

VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO

Significado y alcance del Convenio n° 190 OIT
en el marco del trabajo decente
(ODS 3, 5, 8 de la Agenda 2030)

Dirección de Manuel Correa Carrasco
María Gema Quintero Lima

VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO

VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO:
SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL CONVENIO N° 190 OIT
EN EL MARCO DEL TRABAJO DECENTE
(ODS 3, 5, 8 DE LA AGENDA 2030)

Manuel CORREA CARRASCO
María Gema QUINTERO LIMA
(Dirs.)

DYKINSON
2021

© 2021 Autores

Editorial Dykinson
c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Tlf. (+34) 91 544 28 46
E-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1377-502-9

D.L.: M-12009-2021

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/32437>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	9
PRÓLOGO	15
Joaquín Nieto y Natalia Díaz (Oficina de la OIT para España)	
CAPÍTULO I	17
<i>EL ELEMENTO TELEOLÓGICO (INTENCIONALIDAD LESIVA) EN EL CONCEPTO DE VIOLENCIA Y ACOSO LABORAL CONTENIDO EN EL CONVENIO 190 OIT.</i> Manuel Correa Carrasco	
CAPÍTULO II	29
<i>EL CONTENIDO DEL CONVENIO N° 190 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: DEFINICIONES Y ÁMBITO DE APLICACIÓN - “VINO NUEVO EN ODRES VIEJOS”?</i> Ana Cristina Ribeiro Costa	
CAPÍTULO III	61
<i>LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL CONVENIO 190 OIT: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO. LA NOVEDOSA INCLUSIÓN DEL TRABAJO DE SERVICIO DOMÉSTICO.</i> Sofia Olarte Encabo	
CAPÍTULO IV	91
<i>IMPACTO EN ESPAÑA DEL CONVENIO 190 OIT PARA LA TUTELA EFECTIVA FRENTE A LA VIOLENCIA EN EL TRABAJO: OBLIGADOS CAMBIOS LEGALES Y CULTURALES.</i> Cristóbal Molina Navarrete	
CAPÍTULO V	117
<i>PERSPECTIVAS DE FUTURO: EL CONVENIO 190 EN FRANCIA.</i> Loïc Lerouge	

ÍNDICE

CAPÍTULO VI <i>LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO N° 190 DE LA OIT POR URUGUAY: CONTEXTOS NORMATIVOS Y DE ESTRUCTURA SINDICAL.</i> Federico Rosenbaum Carli	133
CAPÍTULO VII <i>LA RATIFICACIÓN DE ARGENTINA DEL CONVENIO 190 DE LA OIT SOBRE VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO - UN REPASO POR LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA NACIONAL EN TORNO A LA TEMÁTICA.</i> Rodrigo Méndez Filleul	163
CAPÍTULO VIII <i>VIOLENCIA EN EL TRABAJO Y HOSTIGAMIENTO SEXUAL: UNA LECTURA PERUANA DEL CONVENIO 190 DE LA OIT.</i> Miguel F. Carnessa Montejo	187
CAPÍTULO IX <i>EL CIBERACOSO Y LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EMPRESAS TECNOLÓGICAS Y SU ENCUADRE EN EL MARCO DEL CONVENIO 190 DE LA OIT.</i> Iván Williams	215
CAPÍTULO X <i>IMPACTO DEL CONVENIO 190 OIT EN LA ESTRATEGIA ESPAÑO-LA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO.</i> Francisco Xabière Gómez García	247
CAPITULO XI <i>CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 190 OIT SOBRE ACOSO Y VIOLENCIA EN EL TRABAJO EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.</i> Manuel Velázquez Fernández	281
EPÍLOGO. María Gema Quintero Lima	307
LISTADO DE ABREVIATURAS	319
PROGRAMA DEL SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE LA VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO: SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL CONVENIO N° 190 OIT EN EL MARCO DEL TRABAJO DECENTE (ODS 3, 5, 8 DE LA AGENDA) 10 Y 11 DE DICIEMBRE DE 2020	321

AGRADECIMIENTOS

En la medida en que la obra que ahora se presenta trae causa de un encuentro científico internacional, es obligado trasladar nuestro agradecimiento a todos aquellos que lo hicieron posible. En primer lugar, hay que mencionar al elenco de ponentes que aceptaron amablemente la invitación para formar parte del proyecto que se presentara en diciembre de 2019, concretamente, Cristóbal Molina, Sofía Olarte, Loïc Lerouge (que, además, formaron parte del comité científico, junto con Rosa San Segundo y María Teresa Alameda), Ana Cristina Ribeiro y Manuel Velázquez. En esa solicitud originaria, elaborada en el marco de la “Convocatoria 2020 de ayudas para organización de congresos internacionales y reuniones científicas y workshops por la Universidad Carlos III de Madrid (Modalidad A: Congresos internacionales)”, se proyectó la celebración de un Seminario internacional sobre “Violencia y Acoso en el Trabajo: Significado y alcance del Convenio nº 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3, 5, 8 de la Agenda 2030)”, para el que se barajaba como fecha prevista del evento el 21 de junio de 2020.

Como miembros del grupo de investigación de la UC3M que, desde hace ya casi dos décadas, se ha venido dedicando al estudio de las distintas modalidades de acoso y, en general, de los riesgos psicosociales en el trabajo, se trataba, ciertamente, de una iniciativa que no era posible obviar, habida cuenta de la reciente aprobación del Convenio nº 190 OIT algunos meses antes (completada por la Recomendación nº 206). Ello suponía la culminación de un largo proceso dirigido a la creación de un estándar internacional en materia de protección de mujeres y hombres frente a la violencia y el acoso en el trabajo; y, desde luego, constituía una buena oportunidad para programar la celebración de un evento conmemorativo de su primer aniversario.

La trascendencia de este nuevo marco normativo internacional no dejaba lugar a dudas, a la luz de la acusada proliferación de este tipo de conductas perniciosas en el ámbito laboral. Su alto grado de incidencia en los lugares de trabajo traía causa de la confluencia de elementos de índole subjetiva, presentes en la personalidad de los agresores, con otros de naturaleza objetiva, relativos a las deficiencias propias del entorno laboral, cuyo resultado es la conformación de organizaciones “tóxicas” en las que las relaciones interpersonales se caracterizan por su elevado grado de incivismo y por la ausencia

de ética. Una vez verificada la existencia de este “caldo de cultivo”, es siempre cuestión de tiempo que se acaben desencadenando procesos de acoso y cualquier trabajador puede ser víctima propiciatoria del mismo. Sin embargo, como sucede con otros supuestos similares, como la violencia de género o el acoso escolar, se estaba ante fenómenos que ni eran nuevos, sino que habían formado parte del modo en el que cotidianamente se habían desenvuelto las relaciones humanas en entornos diversos (la familia, la escuela, el trabajo). Lo que había estado cambiando había sido el grado de sensibilización social frente a los mismos, hasta el punto de que, se hayan llegado a considerar ya intolerables. A ello había contribuido, sin duda, la percepción de la gravedad del problema que, en el caso del acoso laboral, se proyectaba sobre diversos planos. En primer lugar, los efectos negativos de este tipo de comportamientos afectan notablemente a la salud psicofísica de la víctima, provocando dolencias (trastornos mentales, enfermedades psicosomáticas) que, en muchas ocasiones, tienen un carácter irreversible. En segundo lugar, son las propias empresas las que sufren un daño económico, no sólo de la pérdida de eficiencia y productividad que se derivan de un entorno laboral gravemente deteriorado, sino por la necesidad de afrontar los costes sociales derivados del absentismo, las bajas por incapacidad y, en su caso, las indemnizaciones de diversa índole que han de abonar por los daños causados a las víctimas. Por último, también el sistema de protección social resulta preocupado a la postre, pues ha de sufragar los gastos de asistencia sanitaria y prestaciones económicas que se derivan de la necesaria reparación de los perjuicios sufridos por los trabajadores afectados.

En consecuencia, el proceso de juridificación de este tipo de fenómenos, culminado a nivel internacional con los mencionados instrumentos normativos (Convenio 190 y Recomendación 206), tenía como presupuesto la toma de conciencia sobre la intolerable violencia inherente a los mismos y sus perniciosos efectos, hasta el punto de que dejan de considerarse normales en las relaciones interpersonales y comienzan a percibirse como patológicas. Ello ha permitido su identificación y caracterización tipológica desde el ámbito psicosocial, lo que, sin duda, ha establecido las bases para la lucha contra esta verdadera lacra social. Su traslación conceptual al plano jurídico habría de propiciar, posteriormente, la búsqueda de respuestas para afrontar de forma adecuada la tarea de diseñar los mecanismos de protección necesarios en cada una de las esferas concernidas, especialmente, en el plano preventivo y reparador.

A pesar de que se trata de una regulación dirigida a todo tipo de personas trabajadoras, (por cuanto las situaciones de violencia están patológicamente generalizadas en algunos ámbitos (zonas geográficas, territorios, sectores productivos)), resultaba ser una regulación potenciadora de la igualdad de género, por cuanto son las mujeres trabajadoras quienes presentan una especial situación de vulnerabilidad en el trabajo. No solo en sectores especialmente sensibles, como el del trabajo doméstico, sino también en otros sectores tradicionalmente masculinizados. Desde esta perspectiva, el contenido temático del Seminario se insertaba, así, en varios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de carácter transversal, concretamente, en el 3, el 5 y el 8. De esta forma, se pretendía, además, dar continuidad al Seminario celebrado el 6 de junio de 2019 en la Universidad Carlos III de Madrid, dedicado a *Los nuevos retos del trabajo Decente: la salud mental y los riesgos psicosociales (ODS 3,5,8,10)*.

En suma, el objeto del Seminario que se proyectaba ha sido, esencialmente, el de verificar cómo se plasmaba dicho proceso normativizador en el instrumento recientemente adoptado por la OIT, para valorar críticamente su adecuación a las exigencias planteadas por la complejidad inherente al fenómeno analizado. Para ello, se contaba, como hemos señalado, con la valiosa participación de un variado elenco de reconocidos especialistas internacionales.

Todo lo anterior condujo a que el proyecto fuera aceptado y se le vinculara una ayuda económica. Sin embargo, como consecuencia de la situación desencadenada por la emergencia sanitaria provocada por el COVID19, esa fecha (21.06.2020) enseguida quedó descartada, así como la modalidad presencial en la que se había diseñado. En ese momento inicial de la pandemia, se barajó la opción de descartar la celebración del seminario, como consecuencia de lo que se podría considerar un supuesto de fuerza mayor. Sin embargo, ante la posibilidad ofrecida por el Vicerrectorado competente, fue solicitado un cambio de fecha para poder reorganizar el programa y transformar el formato. Esa alternativa, por tanto, nos proporcionaba la oportunidad de cumplir con nuestro propósito de analizar y debatir, sin menoscabo del rigor requerido, los aspectos más relevantes del mencionado instrumento internacional, así como su repercusión en los ordenamientos internos. Algo que, por otra parte, se revelaba esencial, especialmente, en un contexto en el que las violencias en el trabajo afloraron, se multiplicaron y se generalizaron en algunos ámbitos geográficos, de forma directamente proporcional a la intensidad del confinamiento general y la afectación de la economía.

Como nueva fecha, se fijaron los días 10 y 11 de diciembre, en jornadas vespertina y matutina, para poder cohesionar los distintos husos horarios que pudieran resultar implicados. En efecto, la metamorfosis hacia un formato *on line* permitía expandir el ámbito del Seminario, para incorporar ponentes no previstos inicialmente, y eventuales discentes que, en otras circunstancias, no habrían podido viajar a Madrid.

Y es en este punto donde es merecido el agradecimiento a los profesores Rosembaun y Méndez, que aceptaron en agosto de 2020 participar de buen grado en el mismo, enriqueciendo su dimensión comparada. De la misma manera, el nuevo formato permitió poder contar con la participación de la consejera de la Oficina de la OIT para España, Natalia Díaz Santín, así como de la profesora María Pons Carmena que, en otras circunstancias, habría tenido problemas de agenda para viajar hasta Madrid. A ellas, por tanto, también hay que extender nuestro agradecimiento por su disponibilidad y su valiosa contribución.

Por último, respecto de la representación de los agentes sociales, se ha de destacar que, como consecuencia de vicisitudes de comunicación, que retrasaron el envío de la invitación con el programa definitivo, sólo tuvimos el placer de contar con la presencia de Elena Blasco (CCOO) y de Miriam Pinto (CEOE), lamentando la ausencia de UGT y CEPyme. En cualquier caso, es preciso agradecer a todos ellos sus esfuerzos por estar presentes en el encuentro programado y la especial sensibilidad mostrada frente a esta problemática.

El Seminario se celebró virtualmente los días 10 (tarde) y 11 (mañana) de diciembre de 2020, a través de la plataforma *BlackBoard Collaborate*, con una afluencia de asistentes no esperable en formato presencial (casi un centenar de personas inscritas), de distintas procedencias (principalmente, de Universidades de América Latina, Portugal y España). A todas esas personas que asistieron, es obligado, también, trasladarles nuestro agradecimiento por enriquecer los debates y sustentar el marco científico. Especialmente significativa ha sido la participación de Iván Williams, Miguel F. Canessa y F. Xabiere Gómez, mediante la presentación de contribuciones de tan alta calidad, que han sido incorporadas en el cuerpo de la obra colectiva que aglutina las principales aportaciones por escrito realizadas en el marco del Seminario.

Las distintas sesiones se grabaron y están disponibles en abierto, en el repositorio institucional de la Universidad Carlos III de Madrid (<https://media.uc3m.es/series/5fdb71ed8f420897198b457b>). En la misma dirección de

la difusión de resultados de investigación *Open Access*, el depósito de esta obra colectiva pretende dejar constancia de todas aquellas aportaciones que se han considerado relevantes en el análisis de los diferentes aspectos concernidos por esta relevante problemática. De ahí que, desde luego, se incorporen las versiones elaboradas de aquellas personas que han tenido la generosidad de reflejar por escrito las ideas y reflexiones que compartieron en forma de ponencia; pero, también, las comunicaciones sobre materias novedosas y controvertidas, que han elaborado aquellas personas asistentes a partir de la “llamada a contribuciones” que se hiciera en el momento de dar difusión al Seminario. Nuestro agradecimiento, por tanto, a todas las personas autoras de los capítulos aquí compilados, ya que, con su esfuerzo, dedicación y solvencia científica, han contribuido, sin duda, a dotar de mayor solidez al papel del Derecho Social en la preservación del respeto a la dignidad personal y en la consecución de un marco de Trabajo Decente para todos.

Finalmente, y para concluir, un último agradecimiento, pero, en absoluto, el menos importante, para la Universidad Carlos III de Madrid, que sigue apostando por el impulso de sinergias universitarias, dentro y fuera de España, que contribuyan a la creación de nuevas formas de sostenibilidad económica y social, de lo que es muestra significativa el, ya mencionado, programa de ayudas para la realización de encuentros científicos; compromiso y objetivo en los que, desde luego, se inscribe el desarrollo y ejecución de este proyecto, financiado en el marco de las acciones contempladas en dicho programa.

Getafe, a 1 de abril de 2021.

Manuel Correa Carrasco
M. Gema Quintero Lima
Comité organizador del Seminario

PRÓLOGO

Joaquín NIETO

Natalia DIAZ

OFICINA DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO PARA ESPAÑA

La Conferencia Internacional del Trabajo, conocida como la **Conferencia del Centenario de la OIT** por conmemorar los cien años de la constitución de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Ginebra en junio de 2019, adoptó el **Convenio 190 sobre la violencia y el acoso** en el mundo del trabajo. Unos meses después el mundo se veía impactado por una pandemia letal, la COVID-19.

El convenio entrará en vigor en junio de 2021 un año después de su ratificación por Uruguay y Fiji. Después lo hicieron Namibia y Argentina. Con ocasión de la ratificación de Fiji, que ponía en marcha el proceso de entrada en vigor, el **Director General de la OIT, Guy Ryder**, afirmaba: «Esta ratificación constituye un gran avance para promover el trabajo decente. El riesgo de que se den casos de violencia y acoso es aún mayor en períodos de crisis, especialmente durante esta devastadora pandemia».

Efectivamente, durante la crisis del COVID -19, los trabajadores, en particular los que realizan trabajos considerados esenciales y han tenido que seguir trabajando, pueden tener que hacer frente a un estrés adicional, el provocado por el riesgo de contagio, manteniéndose todos los demás riesgos, entre ellos el acoso y la violencia que es una de las causas principales de sufrimiento laboral y daños psicológicos. Situaciones a las que están expuestas las mujeres en una proporción notablemente mayor, que debe ser considerada. Como deben ser tenidos en cuenta los riesgos de violencia machista en el hogar que se han intensificado con el confinamiento y el teletrabajo. En este contexto, el Convenio OIT n° 190 y la recomendación n° 206 de la OIT se convierten en un valiosísimo instrumento por ser las primeras normas internacionales del trabajo que proporcionan un marco común para prevenir, remediar y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos el acoso y violencia por razón de género. Sin esa regulación, quedarían sin protección muchos trabajadores y trabajadoras que necesitan, ahora más incluso, de una respuesta global e integrada para proteger su propia integridad, física y psicológica.

Estas normas internacionales contienen además un enfoque innovador en la regulación laboral que hará más eficaz su implementación y desarrollo al abarcar no sólo la dimensión de género, sino también una amplia visión del ámbito y las relaciones de trabajo en las que se pueden dar situaciones de violencia y de acoso en los que actuar y prevenir. El lugar de trabajo no se circunscribe al puesto de trabajo sino que contempla también los espacios externos en los que sin embargo se pueden dar esas situaciones, desde los trayectos de casa al trabajo hasta los lugares de ocio en los que se realicen actividades relacionadas con la empresa, así como en los espacios y redes digitales donde el acoso se encuentra tan extendido. También contempla a todas las personas que se pueden encontrar expuestas en el ámbito laboral aunque no dispongan de un contrato de una relación formalizada con un contrato de trabajo, como quienes solicitan un empleo o se encuentran haciendo prácticas académicas o laborales.

La ratificación e implementación del Convenio 190 y la Recomendación 206 se convierten así en una oportunidad para la adaptación del mundo del trabajo ante los desafíos de nuestro tiempo desde la perspectiva del trabajo decente, incluida la salud y la igualdad en los lugares de trabajo.

CAPITULO I
EL ELEMENTO TELEOLÓGICO (INTENCIONALIDAD LESIVA) EN
EL CONCEPTO DE VIOLENCIA Y ACOSO LABORAL CONTENIDO EN
EL CONVENIO 190 OIT

CHAPTER I
THE TELEOLOGICAL ELEMENT (HARMFUL INTENTIONALITY)
IN THE CONCEPT OF VIOLENCE AND HARASSMENT AT WORK
CONTAINED IN THE 190TH ILO CONVENTION

Manuel CORREA CARRASCO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid
manuel.correa@uc3m.es
<https://orcid.org/0000-0002-3430-6724>

Resumen: Uno de los principales logros que ha destacado el Convenio 190 de la OIT ha sido sin duda la incorporación de una definición del acoso y la violencia en el trabajo. Sin embargo, a pesar del esfuerzo realizado por sintetizar conceptualmente el fenómeno, se han planteado algunas dudas sobre los elementos que componen dicha definición, especialmente en lo que respecta a la necesaria concurrencia o no de un elemento teleológico, concretado en la verificación de intencionalidad lesiva, en la conducta de acoso. En la medida en que el sistema de tutela preventiva y reactiva (sancionadora y reparadora) contra el acoso laboral gira en torno a su correcta delimitación jurídico-conceptual, conviene hacer algunas consideraciones al respecto para precisar cuáles serían sus presupuestos de aplicación.

Palabras clave: Violencia y acoso laboral, Convenio 190 OIT, delimitación conceptual, intencionalidad lesiva

Abstract: One of the main achievements that have been highlighted by ILO Convention 190 has undoubtedly been the incorporation of a definition of harassment and violence at work. Despite the effort made to conceptually synthesize the phenomenon, however, some doubts have been raised regarding the elements that make up said definition, especially regarding the necessary concurrence or not of a teleological element, specified in the verification of harmful intentionality, in harassing behavior. To the extent that the system of preventive and reactive protection (sanctioning and reparative) against workplace harassment revolves around its correct legal-conceptual delimitation, it is convenient to make some considerations in this regard to specify what its application budgets would be.

Keywords: Violence and harassment at work, ILO Convention 190, conceptual delimitation, harmful intentionality.

Sumario: 1. Introducción.- 2. La definición de violencia y acoso laboral contenida en el Convenio 190 OIT.- 3. Los bienes jurídicos afectados por el acoso laboral.- 4. El acoso laboral y otros factores de riesgo psicosocial.- 5. Conclusiones.

1. Introducción

Uno de los principales logros que se han destacado del Convenio 190 OIT ha sido, sin duda, la incorporación de una definición del fenómeno del acoso y violencia en el trabajo. A tenor de lo establecido en su art. 1.1.a), por violencia y acoso en el trabajo hay que entender aquel “*conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género*”. Se trata, por tanto, de un concepto unitario y omnicompreensivo, que pretende abarcar las distintas manifestaciones de acoso en el trabajo, sea moral, sexual o por razón de género (condición que, en buena lógica jurídica, ha de entenderse extensiva a cualquier otra causa de discriminación), debiendo servir de referente para las definiciones legales que han de acometer cada uno de los Estados que suscriban este instrumento internacional (art. 7 Convenio 190) y que, en nuestro caso, supondría una buena oportunidad para dotar racionalidad jurídica al deficiente tratamiento normativo (aluvional, incompleto y asistemático) que padece actualmente esta relevante problemática.

Sin embargo, a pesar del esfuerzo llevado a cabo para sintetizar conceptualmente el fenómeno, ya que, no en vano, la correcta delimitación jurídica del mismo constituye la piedra angular sobre la que ha de erigirse el sistema de protección integral que se diseñe en cada ordenamiento estatal, se han suscitado algunas dudas relativas a los elementos que integran dicha definición. Entre ellos, destaca, especialmente, el debate generado en torno a la necesaria concurrencia o no de un elemento teleológico, concretado en la verificación de intencionalidad lesiva, en la definición de acoso laboral. Quienes defienden el carácter prescindible de este elemento, sostienen que no cabe exigir una indagación de las motivaciones personales del acosador, pues su necesaria verificación conllevaría una dificultad añadida a la hora de propi-

ciar una tutela efectiva a la víctima. Bastaría, por tanto, con determinar, de forma objetiva, que la creación de un entorno humillante y ofensivo para la persona acosada trae causa de actos imputables al acosador. Por el contrario, aquellos que se muestran partidarios de exigir que los actos que integran la conducta acosadora respondan a una finalidad tendente a causar perjuicios de diversa índole a la víctima entienden que se trata de un elemento esencial para caracterizar conceptualmente el fenómeno del acoso o violencia laboral, siendo determinante, por tanto, para diferenciarlo de otras figuras afines que provocan los mismos efectos negativos sobre el entorno laboral, pudiendo generar, igualmente, riesgos de naturaleza psicosocial.

En la medida en que, en consecuencia, el sistema de tutela preventiva y reactiva (sancionadora y reparadora) frente al acoso laboral bascula en torno a su correcta delimitación jurídico-conceptual, conviene efectuar algunas consideraciones al respecto con el fin de precisar cuáles serían sus presupuestos aplicativos.

