sexual.

De acuerdo a la redacción del artículo bajo análisis, parecería que el artículo 26 del Reglamento pretende salvar la responsabilidad del acosador, pues hace referencia a la protección de los trabajadores que han sido despedidos por cometer actos de acoso sexual, sin especificar si esta protección se dispensa en virtud de una sanción incorrectamente aplicada o no. La lectura de este artículo resulta

incoherente si consideramos que, dentro del procedimiento interno de investigación y sanción, se encontró responsabilidad del trabajador, y en consecuencia se procedió a su despido.

Somos de la opinión que el artículo 26 del Reglamento, a pesar de su incorrecta redacción, hace referencia al derecho que asiste a los trabajadores que, a pesar de no ser los autores de los actos de acoso sexual, fueron despedidos por este motivo. Por ello, urge la modificación de este dispositivo pues, de acuerdo a una interpretación literal del mismo, un trabajador despedido por haber cometido actos de acoso sexual, luego que se acreditó su responsabilidad en el procedimiento interno de investigación y sanción, podría obtener su reposición al centro de trabajo en virtud de la sentencia que declare fundada su demanda por nulidad de despido, u obtener una indemnización por concepto de despido arbitrario. Así pues, este artículo, tal como está redactado, protegería al hostigador, y pretendería salvar su responsabilidad, entrando contradicción con el motivo legítimo que originó su despido.

Finalmente, no negamos el derecho de tutela judicial efectiva que le asiste al trabajador despedido por la comisión de actos de acoso sexual, sin embargo reconocemos que este derecho debe ejercerse en armonía con la responsabilidad encontrada. Así pues, consideramos que el trabajador despedido por la comisión de actos de acoso sexual no debería estar facultado para demandar nulidad de despido, pues como señalamos, el motivo que sustente su pretensión no se encuentra reconocido en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sin embargo, debería reconocérsele la posibilidad de demandar una indemnización por despido arbitrario, pero únicamente bajo el argumento que no realizó los actos de acoso sexual que justificaron su despido, y en consecuencia desea impugnar la resolución interna que determina su responsabilidad, luego de agotado el procedimiento interno y los recursos impugnativos reconocidos en este.

IV. CONCLUSIONES

1. Luego del análisis propuesto en las líneas precedentes, es válido afirmar que la regulación peruana en materia de acoso sexual tiene un largo camino por delante, que debe pasar por la modificación inmediata de una serie de artículos tanto de la Ley como del Reglamento, a fin de dispensar una adecuada protección a cualquier trabajador víctima de actos de acoso sexual.
2. La protección en materia de acoso sexual, otorgada tanto por la Ley como por el Reglamento, resulta insuficiente, pues no abarca todas las posibilidades a través de las cuales un trabajador puede verse afectado mediante actos de acoso sexual, así pues, limita la regulación al supuesto de chantaje sexual, dejando de lado la protección en el supuesto del acoso sexual en la modalidad de ambiente hostil de trabajo.
3. De la misma manera, establece una tipología cerrada de los actos constitutivos de acoso sexual, sin tomar en consideración que la conducta humana es sumamente compleja, y existen diversas conductas que, a pesar de no estar contenidas en la lista establecida en la Ley y el Reglamento, son evidentemente constitutivas de acoso sexual, pero que sin embargo no pueden ser pasibles de sanción al no encontrarse dentro de la lista cerrada analizada líneas arriba. El procedimiento de queja establecido legalmente no otorga una protección oportuna al trabajador afectado por las conductas constitutivas de acoso sexual, pues lo faculta a iniciar procesos judiciales que son evidentemente mucho menos expeditivos que el procedimiento administrativo ante la Autoridad Administrativa de Trabajo propuesto en el acápite correspondiente.
4. Por lo expuesto, urge una inmediata modificación a la regulación vigente en materia de acoso sexual, pues tal como lo indicáramos al inicio de la presente investigación es un tema que no ha sido prioridad en la agenda legislativa ni en las discusiones doctrinarias a lo largo del tiempo, a pesar de constituir un aspecto importante dentro de las relaciones laborales en general.