2. La definición de violencia y acoso laboral contenida en el Convenio 190 OIT

De entrada, conviene advertir que, de la definición contenida en el Convenio, no puede extraerse una respuesta clara y rotunda al interrogante planteado. Sin embargo, el tenor literal del mencionado precepto, utilizando la expresión “...*que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño...*”, no elude la necesaria concurrencia de un elemento teleológico que sirva de guía para la calificación de los diferentes actos que integran la conducta acosadora. Desde esta perspectiva, no puede parangonarse a la fórmula utilizada por las Directivas europeas de igualdad¹ (y traspuesta a algunos ordenamientos nacionales, como el belga o el francés²), donde clara-

¹ V. D. 2000/43 y D. 2000/78, que definen la conducta constitutiva de acoso discriminatorio mediante la fórmula “*que tenga como objetivo o consecuencia*”. Igualmente, la D. 2002/73 y, posteriormente, la D. 2006/54/CE, acogen una definición similar en el caso del acoso sexual y por razón de sexo. Sobre el carácter obsoleto e inapropiado de estas definiciones que, consecuentemente, demandan una mejora y actualización, son interesantes las consideraciones incluidas en la *Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de septiembre de 2018, sobre las medidas para prevenir y combatir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política en la Unión (2018/2055(INI))*.

² En nuestro caso, con el objeto de transponer tales directivas, esta fórmula se ha

mente se apuesta por una configuración objetiva de la conducta acosadora. La utilización de la expresión “...*que tengan por objeto o por efecto...*”³, no ofrece lugar a dudas, ya que incluye ambas alternativas, es decir, que concurra o no el elemento teleológico en la conducta acosadora, por lo que, a la postre, la intencionalidad lesiva deviene irrelevante en la caracterización del acoso, siendo determinante, únicamente, la vinculación causal de aquélla con el entorno hostil y humillante al que se somete a la víctima.

En consecuencia, y a diferencia de la definición contenida en tales instrumentos normativos, de la literalidad de la definición de acoso o violencia laboral adoptada por el Convenio 190 OIT, no puede extraerse la conclusión de que se prescindiera del elemento teleológico en la configuración conceptual del fenómeno. En efecto, lejos de entender factible que el acoso laboral pueda darse tanto en los casos en que exista un propósito dañino en los actos que conforman la conducta (“*tengan por objeto*”), como en aquellos otros donde, aun sin verificarse dicho propósito, se produce el mismo resultado perjudicial (“*tengan...por efecto*”), la fórmula contemplada en el Convenio no contempla de forma explícita esta última posibilidad, por lo que, *sensu contrario*, habría que interpretar que la presencia del elemento teleológico es exigible en todo caso. En otras palabras, la existencia de violencia o acoso laboral requiere que dicho resultado haya sido propiciado de forma consciente y deliberada por parte de los agresores.

Junto a esta finalidad o propósito rector de la conducta acosadora, la definición se complementa con otro elemento esencial, pero distinto, la potencialidad lesiva de los actos en los que aquella se proyecta (“...*que causen o sean susceptibles de causar...*”), sin que, por tanto, sea preciso que se produzca un daño efectivo (sea físico, psicológico, sexual o económico) en la víctima para determinar concurrente la existencia de acoso o violencia laboral. Conviene precisar que la lesividad debe valorarse atendiendo a la conducta en su conjunto, lo que permite incluir actos y agresiones de diversa índole y entidad, tanto los más graves (que, considerados de forma autónoma, pueden suponer vulneraciones de derechos laborales), como aquellos más leves y dispersos temporalmente que, al estar orientados a la misma finalidad o propósito da-

utilizado en la definición del acoso discriminatorio (v. art. 28.2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre) y de acoso sexual o por razón de sexo (art. 7.1 y 2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo).

3 O, igualmente, la variante “...*con la finalidad o el efecto...*”, contenida en el *Acuerdo Marco Europeo sobre el Acoso y Violencia en el Trabajo* de 2007.

ño, alcanzan su correspondiente relevancia jurídica cuando se contextualizan en el marco del proceso acosador.

En conclusión, la expresión transcrita integra dos de los principales elementos que definen el acoso laboral, concretando, de una parte, que los actos que conforman la conducta acosadora han de “tener por objeto” (elemento teleológico) causar un daño (intencionalidad lesiva); y, de otra, que, por su propia naturaleza y finalidad, apreciados en su conjunto, tales actos tengan la virtualidad de producir un daño efectivo en la víctima, con independencia que, en última instancia, logren o no dicho resultado (potencialidad lesiva). Habría que destacar, por tanto, aquellas interpretaciones que, sin diferenciar ambas dimensiones estructurales de acoso, acaban confundiendo la eventualidad de que se derive un daño efectivo de la conducta acosadora con la irrelevancia de la presencia de un elemento teleológico que oriente a la misma.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que la posibilidad de que la víctima padezca daños en su patrimonio, en su salud psicofísica o en su empleabilidad, no es óbice para considerar que toda conducta acosadora supone, *per se*, una lesión en su integridad moral. En otras palabras, a diferencia de aquellos daños, que pueden concurrir o no en los procesos de acoso, el daño moral es consustancial a la conducta acosadora.

3. Los bienes jurídicos afectados por el acoso laboral

La diferenciación entre ambos elementos constitutivos del concepto de acoso (intencionalidad dañina y potencialidad lesiva) es fundamental para una correcta apreciación del fenómeno en aras de articular adecuadamente el sistema de tutela preventiva y reparadora. Para afrontar esta tarea, es necesario identificar con claridad los bienes jurídicos afectados por la conducta acosadora, que no son otros que la integridad moral, por un lado, y la integridad psicofísica, por otro. En nuestro ordenamiento jurídico, ambos bienes forman parte del contenido del derecho fundamental reconocido en el art. 15 CE, sin perjuicio de que, complementariamente, el derecho a la protección de la integridad moral no pueda desligarse de la que merece la dignidad personal (art. 10 CE), por un lado, y de que, por otro, la integridad psicofísica esté estrechamente vinculada también, tanto al genérico derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), como al deber de los poderes públicos de velar por la seguridad y salud en el trabajo (art. 40.2 CE). En cualquier caso, esta configuración normativa unitaria y la falta de distinción entre una

y otra esfera de la personalidad en el marco del art. 15 CE, ambas susceptibles de resultar simultáneamente afectadas, puede ser, quizá, una de las razones que, junto a la falta de definición legal, explique la confusión habitual entre los elementos que conforman el concepto de acoso laboral en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, como premisa, hay que tener en cuenta que, sin perjuicio de la virtualidad de la conducta acosadora para poner en riesgo la salud e integridad psicofísica de la víctima (potencialidad lesiva), es la integridad moral (en conexión con la dignidad personal) el bien jurídico directamente afectado por el acoso laboral. Por tanto, si tenemos en cuenta que, al margen de esta pluriofensividad inherente al fenómeno (donde pueden resultar afectados, además, otros bienes jurídicos fundamentales, como el derecho al honor, la intimidad, la propia imagen⁴, o el principio de igualdad y no discriminación), la afectación de la integridad moral requiere, por su propia naturaleza, de la concurrencia de conductas que supongan “un ataque” a la misma⁵, la exigencia de intencionalidad dañina en el sujeto activo es consustancial al concepto de acoso, pues no cabe concebir la existencia de una acción de dicha naturaleza sin un propósito definido, consistente en atentar contra la dignidad personal de la víctima mediante comportamientos tendentes a crear un entorno hostil, degradante e intimidatorio. En otras palabras, una conducta contraria a la integridad moral, no sólo ha de ser deliberada, sino tener como finalidad atentar contra los aspectos de la personalidad que conforman este bien jurídico protegido.

Es cierto que la integridad psicofísica puede resultar afectada por la conducta acosadora y, de hecho, habitualmente, así sucede en la práctica. De ahí que, como hemos señalado, esta potencialidad lesiva se configure como un elemento integrante de la definición de acoso. Pero hay que tener en cuenta que esta eventualidad también puede traer causa de otros “comportamientos y prácticas inaceptables” (utilizando el tenor literal del art. 1.1.a) del Convenio 190 OIT) distintos al acoso. Es decir, cabe una lesión de la integridad psicofísica que no suponga un ataque simultáneo a la integridad moral y ello, sin perjuicio de que haya que desplegar la protección cualificada que merece el bien jurídico afectado y que, en nuestro caso, habida cuenta de su configu-

4 STC 56/2019, de 6 de mayo.

5 En este sentido, se ha destacado que el art. 15 CE brinda “protección a la inviolabilidad de la persona frente a ataques tendentes a lesionar su cuerpo o su espíritu” (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5º); (el subrayado es nuestro).

ración como derecho fundamental, exija una “adelantamiento de las barreras” de protección ante situaciones en las que se evidencia riesgo potencial de afectación⁶, sin que sea preciso “la actualización de los daños psicológicos” o la concurrencia de unos niveles de violencia extrema⁷.

En suma, la existencia de un entorno laboral humillante, ofensivo y hostil, susceptible de afectar a la salud e integridad psicofísica de un trabajador, puede tener su origen en comportamientos o prácticas empresariales jurídicamente reprobables (además de suponer un incumplimiento de las obligaciones preventivas que corresponden al empresario), pero ello no significa que, constatado este “efecto”, haya que concluir necesariamente que trae causa de una situación de acoso, haciendo abstracción de que pueda verificarse o no un propósito o finalidad inherente a dicha conducta tendente a ocasionarlo⁸. Antes al contrario, es preciso que dicha finalidad se deduzca objetivamente de la valoración fáctica de los actos que conforman la conducta acosadora, constatando su carácter deliberado y malintencionado, es decir, que “el ataque a la dignidad se deriva de forma directa de la intencionalidad de causar el daño”⁹.

4. El acoso laboral y otros factores de riesgo psicosocial

Consecuentemente, identificado el daño moral como la principal consecuencia lesiva del acoso laboral, la eventualidad de que concurren otros tipos de daños de naturaleza psicosocial no puede llevarnos a confundir la parte con el todo. Hay que tener en cuenta que tales lesiones, a pesar de su indiscutible etiología laboral, pueden estar vinculadas a la existencia de entornos de trabajo “tóxicos”, donde la degradación ambiental no se debe a conductas de acoso, sino que están provocadas por factores de riesgo asociados a déficits en la organización y gestión del trabajo en la empresa. De este modo, prácticas que suponen un ejercicio abusivo o tiránico del poder de dirección, o aquellas otras que ponen de manifiesto una defectuosa gestión de situaciones conflictivas, pueden crear entornos laborales humillantes y opresivos potencialmente

6 SSTC 60/2007, de 27 de marzo, y 160/2007, de 2 de julio.

7 STC 56/2019, de 6 de mayo (FJ 6º).

8 De este modo, como señala la STC 56/2016, de 6 de marzo, no bastaría con el hecho de que la víctima haya sido sometida a una situación de “padecimiento físico, psíquico o moral o, al menos, encerraba la potencialidad de hacerlo” (elemento “menoscabo” o potencialidad lesiva), sino que sería preciso constatar una conducta deliberada (elemento “intención”) dirigida a envilecer o humillar (elemento “vejación”).

9 STSJ Andalucía/Granada de 18/07/2019 (Rec. nº 13/2019).

generadores de riesgos psicosociales, efectos que objetivamente son similares a los que aparecen vinculados a al acoso laboral.

Sin embargo, el hecho de que, normalmente, tales conductas encuentran su motivación en una, mala entendida, defensa del interés empresarial (que puede concretarse en un intento de lograr un mayor aprovechamiento de la mano de obra, un incremento de la productividad o un aumento de las ventas), y que, por tanto, afectan al conjunto de los trabajadores o a un grupo específico¹⁰, implica que no pueda extraerse, de los actos que en los que aquellas se materializan, una intencionalidad lesiva, dirigida a ocasionar un daño que suponga un ataque a la integridad moral del trabajador afectado, lo que, sin perjuicio de su carácter antijurídico (al suponer la vulneración de derechos laborales y el incumplimiento de los deberes empresariales en materia de prevención de riesgos), impide que tales prácticas puedan calificarse como violencia laboral.

5. Conclusiones

Suprimir o minusvalorar el elemento teleológico (intencionalidad lesiva) en la configuración conceptual de la violencia o acoso laboral supone, sin duda, una evidente ampliación del ámbito aplicativo sobre el que se proyecta el marco de protección jurídica diseñado, al incluir aquellas conductas que, aún careciendo de propósito alguno al respecto, han generado un resultado (ambiente o entorno de trabajo hostil, degradante u ofensivo) susceptible de dañar a los trabajadores afectados. Ello explica que se trate de una opción de política del Derecho adoptada por algunos de los países de nuestro entorno, tomando como referente la normativa antidiscriminatoria promulgada a nivel europeo. Su objetivo no es otro que evitar que las víctimas de tales conductas tengan de desarrollar una actividad probatoria tendente a demostrar, en cada caso, las motivaciones inherentes a la conducta desarrollada por el sujeto activo. De este modo, como ocurre con cualquier otra vulneración de un derecho fundamental, las razones subyacentes de quienes la protagonizan son irrelevantes, pues ello supondría supeditar la tutela diseñada a la “indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control”¹¹. De ahí que lo determinante sea la verificación de la existencia de indicios de que aquella se

¹⁰ Es el supuesto de hecho contemplado en la STSJ Valencia de 14/07/2020 (Rec. nº 991/2020).

¹¹ STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5º.

haya producido y de que concurre una conexión causal con la conducta del agente que la ha provocado.

La traslación de esta construcción dogmática a los supuestos de acoso sexual (en tanto que se configura explícitamente como conducta discriminatoria en aquella normativa) y su posterior extrapolación (de forma un tanto acrítica) al proceso de juridificación relativo a todo tipo de acoso o violencia en el trabajo deviene, sin embargo, problemática, debido a que se hace abstracción de la singularidad de este fenómeno, que acaba desdibujado en su configuración jurídica, lo que puede provocar distorsiones en la aplicación práctica del marco de tutela (preventiva, sancionadora y reparadora) diseñada. Y ello, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque, como se aprecia especialmente en el caso del acoso moral, la conducta acosadora no es, en esencia, una conducta discriminatoria, sin perjuicio de que, eventualmente, y debido a su carácter pluriofensivo, entre los diferentes y múltiples actos en los que aquella se desglose, puedan identificarse conductas contrarias al principio de igualdad y no discriminación. Por otra parte, al margen de los supuestos de acoso sexual o del acoso discriminatorio, el desencadenamiento de la conducta acosadora no está vinculado a la especial condición de la víctima o a su pertenencia a algunos de los colectivos amparados por la tutela antidiscriminatoria.

En segundo lugar, porque el elemento teleológico (intención o propósito de causar un perjuicio) es inherente a la conducta acosadora, ya que confiere unidad de sentido al conjunto de actos (de diversa índole y temporalmente dispersos) en los que aquella se expresa, que, de otro modo, podrían resultar irrelevantes o anodinos. Ello no quiere decir, sin embargo, que haya sea necesario indagar en las motivaciones del acosador (espacio de subjetividad que, desde luego, debe quedar ajeno a la racionalidad jurídica), ni, desde luego, que la víctima asuma una carga probatoria adicional a la meramente indicia-ria. Se trataría, únicamente, de verificar la existencia objetiva de un hilo conductor que confiera sentido a sus actos, a efectos de calificar una dinámica de comportamientos como un “ataque laboral”¹². Es decir, la existencia de una “situación de acoso laboral requiere desde el punto de vista de su constatación de elementos objetivos que hagan evidente la intencionalidad denigratoria o el deliberado hostigamiento, pues el ánimo subjetivo de su responsable, sea cual sea en cada caso, será normalmente de difícil indagación por permanecer oculto o ser negado frente a la ciertamente innegable realidad de su

12 STS (II) de 21/01/2021 (Rec. nº 889/2021).

resultado”¹³. De esta forma, y especialmente en los casos de acoso moral, gracias a este elemento teleológico, tales actos quedarían integrados en un plan preconcebido dirigido a causar un perjuicio a la víctima, consistente en “destruir sus redes de comunicación, perturbar el ejercicio de sus labores, minar su reputación, y encaminada a que acabe abandonando el lugar de trabajo”¹⁴.

En tercer lugar, porque el elemento intencional resulta determinante para diferenciar el acoso de otros fenómenos, aparentemente afines y vinculados a prácticas que suponen un ejercicio abusivo o desviado de las facultades directivas, que también inciden en el deterioro del entorno de trabajo, propiciando la existencia de patologías psicosociales de etiología laboral que son parangonables en unos y otros casos. El hecho de que la definición contenida en el Convenio 190 OIT incida en los daños potenciales en la salud psicofísica de la víctima que pueden derivarse de la conducta acosadora supone, sin duda, un refuerzo de las obligaciones preventivas que corresponden al empresario en esta materia y, consecuentemente, de las responsabilidades asociadas al incumplimiento de la misma. Pero no obviar el hecho de que tales responsabilidades pueden traer causa, igualmente, de la existencia de riesgos psicosociales de naturaleza organizacional, distintos al acoso y la violencia, cuya prevención también está amparada por el deber general de protección que compete al empresario.

En cuarto lugar, porque se trata, igualmente, de un elemento decisivo para diferenciar los distintos tipos de acoso. Es decir, si se hace abstracción del propósito o finalidad perseguida por el acosador (que se deduce de sus actos y define la conducta acosadora) y sólo se otorga relevancia a los efectos sobre el entorno laboral y la víctima, sería difícil determinar ante qué tipo de acoso nos enfrentamos en cada caso (moral, sexual o discriminatorio). De este modo, si en el acoso discriminatorio es la especial condición de la víctima el elemento que desencadena la conducta ofensiva, en el acoso sexual, la creación de un entorno hostil e intimidatorio deriva de las connotaciones sexuales que están presentes en los actos que conforman la conducta del acosador. En el acoso moral, por su parte, la finalidad del agresor es provocar el rechazo o aislamiento social de la víctima en el entorno laboral, afectando a su autoestima personal y a su capacidad profesional.

En suma, cabría preguntarse, finalmente, si un acto de violencia psicológica o acoso laboral puede ser ajeno a una voluntad deliberada y culpable

13 STSJ Asturias de 25/07/2018 (Rec. nº 1567/2018).

14 STSJ Andalucía/Granada de 18/07/2019 (Rec. nº 13/2019).

de causar un daño de diversa índole a la víctima. A diferencia de la violencia física, que puede ser fruto de un arrebato o una conducta reactiva, estamos ante fenómenos que se caracterizan generalmente por constituir o desencadenar un proceso, lo que lleva implícita una cierta premeditación, en el que la creación de un entorno hostil o humillante responde a la existencia de un plan preconcebido que se despliega de forma paulatina hasta crear un ambiente asfixiante que acaba propiciando el abandono o extrañamiento social de la víctima.

Por tanto, aunque el carácter abierto y omnicomprendivo de la definición contenida en el Convenio 190 OIT pueda concebirse más apropiada para la configuración jurídica del acoso y violencia en el trabajo frente a las (más fragmentarias) que, por influencia de la normativa antidiscriminatoria europea, se asume (sin duda, con un propósito plausible) en nuestro ordenamiento y en otros de nuestro entorno, es preciso que el legislador nacional aquilate con precisión, en cada esfera de protección jurídica concernida, el concepto técnico-jurídico de los diferentes tipos de acoso laboral, de modo que tenga la virtualidad de captar, en cada caso, la auténtica naturaleza del fenómeno, evitando, en definitiva, que una inadecuada aprehensión del mismo provoque indeseables distorsiones aplicativas que, a la postre, puedan restar efectividad a la articulación de los instrumentos diseñados para afrontarlo.

CAPITULO II
EL CONTENIDO DEL CONVENIO Nº 190 DE LA ORGANIZACIÓN
INTERNACIONAL DEL TRABAJO: DEFINICIONES Y ÁMBITO DE
APLICACIÓN – “VINO NUEVO EN ODRES VIEJOS”¹

CHAPTER II
THE CONTENT OF ILO CONVENTION 190: DEFINITIONS AND
SCOPE – “NEW WINE IN OLD WINESKINS”²

Ana Cristina RIBEIRO COSTA²

Auxiliar convidada y abogada.

Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa.

accosta@porto.ucp.pt

Resumen: El texto pretende explorar las definiciones y alcances consagrados en los arts. 1 a 3 del Convenio núm. 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre violencia y acoso, tratando de abordar algunas de las dificultades de acuerdo que llevaron a la redacción final del texto, y destacando sus aspectos y desafíos innovadores.

Palabras clave: Violencia; acoso; acoso moral; acoso sexual

Abstract: The text intends to explore the definitions and scope enshrined in the arts. 1 to 3 of the ILO Convention Nr. 190, on violence and harassment, trying to address some of the difficulties of agreement that led to the final wording of the text, and highlighting its innovative aspects and challenges.

Keywords: Violence; harassment; moral harassment; sexual harassment

Sumario: 1. Introducción. 2. Conceptos de violencia y acoso. 3. Concepto de trabajador. 4. Concepto de actividades económicas e economía informal. 5. Con-

¹ Agradezco a la Estimada Profa. Maria Gema Quintero y al Profesor Manuel Correa Carrasco la invitación para participar en este panel del Seminario Internacional sobre la violencia y acoso en el trabajo: significado y alcance del Convenio núm. 190 OIT en el marco del trabajo decente (Ods 3, 5, 8 de la Agenda 2030), ocurrido en diciembre de 2020. Me recibieron tan bien online como en persona, en el pasado, en Madrid. Agradezco además muchísimo a la Estimada Profa. Maria Gema Quintero la revisión del español.

² Auxiliar convidada de la Escuela de Porto de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa, abogada en el despacho Gama Lobo Xavier, Luis Teixeira e Melo e asociados (Guimarães), Miembro da *Academic Network on the European Social Charter and Social Rights* y del *Centro de Estudos e Investigação em Direito*.

cepto de terceros. 6. Concepto de trabajador vulnerable. 7. Concepto de lugares de trabajo. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

1. Introducción

En la 107^a sesión de la Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo, celebrada en 2018, se adoptó una Resolución para incorporar un punto denominado “Violencia y acoso en el mundo del trabajo” en el orden del día de la sesión ordinaria de 2019, con objetivo de discutir y adoptar un Convenio, complementado con una Recomendación³.

En el Informe del Comité de Aplicación de Normas, presentado en junio 2018⁴, fue exhibida su proposición de conclusiones sobre el tema, y las propuestas de Convenio y Recomendación se publicaron en agosto 2018⁵, con intenciones a que, hasta noviembre de 2018, los gobiernos enviaran comentarios, de modo que estos instrumentos finalmente fueron finalizados y adoptados por la 108.^a Conferencia, que tuvo lugar en junio 2019⁶.

3 Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_633141.pdf, consultado en 13-01-2019.

4 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Provisional Record 8^a, Fifth item on the agenda: Violence and harassment against women and men in the world of work Reports of the Standard-Setting Committee: Resolution and proposed Conclusions submitted for adoption by the Conference*, 08-06-2018, (2018), disponible https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_631787.pdf, consultado en 13-01-2019.

5 OIT, *Report V(1) Ending violence and harassment in the world of work, International Labour Conference, 108th Session, 2019, ILC.108/V/1*, (2018) disponible https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_637108.pdf, consultado en 13-01-2019.

6 Aunque en mayo de 2017 se presentó un primer informe (OIT, *Report V (1) Ending violence and harassment against women and men in the world of work, International Labour Conference 107th Session, 2018, ILC.107/V/1*, (2017), disponible https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_553577.pdf, consultado en 13-01-2019), y en marzo de 2018 una segunda versión del mismo (OIT, 2018, *Report V (2) Ending violence and harassment in the world of work, International Labour Conference 107th Session, 2018, ILC.107/V2*, disponible https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_619730.pdf, consultado en 13-01-2019), para ser discutido en la 107^a Conferencia Internacional. Ambos consultados en 13-01-2019.

El Convenio y la Recomendación de la OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo serían aprobadas el 21-06-2019⁷, con algunos aspectos destacables que aparecen en su texto final.

En ese texto se va a prestar atención únicamente a las definiciones y ámbito de aplicación que constan en los arts. 1 a 3 del Convenio, estudiando el enfoque subjetivo y objetivo del instrumento jurídico.

2. Conceptos de violencia y acoso

En el art. 1, se define que “1. A efectos del presente Convenio: a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género (...) 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados”⁸.

A respeto de ese ámbito de aplicación objetivo, en lo que concierne las conductas objeto de tutela, lo que se puede concluir es que fue adoptado un concepto único (*violencia y acoso*) para evitar problemas derivados de que unos países sí distinguen y otros no diferencian los fenómenos, aunque más tarde, los EM al ratificar pueden optar por definir los conceptos por separado. Sin embargo, hay riesgo, en nuestra opinión, de que, apartando los conceptos, se dejen fuera algunas hipótesis⁹.

7 La aprobación sería por 439 votos a favor, 7 en contra y 30 abstenciones, en cuanto la recomendación tuvo 397 votos a favor, 12 en contra y 44 abstenciones. Disponible https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711570.pdf e https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711575.pdf, respectivamente, consultado en 18-07-2019.

8 Esa es la versión disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190, aunque de acuerdo con el art. 20, las versiones inglesa y francesa del texto sean las auténticas.

9 Ya que, en el caso de violencia, por ejemplo, no se exige intencionalidad en la producción de un resultado (MOLINA NAVARRETE, “Una «nueva» patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (*mobbing*). Reflexiones a propósito de la STS 3.^a, Sección

Debe destacarse que es el primer concepto de violencia y acoso en el trabajo adoptado a nivel internacional, aunque existan definiciones regionales, como sucede en la Unión Europea¹⁰. De cualquier manera, la OIT ya había abordado estos conceptos, por ejemplo, en el Convenio sobre el trabajo nocturno de las mujeres, de 1919 (No. 4), en que los objetivos serían, entre otros, proteger las mujeres frente a la violencia y acoso sexual en el lugar de trabajo y trayecto; en el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, de 1989 (núm. 169), en que en el art. 20 núm. 3 apartado d) estaba prevista la protección contra el hostigamiento sexual; en la Recomendación sobre el VIH y el sida, 2010 (núm. 200), que en el punto 14 estipulaba que “*Deberían adoptarse medidas en el lugar de trabajo o a través de él para reducir la transmisión del VIH y mitigar sus repercusiones, que permitan: (...) (c) velar por la prevención y la prohibición de la violencia y el acoso en el lugar de trabajo*”; y en el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189), donde en su art. 5 se estipulaba que “*Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia*”¹¹.

6.^a, de 23 de julio de 2001”, *Diario La Ley – Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, núm. 7, año XXII, Diario 5436, de 10-12-2001, (2001): 1554) pero en el acoso, algunos países o autores si lo exigen (en Portugal, RITA GARCIA PEREIRA, *Mobbing ou assédio moral no trabalho. Contributo para a sua conceptualização*, Coimbra Editora, Coimbra, (2009): 87 e ss, y en España, M.^a MARTÍNEZ BARROSO (“La reparación del riesgo psicosocial por la Seguridad Social. Presente y futuro”, en AAVV, *La tutela reparadora de los riesgos psicosociales*, Editorial Juruá, Lisboa (2010): p. 130) califica el elemento lesivo intencional como esencial en la calificación del acoso moral, siguiendo, además, la jurisprudencia en la materia (KAHALE CARRILLO, “Acoso moral en el trabajo (*mobbing*): diferencias con las actitudes arbitrarias del empleador. (Comentario a la STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2006, rec. Núm. 605/2006)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 290, (2007): 198-199). Esto significa que, apartando los conceptos, un acoso *no intencional* podrá quedarse sin protección en algunos países.

10 En la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 05-07, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación se definen el acoso y el acoso sexual (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0054&from=pt>) y en el Acuerdo Marco Europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo de 2007 (disponible <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0686&from=PT>), se definen los conceptos de acoso y de violencia.

11 Para una análisis más completa sobre el encuadramiento histórico de los conceptos

GRACIELA GIUZIO¹² la califica como una definición abierta, puesto que no indica específicamente la naturaleza de las conductas de violencia y acoso. Se habla de conductas *inaceptables* pero no se definen, por lo que cada país deberá precisarlas.

La redacción del Convenio va más allá al definir el concepto aceptando que el fenómeno se baste con una situación única: “*conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida*”. Creemos que es comprensible que lo haga, porque hay intensas discusiones doctrinales sobre sí, por ejemplo, basta para considerar que hay acoso una sola conducta, o si se necesitan varias para poder concretarse¹³, por lo que, con este concepto más amplio, cada país podrá tomar la opción que quiera.

Pero es curioso que en la versión española del Convenio se diga “*conjunto de comportamientos (...) ya sea que se manifiesten una sola vez*”, que puede generar algunas dudas interpretativas. Si es un *conjunto*, será que se exigen

en los instrumentos de OIT, vid. SERGIO YAGÜE BLANCO, “Violencia y acoso en el trabajo: Un análisis del nuevo concepto a la luz del 190º convenio de la OIT”, *Revista Inclusiones: Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, vol. 8, núm. extra 4, Ejemplar dedicado a: Paz en la tierra, (2021): 551-552.

12 “Violencia y el acoso laboral en el mundo del trabajo. ¿Cómo se posiciona Uruguay ante las nuevas normas internacionales de la OIT?”, en AAVV, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, (2019): 194.

13 En Portugal, MAGO PACHECO (*O assédio moral em Portugal. “O elo mais fraco”*, Almedina, Coimbra, (2007): 95) afirma que la relevancia jurídica del acoso surge por la repetición de conductas, cuando LEAL AMADO (*Contrato de Trabalho. Noções básicas*, Almedina, Coimbra, (2018): 193) por el contrario señala que tal elemento “no es indispensable a la luz de nuestra ley”. De hecho, cabe señalar que la legislación nacional no parece exigir esa característica de reiteración, al referirse al acoso en singular, como “conducta indeseada” (art. 29º núm. 2 CT). En este sentido, vd. GLÓRIA REBELO, “Assédio moral e dignidade no trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.ºs 76, 77 e 78, janeiro e dezembro, (2007): 115 y SÓNIA KIETZMANN LOPES, “O assédio moral no trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, núm. 82, enero y abril, (2009): 164.

Sin embargo, conviene recordar que, como lo evidencia ROMANO MARTINEZ (*Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, (2017): 116) la redacción del CT consagraría como una “regla” la singularización de varias normas que fueron previamente redactadas en plural, por lo que queda la duda de si el legislador habría tenido la intención real de consagrar una sola conducta como capaz de fundamentar el acoso, o la modificación de la norma en cuestión se debió a la mera “estandarización” del criterio utilizado en el diploma de 2009.

múltiples comportamientos¹⁴? ¿O será que se admite que sí se pueden manifestar *una sola vez* también las conductas de acoso? En inglés la expresión es “*a range of unacceptable behaviours (...) whether a single occurrence or repeated*” y en francés “*un ensemble de comportements (...) qu’ils se produisent à une seule occasion ou de manière répétée*”, pero creemos que cuando se aceptan conductas “*que se manifiesten una sola vez*”, se estaba pensando en las hipótesis de la violencia o del acoso sexual¹⁵, que pueden ocurrir en un solo acto grave; pero lo cierto es que existe doctrina que sostiene que el acoso también puede bastarse con una única y seria conducta¹⁶, por lo que hubiera sido preferible una redacción más clara.

Cuanto a la discusión sobre se el objetivo/intencionalidad o efecto/daño causado sean requisitos acumulativos o no, esto no queda claro en la versión española: “*que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico*” y parece que alguna doctrina entiende que el elemento de voluntad es parte del concepto¹⁷. Pero resulta más claro en la versión original en inglés – “*that aim at, result in, or are likely to result in physical, psychological, sexual or economic harm*” – y no tanto en francés – “*qui ont pour but de causer, causent ou sont susceptibles de causer un dommage d’ordre physique, psychologique, sexuel ou économique*”.

En la versión en español no hay coma antes de la conjunción “o”, por lo que parece que solo en el segundo segmento habrá una alternativa (*que causen o sean susceptibles de causar*), y se puede discutir si las tres alternativas lo son o no (tener por objeto, causar, ser susceptibles de causar). Pero lo cierto es que, en la versión inglesa, las tres son alternativas: basta que o haya intención de causar daño, o cause daño, o sea susceptible de causar daño. Son por lo

14 Sobre la expresión, explicando que fue una alternativa a “continuo”, cfr. SERGIO YAGÜE BLANCO, *op. cit.*, p. 565.

15 En ese sentido CRISTINA MANGARELLI, “El Convenio 190 y el derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”, en AAVV, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, (2019): 209.

16 En Portugal, para obtener una lista de la doctrina y los argumentos utilizados en cada dirección, *vd.* PEDRO SANTOS, *Do assédio laboral. Pelo reenquadramento do assédio moral no ordenamento jurídico português*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 297-298.

17 Cfr. MARÍA PONS CARMENA, “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, núm. 2, (2020): 38. La autora reconoce, sin embargo, que el elemento objetivo prevalece y que “el Convenio se centra especialmente en la producción de un daño”.

tanto tres alternativas: que tenga por objeto el daño (es decir, intencional), que lo causen (es decir, aún que, sin intención, produzca el resultado dañoso), o que sean susceptibles de causarlo (es decir, no se exige que lleguen a causar –incluso por que se admite que el concepto se verifique con meras amenazas). No tiene así que causar daño, y no tiene que ter intencionalidad– es una objetivación del concepto en las palabras de MANUEL VELÁZQUEZ FERNANDEZ¹⁸.

El concepto no incluye el objetivo o efecto de atentar contra la dignidad de la víctima u otros derechos fundamentales de la víctima, ni se requieren motivos discriminatorios. La noción, por tanto, gira en función del daño o posible daño, pero no lo confunde ni lo hace coincidir con una vulneración de derechos fundamentales. Así, se puede argumentar si esa vulneración siempre subyace algún caso de violencia y acoso – que es nuestra posición¹⁹ –, y parece derivarse de la exposición de motivos del Convenio que reconoce la posibilidad de vulneración de los derechos humanos.

En definitiva, creemos que en este asunto no se querían comprometer los Estados, por lo que la definición es amplia e inclusiva, y hay margen suficiente para que algunos sean más o menos exigentes en su legislación nacional²⁰.

3. Concepto de trabajador

En el art. 2 se define el ámbito de aplicación subjetivo, abarcando “*los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de*

18 VELÁZQUEZ FERNANDEZ, “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 437-438, (2019): 125-126.

19 Así, cabe señalar que el Comité Europeo de Derechos Sociales ya ha analizado la conformidad de las leyes y prácticas de algunos Estados con el art. 26 del CSE que, bajo el pretexto del derecho a la dignidad en el trabajo, protege los derechos de los trabajadores en materia de acoso sexual y moral. Sobre este asunto, puede leerse nuestro artículo “O arroj do Comité Europeu dos Direitos Sociais na tutela da segurança e saúde no trabalho», *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, n.º monográfico 1, volume 7, (2017): 244-265.

20 Se define en el apartado b) del artículo 1 (1) la expresión “*violencia y acoso por razón de género*” como “*la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual*”, pero ese tema fue objeto de una presentación por la Profesora SOFIA OLARTE ENCABO, razón por que no la abordamos en nuestro texto.

los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador.(...)”.

Desde el primer momento, en cuanto a las definiciones, cabe señalar que el concepto de trabajador es amplio, abarcando a todos los prestadores de actividad laboral, cualquiera que sea su situación contractual. Se sigue la intención revelada por la OIT en torno a su centenario²¹, donde la idea principal es la de establecer una garantía laboral universal para todos los trabajadores, independientemente de su régimen contractual, que incluya el derecho a un salario que asegure condiciones adecuadas de subsistencia, límites máximos de tiempo de trabajo y protección de la salud y seguridad en el trabajo, áreas en las que creemos que se encuentra la regulación del derecho a desconectarse. También el estudio dirigido por ALAIN SUPLOT²² ya había llegado a la conclusión de que era necesario proteger un determinado conjunto de derechos sociales de los trabajadores con dependencia económica.

En esa noción subjetiva están incluidas *las personas en formación, pasantes y los aprendices y los trabajadores despedidos* lo que permite que se protejan más allá de la relación laboral²³.

Se habla incluso en el precepto de los *voluntarios*, solución que creemos que es particularmente relevante, ya que es hasta donde sabemos innovador. En Portugal, por ejemplo, la Ley 71/98, de 03-11, prevé derechos del voluntario en su art. 7, donde se encuentran “*d) Exercer o seu trabalho voluntário*

21 OIT, “Work for a brighter future – Global Commission on the Future of Work”, Ginebra, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662410.pdf, consultado en 22-01-2019, (2019): 12.

22 AAVV, *Au-delà de l'emploi. Nouvelle édition augmentée de Les voies d'une vraie réforme du droit du travail*, dir. Alain Supiot, Flammarion, Paris, (2016): 293.

23 Discutible si es una protección solo retroactiva, de los actos de violencia y acoso ocurridos durante la relación laboral – caso en que sería como una responsabilidad post-contractual – que algunos autores rechazan, o si también posteriormente al término, muchas veces como forma de presionar a que no se va a discutir en juicio, en el momento de desvinculación – cfr. ROMINA MALATES/MILAGROS EIROA/MARTÍN CARRASCO, “Convenio N° 190 y su Recomendación N° 206. Eliminación de la violencia y acoso en el mundo del trabajo. Reflexiones al respecto”, en AAVV, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, (2019): 241.

em condições de higiene e segurança; (...) f) Receber as indemnizações, subsídios e pensões, bem como outras regalias legalmente definidas, em caso de acidente ou doença contraída no exercício do trabalho voluntário". Así, hay una protección en materia de salud, accidentes y enfermedades, pero es claro que los voluntarios no tienen relaciones laborales e incluso de Seguridad Social con la institución en que prestan voluntariado. Pero la verdad es que los acontecimientos más recientes nos hacen pensar: con la pandemia por el Covid-19, se constató una nueva realidad de "trabajadores", como los estudiantes universitarios en Ciencias de la Salud (medicina, enfermería, nutrición y otros), médicos jubilados que han sido solicitados para prestar asistencia, y voluntarios, pero que son pagados en parte por la Seguridad Social como desempleados que estaban y en parte por el Estado en sistemas de coste compartidos, personas que, con o sin estructuras previas, se han reunido para distribuir alimentos, bienes de primera necesidad, equipos de protección. Esas nuevas realidades parecen estar cubiertas por la Convención, lo que me parece la mayor innovación en el Convenio, pero que puede generar un problema en el momento del Estado adoptar legislación apta a apurar la responsabilidad del "empleador" (art. 9 del Convenio).

Para CRISTINA MANGARELLI no se amplía la responsabilidad del empleador – solamente se está indicando que esos comportamientos deben ser rechazados en todo ambiente de trabajo, incluso cuando en dicho lugar se encuentran personas que no tienen relación de dependencia de un empleador. Pero la autora reconoce que esos empleadores, cuando conozcan la ocurrencia de tales actos, deberán tomar medidas²⁴. Entonces alguna responsabilidad creemos que hay, en el marco de su potestad disciplinaria, por ejemplo, respecto de sus trabajadores²⁵.

Además, se prevé en el ámbito de aplicación personal la protección de *las*

²⁴ CRISTINA MANGARELLI, *op. cit.*, p. 210.

²⁵ En Portugal se debate en la doctrina si hay un poder-deber del empleador aplicar procedimientos disciplinarios contra un trabajador acosador, o si es una mera facultad. Sufragando que es poder funcional o poder-deber, ensalzando que "el empresario debe aplicar sanciones disciplinarias para asegurar la existencia de un ambiente sano en la empresa, de la que es responsable", y ejemplificando con "la aplicación de sanciones para evitar el acoso sexual o moral", BERNARDO LOBO XAVIER, "Prazo para impugnação judicial de sanção disciplinar conservatória (não excludiva)", en AAVV, *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, vol. I, Universidade Católica Editora, (2020): 433, nota 72.

*personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo*²⁶, e *individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador*.

Así, en nuestra visión se adopta un concepto ambiciosamente más amplio en comparación con los Convenios Anteriores. Si comparamos con el Convenio núm. 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981, ese en su art. 3, apartado b) abarca *todas las personas empleadas, incluidos los empleados públicos*. Ya en el art. 13 del Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (núm. 189) se encuentra la posibilidad de “*excluir total o parcialmente de su ámbito de aplicación a: (a) categorías de trabajadores para las cuales esté previsto otro tipo de protección que sea por lo menos equivalente; y b) categorías limitadas de trabajadores respecto de las cuales se planteen problemas especiales de carácter sustantivo*”. Así, el Convenio no parece querer dejar este margen de apreciación de la “especificidad de la actividad” al empresario, exigiendo en cambio al Estado Miembro una definición concreta de la adaptación que se permitirá (art. 18)²⁷.

Por tanto, parece haber una evolución en esta dirección, en cuanto a temas relacionados con la salud y seguridad en el trabajo, en lo que creemos poder incluirse el tema de acoso y violencia, para contener un mayor número de trabajadores.

4. Concepto de actividades económicas y economía informal

En el título “*II. Ámbito de aplicación*”, se define en el art. 2 que el Convenio “*se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales*”.

Una vez más, si comparamos con el Convenio núm. 155 sobre seguridad y

²⁶ El concepto de *acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo* ya se encontraba en el Convenio sobre la discriminación de 1958, núm. 111.

²⁷ Con respecto de Portugal, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha cuestionado a nuestro país sobre el cumplimiento de la Carta Social Europea revisada en este asunto. Afirmando que el Convenio se cumple “al menos en términos formales (...) directamente o por referencia a la ley general” en esta materia, vid. CATARINA CARVALHO, “Trabalho no domicílio, trabalho doméstico e trabalhos de cuidado no ordenamento jurídico português: primeira leitura à luz das convenções da OIT”, *Documentación laboral*, exemplar dedicado ao IV Encuentro Ibérico de Derecho del Trabajo. Los Convenios de la OIT: su incidencia en los ordenamientos de Portugal y España, 116, 1, (2019): 49.

salud de los trabajadores, de 1981, en este se afirma en art. 3, apartado a), que “*la expresión ramas de actividad económica abarca todas las ramas en que hay trabajadores empleados, incluida la administración pública*”.

Así, lo que parece distintivo en el Convenio núm. 190 es que esta abarcando no solo la economía formal pero también informal. ¿Será únicamente la empresa con actividad que es conforme a la ley, en sí misma, pero que no fue legalmente constituida y no paga sus impuestos? ¿O también actividades ilícitas realizadas de forma profesional?

Desde la perspectiva europea, parece que se debe considerar una actividad que está fuera del marco legal pero no es una actividad, en sí, ilegal: simplemente no está regulada, y los trabajadores no tienen protección social y laboral – micronegocios, operaciones de pequeña escala, en las que el negocio no tiene un estatuto propio o independiente del propietario o la persona que la dirige²⁸.

Para SERGIO YAGÜE BLANCO²⁹ la definición de economía informal puede buscarse em otros documentos como la Resolución relativa al trabajo decente y la economía informal de 2002, de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo³⁰, que la define como un “*conjunto de actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que, tanto en la legislación como en la práctica, están insuficientemente contempladas por sistemas formales o no lo están en absoluto. Las actividades de esas personas y empresas no están recogidas por la ley, lo que significa que se desempeñan al margen de ella; o no están contempladas en la práctica, es decir que, si bien estas personas operan dentro del ámbito de la ley, ésta no se aplica o no se cumple; o la propia ley no fomenta su cumplimiento por ser inadecuada, engorrosa o imponer costos excesivos. Las labores de la OIT deben tener en cuenta las dificultades conceptuales que se derivan de esa gran diversidad*”.

Pero creemos que, allá de eso, el legislador internacional estaba incluyendo las actividades por cuenta propia, el trabajo en plataformas³¹, el trabajo *gig*, *freelancers*, el trabajador autónomo económicamente dependiente, trabajadores que hacen pequeñas tareas (como la elaboración de bases de datos, lectura de reseñas de restaurantes y hoteles, cumplimentación de cuestionarios,

28 MARÍA PONS CARMENA, *op. cit.*, p. 55.

29 SERGIO YAGÜE BLANCO, *op. cit.*, p. 572.

30 Disponible en <https://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc90/pdf/pr-25res.pdf>, consultada en 01-03-2021.

31 En ese sentido, GRACIELA GIUZIO, *op. cit.*, p. 200.

creación de sitios web, traducciones), pequeña artesanía, ventas online de particulares, y otros fenómenos como esos. A pesar de la definición de 2002 de la OIT sea útil, creemos que es desajustada y demasiado restrictiva hacia los fenómenos de trabajo que hoy, cuasi veinte años vueltos, son conocidos.

La reciente pandemia por el Covid-19 también reveló las debilidades del mercado laboral y las vulnerabilidades que sufren quienes se quedaron fuera de la economía formal. Significa que hay toda una realidad de trabajadores a cubrir y las actividades se ven particularmente afectadas porque muchas veces son mercados o economías “de calle”, incapaces de continuar por imposición legal, sancionados por las autoridades públicas. Y sus prestadores no se benefician de una protección social suficiente, porque estaban, por lo menos en parte, en economía informal.

Algunos argumentan que el término sería más apropiado *trabajo precario, que incluye a la economía formal, el trabajo informal, el trabajo no registrado y otras formas específicas o particulares de empleo*³².

La verdad es que lo que resulta es que no solo el concepto de trabajadores es significativamente amplio, como lo son los sectores económicos, lo que clama una vez más por un estatuto de garantía laboral universal para todos los trabajadores, independientemente de su vínculo y de la existencia o no de una figura de “empleador”, lo que se aproxima de una tutela de materias como la violencia y el acoso en el dominio más amplio del “trabajo”, independientemente de su forma, y no tanto en aquel que tradicionalmente se comprende dentro del Derecho de Trabajo (el trabajo subordinado).

5. Concepto de terceros

A pesar de que nuestra investigación se centra en los arts. 1 a 3, la verdad es que el ámbito subjetivo del Convenio puede extenderse a partir de otros preceptos.

En los principios fundamentales sobre el Título III, se puede encontrar el art. 4 (2), donde se puede leer que *“Todo Miembro deberá adoptar (...) un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Este enfoque debería tener en cuenta la violencia y el acoso que impliquen a terceros (...)”*.

32 MARIA PONS CARMENA, *op. cit.*, p. 54.

Algunos autores señalan que el enfoque adoptado también abarca a terceros como víctimas y como infractores³³.

Sin embargo, debemos subrayar que algunos aspectos no merecieron consagrarse en la versión final de la Convención, como por ejemplo la definición del concepto de víctimas y perpetradores, que estaba en el art. 3 de la Propuesta de Convenio, incluyendo no solo a empleadores y trabajadores, sino también a terceros.

Así, esta definición finalmente no se incluyó en el artículo referido al ámbito de aplicación, que se presentó en la 107.^a reunión (Ginebra, mayo-junio de 2018), y que estipulaba “*Victims and perpetrators of violence and harassment in the world of work can be employers and workers, and their respective representatives, and third parties, including clients, customers, service providers, users, patients and the public*”. Creemos que esa sería la consagración de la violencia y acoso exteriores, y que debería integrarse en el ámbito de protección del empleador.

En el informe de las discusiones se puede observar la oposición de Brasil, Canadá y EE.UU. a esta inclusión de terceros, sosteniendo que esto implicaría asuntos de salud pública y está fuera del alcance del Convenio. El representante francés, por su parte, en representación de los miembros de la Unión Europea y de Nueva Zelanda y Perú, entendió que la Convención ya sería lo suficientemente amplia para abarcar a terceros³⁴. Así, podría quedarse una duda sobre si el concepto fue eliminado de la versión final por voluntad de excluirlo, o por entenderse redundante.

La verdad es que creemos que la redacción actual no parece ser lo suficientemente clara como para entender que los Estados estén obligados a incluir a terceros como víctimas y perpetradores. Y eso importa porque la doctrina diverge en cuanto al papel del tercero en materia de violencia y acoso.

En el fenómeno de la violencia, respecto al sujeto agresor, VALDÉS DAL-RE³⁵ señala que hay quienes defienden que deben pertenecer a la organización,

33 MARIANA COTO AUBONE, “El Convenio N° 190 de la OIT y su regulación respecto a las tecnologías de la información y la comunicación en el mundo del trabajo”, *Noticias CIELO*, 9, (2020): 3. La autora afirma que “*los nuevos instrumentos internacionales consideran a las terceras partes en su doble condición de potenciales abusadores y de posibles víctimas de acoso y violencia en el mundo del trabajo*”.

34 Puntos 321 e ss – cfr. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_711386.pdf

35 Editorial: “Una aproximación constitucional a la violencia en el trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 11, (2014): pp. 6-7.

pero el autor entiende que es suficiente que la víctima pertenezca a la organización, no siendo necesario que el sujeto activo también forme parte de ella. Además, el autor destaca que la atribución de autoría no debe confundirse con la imputación de responsabilidades.

Respecto a una situación de violencia, RIVAS VALLEJO menciona una interesante sentencia, en la que se concluyó que la elaboración de un plan de prevención de riesgos laborales no habría impedido el asesinato de un trabajador por un ex interno menor en el centro, como venganza por su expulsión. Sin embargo, la autora entiende que, si desde el punto de vista criminal esta conclusión del Tribunal podría tener sentido, ya no lo hace desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales, ya que en este ámbito la obligación de prevención incluye la detección de potenciales focos de riesgo, lo que debe incluir el contacto con terceros, especialmente si existe alguna posibilidad de conflictos interpersonales y animosidad emocional concreta. Estas medidas deben prever la posibilidad de este tipo de riesgo, aunque sea ocasional, y deben estar incluidas en el plan de prevención requerido de riesgos psicosociales³⁶.

La jurisprudencia portuguesa ha reconocido que los daños resultantes de actos violentos por parte de terceras personas, ya sean ajenas a la relación laboral o compañeras de la víctima, ya se produzcan en el lugar y tiempo de trabajo, o *in itinere*, se reparan como accidentes de trabajo, independientemente de cualquier vínculo causal entre el evento y el trabajo.

Al respecto, sin embargo, como señala el Profesor y Juez del *Supremo Tribunal de Justiça* JÚLIO GOMES, en el caso de que la agresión de un colega, o incluso de un tercero, encuentre su razón de ser en motivos relacionados con el trabajo, se ha comprobado, en el ámbito del Derecho Comparado, una actitud más receptiva a considerar el accidente como un accidente de trabajo. Por el contrario, existe una fuerte resistencia, en algunas jurisdicciones, a considerar como agresiones en el trabajo, aquellas de las que es víctima el trabajador, incluso en el lugar de trabajo y durante la jornada laboral, pero que tengan causas totalmente ajenas a la relación laboral o por motivos o razones por las que no fue posible determinar³⁷.

Con respecto del acoso, cabe señalar que entendemos que el acosador puede ser un tercero sin relación laboral alguna con la empresa. Alguna jurisprudencia

³⁶ PILAR RIVAS VALLEJO, *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Editorial Comares, Granada, (2009): 29-30.

³⁷ *O acidente de trabalho. O acidente in itinere e sua descaracterização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 99-100.

dencia francesa proporciona ejemplos de familiares de directivos de empresas que habían acosado a trabajadores de la empresa, sin que existiera relación profesional que los vinculase con la empresa. También podemos configurar situaciones de clientes frecuentes, proveedores, comerciales con los que trata el trabajador, que pueden tener una relación de especial cercanía profesional que les permita ejercer actos vejatorios, persecutorios u otros, con características de acoso moral³⁸.

En particular, cuando se trabaja en plataformas, la mayoría de los trabajadores son extranjeros, lo que facilita el acoso, en particular discriminatorio, ejercido por regla general por terceros, en este caso el cliente o el “colega” con el que compite el trabajador, siendo particularmente el control, prevención y sanción de estas formas de acoso es difícil, teniendo en cuenta la naturaleza de las relaciones en cuestión, y la dificultad de atribuir responsabilidades de prevención esta plataforma³⁹.

CORREA CARRASCO⁴⁰ señala, con respecto al acoso moral, que dentro del concepto de terceros caben las personas que, aunque no sean de la misma empresa, estén adscritas al mismo establecimiento, por ejemplo, mediante relaciones laborales temporales o pluralidad de empleadores, aunque parezca defender que estos puedan ser demandados en los tribunales laborales, siempre que estén en litisconsorcio con el empleador.

En cuanto a los sujetos que pueden ser considerados responsables de una hipotética situación de acoso, el Comité Europeo de Derechos Sociales añade que el empleador debe poder ser responsable de un acto de acoso sexual cometido en sus instalaciones por un tercero (como un cliente, consumidor, visita, prestador de servicios o autónomos) frente a uno de sus trabajadores, o por sus trabajadores dependientes a terceros ajenos a la empresa⁴¹.

38 No debe excluirse la posible responsabilidad del empleador que tenga conocimiento de estas situaciones y no actúe para evitar su eventual repetición (JÚLIO GOMES, *Direito do Trabalho. Volume I. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, (2007): 435, nt. 1147).

39 FERNÁNDEZ AVILÉS *et al.*, *Estudio. El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*, Borpi S.L., Madrid, (2018): 86-100. Creemos, sin embargo, que, dado que la relación es de carácter laboral, las responsabilidades están legalmente definidas, aunque la intervención de un tercero ajeno a la relación laboral puede dificultar la responsabilidad del empleador.

40 “El acoso laboral en el ordenamiento jurídico español”, en AAVV, *A igualdade nas relações de trabalho*, coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira, Estudos APODIT 5, AAFDL, Lisboa, (2019): 140.

41 Véanse las conclusiones de 2014, Finlandia. El CEDS ya había preguntado a Italia

En las conclusiones de 2014 referidas a Portugal, en cuanto a la responsabilidad patronal, el Comité Europeo de Derechos Sociales cuestionó al respecto que los casos en que su trabajador actúe sobre terceros ajenos a la empresa o viceversa, en sus instalaciones⁴², deberían claramente estar incluidos en el ámbito de protección⁴³.

Así, confrontando la versión final inscrita en la Convención, lamentamos

sobre este asunto en las conclusiones de 2003, reiterando sus dudas en las conclusiones de 2007 y 2010. El CEDS dirigió una solicitud similar a las autoridades portuguesas en las conclusiones de 2010 y 2014.

42 A pesar de las solicitudes de información, el CEDS ha declarado la conformidad.

43 ¿Se puede responsabilizar objetivamente al empleador, en cualquier circunstancia, por actos que no sean suyos, por ejemplo, por *culpa en vigilando*? En el contexto de la responsabilidad por accidentes de trabajo, en Portugal, este es el caso. Entre la doctrina portuguesa, TIAGO FERNANDES (“Algumas reflexões sobre *mobbing*”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 25, (2014): 139-159, nt. 35) afirma (en relación al acoso) que puede haber *culpa en vigilando* ya que le corresponde al empleador “salvaguardar el buen ambiente laboral, evitando, en particular, conflictos entre trabajadores que puedan poner en entredicho las saludables condiciones de trabajo” (art. 127º apartado c) del Código de Trabajo), o la responsabilidad por actos “practicados por sus subordinados en el ámbito de la relación laboral (art. 800º Código Civil)”, si el empleador lo atiende para cumplir con su obligación o para beneficiarse del desempeño del sujeto, salvo que “el comisionado actúe sin autorización, persiga fines ajenos a sus deberes y vaya más allá del objetivo de sus funciones” (*Id.*: 150). En este contexto, reconocemos que si la responsabilidad civil del empleador debe ser como regla subjetiva, aún se puede discutir si será objetiva cuando se trate de actos de terceros, es decir, dependientes. En España discútese esta posibilidad y sus reflejos procedimentales, por ejemplo, respecto a la naturaleza del litisconsortium – TASCÓN LÓPEZ, “Responsabilidad laboral y civil por el daño causado a partir del riesgo psicosocial”, en AAVV, *La tutela reparadora de los riesgos psicosociales*, Editorial Juruá, Lisboa, (2010): 263-266, KAHALE CARRILLO, “Legitimación en los pleitos sobre acoso laboral”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, volumen 4, 2, mayo, (2011): 153-154 e GLORIA ROJAS RIVERO, “La responsabilidad administrativa, penal y civil por los daños derivados del *mobbing*”, en AAVV, *Riesgos psicosociales y organización de la empresa*, dir. Margarita Ramos Quintana, Aranzadi, Navarra, (2017): 165. A respecto del régimen francés *vd.* DAVID ALIS/MARC DUMAS/GWÉNAËLLE POILPOT-ROCABOY, *Risques et souffrance au travail*, Dunod, Paris, (2010): 73 e MICHEL BLATMAN/SYLVIE BOURGEOT/PIERRES-YVES VERKINDT, *L'état de santé du salarié. De la préservation de la santé à la protection de l'emploi*, Liaisons, Paris, (2014): 238. Afirmando la responsabilidad corporativa por *culpa en vigilando* y *en eligendo* en la ley italiana, F. del GIUDICE/F. MARIANI/F. IZZO, *Diritto del Lavoro*, Edizione Giuridiche Simone, Nápoles, (2001): 244. Finalmente, también en los tribunales alemanes se entendió que el empleador podría ser considerado responsable, según informa TIAGO FERNANDES, *op. cit.*, p. 150, nt. 36.

la pérdida del concepto de víctimas y perpetradores, ya que habría confirmado nuestro entendimiento de que la violencia y el acoso pueden ser ejercidos por alguien que no pertenece a la organización. Sin embargo, lo cierto es que la Recomendación núm. 206 sí prevé en punto 8 que la evaluación de riesgos debe tener en cuenta los factores que aumentan la probabilidad de que ocurran fenómenos de violencia o acoso, incluidos los peligros y riesgos psicosociales, e incluso los que surgen de terceros (como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes y el público). Por lo tanto, se predice que los terceros serán posibles abusadores y víctimas del acoso y de la violencia, aunque solo a efecto de prevenir los riesgos en materia de seguridad y salud en el trabajo.

6. Concepto de trabajador vulnerable

En la Propuesta presentada para la 107ª Sesión (Geneva, mayo-junio 2018) se refería que los EM deberían asegurarse de que las medidas para prevenir la violencia y el acoso no den lugar a la restricción de la participación en trabajos, sectores u ocupaciones específicos, ni a su exclusión de los mismos, de mujeres y grupos vulnerables, incluidos los trabajadores jóvenes y mayores, trabajadoras embarazadas y en período de lactancia y trabajadoras con responsabilidades familiares, trabajadores con discapacidad, trabajadores que viven con el VIH, trabajadores migrantes, trabajadores de pueblos indígenas y tribales, trabajadores que sean miembros de minorías étnicas o religiosas, trabajadores de distintas etnias, y trabajadores LGTBI y no conformes con el género.

Pero en la discusión, fue debatido sobre si incluir o no un elenco o grupos de trabajadores que son vulnerables o más propensos a sufrir acoso o violencia. En la versión final, se retiró la propuesta, sobre la base de la prevención del estigma y, en nuestra opinión, prevaleció una idea de que más que definir objetivamente a los grupos sensibles, hay que mirar las subjetividades, a la hora de analizar los riesgos a realizar por cada empleador.

Así, en la versión final del Convenio encontramos en el art. 6 una obligación para todos los Miembros de *“adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”*.

La Recomendación núm. 206 clarifica en el punto 13 que esa referencia a “*los grupos vulnerables y a los grupos en situación de vulnerabilidad*” deberá “*interpretarse de conformidad con las normas internacionales del trabajo y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables*”.

Pero hay que tener en cuenta que en la Recomendación se sugiere que la evaluación de los riesgos laborales toma en consideración los factores que aumentan la probabilidad de que ocurran, incluidos los peligros y riesgos psicosociales, como los que surgen de las condiciones de trabajo, organización del trabajo y gestión de los recursos humanos, las que involucran a terceros y las derivadas de la discriminación, el abuso de las relaciones de poder y las normas culturales y sociales que apoyan la violencia y el acoso (punto 8).

En el punto 9, la Recomendación se refiere además a actividades concretas: “*Los Miembros deberían adoptar medidas apropiadas para los sectores o las ocupaciones y las modalidades de trabajo más expuestos a la violencia y el acoso, tales como el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza de forma aislada, el trabajo en el sector de la salud, la hostelería, los servicios sociales, los servicios de emergencia, el trabajo doméstico, el transporte, la educación y el ocio*”. Cabe recordar que hay actividades que son especialmente propensas o expuestas a riesgos como la violencia y el acoso: el sector salud, trabajadores sociales, servicios de emergencia, o trabajadores nocturnos o aislados⁴⁴.

44 Con respecto a la violencia, el Parlamento Europeo identifica como sectores y profesiones particularmente expuestos a la violencia, “*el sector sanitario, los servicios públicos de urgencias, la política, la educación, el transporte, el trabajo doméstico, la agricultura y la economía rural, así como los sectores textil, de la confección, del cuero y del calzado*”; también alerta sobre el acoso y la violencia contra las mujeres embarazadas y los trabajadores con relaciones laborales precarias, así como las repercusiones de la violencia doméstica en el lugar de trabajo – cfr. P8_TA(2018)0331 – Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de septiembre de 2018, sobre las medidas para prevenir y combatir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política en la Unión, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0331_ES.pdf, consultado en 28-02-2021. Asimismo, las agresiones y comportamientos hostiles por parte del público son más frecuentes en los casos de trabajadores con horarios atípicos o con mucha intensidad de trabajo – DAVID ALIS/MARC DUMAS/GWÉNAËLLE POILPOT-ROCABOY, *op. cit.*, p. 21. Respecto del ciberacoso y de la ciberviolencia, las víctimas serán especialmente “*periodistas, docentes, políticos, artistas, deportistas de élite, personal sanitario, empleo doméstico, banca, telemarketing*”, y particularmente trabajadores más jóvenes y mujeres que prestan servicios mediante plataformas digitales, como indica ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA, “El factor digital en el Convenio 190 OIT sobre la eliminación de la

Así, esa protección de la Recomendación es inclusiva de trabajadores especialmente expuestos a riesgos psicosociales como el acoso y violencia por las condiciones de trabajo y no tanto por características subjetivas de los trabajadores.

De este modo, siguiendo las instrucciones del punto 13, analizaremos las normas internacionales del trabajo y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que puedan ayudarnos en la definición de los conceptos de *grupos vulnerables* y de *grupos en situación de vulnerabilidad*.

La protección de otras Convenciones de la OIT ya incluye categorías específicas de trabajadores como el art. 5 del Convenio sobre la discriminación de 1958, núm. 111, donde se clama la posibilidad de “*definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial*”. Por esa razón no nos parecía particularmente innovador establecer causas de discriminación, aunque la propuesta de Convenio sería más amplia que los preceptos ya existentes en otras Convenciones.

Del mismo modo, en el Derecho de la Unión Europea tenemos un precepto que reconoce la necesidad de protección de determinadas categorías de trabajadores, reconociendo sus singularidades y otorgándoles un trato diferente⁴⁵. De hecho, el art. 15 de la Directiva-Marco núm. 89/391 determina que “*Los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica*”, lo que consiste en un concepto colectivo (apelando a *grupos*), no individual.

Como tal, la legislación europea parece centrarse en factores objetivos (*riesgos especialmente sensibles*) y no subjetivos (no en los individuos), es decir, en los grupos en los que generalmente se encuentran ciertos riesgos y no en trabajadores que son particularmente sensibles⁴⁶. Aun así, no toda

violencia y el acoso en el mundo del trabajo”, en *Cybercrime: new threats, new responses*, Huygens Editorial, Barcelona, (2020): 132.

45 Cfr. nuestro estudio “Occupational health and safety and older workers: are they in need of a special legal framework?”, en AAVV, *Labour in the 21st Century. Insights into a Changing World of Work*, ed. Katherine Stone, Emanuele Dagnino, Silvia Fernández Martínez, ADAPT Labour Studies Book-Series, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2016.

46 BLASCO LAHOZ/LÓPEZ GANDÍA, *Curso de prevención de riesgos laborales*, 16ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, (2015): 225-226. Es decir, tiene en cuenta las “singularidades de

la *sensibilidad* está protegida, sino solo la sensibilidad *especial* o particular, lo que significa que solo los trabajadores más vulnerables, los que están en mayor riesgo, y no aquellos que actualmente se denominan como *sensibles*, merecen protección⁴⁷.

Pero la verdad es que, aunque el Derecho de la Unión Europea sea más restrictivo, las legislaciones nacionales han adoptado conceptos diferentes y más amplios⁴⁸, en línea, además, con la idea de que el legislador europeo establece requisitos *mínimos* que el legislador nacional puede mejorar, otorgando una protección más amplia⁴⁹. Entendemos, por tanto, que otros trabajadores pueden incluirse en la categoría mencionada de “grupos especiales de riesgo”, y la lista no es cerrada.

De hecho, una redacción como la que resultó finalmente en el Convenio núm. 190 nos parece más amplia y capaz de abrazar diferentes realidades, aunque tenga el problema de reconducir de nuevo a “*grupos vulnerables*” y “*grupos en situación de vulnerabilidad*”, y no a individuos. De cualquier modo, esta *vulnerabilidad*, que suele definirse como la capacidad de reaccionar con fuerza ante cualquier sensación externa, se entiende en Derecho de la Salud y Seguridad en el trabajo como una condición personal que se da en respuesta a los riesgos profesionales a los que está sujeto el trabajador, abarcando no solo riesgos generales sino también específicos. Algunas tareas pueden no representar ningún riesgo para la mayoría de los trabajadores, pero pueden poner en riesgo a uno de ellos, juicio que se acerca a una concepción más subjetiva del tema. Por ejemplo, si una ventana está cerrada por motivos

carácter general” – YOLANDA VALDEOLIVAS GARCÍA/TUDELA CAMBRONERO, *Lecciones de Derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, (2012): 398.

47 LÓPEZ AHUMADA, *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, Madrid, (2010): 29.

48 AMANDA MORENO SOLANA, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, (2010): 38. La autora señala que el factor subjetivo es lo que importa en este dominio, ya que aquí se tienen en cuenta los riesgos objetivos generales, que pueden afectar a cualquier trabajador, como los riesgos que pueden afectar a trabajadores vulnerables en particular, así como los riesgos específicos de estos trabajadores (*Id.*: 44-49 e 56).

49 Recordemos las conclusiones de Abogado General PHILIPPE LÉGER en proc. C-84/94, afirmando que las medidas previstas por la legislación de la Unión Europea garantizan un alto nivel de protección y no pueden entenderse como prescripciones *bajas*, a pesar de estar designadas como prescripciones *mínimas*, pero que los Estados Miembros siguen siendo libres de legislar por encima de ellas (apartados 106-108).

térmicos, un trabajador claustrofóbico puede revelar una sensibilidad particular en ese contexto⁵⁰.

En cualquier caso, las razones que motivan esta protección no se deben solo a las características personales o el estado biológico del trabajador (como maternidad, juventud, capacidades físicas, sensoriales⁵¹ o psíquicas⁵²), sino también a riesgos específicos o al tipo de vínculo laboral⁵³.

Esta protección se refiere no solo a individuos ya identificados concretamente por el legislador como de especial cuidado en materia laboral, sino también, a nuestro juicio, con categorías de trabajadores que aunque no hayan sido discriminados expresamente, en igualdad de condiciones, merecen medidas especiales. Nos referimos a contextos que pueden justificar un trato diferente, como por ejemplo el del demandante de empleo o el trabajador de edad avanzada⁵⁴.

Es responsabilidad del empleador detectar la *particular sensibilidad* antes de que el empleado ingrese a la empresa o tan pronto como se haga evidente⁵⁵. En todo caso, la situación puede existir con anterioridad a la celebración del contrato, puede surgir durante la ejecución del contrato, como consecuencia de accidentes, enfermedades o alguna condición personal o biológica particular que el trabajador padezca en el ínterin, o puede ser temporal, ocurriendo durante un período particular, si el trabajador está o está sujeto a ciertas circunstancias o tratamiento⁵⁶ (por ejemplo, si el trabajador está bajo medicación fuerte, o bajo la influencia de drogas o alcohol)⁵⁷.

50 AMANDA MORENO SOLANA, *op. cit.*, pp. 32-34.

51 Eso no tiene que haber sido reconocido previamente por un Tribunal o por las autoridades sanitarias oficiales para ser considerado. Estas discapacidades pueden no ser suficientes para ser consideradas incapacidades para el trabajo, pero sí suficientes para influir en el desempeño laboral. *Id.*: pp. 29 e 32-33.

52 *Id.*: 52.

53 BLASCO LAHOZ/LÓPEZ GANDÍA, *op. cit.*, pp. 225-226.

54 LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 35. También GLORIA ROJAS RIVERO, identifica que cuando las víctimas de acoso regresan al trabajo merecen la protección de este concepto – “Riesgos de carácter psicosocial y acoso en el trabajo”, en AAVV, *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes*, dir. Margarita Isabel Ramos Quintana, coord. María del Carmen Grau Pineda, Editorial Bomarzo, Albacete, (2013): 139.

55 LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 30.

56 BLASCO LAHOZ/LÓPEZ GANDÍA, *op. cit.*, p. 246.

57 LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 30. MARGARITA RAMOS QUINTANA identifica, entre otros, a los trabajadores que han sido sometidos a prácticas de violencia y acoso en el trabajo, a los que prestan servicios en contacto directo con el público y a los que están sujetos a presio-

El empleador puede detectar una sensibilidad especial al supervisar la salud del trabajador, pero también si lo informa el trabajador o un colega, ya que ambos tienen el deber de garantizar su seguridad y salud, así como la de los demás trabajadores, y de informar de cualquier riesgo a SST (art. 13º nº 2 al. d) DQ), o incluso si la situación es obvia y evidente para el primero⁵⁸.

En cualquier caso, las obligaciones preventivas del empleador sólo son exigibles si conoce la situación, ya que no puede evaluar los riesgos (subjetivos) del trabajador si no ha podido identificar previamente su sensibilidad particular⁵⁹.

La protección garantizada a estos trabajadores está, por regla general, relacionada con la evaluación de riesgos, la adecuación del lugar de trabajo, la prohibición de la práctica de determinadas actividades o métodos de organización del trabajo o del tiempo de trabajo (como el turno de noche o el trabajo por turnos, entre otros) y vigilancia de la salud. Pero estas medidas deben ser diferentes de las normas habituales de prevención y protección de la salud y seguridad en el trabajo⁶⁰.

En suma, creemos que el concepto adoptado por la Convención es amplio el suficiente para abarcar distintos colectivos vulnerables, pero ni tanto para comprender individuos particularmente vulnerables por sus características personales.

nes específicas relacionadas con la obtención de ingresos, cualitativa o cuantitativamente (tales como investigadores, periodistas, personal del sector financiero, personal altamente calificado y con un alto grado de responsabilidad en la organización empresarial), como colectivos especialmente sensibles a los riesgos psicosociales. “Estrés laboral y deterioro de la salud: la organización del trabajo en la empresa como centro de imputación”, en AAVV, *Riesgos psicosociales y organización de la empresa* dir. Margarita Isabel Ramos Quintana, Aranzadi, Navarra, (2017): 51-52.

58 LOUSADA AROCHENA y RON LATAS ejemplifican que el conocimiento directo es posible a través de manifestaciones del trabajador, información de compañeros, reconocimientos médicos, notoriedad de las características, o siendo la misma consecuencia de un hecho ocurrido en el trabajo como discapacidad derivada de un accidente de trabajo – *La protección de la salud laboral de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos*, Editorial Bomarzo, Albacete, (2018): 28-30.

59 LÓPEZ AHUMADA, *op. cit.*, p. 40. También PILAR RIVAS VALLEJO (*op. cit.*, pp. 47-48) señala que todo estado subjetivo que pueda repercutir en los riesgos psicosociales inherentes al puesto de trabajo requiere, para ser tenido en cuenta en la obligación preventiva, la asunción del conocimiento por parte del empleador de la circunstancia a valorar, sujeta como norma a previa información por parte del trabajador, por ser información desde su ámbito personal y íntimo.

60 AMANDA MORENO SOLANA, *op. cit.*, pp. 35.

7. Concepto de lugares de trabajo

El art. 3 del Convenio regula no solo el criterio temporal⁶¹ o de causalidad⁶² con el trabajo, pero también lo relaciona con el criterio espacial⁶³, ya que define que el “*Convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo: a) en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo; b) en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo*”.

Así, nuestro subtítulo sería más apropiadamente designado si la referencia fuera no solo a los *lugares de trabajo*, pero también al entorno y medios a través de los cuales las conductas pueden ser desarrolladas.

En lo que tiene que ver con el apartado a), aquí se pueden encontrar talleres, fábricas, campos, despachos, pero también la calle o incluso las instalaciones del cliente en el caso de comerciales o vendedores ambulantes, o el hogar en el caso de teletrabajo, trabajo doméstico o trabajo a domicilio. Aquí la idea es interesante porque las autoridades de inspección no podrán ingresar a la vivienda para verificar las condiciones a menos que exista el consentimiento del afectado o una determinación judicial.

En el apartado c), nos gustaría señalar la referencia a los *desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo*, ya que resulta claro que el trabajador debe ser protegido, aunque el tiempo no sea estrictamente tiempo de trabajo, pero sea *relacionado* con o *en consecuencia* del trabajo.

La referencia en el apartado d) a las *comunicaciones*, a las *tecnologías de la información y de la comunicación* es algo innovador, porque define un

61 En el mismo sentido, SERGIO YAGÜE BLANCO, *op. cit.*, p. 576.

62 LOUSADA AROCHENA, “El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la violencia y el acoso en el trabajo”, *Revista de derecho social*, núm. 88, (2019): 63.

63 O en las palabras de SERGIO YAGÜE BLANCO (*op. cit.*, p. 563), el concepto de “mundo de trabajo”.

medio o instrumento de violencia o acoso, reconociendo las particularidades de fenómenos como el ciberacoso⁶⁴ o del acoso sexual *online*⁶⁵, que se han proliferado con el incremento del teletrabajo, trabajo doméstico, trabajo a domicilio, o trabajo en plataformas digitales⁶⁶.

Cuando en el apartado e) se menciona el *alojamiento proporcionado por el empleador*, la doctrina entiende que se pretende incluir los titulados por el empleador o sobre los que ostenta cierto poder de disposición⁶⁷.

En el apartado f) se el trayecto, el evento ocurrido *in itinere*, que en algunos países es considerado como tiempo efectivo de trabajo y en otros no, pero en muchos será considerado por lo menos como tiempo relacionado con el trabajo, a efectos de consideración como accidente de trabajo – será ciertamente difícil entender dónde termina la esfera personal y comienza la privada, como puede comprobar la jurisprudencia sobre accidentes de trabajo, trayecto y desviaciones de la ruta habitual.

64 GONZÁLEZ PONDAL, *Mobbing. El acoso psicológico en el ámbito laboral*, Julio César Faira – Editor, Buenos Aires, (2010): 23-24. El cybermobbing y el celular móvil corresponderán, de hecho, a modalidades de acoso moral en el lugar de trabajo, con la particularidad de que el acosador utilice instrumentos o herramientas específicos, que consisten, en el primer caso, en el uso de medios informáticos, a saber, el acoso a través de internet (correo electrónico o contenido subido a internet) y, en el segundo caso, el uso de teléfonos móviles (a través de sms o aplicaciones móviles) para llevar a cabo el acoso. Sin embargo, existe una doctrina que considera que estos riesgos deben ser autónomos, no correspondiendo a simples ejercicios de acoso a través de diferentes instrumentos, teniendo particularidades que justifican su diferenciación. En este sentido, MOLINA NAVARRETE, señaló el hecho de que el ciberacoso es un tipo autónomo se ejerce no solo fuera del lugar de trabajo, sino también muchas veces utilizando herramientas propias del trabajador como su facebook, su instagram, o su cuenta twitter – “Del acoso moral (mobbing) al ciberacoso en el trabajo (network mobbing): viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 437-438, (2019): 144.

65 A respecto de este, con muchos ejemplos, cfr. ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA, *op. cit.*, 129.

66 Sobre el concepto de “lugar de trabajo” para este propósito, y cómo debe interpretarse en sentido amplio, ver MARGARITA RAMOS QUINTANA (“Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 138, dedicado a: Derecho del trabajo: Prevención y protección de los riesgos profesionales, (2018):: 100-102) para quien el concepto también abarca actos de violencia y acoso por o relacionados con el trabajo, incluyendo no solo el espacio físico donde se desarrolla la actividad, sino también fenómenos como el ciberacoso.

67 Palabras de SERGIO YAGÜE BLANCO, *op. cit.*, p. 574.

Por parte de la doctrina, solo serán los trayectos que el empleador pueda controlar, si suministra el transporte a sus trabajadores, por ejemplo⁶⁸. En el mismo sentido MANUEL VELÁZQUEZ FERNANDEZ defiende que el Convenio se refiere a los lugares que sean de la titularidad de la empresa o sobre los que esta tenga un *poder de disposición o control*, o que se sitúen en el marco de sus potestades o responsabilidades en los términos legales⁶⁹.

La expresión utilizada por el autor es la misma que se puede encontrar en el Convenio núm. 155 a respecto de los lugares de trabajo (art. 3, apartado c)): “*la expresión lugar de trabajo abarca todos los sitios donde los trabajadores deben permanecer o adonde tienen que acudir por razón de su trabajo, y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador*”. Pero creemos que, si se prendiera dar esa extensión en el Convenio núm. 190, debería decirse expresamente.

Así, creemos que el Convenio va más allá, una protección de locales en que no hay ese control del local en sí, pero hay control de los medios de comunicación con el trabajador, por ejemplo. La verdad es que, en países como Portugal, los accidentes *in itinere* abarcan no solo el transporte suministrado por el empleador, pero también otras formas de movilidad del trabajador⁷⁰.

Por tanto, creemos que el concepto es ahora omnicompreensivo⁷¹, más amplio, queriendo cubrir todas las situaciones laborales, incluso aquellas en las que el empleador está diluido o apartado. En cualquier caso, cabe señalar que en estos tiempos de pandemia por el Covid-19, se intensifica la necesidad de protección de los trabajadores en cualquier entorno laboral.

8. Conclusiones

En la Recomendación núm. 206 se sugirió a los Estados que abordasen estas cuestiones desde las perspectivas laboral, salud y seguridad en el trabajo, igualdad y no discriminación, así como dentro del ámbito del derecho penal⁷²,

68 SERGIO YAGÜE BLANCO, *op. cit.*, p. 574 y NELSON LOUSTAUNAU, “Interpretación del concepto tiempo “in itinere” en el Convenio Internacional de Trabajo 190”, en AAVV, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, (2019): 235.

69 *Op. cit.*, p. 131.

70 JÚLIO GOMES, *O acidente...*, *cit.*, pp. 161 e ss.

71 En las palabras de LOUSADA AROCHENA, *op. cit.*, 59.

72 Este último asunto aún se está tratando de manera incipiente en algunos Estados. En Portugal, por ejemplo, en materia de responsabilidad penal, pensamos en los delitos de

cuando proceda (pt. 2).

Por nuestra parte, creemos que el dominio “natural” de tratamiento de esas materias será el Derecho del Trabajo y el Derecho de Prevención de Riesgos Laborales (referido a la Seguridad y Salud en el trabajo), teniendo en cuenta que el art. 9 del Convenio establece que los EM deberían legislar para establecer la obligación de los empleadores de tomar medidas, *en la medida de lo posible*, para prevenir la violencia y el acoso, teniéndolos en cuenta, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la salud y seguridad en el trabajo (apartado b)), identificando así los peligros y evaluando los riesgos de violencia y acoso, junto con los trabajadores y sus representantes, tomando medidas para prevenirlos y controlarlos y, además, informando y capacitando a los trabajadores en estas materias (apartados c) y d)). Así, creemos que las materias de prevención y reparación de riesgos psicosociales serán adecuadas para resolver los retos propuestos por el Convenio y la Recomendación.

Eso significa que, de verdad, se anima a los Estados a tratar “vino nuevo en odres viejos”⁷³, en la medida en que los temas de la violencia y acoso podrán ser tutelados en el ámbito de temas que son ya tratados por los Estados, por lo menos de los que siguen la senda de la efectividad de la obligación empresarial de proteger la seguridad y salud de los trabajadores en una dirección amplia y ajustable, que abarque los riesgos psicosociales.

Si bien no se puede decir con certeza que la Convención será ratificada por

atentado contra la integridad física (artículos 143 y 144), maltrato (art. 152-A), violación de las normas de seguridad (art. 152-B), amenaza (art. 153), coacción (art. 154^o), persecución (art. 154^o-A), coacción sexual (art. 163^o), violación (art. 164^o), difamación (art. 180^o), lesiones (art.181^o), o discriminación e incitación al odio y la violencia (art. 240^o), todo ello desde el Código Penal, a que riesgos como la violencia o el acoso pueden ser subsumibles. Aún tenemos el delito de persecución creado por el art. 154^o-El CP, pero algunos autores, no incluye todas las posibilidades de acoso. En ese sentido, EDUARDO MARQUES, que sufragó la necesidad de consagrar un tipo penal específico para el acoso moral – “O crime de assédio moral: futuro ou realidade? Reflexos da Convenção de Istambul”, en AAVV, *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud: España, Portugal, Francia, Italia, Brasil*, volumen II, dir. Lourdes Mella Méndez, coord. Silvia Fernández Martínez, Peter Lang, Berna, (2017): 153. En España, por el contrario, se tipifican el acoso predatorio, el acoso laboral, el acoso sexual... Pero en la doctrina se señala que tal vez el Convenio importe la necesidad de “establecer algún tipo penal nuevo más allá del art. 173.1 del Código Penal” – ANTONIO FERNÁNDEZ GARCÍA, *op. cit.*, p. 128.

73 Esperemos, todavía, no perder ni el vino ni los odres.

un gran número de Estados⁷⁴, dado que los temas en cuestión son ciertamente controvertidos, considerando en particular los muy diferentes niveles de regulación en cada país, sí creemos claramente que Convenio y la Recomendación son instrumentos que tienen como objetivo elevar el nivel de protección, definiendo un conjunto normativo audaz.

9. Bibliografía

- AAVV, *Au-delà de l'emploi. Nouvelle édition augmentée de Les voies d'une vraie réforme du droit du travail*, dir. Alain Supiot, Flammarion, Paris, 2016.
- Alis, David; Dumas, Marc; Poilpot-Rocaboy, Gwénaëlle, *Risques et souffrance au travail*, Dunid, Paris, 2010.
- Amado, João Leal, *Contrato de Trabalho. Noções básicas*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2018.
- Blasco Lahoz, José Francisco; López Gandía, Juan López; *Curso de prevención de riesgos laborales*, 16.^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
- Blatman, Michel; Verkindt, Pierres-Yves; Bourgeot, Sylvie; *L'état de santé du salarié. De la préservation de la santé à la protection de l'emploi*, Liaisons, Paris, 2014.
- Carvalho, Catarina de Oliveira, "Trabalho no domicílio, trabalho doméstico e trabalhos de cuidado no ordenamento jurídico português: primeira leitura à luz das convenções da OIT", *Documentación laboral*, exemplar dedicado ao IV Encuentro Ibérico de Derecho del Trabajo. Los Convenios de la OIT: su incidencia en los ordenamientos de Portugal y España, 116, 1, (2019): 41-56.
- Correa Carrasco, Manuel, "El acoso laboral en el ordenamiento jurídico español", in AAVV, *A igualdade nas relações de trabalho*, coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira, Estudos APODIT 5, AAFDL, Lisboa, (2019): 109-145.
- Costa, Ana Cristina Ribeiro, "O arrojo do Comité Europeu dos Direitos Sociais na tutela da segurança e saúde no trabalho", *Lex Social: Revista de Direitos Sociais*, n.º monográfico 1, volume 7, (2017): 44-265.
- Costa, Ana Cristina Ribeiro, "Occupational health and safety and older workers: are they in need of a special legal framework?", in AAVV, *Labour in the 21st Century. Insights into a Changing World of Work*, ed. Katherine Stone, Ema-

74 Si bien la votación no fue unánime, el Convenio aprobado con 7 votos en contra y 30 abstenciones y la Recomendación con 12 votos en contra y 44 abstenciones. Cfr. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711349.pdf e https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711350.pdf, consultado en 28-06-2019.

- nuele Dagnino, Silvia Fernández Martínez, ADAPT Labour Studies Book-Series, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, (2016): 106-129.
- Coto Aubone, Mariana, “El Convenio N° 190 de la OIT y su regulación respecto a las tecnologías de la información y la comunicación en el mundo del trabajo”, *Noticias CIELO*, 9, (2020).
- Fernandes, Tiago Pimenta, “Algumas reflexões sobre *mobbing*”, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, 25, (2014): 139-159.
- Fernández Avilés, José Antonio; Fernández Martínez, Silvia; Mella Mendez, Lourdes; Rodríguez-Rico Roldán, Victoria; Todolí Signes, Adrián; *Estudio. El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*, Borpi S.L., Madrid, 2018.
- Fernández García, Antonio, “El factor digital en el Convenio 190 OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”, en *Cybercrime: new threats, new responses*, Huygens Editorial, Barcelona, (2020): 126-139.
- Giudice, F. del; Mariani, F.; Izzo, F.; *Diritto del Lavoro*, Edizione Giuridiche Simone, Nápoles, 2001.
- Giuzio, Graciela, “Violencia y el acoso laboral en el mundo del trabajo. ¿Cómo se posiciona Uruguay ante las nuevas normas internacionales de la OIT?”, en *AAVV, XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, (2019): 193-205.
- Gomes, Júlio Manuel Vieira, *Direito do Trabalho. Volume I. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Gomes, Júlio Manuel Vieira, *O acidente de trabalho. O acidente in itinere e sua descaracterização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- González Pondal, Tomás I., *Mobbing. El acoso psicológico en el ámbito laboral*, Julio César Faira – Editor, Buenos Aires, 2010.
- Lopes, Sónia Kietzmann, “O assédio moral no trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 82, janeiro e abril, (2009): 253-269.
- López Ahumada, José Eduardo, 2010, *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, Madrid.
- Lousada Arochena, José Fernando, “El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la violencia y el acoso en el trabajo”, *Revista de derecho social*, n.º 88, (2019): 55-74.
- Lousada Arochena, José Fernando, Ron Latas, Ricardo Pedro; *La protección de la salud laboral de las personas trabajadoras especialmente sensibles a determinados riesgos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2018.
- Loustaunau, Nelson, “Interpretación del concepto tiempo “in itinere” en el Convenio Internacional de Trabajo 190”, en *AAVV, XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, (2019): 231-236.

- Kahale Carrillo, Djamil Tony, “Acoso moral en el trabajo (*mobbing*): diferencias con las actitudes arbitrarias del empleador. (Comentario a la STSJ de Castilla y León/Burgos, Sala de lo Social, de 19 de septiembre de 2006, rec. Núm. 605/2006)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 290, (2007): 195-204.
- Kahale Carrillo, Djamil Tony, “Legitimación en los pleitos sobre acoso laboral», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, volume 4, 2, maio, (2011): 137-155.
- Mangarelli, Cristina, “El Convenio 190 y el derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”, en AAVV, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, (2019): 207-214.
- Marques, Eduardo Castro, “O crime de assédio moral: futuro ou realidade? Reflexos da Convenção de Istambul», in AAVV, *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud: España, Portugal, Francia, Italia, Brasil*, volume II, dir. Lourdes Mella Méndez, coord. Silvia Fernández Martínez, Peter Lang, Berna, (2017): 145-173.
- Martinez, Pedro Romano, *Direito do Trabalho*, 8ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.
- Martínez Barroso, María, “La reparación del riesgo psicosocial por la Seguridad Social. Presente y futuro”, en AAVV, *La tutela reparadora de los riesgos psicosociales*, Editorial Juruá, Lisboa, (2010): 79-150.
- Molina Navarrete, Cristóbal, “Del acoso moral (*mobbing*) al ciberacoso en el trabajo (*network mobbing*): viejas y nuevas formas de violencia laboral como riesgo psicosocial en la reciente doctrina judicial”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 437-438, (2019): 143-165.
- Molina Navarrete, Cristóbal, “Una “nueva” patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (*mobbing*). Reflexiones a propósito de la STS 3.ª, Sección 6.ª, de 23 de julio de 2001”, *Diario La Ley – Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 7, ano XXII, Diario 5436, de 10-12-2001, (2001): 1553-1571.
- Moreno Solana, Amanda, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- Pacheco, Mago Graciano de Rocha, *O assédio moral em Portugal. “O elo mais fraco”*, Almedina, Coimbra, 2007.
- Pereira, Rita Garcia, *Mobbing ou assédio moral no trabalho. Contributo para a sua conceptualização*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- Pons Carmena, María, “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, n.º 2, (2020): 30-60.

- Ramos Quintana, Margarita Isabel, “Estrés laboral y deterioro de la salud: la organización del trabajo en la empresa como centro de imputación”, in AAVV, *Riesgos psicosociales y organización de la empresa*, dir. Margarita Isabel Ramos Quintana, Aranzadi, Navarra, (2017): 27-61.
- Ramos Quintana, Margarita Isabel, “Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 138, dedicado a: Derecho del trabajo: Prevención y protección de los riesgos profesionales, (2018): 91-114.
- Rebelo, Glória, “Assédio moral e dignidade no trabalho”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.ºs 76, 77 e 78, janeiro e dezembro, (2007): 105-119.
- Rivas Vallejo, Pilar, *La prevención de los riesgos laborales de carácter psicosocial*, Editorial Comares, Granada, 2009.
- Rojas Rivero, Gloria Pilar, “Riesgos de carácter psicosocial y acoso en el trabajo”, in AAVV, *Salud en el trabajo y riesgos laborales emergentes*, dir. Margarita Isabel Ramos Quintana, coord. María del Carmen Grau Pineda, Editorial Bomaizo, Albacete, (2013); 129-144.
- Rojas Rivero, Gloria Pilar, “La responsabilidad administrativa, penal y civil por los daños derivados del mobbing”, in AAVV, *Riesgos psicosociales y organización de la empresa*, dir. Margarita Isabel Ramos Quintana, Aranzadi, Navarra, (2017): 147-176.
- Romina Malates, Milagros Eiroa, Martín Carrasco, “Convenio N° 190 y su Recomendación N° 206. Eliminación de la violencia y acoso en el mundo del trabajo. Reflexiones al respecto”, en AAVV, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, (2019): 237-244.
- Santos, Pedro Barrambana, *Do assédio laboral. Pelo reenquadramento do assédio moral no ordenamento jurídico português*, Almedina, Coimbra, 2019.
- Tascón López, Rodrigo; “Responsabilidad laboral y civil por el daño causado a partir del riesgo psicosocial”, in AAVV, *La tutela reparadora de los riesgos psicosociales*, Editorial Juruá, Lisboa, (2010): 193-254.
- Valdeolivas García, Yolanda; Tudela Cambroner, Gregorio; en AAVV, 2012, *Leciones de Derecho social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, (2012): 365-413.
- Valdés Dal-Ré, Fernando, Editorial: “Una aproximación constitucional a la violencia en el trabajo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 11, (2014): 1-17.
- Velázquez Fernández, Manuel, “El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 437-438, (2019): 119-142.

Xavier, Bernardo Lobo, “Prazo para impugnação judicial de sanção disciplinar conservatória (não exclusiva)», *en* AAVV, Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva, vol. I, Universidade Católica Editora, (2020): 411-436.

Yagüe Blanco, Sergio, “Violencia y acoso en el trabajo: Un análisis del nuevo concepto a la luz del 190º convenio de la OIT”, *Revista Inclusiones: Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, vol. 8, núm. extra 4, Ejemplar dedicado a: Paz en la tierra, (2021): 548-578.

**CAPITULO III. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL
CONVENIO 190 OIT: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE
GÉNERO. LA NOVEDOSA INCLUSIÓN DEL TRABAJO DE SERVICIO
DOMÉSTICO**

**CHAPTER III. THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF THE ILO 190
CONVENTION: AN ANALYSIS FROM A GENDER PERSPECTIVE.
THE NEW INCLUSION OF HOUSEHOLD WORK**

Sofía OLARTE ENCABO
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
olarte@ugr.es

Resumen: Se analizan en este trabajo las implicaciones de la adopción del Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en relación con en el empleo doméstico. Para ello se parte de un análisis sobre la violencia en el ámbito de este tipo de relaciones de trabajo, para después analizar los principios fundamentales de este convenio internacional, destacando su incidencia en este sector de actividad especialmente afectado por la violencia, particularmente cuando concurren el factor migratorio y/o el de convivencia en el hogar. También se contienen algunas de las consecuencias que su ratificación comportará para el ordenamiento interno

Palabras clave: empleados de hogar, servidumbre doméstica, violencia, acoso, inspección de trabajo, negociación colectiva, derecho a un ambiente de trabajo exento de violencia

Abstract: The implications of the adoption of ILO Convention 190 on violence and harassment regarding domestic employment are analyzed in this paper. To do this, we start with an analysis of violence in the field of this type of work relationship, and then analyze the fundamental principles of this international agreement, highlighting its incidence in this sector of activity especially affected by violence, especially when the migratory factor and / or coexistence in the home. It also contains some of the consequences that its ratification will entail for the internal order.

Key words: domestic workers, domestic servitude, violence, harassment, labor inspection, collective bargaining, right to a work environment free of violence

Sumario: 1. Introducción: la violencia y el acoso en el trabajo doméstico. 2. Los principios fundamentales del Convenio OIT número. 190. 3. La aplicación

del Convenio 190 a las trabajadoras y trabajadores domésticos. 4. Consecuencias jurídicas de la ratificación del Convenio 190 en la legislación especial del trabajo doméstico. 5. Bibliografía.

1. Introducción: la violencia y el acoso en el trabajo doméstico

En este trabajo pretendemos reflexionar sobre las implicaciones del Convenio núm. 190 OIT sobre la violencia y el acoso, sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, por tanto, hemos de analizar necesariamente también el Convenio núm. 189 OIT sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos. Y ello, partiendo de, o identificando, los principios fundamentales del Convenio núm. 190.

Sin embargo, para proceder a un adecuado análisis jurídico crítico de dicha incidencia, es preciso partir antes de una breve descripción de la realidad social a la que nos referimos, el trabajo doméstico. Y para enmarcarlo adecuadamente en el ámbito de las actividades productivas, hemos de partir de su inclusión dentro de lo que en el ámbito anglosajón se conoce como *dirty work*¹. Además, históricamente, desde un punto de vista jurídico, el trabajo doméstico se ha enmarcado en el ámbito de la esclavitud o de la servidumbre (además de en el de las relaciones familiares, siendo actividades también asignadas a las mujeres-esposas), pasando entrado ya el siglo XX al ámbito del contrato dentro de los esquemas o principios propios del derecho civil –autonomía individual–, conservando terminológicamente los códigos civiles denominaciones históricas como la de amo y criado Solo muy avanzado el siglo XX el trabajo doméstico comienza a incluirse en el ámbito jurídico-laboral, si bien en casi todos los ordenamientos dicha inclusión se ha efectuado acudiendo a la técnica de una regulación especial (menos garantista) o diferenciada del régimen laboral común, lo que se ha justificado en la particularidad del lugar de trabajo –un hogar–, en la especial relación de confianza en que se sustenta

1 Sobre esta noción, cfr. DREW, S. GASSABAY, B.Y MILLS, M. (eds): *Dirty work. The social construction of taint*, Texas, EEUU, Baylor University Press, 2007, en especial, pg. 4 donde se indica que la calificación de sucia se relaciona con una ocupación no por la tarea en sí sino por la no valoración y significación peyorativa en la forma en que se percibe social e individualmente. Partiendo de esta construcción vid. también, Lerussi, R.C: “Trabajo sucio y feminización. Lecturas jurídicas feministas” en VV.AA, dir. Pérez Alonso y Olarte Encabo, *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pg. 405 y ss.

y en que el empleador no es un empresario en sentido económico. Y este es el caso de nuestro propio ordenamiento, que, reconociendo que se trata de una relación laboral, sin embargo, la configura como una relación laboral especial y la encuadra como un sistema especial dentro del Régimen General de la Seguridad Social. Pese a ello, el artículo 1583 del vigente CC –entre los contratos de arrendamiento de obras y servicios–, sigue empleando los términos “amo” y “criado” reconociendo el derecho a una indemnización de quince días de salario en caso de desistimiento unilateral del amo sin causa justa. Es decir, nuestro ordenamiento aún mantiene la huella histórica de la servidumbre y la esclavitud en que se ha enmarcado este tipo de relación de prestación de servicios.

Convencida del peso del factor histórico en esta materia, considero imprescindible vincular el estudio de la violencia en el trabajo doméstico con la servidumbre y la explotación domésticas (por definición, violentas), pues los sedimentos de estas viejas –y renovadas– figuras proscritas, aún se vislumbran en la relación laboral de empleados de hogar. Sabemos que fue la ONU la organización que promovió la abolición de la esclavitud en la Convención sobre la represión de la esclavitud (Ginebra, 25 de septiembre de 1926), luego completada con la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (Ginebra, 7 de septiembre de 1956). Algo más rezagada, la OIT prohibió a través del Convenio núm. 29 (1939) del trabajo forzoso –completado con el Convenio 105 (1957) y el más reciente Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre trabajo forzoso, 1930–. Sin embargo, fue la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la primera norma que, además de prohibir con carácter general la esclavitud, también prohibió expresamente y de forma diferenciada la servidumbre –art. 4–². Pese a ello, no existe en Derecho Internacional una definición de servidumbre, aunque la Convención suplementaria de 1956 se refiere específicamente a la servidumbre por deudas y la servidumbre de la gleba como prácticas análogas a la esclavitud. También, para cerrar esta referencia a las normas internacionales que inciden en la ma-

2 Concretamente establece; “*nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas*”. Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) establece en su artículo 7, apartado 1, que “*nadie estará sometido a esclavitud: la esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas*”: en su apartado 2, añade “*nadie estará sometido a servidumbre*”; y en el apartado 3 que “*nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio*”.

tería objeto de estudio, hemos de aludir al Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niñas, de NN.UU, hecho en Palermo en 2000, dado que la incidencia del factor migratorio y el de género es muy relevante en el ámbito del trabajo doméstico. Su artículo 3 –que define la explotación como finalidad de la trata– establece que esta incluye como mínimo “la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud y la servidumbre o la extracción de órganos”.

Podemos afirmar, por tanto, que la normativa internacional de derechos humanos proscribiera claramente todas las formas de servidumbre y esclavitud doméstica, pese a que no se aborda de una forma particular, ni se define. Tras décadas de estancamiento en el plano internacional, en el ámbito más especializado de la OIT se produjo un avance realmente decisivo para acabar con estas formas de explotación, sumisión y cosificación de las mujeres y las niñas, nos referimos al Convenio OIT núm. 189 (2011), sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, con el objetivo de garantizar condiciones dignas para el trabajo doméstico, contribuyendo de ese modo a erradicar la servidumbre doméstica. Ninguno de los 188 convenios aprobados por la OIT hasta este momento contenía provisiones específicas sobre el trabajo doméstico; por el contrario, muchos de los principales convenios de la OIT contienen “cláusulas de flexibilidad” que han sido utilizadas por determinados Estados para excluir específicamente a los trabajadores domésticos de la protección que confieren los Convenios, como el Convenio sobre la protección de la maternidad (Nº 183) y el Convenio sobre el trabajo nocturno (Nº 171), que permiten a los Estados excluir “a categorías limitadas de trabajadores cuando su aplicación a esas categorías plantea problemas especiales de particular importancia”. En respuesta a una campaña internacional organizada por asociaciones de trabajadores domésticos, el Consejo de Administración de la OIT decidió incluir el trabajo doméstico como tema del orden del día de la 99ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (junio de 2010). En una decisión sin precedentes, la Conferencia decidió aprobar las normas relativas a un trabajo decente para los trabajadores domésticos, que servirían de base para la elaboración de un convenio vinculante completado además por una recomendación.

De otro lado, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias y la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, han centrado sus estudios en la situación de los trabajadores domésticos, promoviendo así el debate y el conocimiento en

profundidad de la incidencia de la violencia en el ámbito del trabajo doméstico. No menos revelador de la gravedad de la violencia extrema en el trabajo doméstico que afecta fundamentalmente a mujeres y niñas, ha sido el Consejo de Europa, que en su Recomendación N° 1663 (2004) relativa a la esclavitud doméstica: servidumbre, personal *au pair* y matrimonios concertados por correo, expresó su consternación ante la persistencia de la esclavitud en Europa, subrayando que en la actualidad los esclavos son principalmente mujeres y suelen trabajar en domicilios privados europeos. Y, en el mismo sentido, la Declaración de la Asamblea General NNUU sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (resolución 48/104), abrió la puerta de otra “esfera privada” construida por la sociedad en la que abundaban las violaciones de los derechos humanos (alusión indirecta al trabajo doméstico), para someterla al escrutinio constante de la comunidad internacional.

A partir de esta breve aproximación al marco jurídico internacional³ relacionado con el tema que nos ocupa (violencia en el trabajo doméstico), es importante analizar la realidad del trabajo doméstico en el mundo y cuáles son sus vinculaciones con la violencia en el trabajo. Para ello vamos a partir del Informe de la Relatora Especial sobre formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias de 2010, porque se refiere específicamente y de forma pormenorizada a la servidumbre doméstica –además del trabajo infantil y los matrimonios serviles, entre otros– como un problema mundial de derechos humanos⁴. En este importante Informe se aportan datos relevantes en orden a vincular estos instrumentos internacionales sobre

3 Con acierto, se refiere al marco normativo internacional relacionado con la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso, como “legislación profusa y confusa”, Pérez Alonso, E., en “Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud”, en VV.AA. dir. Pérez Alonso, *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

4 La parte central del documento, la III, se abre con una afirmación relevante: *A la sombra de la industria mundial del trabajo doméstico, un gran número de personas, en su mayoría mujeres y niñas, se ven privadas de su dignidad. Estas personas están sometidas de forma invisible a servidumbre doméstica, que es contraria a la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 4) y al derecho de los tratados de derechos humanos*, disponible en A/HRC/15/20, en www.acnur.org. Para más datos vid. OIT, “Trabajo decente para los trabajadores domésticos”, informe IV (1) (2009), párr. 20. 2 R. Milkman, E. Reese y B. Roth, “The macro-sociology of paid domestic labour”, en *Work and Occupations*, vol. 25, N° 4, págs. 483 a 507. 3 Para estadísticas más completas, véase “Trabajo decente para los trabajadores domésticos”, párr. 20, (cuadro I.1). A/HRC/15/20 GE.10-15449 5

esclavitud y servidumbre con la violencia que sufren las mujeres en el trabajo doméstico y es igualmente importante señalar que prácticamente todo el texto del Informe se refiere precisamente a la servidumbre doméstica. El Apartado A, Parte III, titulado “El trabajo doméstico: entre la oportunidad y la vulnerabilidad” aporta una serie de datos que merece la pena mencionar:

- El trabajo doméstico constituye una de las mayores pero menos visibles industrias de servicios del mundo. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) estima que los trabajadores domésticos representan entre el 4% y el 10% de la fuerza de trabajo empleada en los países en desarrollo. En los países industrializados el porcentaje oscila entre el 1% y el 2,5% del empleo total.

- La demanda de trabajo doméstico se ve estimulada por el aumento del empleo de la mujer que no va debidamente acompañado de políticas que faciliten la conciliación de la vida profesional con la familia y el envejecimiento de la población, unido a la tendencia creciente del cuidado a domicilio. Además, existe una correlación entre el aumento de la desigualdad de los ingresos en un país y el aumento del trabajo doméstico. En algunos países el hecho de contratar a trabajadores domésticos se ha convertido en un nuevo símbolo de estatus que indica la pertenencia a la clase media o alta.

- El trabajo doméstico se realiza en una casa o para una familia (“*e incluye tareas como cocinar, lavar, limpiar, encargarse del jardín, ejercer de chófer y cuidar a los niños, a los ancianos y a las mascotas*”) y es una actividad desempeñada mayoritariamente por mujeres; a título de ejemplo el 83% en Suiza, el 93,3% en el Brasil y el 90,7% en Etiopía.

- Otro dato relevante es la convivencia en el lugar de trabajo. En los países del Oriente Medio y en muchos de Asia es predominante el empleo doméstico con convivencia en el hogar del empleador, mientras que en Europa y en un número creciente de países de América del Sur, la mayor proporción de los trabajadores domésticos no habitan en el hogar para el que prestan servicios y con frecuencia prestan servicios para más de un empleador.

- En sentido positivo el informe señala que los trabajadores domésticos hacen una contribución indispensable a la sociedad (permiten que otras personas puedan desempeñar actividades productivas) y que si “se garantizan prácticas laborales equitativas, el sector puede ofrecer a estos trabajadores la oportunidad de percibir sueldos complementarios para sus familias, de trasladarse a las zonas urbanas y buscar opciones educativas sólo disponibles en éstas o, en el caso de los *au pair*, de vivir la experiencia de otro país y otra cultura”. Es decir, puede ser una oportunidad.

– El informe señala, sin embargo, que trata de evitar la estigmatización, señala, sin embargo, que estas trabajadoras están especialmente expuestas a la explotación económica, al abuso y, en casos extremos, a la subyugación a servidumbre y esclavitud doméstica. Los trabajadores domésticos, “especialmente si viven con sus empleadores, suelen encontrarse aislados física y socialmente de sus familias, amigos y pares”. Aislamiento físico y social, que de facto los priva de ejercer su derecho humano a organizarse y asociarse libremente, siendo muy difícil la negociación colectiva, pese a lo cual estas personas están creando cada vez más organizaciones y asociaciones (señala incluso la creación cooperativas de trabajadores domésticos) y se va avanzando en su sindicalización.

– Los trabajadores domésticos son a menudo “físicamente invisibles” desarrollan su actividad laboral en la “esfera privada” y al margen del control social o del Estado. Ello ha provocado que durante mucho tiempo –y aun hoy– culturalmente se haya restado importancia a la violencia contra las mujeres y los niños por tratarse de un “asunto privado”, en lugar de reconocer los delitos que constituyen dichos actos. Y este es uno de los aspectos que más nos interesa destacar porque pone de manifiesto la mayor incidencia de violencia en esta actividad derivada de ese aislamiento y sumisión en el hogar.

– El informe advierte de la existencia de la percepción errónea de que el trabajo doméstico no es cualificado o ni siquiera constituye un trabajo, de la misma manera que se infravalora el trabajo no remunerado en la familia de las mujeres. Y señala que, en el mismo sentido, la relación entre el trabajador doméstico y el empleador se concibe equivocadamente como una relación basada en el estatus, en la que un amo superior da órdenes a un sirviente inferior, y no como un acuerdo contractual entre partes iguales con derechos y obligaciones mutuos. Y del mismo modo, nos advierte de otra variable de esta infravaloración social subyacente: los trabajadores domésticos son considerados “miembros de la familia”, lo que, en función de la buena/mala voluntad del empleador, ello puede suponer un trato muy favorable o una invasión intolerable de su espacio y sus libertades personales.

– También destaca este Informe que la migración de mujeres para dedicarse al trabajo doméstico ha crecido rápidamente, de hecho ha sido un factor determinante de la feminización que registra la migración debido a la creciente demanda de este tipo de trabajo en los países más ricos, siendo actores cada vez más relevante las agencias de contratación transnacionales. En Oriente Medio y Europa la mayoría de las personas trabajadoras domésticas son migrantes. Pudiendo ser una oportunidad de progreso, lo cierto es que

la precariedad del tipo de visado y de la situación de residencia junto a otros factores como el desconocimiento del contexto local, el idioma y la discriminación hacen que los trabajadores domésticos estén especialmente expuestos a la explotación, los abusos y la subyugación a prácticas análogas a la esclavitud. De nuevo vemos como el Informe apunta a la idea de violencia y violación de la dignidad humana, sobre todo en relación con mujeres migrantes, que se configuran como grupo de alta vulnerabilidad.

– También destaca el Informe el elevado número de niños -sobre todo, niñas- en el servicio doméstico, lo que se explica en motivos obvios: son más baratos, menos exigentes y más fáciles de controlar que los adultos. Hay muchos niños y niñas que trabajan en el servicio doméstico en todos los continentes, registrándose el porcentaje más alto en Asia⁵, siendo las niñas la inmensa mayoría (90%, según algunos cálculos) y, lo que es aún más grave, hay más niñas menores de 16 años empleadas en el servicio doméstico que en cualquier otra forma de trabajo infantil

A partir de esta descripción, el apartado B del Informe enumera elementos que considera manifestaciones de servidumbre y esclavitud, entre ellas, algunas relacionadas con la explotación y otras con la violencia. Es un tópico recordar que la extrema vulnerabilidad de estos trabajadores lleva al predominio de prácticas laborales injustas y explotadoras, destacando el Informe los aspectos salariales (se paga menos del salario mínimo o no se paga, deducciones arbitrarias o retenciones salariales, por ejemplo) y en los que habitan en el hogar, condiciones de vida precarias o degradantes o jornadas entre 16 y 18 horas al día, permanente disponibilidad, renuncia a días de descanso y vacaciones. Además, y queremos subrayar estos datos, a menudo se restringe su libertad de comunicación y circulación, siendo frecuente que sufran abusos físicos, emocionales y sexuales. Todo ello, advierte, determina una delgada frontera entre trabajo doméstico y la servidumbre y esclavitud domésticas. A título de ejemplo aquí, pensemos en trabajadoras migrantes que contraen una deuda importante con el empleador o las agencias encargadas de su contratación y traslado para sufragar los gastos del billete de avión y las tasas de contratación -el trabajador doméstico ha de trabajar hasta saldar su deuda- o en la imposibilidad de cambiar de empleador porque la validez de su visado depende del aval del empleador inicial, en la imposibilidad de volver a sus

⁵ Según la OIT, señala el Informe, 175.000 niños menores de 18 años trabajan en el servicio doméstico en América Central, más de 688.000 en Indonesia, 53.942 niños menores de 15 años en Sudáfrica y 38.000 niños de entre 5 y 7 años en Guatemala.

países de origen, ya que los empleadores o las agencias de contratación retienen los pasaportes o los billetes de avión. También pormenoriza el informe sobre el hecho cada vez más extendido de padres que se ven implicados en la explotación de los niños en el mercado del trabajo doméstico (en algunos casos creyendo que sus hijos recibirán una educación formal y trabajo) y que en la mayor parte de los casos a través de los intermediarios suelen terminar siendo objeto de tráfico para someterlos a servidumbre doméstica u otras formas de explotación. Y en este punto se citan informes del Consejo de Europa que expresan su preocupación por la trata internacional de niños de entre 8 y 15 años que van de África occidental a Europa, donde son explotados en el trabajo doméstico, a menudo en casas de compatriotas, que son víctimas de abusos y violencia.

– El matrimonio forzado, advierte el informe, combina la explotación sexual con la servidumbre doméstica (mujeres y niñas son obligadas a realizar tareas domésticas de acuerdo con los estereotipos de género y a satisfacer las exigencias sexuales de sus maridos). Al respecto, se ha de recordar que el nexo entre matrimonios forzados y la servidumbre se reconoce explícitamente en el artículo 1 c) de la Convención suplementaria sobre la esclavitud de 1956, que considera que las mujeres son sometidas a servidumbre si son víctimas de: “Toda institución o práctica en virtud de la cual: i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas; ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho a cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera; iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona.”

También, sin traer a colación aquí todos los datos que aporta el informe, se alude a la servidumbre resultante de la explotación económica “de fuerte dependencia”, en referencia a que el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no se limita a los casos particulares reconocidos por la Convención suplementaria sobre la esclavitud de 1956, sino que incluye otros casos de explotación económica en que la víctima depende tanto del victimario, que no puede abandonar esa situación de explotación. La dependencia extrema en el trabajo doméstico, que puede ser resultado de toda una serie de factores físicos, económicos, sociales, culturales y jurídicos es, según este documento, uno de los elementos que caracteriza a la servidumbre. Y en lo que aquí interesa, advierte de que “los malos tratos físicos y psicológicos

refuerzan la dependencia y en casos extremos se convierten en la causa misma de la servidumbre doméstica (en lugar de ser una simple consecuencia)”, *“la víctima puede ser sistemáticamente golpeada, insultada, humillada y denigrada para obligarla a soportar horas de trabajo excesivas, horas extras en días de descanso no remuneradas, etc. Dicho abuso puede reforzar otros patrones de sumisión aprendida que se basa en la discriminación por motivos de casta, etnia o género. También se utiliza como herramienta de subyugación la violencia sexual, que va del acoso sexual hasta la violación repetida o la amenaza de prostitución forzada”*²². Además, el factor migratorio convierte a las autoridades en algunos países en cómplices involuntarias de la explotación y la servidumbre al permitir, o incluso solicitar, a los empleadores que limiten la libertad de circulación y de elegir residencia de los trabajadores domésticos migrantes.

La realidad y los datos de las formas extremas de explotación del trabajo doméstico, tan importantes, cuantitativa y cualitativamente hablando, se explican por motivos perfectamente identificados por NNUU y que se pueden resumir en la vulnerabilidad y exclusión socioeconómica, la discriminación de género y una insuficiente respuesta por parte de los Estados. Factores que no excluyen a los países más avanzados, como por ejemplo Francia, contra la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso histórico de *Siliadin c. Francia*, relativo a una niña togolesa sometida a servidumbre doméstica, resolvió que había habido violación del derecho a no ser sometido a servidumbre⁶. Un referente mundial en pro de la plena y efectiva laboralidad del trabajo doméstico es Uruguay, donde la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social puede obtener autorización judicial para realizar inspecciones domiciliarias en caso de presunta violación del derecho laboral, a cuyo efecto cuenta con una sección especial encargada de supervisar el trabajo doméstico. En otros países, se ha introducido la obligación de que los empleadores se aseguren de que los trabajadores domésticos que viven en su domicilio asistan periódicamente a entrevistas privadas con los inspectores del trabajo.

Considerando el ingente marco normativo internacional aplicable a la servidumbre y la explotación domésticas y aun reconociendo los pasos dados hacia la dignificación laboral del trabajo doméstico, así como, en contraste, la

6 STEDH de 26 de julio de 2005, Caso *Siliadin*, seguida de otras dos similares sobre servidumbre doméstica STEDH de 11 de octubre de 2012, Caso *C.N y V contra Francia* y la STEDH de 13 de noviembre de 2012, Caso *C.N contra Reino Unido*.

paradójica y abrumadora realidad brevemente descrita aquí, planteamos dos reflexiones finales para cerrar esta introducción:

– de un lado, a partir del este desfase entre realidad y norma, nos preguntamos si estamos realmente ante meras desviaciones del sistema (efectos indeseados) o ante un sistema desviado. Personalmente no considero que estemos ante meras disfunciones que exceptúan las reglas, sino ante una realidad desveladora de que durante mucho tiempo se ha contado con que ello –la tolerancia de formas de explotación extrema y violencia en el empleo doméstico- aceptando tácitamente que ello ha de ser así para poder asegurar el funcionamiento social global. Sin embargo, los Convenios OIT núm. 189 y ahora el Convenio 190, indican que tal vez se esté produciendo un giro real hacia la integración de estos elementos “fracasados” del régimen liberal capitalista que son las trabajadoras domésticas, a través de una regulación garantista.

– de otro lado, del análisis sobre las formas contemporáneas de esclavitud y servidumbres domésticas y su descripción, se puede establecer una conexión directa con el tema que nos ocupa, la violencia en el trabajo con un impacto de género muy contundente y, por tanto, adelantar la conclusión de que el Convenio OIT núm. 190 está llamado a desempeñar un papel muy importante sobre las trabajadoras domésticas en todo el mundo, ya que la erradicación de toda forma de violencia en este ámbito es clave tanto para su dignificación como para la erradicación de las formas de trabajo doméstico servil.

Aunque las víctimas domésticas tienen muy poca visibilidad, la violencia en el trabajo doméstico y la servidumbre doméstica constituyen un problema mundial de derechos humanos que afecta a todas las regiones del mundo. Millones de mujeres y niñas que desean aprovechar las oportunidades que ofrece el trabajo doméstico y hacer una contribución valiosa a la sociedad se encuentran en situación de riesgo porque no se protegen de forma adecuada sus derechos, su igual dignidad humana y su autonomía. La inclusión del empleo doméstico en el ámbito de aplicación del Convenio OIT núm. 190 estamos seguros de que, al garantizar igual protección de su derecho a un entorno laboral sin violencia, incidirá también en la progresiva desaparición de las servidumbres domésticas, incluido el trabajo “cautivo”, los matrimonios infantiles y forzosos y otras prácticas “culturales”, contribuyendo a garantizar la libertad de desplazamiento y comunicación de los trabajadores domésticos, la prohibición de que salgan del domicilio fuera de sus horas de trabajo o la retención de sus pasaportes, otros documentos de identidad o billetes de avión, y a que se tomen medidas contra los responsables. Limitando las prác-

ticas que refuerzan la dependencia extrema, entre otras cosas, prohibiendo a las agencias de empleo que cobren honorarios a los trabajadores domésticos (en lugar de a los empleadores), limitando el pago en especie y prohibiendo los planes de remuneración por adelantado o diferida, cuyo fin es generar dependencia extrema. La servidumbre doméstica y el trabajo doméstico en general responden a patrones muy arraigados de discriminación por motivo de género (y también por motivo de raza, etnia y casta), se infravaloran los servicios prestados en el hogar o para el hogar, estén o no remunerados, pero el Convenio OIT núm. 190 en conexión con el núm. 189 contribuyen a reconocer el valor del trabajo doméstico para la sociedad y a hacer hincapié en la dignidad y en la autonomía de los trabajadores domésticos, limando las huellas de la cosificación histórica de estos trabajadores.

2. Los principios fundamentales del convenio oit núm. 190 y la recomendación 206 sobre la violencia y el acoso

Desde la aprobación del último Convenio de la OIT –precisamente el núm. 189, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos– hasta la aprobación del siguiente, el Convenio núm. 190 sobre la violencia y el acoso han transcurrido ocho años.

Desde mi punto de vista, sin dejar de reconocer que el recién estrenado Convenio 190 se ha adoptado en un contexto y unas circunstancias que exceden el ámbito del empleo doméstico a todas luces, no es menos cierto que esta continuidad no es casual, teniendo en cuenta la elevada incidencia de muchas y graves formas de violencia constatadas en dicho ámbito. De la misma manera que no es casual que la OIT, que tradicionalmente ha excluido de muchos de sus instrumentos normativos al empleo doméstico, haya optado por incluirlo de forma expresa en el ámbito de aplicación del nuevo Convenio sobre la violencia y el acoso. Y ello porque, como venimos sosteniendo, son numerosas las vinculaciones de buena parte de su contenido con muchas de las situaciones que viven estos trabajadores, fundamentalmente mujeres, en el empleo doméstico, tal y como se acaba de ver.

Por tanto, aunque el Convenio 190 tiene por su propia configuración un ámbito subjetivo muy amplio, “el mundo del trabajo”, el mismo tiene en el empleo doméstico una especial incidencia y conexión que no es meramente cronológica. Y en este sentido debemos recordar que el Convenio 189 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos ya estableció en su artículo 5 la

obligación de todo Miembro de adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos gocen de “una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia”. Es decir, antes de la adopción de un instrumento normativo general y de ámbito de aplicación muy amplio (el Convenio 190), la OIT ya reconoció la obligación de adopción de medidas de garantía del derecho a una protección efectiva contra el acoso y la violencia en el empleo doméstico, dando cuenta de la alta incidencia de este fenómeno execrable en esta actividad productiva.

Se trata –el Convenio 190– indudablemente de un Convenio histórico, no solo por el año de su adopción –conmemorativo de un siglo de existencia de la OIT– sino porque se han adoptado un Convenio y una Recomendación complementaria –núm. 206 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, también de 2019– de forma simultánea y, por primera vez en el seno de esta organización, reconociendo *ex novo* el derecho de toda persona a un entorno “laboral” exento de violencia y de acoso. Y ello, aun con todas las limitaciones derivadas del mecanismo de ratificación y de los sistemas de control débil de su cumplimiento por parte de los Estados. Por ello en el centenario de la OIT, se abrió la puerta a una nueva etapa en defensa de la dignidad en el trabajo, siendo especialmente intenso el compromiso de la Organización con estos instrumentos normativos, para lo que se aprobó también una Resolución que invita a los Estados miembros a la ratificación y a éstos, junto a los agentes sociales a que den pleno efecto al mismo, además de instar al Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo a que solicite al Director General “*que desarrolle, a fin de lograr una amplia ratificación del Convenio... y la aplicación efectiva de los instrumentos, una estrategia integral*”, la cual ha de incluir:

- medidas de apoyo a través de iniciativas de sensibilización, materiales de promoción, investigación y de asistencia técnica
- difundir y promover estos instrumentos en otras organizaciones internacionales y regionales⁷
- asignar recursos en el marco de los programas y presupuestos y movilizar recursos extrapresupuestarios

La entrada en vigor del Convenio, según establece el artículo 14, se prevé

⁷ En especial, se ha de tener en cuenta, en nuestro caso, la Resolución del Parlamento Europeo de 11 de septiembre de 2018 sobre medidas para prevenir y combatir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política en la Unión,

sea doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos miembros hayan sido registradas por el Director General, pero pese a que doce países (Alemania, Argentina, Bélgica, España, Filipinas, Finlandia, Islandia, Irlanda, Italia, Namibia, Sudáfrica y Uganda) han manifestado su voluntad de ratificación, a fecha de hoy sólo Uruguay (el 12 de junio de 2020) y Fiji (el 25 de junio de 2020) lo han ratificado. Esto significa que el Convenio entrará en vigor el 25 de junio de 2021, siendo decepcionante que, pese a los muy mayoritarios apoyos recibidos, tanto el Convenio (439 votos a favor, 7 en contra y 30 abstenciones) como la Recomendación (397 a favor, 12 en contra y 44 abstenciones), además de haberse aprobado una Resolución de refuerzo a la ratificación, no haya recibido una pronta y mayoritaria ratificación generalizada. Y ello porque, a diferencia de otros instrumentos con más complejas implicaciones de tipo económico, en este caso se trata de una materia que apunta directamente a la dignidad y la integridad física y moral de las personas en el mundo del trabajo. Y cuando esto sucede, pensamos que no se trata de vicisitudes propias de un sistema normativo lento (el tiempo nos dirá cuántas ratificaciones alcanzará), menos aún de meras excepciones, que puedan ser explicadas como lógicas en un complejo entramado, sino que realmente algo muy grave sucede: la distancia entre la realidad y el discurso político es tal que lo que queda cuestionado es el propio sistema para el cumplimiento de su propia finalidad. En el caso de los países miembros de la UE, en función de las previsiones del TUE, los Estados no podían ratificar el Convenio 190 sin la previa autorización del Consejo, ya que tanto la discriminación entre hombres y mujeres en el empleo y la ocupación, como la prevención de riesgos laborales entran dentro de las competencias normativas de la UE. En este sentido, la Propuesta de Decisión del Consejo de 22 de enero de 2020, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la UE, el Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (nº 190) de la OIT, abrió la vía a las ratificaciones por parte de los Estados de la UE. En el caso de España, el gobierno anunció el 3 de marzo de 2020 el inicio del proceso de ratificación, sin que hasta el momento se conozca el estado exacto del mismo (y no es que pongamos en dicha voluntad política). Sin embargo, a fecha de hoy, fuera y dentro de la UE, el proceso de ratificación está siendo particularmente lento.

A partir de estas consideraciones, vamos a identificar cuáles son los principios fundamentales del Convenio 190 y la Recomendación núm. 206- sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.; y ello, partiendo de que la aportación fundamental de este tratado internacional es el reconocimiento

del derecho de toda persona a un “mundo del trabajo” libre de violencia y acoso, incluidos la violencia y el acoso por razón de género.

El mismo se sustenta en una serie de principios fundamentales, sobre los que es preciso hacer una aclaración preliminar. Desde nuestra perspectiva, junto con los denominados expresa y formalmente “principios fundamentales”, se pueden identificar, previamente una serie de principios fundamentales implícitos que son los que inspiran los preceptos del Convenio 190 y que se extraen a partir del articulado de ambos textos normativos –Convenio y Recomendación– y de su Preámbulo y que podemos denominar principios fundamentales implícitos. Y hacemos esta distinción porque lo que en dichas normas aparece configurado como “principios fundamentales”, desde mi perspectiva, no son sino “obligaciones fundamentales” de los Estados.

Los principios fundamentales “implícitos” –o deducidos de la integridad del texto– en que se sustenta el Convenio núm. 190 son:

– principio de universalidad o inclusivo: según el cual este derecho se reconoce en el mundo del trabajo sin ningún tipo de distinción. Es decir, como establece el artículo 2 del Convenio, el mismo se aplica tanto a los trabajadores en sentido estricto como a otras personas en el mundo del trabajo. Es decir, más allá de los trabajadores asalariados definidos conforme a la legislación y práctica nacionales, también se aplica a las personas que trabajan, “cualquiera que sea su situación contractual”, las personas en formación (incluidos “los pasantes y aprendices”), los trabajadores despedidos (es decir, incluso una vez extinguido en vínculo contractual), los voluntarios, las personas en situación de búsqueda de empleo y los postulantes a un empleo y las personas que ejercen autoridad, las funciones o responsabilidades de un empleador. Pero no queda aquí el límite del ámbito subjetivo del derecho, ya que el apartado 2 de dicho artículo 2, por si alguna duda pudiera plantearse, especifica que el Convenio se aplica, y sin ningún tipo de cláusulas de flexibilidad, a todos los sectores de actividad, sean públicos o privados, la economía informal y tanto en las zonas urbanas como en las rurales. Obviamente el trabajo autónomo y parasubordinado queda incluido también en el ámbito de aplicación del Convenio aunque no se haga una mención expresa o específica, ya que se aplica a cualquier forma de trabajo, sea cual sea la naturaleza o modalidad de la relación contractual por la que se presta un servicio o se trabaja.

Es importante destacar que, en este aspecto, el Convenio 190 adopta un enfoque absolutamente inclusivo, sin excepciones de ningún tipo, como, al menos hasta ahora, suele ser la regla general en la mayor parte de los conve-

nios, huyendo igualmente de la opción tradicional por regulaciones sectoriales.

– en segundo lugar, se puede hablar del “principio de derecho humanitario”, es decir, un enfoque antes de derechos humanos que de derechos laborales (prevención de riesgos laborales), fundamentalmente referido al derecho a la dignidad de todo ser humano y a la igualdad de oportunidades (especialmente de las mujeres, tanto en el acceso al trabajo como a su permanencia en el mismo), aunque también el derecho a integridad física (y a la salud), psíquica, sexual y moral de toda persona. Derechos que quedan tutelados a través del específico derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso.

– en tercer lugar, se instaura un “principio de tolerancia cero” que afecta a todos los actores del mundo del trabajo, es decir, no sólo a los empleadores en sentido estricto, quienes deberán abstenerse de estas conductas prevenirlos y combatirlos. Por tanto, se descarta toda visión “fisiológica” justificadora de la conflictividad social y personal propia del mundo del trabajo, adoptando una concepción patológica sin ambages, de las interacciones entre la violencia y el mundo del trabajo

– en cuarto lugar, se instaura un “principio de sostenibilidad y eficiencia económica” de ambientes de trabajo libres de violencia y acoso, en cuanto se considera que estos fenómenos son incompatibles y perjudican la calidad de los servicios públicos y privados y la productividad (organización del trabajo, reputación o relaciones en el lugar de trabajo)

– en quinto lugar, instaura un principio de predominancia de género, que ha de ser tenido en cuenta necesariamente para acabar con la violencia y acoso en el mundo del trabajo. Ello supone la consideración de que la violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y niñas, siendo preciso un enfoque integrado que tenga en cuenta las causas y factores de riesgo -entre ellos los estereotipos de género y las formas múltiples e interseccionales de discriminación y abuso de las relaciones de poder por razón de género-.

– en sexto lugar, el principio de conectividad entre violencia laboral y violencia doméstica. Se reconoce que la violencia doméstica puede afectar al empleo, la productividad y la seguridad y salud, lo que lleva a afirmar la necesaria contribución de organizaciones de empleadores, de trabajadores e instituciones del mercado de trabajo, como parte de otras medidas, a reconocer, afrontar y abordar el impacto de la violencia doméstica. Junto a ello,

late en el Convenio la inclusión en el ámbito familiar de la violencia sufrida por los empleados domésticos, debido a la existencia de cada vez más países donde se incluye en el concepto de familia tanto a quienes tienen vínculos de parentesco por consanguinidad o afinidad o relación análoga de pareja, como a otras personas que conviven en el hogar.

Junto a estos principios que hemos denominado implícitos, el Convenio dedica la Parte III –artículos 3 al 6– a los “principios fundamentales” que ha de respetar todo Miembro que ratifique el Convenio, que realmente constituyen las obligaciones fundamentales de los miembros que los principios, y son los siguientes:

- Respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso (art. 4.2).

- Adoptar, de conformidad con la legislación y la situación nacional y en consulta con las organizaciones representativas, un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo –teniendo en cuenta la implicación de terceros cuando proceda– (art. 4.2). Enfoque que consistirá en prohibir la violencia y el acoso, velar por que las políticas pertinentes los aborden, adoptar una estrategia integral para prevenirlos y combatirlos, establecer mecanismos de control de aplicación y de seguimiento (o fortalecer los existentes), velar por que las víctimas tengan acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo, prever sanciones, desarrollar herramientas, orientaciones y actividades de educación y de formación y de sensibilización en forma accesible, garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos en casos de violencia y acoso -incluyendo la actuación a través de la inspección de trabajo o de otros organismos competentes-. En este enfoque inclusivo, integrado y de género se reconocerán las funciones y atribuciones de gobiernos, empleadores y trabajadores –y sus respectivas organizaciones– teniendo en cuenta la naturaleza y alcance de sus respectivas responsabilidades.

- Todo Estado Miembro deberá respetar, promover y llevar a efecto los principios y derechos fundamentales en el trabajo (libertad de asociación, reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación), así como fomentar el trabajo decente y seguro (art. 5).

- Todo Estado Miembro deberá adoptar una legislación y políticas que ga-

ranticen el derecho a la igualdad y no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o varios grupos vulnerables o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Desde mi punto de vista, aunque se denominan principios fundamentales del Convenio estos cinco “principios” no están formulados como tales sino como obligaciones fundamentales de los Estados Miembros que ratifiquen el Convenio. No obstante, a través de dichas obligaciones, o a partir de ellas, se vislumbran en buena medida los que, a partir del texto en su integridad, hemos identificado previamente como principios fundamentales.

En cuanto a los principios fundamentales explícitos o así expresamente denominados y contenidos en la Recomendación sobre la violencia y el acoso y que deben considerarse conjuntamente con las previsiones del Convenio, vemos que algunos de ellos coinciden con los del Convenio y otros se añaden *ex novo*. Concretamente la Recomendación establece los siguientes principios:

– Enfoque inclusivo, integrado y de género: se recomienda adoptar y aplicar este enfoque establecido en el párrafo 2 del artículo 4 del Convenio en la legislación relativa al trabajo y el empleo, la seguridad y la salud en el trabajo, la igualdad y no discriminación y en el derecho penal, según proceda. Enfoque que según el Convenio implicará la prohibición legal de la violencia y el acoso, que las políticas aborden la violencia y el acoso, la adopción de una estrategia integral para prevenirlas y combatirlas, establecimiento de mecanismos de control, vías de recurso a las víctimas, reparación y medidas de apoyo, previsión de sanciones, herramientas y actividades de formación, educación y sensibilización, medios de inspección e investigación efectivos. Por tanto, la aportación de la recomendación se limita a especificar las legislaciones que han de incorporar este enfoque inclusivo, integrado y de género en el tratamiento de la violencia en el mundo del trabajo.

– Garantía plena de la libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, de conformidad con los Convenios núm. 87 y 98, en todos los sectores, ocupaciones y modalidades de trabajo que están más expuestos a la violencia y el acoso. Derechos plenamente consagrados en todos los ámbitos, pero que en la Recomendación se destacan para dar una mayor relevancia a su protagonismo en la lucha contra toda forma de violencia en el trabajo y que, de forma indirecta, supone una llamada de atención

sobre aquellas regiones o sectores donde estos derechos presentan déficits (como es el caso de las empleadas de hogar).

- Promoción de la negociación colectiva a todos los niveles como medio para prevenir y abordar la violencia y el acoso y, en la medida de lo posible, mitigar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo. Esta llamada a dar un mayor protagonismo a la negociación colectiva en la erradicación de la violencia en el trabajo, incluye expresamente a la violencia doméstica, sin embargo, es claro que esta referencia no se refiere a las empleadas domésticas sino a las recidivas de la violencia familiar en el ámbito del trabajo.

- Apoyo a la negociación mediante la recopilación y divulgación de información sobre tendencias y buenas prácticas, tanto respecto al proceso de la negociación como al contenido de los convenios colectivos. Recomendación que insiste por tercera vez en el papel tan relevante de la negociación colectiva y la necesidad de que se produzca una propagación de las buenas prácticas, tanto de negociación como de contenido.

- La toma en consideración por las legislaciones y políticas nacionales del Convenio núm. 100 sobre igualdad y no discriminación y la Recomendación núm. 90 sobre igualdad de remuneración, el Convenio núm. 111 y la Recomendación núm. 11 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación. Por tanto, este último principio, vuelve a incidir en la perspectiva de género, obligando a poner en conexión, en una adecuada interpretación sistemática, estas normas y el nuevo Convenio.

Estos cinco denominados “principios fundamentales” de la Recomendación núm. 206, en realidad se reducen a dos. De un lado, el enfoque inclusivo, integrador y de género, ya identificado en el Convenio 190 y, por tanto, en este punto se da una plena coincidencia entre ambos instrumentos, aunque la Recomendación añade los ámbitos legislativos donde se ha de trasladar este enfoque (trabajo, empleo, seguridad y salud, igualdad y no discriminación y derecho penal). Y de otro, sobre todo, a la consagración de la plena vigencia y especial relevancia del derecho a la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva conforme a los Convenios 87 y 98, respecto a todos los trabajadores y todos los empleadores “incluidos aquellos en los sectores, ocupaciones y modalidades de trabajo que están más expuestos a la violencia y el acoso”, entre los que sin duda se encuentran las trabajadoras y trabajadores domésticos, especialmente migrantes por todos los factores ya señalados en la primera parte de este trabajo. Y, por tanto, se trata s de un principio que

refuerza la plena vigencia de estos dos derechos colectivos fundamentales en el ámbito del empleo doméstico, donde como se sabe la implantación sindical y el desarrollo de la negociación colectiva son aún, en la mayor parte del mundo, un mero *desideratum* o altamente deficitarios.

Junto a este principio impulsor y expansivo del derecho de libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva (Convenios 87 y 98), en la Recomendación se invocan otros instrumentos, concretamente todos los relativos a no discriminación: el Convenio 100 y la Recomendación 90 sobre igualdad de remuneración y el Convenio 111 y Recomendación 111 sobre no discriminación en materia de empleo y ocupación. Se ha de reparar que de estos seis instrumentos expresamente invocados como principios fundamentales, cuatro de ellos coinciden con cuatro de los ocho Convenios Fundamentales de la OIT. Es decir, no se invocan aquí ni el Convenio sobre eliminación de la esclavitud (Convenio 29, de 1930), ni el Convenio 105 sobre eliminación de todas las formas de trabajo forzoso, ni tampoco los Convenios sobre eliminación de las peores formas de trabajo infantil y el de edad mínima. Pese a ello, lo cierto es que el Preámbulo del Convenio 190 reafirma la “pertinencia de los convenios fundamentales de la OIT” –además de otros instrumentos internacionales expresamente mencionados–⁸. Y ello no es casual, ya que las diversas formas de trabajo forzoso y de esclavitud –aunque sea esclavitud o trabajo forzado de facto, también denominadas formas contemporáneas de esclavitud o servidumbre–, como hemos visto, acusan una importante dimensión de género muy significativa en el empleo doméstico, realidades en que la violencia y/o el acoso son además elementos identificativos que están presentes por definición en estas formas de explotación extrema. La inclusión como principios fundamentales de estos Convenios fundamentales –los ocho– queda además consagrada en el artículo 5 del Convenio, donde de nuevo se invoca el respeto y garantía de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, haciendo mención expresa al derecho a la libertad de asociación, reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva, eliminación de todas las formas de

8 Concretamente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. De lo que se desprende la necesaria conexión sistemática del Convenio sobre la violencia y el acoso y ciertas realidades y colectivos especialmente vulnerables en función del sexo, la migración y la discapacidad.

trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación, así como el fomento del trabajo decente y seguro.

En conclusión, la Recomendación, respecto al Convenio, añade o hace más hincapié en la necesidad de apoyar e impulsar un efectivo derecho a la negociación colectiva como vía de prevención y afrontamiento de la violencia y el acoso, lo que en el ámbito europeo ha dado buenas muestras de ser un instrumento especialmente adecuado para desarrollar una intervención preventiva, reactiva y reparadora frente a la violencia y el acoso.

3. La aplicación del convenio núm. 190 a las trabajadoras y trabajadores domésticos

Conforme al principio inclusivo, integrador y de género, no cabe duda de la aplicación del Convenio 190 –y Recomendación 206– al ámbito del empleo doméstico. Este principio queda consagrado –ámbito subjetivo inclusivo– en el artículo 2 del Convenio al establecer su aplicación a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, incluyendo a todas las personas que trabajan cualquiera que sea su situación contractual (incluyendo a las personas en formación, pasantía, aprendizaje, despedidos, voluntarios, en búsqueda o postulantes a un empleo y personas que ejercen poderes empresariales); y ello en todos los sectores, sin excepción público o privado, economía formal e informal y en zonas urbanas y rurales. Por tanto, en lo que se refiere al empleo doméstico el Convenio es especialmente relevante, dada la alta incidencia del empleo informal.

De otro lado, el Convenio proyecta dicho principio inclusivo en el tiempo y el espacio al incluir a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, durante el trabajo y en relación con o como resultado del mismo, por tanto se aplica al lugar de trabajo en sentido estricto (espacios públicos y privados), incluyendo lugares donde se retribuye, se descansa, se come, instalaciones sanitarias, aseos o vestuarios (vestuarios) y en sentido amplio, es decir en los desplazamientos, viajes, eventos, actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo, comunicaciones relacionadas con el trabajo incluidas las TIC, en el alojamiento proporcionado por el empleador y en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo. En el caso del empleo doméstico se ha de prestar especialmente atención a los espacios privados, donde aún es más complejo el control, en los desplazamientos –cuando el empleado doméstico se desplaza con el empleador a viajes o residencias de vacaciones–, especialmente cuan-

do ello comporta la salida a otros países y se trata de trabajadores migrantes y cuando conviven en el alojamiento proporcionado por el empleador.

Si la aplicación del Convenio 190 al ámbito del empleo doméstico no plantea duda alguna, la violencia doméstica, de forma específica, también cobra especial relevancia en el texto. Ciertamente el enfoque adoptado en el Convenio se refiere a la incidencia de este fenómeno, que excede de lo que texto denomina “el mundo del trabajo”, pero se considera que, aun con una etiología ajena al mismo, sin embargo, se proyecta sobre él al incidir en la productividad, la seguridad y la salud. Pero a la vez, se reconoce, igualmente que la violencia en el trabajo doméstico, es, a la vez, violencia doméstica.

En la elaboración del Convenio 190 y la Recomendación núm. 190, la comisión normativa celebró 24 sesiones y examinó los Informes V (2A) y V (2B), ambos denominados, “Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”, de los que tan solo vamos a mencionar aquí los puntos que consideramos son de interés en relación con el empleo doméstico:

-la representación empresarial (la vicepresidenta empleadora), tras manifestar el rechazo del Grupo de los Empleadores a la violencia y el acoso, también puso de manifiesto su preocupación por el ámbito de aplicación del convenio, aunque no se concretó en qué sentido o en que ámbito concreto el texto pudiera plantear algún inconveniente.

-la representación de la parte trabajadora (la vicepresidenta trabajadora) afirmó el cambio profundo que estos textos normativos comportarían en la vida de millones de trabajadores, sobre todo trabajadoras y el cambio cultural que provocará en los lugares de trabajo para hacerlos más seguros, dignos y respetuosos. Subrayó el esfuerzo realizado en estos instrumentos por el movimiento sindical mundial, especialmente las mujeres del movimiento, para llegar a este momento histórico, que da voz a todos los trabajadores para los que la violencia y el acoso eran una realidad cotidiana y cita los sectores de la confección, trabajadores domésticos, vendedores ambulantes y sobrevivientes de la violencia doméstica. Por tanto, se refiere al empleo doméstico como uno de los sectores más afectados por la violencia y el acoso, destacando también la importancia del enfoque o principio inclusivo adoptado y cómo la identificación de los sectores más expuestos era de vital importancia para la prevención de estos fenómenos en el mundo del trabajo. Del mismo modo señala que son las personas cuya experiencia es más grave debido a la marginación y la discriminación, son las que precisan una mayor protección.

– El representante del Secretario General, señaló que, en un momento

histórico, los delegados habían ejercido a la vez de pioneros y exploradores para alcanzar unos textos sólidos, efectivos, prácticos y aplicables, gracias a su compromiso con el tripartismo.

En los distintos Informes y proyectos se observa una mayor preocupación por los grupos especialmente vulnerables o expuestos a la violencia, entre los que se encuentran, además de las mujeres y las personas que trabajan en los sectores de actividad señalados, las personas migrantes. Este enfoque de reforzada tutela para grupos o colectivos se recoge de forma expresa en la Recomendación, dentro de su apartado II –Protección y prevención–, apartado 9, en el que se establece que los Estados miembros debería adoptar medidas apropiadas para los sectores o las ocupaciones y las modalidades de trabajo más expuestos a la violencia y el acoso, tales como “el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza de forma aislada, el trabajo en el sector de la salud, la hostelería, los servicios sociales, los servicios de emergencia, el trabajo doméstico, el transporte, la educación y el ocio”. Por tanto, el principio inclusivo se ve reforzado por la expresa mención al servicio doméstico en la Recomendación complementaria del Convenio.

Igualmente reseñable del proceso de elaboración del Convenio ha sido el interés por integrar e incluir conexiones entre la violencia y su repercusión económica. En efecto, los expertos que intervinieron prestaron especial atención a la violencia doméstica, dada la expansión del fenómeno y la proliferación de normas nacionales sobre la materia, siendo lo más relevante el consenso existente sobre el término “familia” o “relación doméstica”, que, según el parecer general no se limitaría a quienes tienen una relación familiar en sentido estricto (matrimonio, hijos, parientes por consaguinidad o afinidad o parejas de hecho) sino que incluiría a las personas que prestan sus servicios en el hogar y viven en él, que quedarían igualmente expuestos a la violencia y acoso en la esfera doméstica. Este aspecto es relevante a nuestros efectos porque viene a contribuir a una necesaria distinción entre empleadas domésticas externas y empleadas domésticas internas, configurando a éstas como el grupo más expuesto a padecer la violencia y el acoso. En lo que aquí interesa, ello comportaría la extensión a estas personas de todos los mecanismos de tutela específicos de la violencia en el ámbito familiar o doméstico, sin que se establezca una relación de exclusión del ámbito de aplicación de la violencia laboral o del mundo del trabajo al que igualmente pertenecen. Por ello y aun cuando con carácter general el Convenio da un tratamiento a la violencia doméstica limitado a su incidencia económica en el mundo del trabajo -sobre

todo por su impacto en la productividad y rendimiento de los trabajadores, absentismo, bajas laborales y en el acceso o permanencia en el empleo-, siendo ello lo que determina la pertinencia de su inclusión en el ámbito de un Convenio relativo al mundo del trabajo, lo cierto es que en el caso del empleo doméstico con convivencia en el hogar se produciría una incidencia directa de este tipo de violencia doméstica con la laboral al estar directamente relacionada con el trabajo (coincidencia del lugar de convivencia y lugar de trabajo). Y el problema fundamental de esta doble incidencia de la violencia es que, en estos casos, los lugares de trabajo no podrán ser ámbitos idóneos para impulsar la prevención y medidas de lucha contra la violencia doméstica, al coincidir el ámbito doméstico con el entorno laboral –es decir, es el mismo–. Así, y en conclusión, si desde la perspectiva general adoptada en el Convenio 190, el lugar de trabajo constituye un lugar privilegiado para abordar la violencia doméstica, apoyando a las personas que la sufren, los empleados domésticos no podrán contar con el amparo de su empleador para afrontar la situación. Para entender mejor lo que queremos señalar, se puede acudir al ejemplo del Sindicato Nacional de Trabajadores Ferroviarios, Marítimos y del Transporte del Reino Unido, modélico en el diseño de una política laboral frente a la violencia doméstica, protegiendo a las personas trabajadoras contra represalias por absentismo provocado por la violencia doméstica, para lo que ha conseguido negociar licencias especiales para las víctimas de violencia doméstica, la limitación del acceso al lugar de trabajo a personas no autorizadas o la utilización de placas con seudónimos en los locales donde trabajen empleados que temen ser identificados por potenciales agresores. Se trata de medidas en que la relación de trabajo se modaliza o adapta en orden a tutelar a estos trabajadores en el lugar de trabajo, sin embargo, a excepción de la licencia, son medidas no aptas para la protección de las trabajadoras domésticas. Por ello la negociación colectiva, que sin duda ha de desarrollarse en este sector, deberá contemplar medidas específicas para los supuestos de convivencia en el hogar familiar, que es donde se da la coincidencia de la violencia doméstica y la violencia en el trabajo.

Por último, recordar que el Convenio 190 y la Recomendación 206 se sitúan en consonancia con los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 que incluye entre ellos el de lograr el trabajo decente propugnado por la OIT para hombres y mujeres y el de eliminar las formas de explotación de las mujeres y niñas en los ámbitos públicos y privados, entre los que se encuentra el empleo doméstico.

4. Consecuencias jurídicas de la ratificación del convenio 190 en la legislación española del trabajo doméstico

Los retos que la ratificación del Convenio 190 y la Recomendación 206 plantean en relación con el empleo doméstico en nuestro ordenamiento jurídico interno son fundamentalmente cuatro:

– En primer lugar, es preciso modificar el régimen jurídico de esta relación laboral especial. La actual regulación del empleo al servicio del hogar familiar –RD 1620/2011, de 14 de noviembre–, que atribuye a esta relación la naturaleza jurídica de relación laboral de carácter especial, aunque establece la supletoriedad del ET y legislación laboral común en todo lo que resulte compatible con las particularidades derivadas del carácter especial de esta relación (art. 3), no contempla las particularidades del derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso. En su art. 7 remite sin más a los derechos y deberes establecidos en los artículos 4 y 5 del ET, obviando la especial incidencia y las particularidades que la violencia y el acoso revisten en el ámbito doméstico. Por ello sería preciso pensar en una labor de adecuación de dicho reglamento a las exigencias que al respecto establece el Convenio núm. 190 OIT, aunque ya la ratificación del Convenio 189 obliga a adoptar medidas de protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia.

– En segundo lugar, para cumplir con las exigencias de intervención de la Inspección de Trabajo en materia de violencia y acoso establecidas en el Convenio 190 OIT, será preciso abordar la forma para articular la actuación de la Inspección de Trabajo en los domicilios donde se prestan estos servicios, lo que podría llevarse a efecto tanto con una autorización judicial como contando con el previo consentimiento del titular del hogar, además de instaurar entrevistas de oficio con las trabajadoras domésticas. A tal efecto, sería igualmente aconsejable que la ITSS incluyera entre sus planes sectoriales, uno específicamente diseñado para este sector de actividad, que tenga en cuenta si la trabajadora presta servicios para uno o varios empleadores, si es o no migrante y si desarrolla o no su actividad con obligación de residir en el hogar donde presta sus servicios.

La intervención de la Inspección de Trabajo requiere un mayor grado de desarrollo y concreción en este ámbito, lo cual es una exigencia del Convenio. Concretamente el art. 17.2 del Convenio 189 obliga precisamente a todo Miembro a formular y poner en práctica medidas relativas a la inspección de trabajo, la aplicación de las normas y las sanciones, prestando debida atención

a las características especiales del trabajo doméstico. Y, más concretamente, en el apartado 3, especifica que, en la medida en que sea compatible con la legislación nacional, en dichas medidas deberán especificar las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, en el debido respeto a la privacidad. Muchas de las formas de violencia y acoso pueden ser determinadas con la visita al domicilio, examinando alojamiento, condiciones de trabajo, trato entre personas, disposición de teléfono de documentación personal, aseos... etc, sin perjuicio del correspondiente control y las específicas inspecciones a las agencias privadas nacionales y transnacionales, especialmente las que operan con trabajadores domésticos migrantes. El RD 1620/2011, establece, genéricamente en el art. 12 que el control de cumplimiento de la legislación laboral relativa a esta relación laboral se realizará por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que la ejercerá con las facultades y límites contemplados en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin abordar las particularidades que la labor inspectora comporta en este ámbito. Esta remisión ha de entenderse efectuada a la vigente Ley 23/2015, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, cuyo artículo 13 (en los mismos términos que el art. 5 de la anterior Ley 42/1997), regulador de las facultades de los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social para el desempeño de sus competencias, establece la de entrada libre y sin previo aviso en los centros de trabajo, pero exceptúa esta regla cuando el centro de trabajo coincide con el domicilio de una persona física, en cuyo caso se exige expreso consentimiento de la persona empleadora o la oportuna autorización judicial. Es decir, la legislación sobre inspección en hogares familiares no se ha visto modificada tras la ratificación del Convenio 189 OIT de trabajadoras domésticas, por considerarla en aquel momento suficiente y es previsible que cuando se ratifique el Convenio 190 tampoco lo haga. Sin embargo, más allá de la visita a los domicilios, la ITSS cuenta con otros mecanismos, como el señalado de entrevistas aleatorias y periódicas con estos trabajadores que serían de utilidad, debido a que tanto el consentimiento expreso como la orden judicial pueden permitir preparar la visita y eludir cualquier indicio de violencia o acoso, haciendo poco fructífera la actuación inspectora. El hecho de que se trate de una violación de un derecho laboral de acusada gravedad, en cuanto toca de lleno a la dignidad del ser humano, debiera obligar a instrumentar mecanismos más eficaces y viables de practicar, porque el hecho es que las actuaciones de la ITSS en este sector son a penas testimoniales y casi limitadas

a situaciones de retención ilegal de personas migrantes, sin documentación en relación con actuaciones penales. Y lo cierto es que el Convenio 190, con carácter general pero también aplicable a los empleados domésticos, aporta conceptos legales, determina el ámbito de protección, las medidas preventivas y los modos de intervención –protocolos–, facilitando la actuación de la ITSS de carácter sancionador, pero para ello será preciso la adopción de una norma interna preventiva en la que, desde nuestro punto de vista, se habrá de prestar atención a los trabajos más expuestos –como es el empleo doméstico–, tal y como exige el Convenio, que se adapte a sus particularidades

– En tercer lugar, es preciso hacer algunos ajustes en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. El artículo 7.2 del RD 1620/2011, en relación con la seguridad y salud de estos trabajadores, establece la obligación del empleador de cuidar que este trabajo se desarrolle “en condiciones de seguridad y salud”, para lo cual está obligado a adoptar “medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico”. Previsión excesivamente genérica e insuficiente desde la perspectiva de las obligaciones que comporta la ratificación del Convenio núm. 190; además, y esto es más grave, dicho precepto establece asimismo que el incumplimiento grave de estas obligaciones será causa justa de dimisión del empleado. Desde nuestro punto de vista, la dimisión como derecho ante incumplimientos graves atenta directamente contra las exigencias de tutela y protección de las víctimas de violencia y acoso en el ámbito del empleo doméstico exigidas por el Convenio 190 y, por tanto, con la ratificación del mismo, será preciso proceder a una modificación que adecue las exigencias preventivas y de tutela previstas en él. De otro lado, también en el ámbito de la prevención, debemos recordar que el artículo 3.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, excluye de su ámbito de aplicación el trabajo de los empleados al servicio del hogar familiar, no obstante, impone al empleador la obligación de cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, en los mismos términos que el RD 1620/2011. Aunque en la doctrina se ha considerado que la razón de esta exclusión del ámbito de aplicación de la PRL se debe a la “propia simplicidad del proceso de trabajo en las actividades domésticas” y “la ausencia, por lo general, de riesgos específicos cuya prevención requiera de equipos o instrumentos de protección”⁹, ya que no parece de recibo el argu-

⁹ Cfr. MONTOYA MELGAR, A. Y PIZÁ GRANADOS, J.: *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid, McGraw-Hill, 2^a ed., pg. 71

mento de la tutela de la intimidad familiar en este punto, lo cierto es que esa argumentación choca de lleno con la evidencia constatada de que el empleo doméstico –mayormente cuando se convive en el hogar– es uno de los sectores donde la violencia y el acoso revisten mayor incidencia y gravedad¹⁰. Y el hecho de que sí contemos con una obligación general de seguridad, incluso considerando que no se trate de una cláusula general vacía de contenido¹¹ –en cuanto no tiene un contenido concreto y carece de mecanismos de control y sanción–, y afirmando que, aun genérica, es una obligación cuyo contenido concreto se ha de determinar caso por caso, a partir del concepto de dignidad humana –al que alude expresamente en relación con la prevención el art. 2 de la LPRL–, decimos, aun en una interpretación lo más positiva o garantista posible, consideramos que es preciso introducir alguna modificación en la normativa preventiva, al menos en relación con el riesgo de violencia y acoso, siendo riesgos psicosociales de alto impacto en esta actividad. Se es consciente de la dificultad o inviabilidad de proceder a una aplicación *in totum* de las previsiones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales cuando el empleador no es un empresario, por lo que parecería más adecuada la inclusión en su reglamento regulador, estableciendo las obligaciones concretas especiales de estos empleadores en materia de seguridad y salud relacionadas con la violencia y el acoso. Además, sería preciso proceder a reconocer los mismos derechos en materia de seguridad y salud a todos los trabajadores informales del sector doméstico, incluyéndolo en el ámbito de responsabilidades por incumplimiento de la normativa laboral. Y ello es particularmente necesario si tenemos en cuenta de la nula incidencia de los planes de igualdad en el empleo doméstico, a pesar de la inclusión en éstos de la protección frente a la violencia y el acoso y la extensión a mayor número de empresas –tal y como recientemente introdujo el RDL 6/2019, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación y el Real Decreto 901/2020, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, de registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos).

10 Al margen de estos riesgos, en la doctrina se han estudiado riesgos en relación con maquinaria, riesgos físicos, químicos, biológicos y psíquicos. Vid. MORENO CÁLIZ, S.: “La especialidad de los hogares familiares y el trabajo doméstico”, en VV.AA. DIR. RIVAS VALLEJO Y MONEREO PÉREZ, *Tratado de Salud Laboral, Tomo II, Aranzadi*, 2012, pg. 105 y ss.

11 De “brindis al sol” califica esta obligación SALA FRANCO, T. en *Manual de Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Valencia, 2011, pg. 402.

– En tercer lugar, para promover la negociación colectiva en el empleo doméstico de forma efectiva –como exige el Convenio 190 OIT– es preciso introducir cambios en relación con la negociación colectiva, bien estableciendo reglas especiales de legitimación negocial en el RD 1620/2011 (como se hizo con las empresas de trabajo temporal), bien adoptando reglas específicas de legitimación negocial dentro del art. 87 del ET, las cuales han de tener en cuenta, sobre todo, las especificidades del lado de los empleadores, puesto que debiera abrirse la posibilidad de incluir como sujetos legitimados a las asociaciones de empleadores del hogar familiar sobre criterios de representatividad similares a los aplicados a las asociaciones de empresarios con carácter general –afiliación y volumen de trabajadores empleados por los afiliados–.

Hemos de tener en cuenta que España ratificó el Convenio 189 de la OIT sobre trabajadoras y trabajadores domésticos. Un Convenio con el que el Convenio 190 guarda una relación clara de continuidad y en el que se invocan también los principios y Convenios Fundamentales en el Trabajo –art. 3 del Convenio 189– y la obligación de proteger el derecho de asociación de trabajadores domésticos y empleadores de trabajadores domésticos. Y, además, expresamente –art. 5– el Convenio 189 obliga a asegurar que estos trabajadores gocen de una protección efectiva contra toda forma de abuso, acoso y violencia, por lo que el Convenio 190 puede considerarse un desarrollo de dicho precepto del Convenio específico del empleo doméstico. Aspecto este relevante por romper la tradición de la OIT de dar tratamiento jurídico diferenciado a determinados trabajadores –el mar, la agricultura, las minas...–, lo que en la materia que nos ocupa supone el reconocimiento de un derecho a un ambiente de trabajo libre de violencia y acoso con idénticas garantías para todas las personas que participan en el mundo del trabajo. Por tanto, garantizando idéntica tutela a los trabajadores doméstico.

5. Bibliografía

- Cabeza Pereiro, Jaime. “El trabajo doméstico en la normativa de la OIT”. Revista Trabajo y Derecho, nueva revista de actualidad y relaciones laborales, núm. 9
- Drew, S., Gassabay, B. y Mills, M.: *Dirty work. The social construction of taint* (Texas, Baylor University Press, 2007)
- Maria Jesús Espuny i Tomás (coor), *Relaciones laborales y empleados del hogar* (Madrid, Dykinson, 2014)
- Lousada Arochena, José Fernando. “La servidumbre doméstica y su tratamiento

- en el Derecho español”. En *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, coord. Esteban Pérez Alonso y Sofía Olarte Encabo, pgs. 421-450, cap. XIV. Valencia, Tirant lo blanch, 2020.
- Lerussi, Romina Carla. “Trabajo sucio y feminización. Lecturas jurídicas feministas”. *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, coord. Esteban Pérez Alonso y Sofía Olarte Encabo, pgs.405-419, cap. XIII. Valencia, Tirant lo blanch, 2020.
- Miñarro Yanini, Margarita. “Formas esclavas de trabajo esclavo y servicio del hogar familiar. Delimitación conceptual, problemática específica y propuestas”. *Revista Relaciones Laborales*, revista crítica de teoría y práctica, núm. 10 (2014), pgs. 43-68.
- Moreno Cáliz, S. “La especialidad de los hogares familiares y el trabajo doméstico”. *Tratado de Salud Laboral*, dir. Pilar Rivas Vallejo, pgs. 105-124, Tomo II. Pamplona, Aranzadi, 2012.
- Quesada Segura, Rosa. “La dignificación del trabajo doméstico: El Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 26 (2011)
- Quesada Segura, Rosa “De nuevo sobre el Sistema Especial de Seguridad Social de personas empleadas de hogar: puntos críticos”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, n° 3 (2015), pgs. 59-78.
- Quintero Lima, Gema. “El trabajo de servicio doméstico como una realidad jurídica inevitable”. *Lex Social*, *Revista de Derechos Sociales*, vol 9, n° 2 (2019), pgs 2-6.
- Séverine Durin (coord.), *Trabajadoras en la sombra* (México, Publicaciones de la Casa Chata, 2014)
- Vela Díaz, Raquel. “Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos 2011 (núm. 189). *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, núm extra 0 (2019), pgs 1515-1532.

CAPITULO VI
IMPACTO EN ESPAÑA DEL CONVENIO 190 OIT PARA LA TUTELA
EFFECTIVA FRENTE A LA VIOLENCIA EN EL TRABAJO: OBLIGADOS
CAMBIOS LEGALES Y CULTURALES

CHAPTER IV
THE IMPACT IN SPAIN OF THE 190 ILO CONVENTION FOR
EFFECTIVE GUARDIANSHIP AGAINST VIOLENCE AT WORK: DUE
LEGAL AND CULTURAL CHANGES

Cristóbal MOLINA NAVARRETE
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén
Director académico del Laboratorio de Riesgos Psicosociales de Andalucía
Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales (IAPRL)
cmolina@ujaen.es
ORCID:0000-0001-8830-6941

“Estoy así, sentado ante mi noche como un vigilante de museo. Nadie debe acercarse a la obra del miedo o de la valentía, nadie puede dañar el cuadro del amor, el lienzo de la misteriosa derrota. (...). Quiero que cierre las puertas de la desgracia. Me niego a la fatalidad, aunque mis gafas hayan perdido su graduación y mis amigos sus matrimonios”

Luis GARCÍA MONTERO. Balada en la muerte de la poesía (Miradas de Juan Vida), Madrid, Visor Poesía, 2ª Edición, 2016

Resumen: El Derecho español, al igual que el Derecho francés, cuenta con un importante arsenal de “armas jurídicas” contra la violencia y el acoso en el trabajo en todas sus modalidades, también frente a la violencia psíquica y el acoso moral (*mobbing*). Sin embargo, la experiencia práctica seguida hasta el momento muestra una extrema deficiencia. La protección real de las personas trabajadoras frente a la violencia y el acoso en el trabajo está siendo muy débil, tanto en el plano cuantitativo (pocas personas protegidas) como cualitativo (escasa tutela la recibida por quienes ganan sus pleitos judiciales). Por lo tanto, se necesita un

potente revulsivo normativo e institucional que cambie esta situación tan decepcionante, mejorando las políticas y culturas de tutela frente a la violencia y el acoso, sobre todo en el ámbito preventivo, también en el punitivo. Este estudio detalla y explica cuáles deben ser los principales cambios legales a tal fin en el Derecho español.

Palabras clave: OIT, acoso laboral, ciberacoso laboral, riesgos psicosociales, protocolos de acoso, mobbing

Abstract: Spanish law, like French law, has an important arsenal of “legal weapons” against violence and harassment at work in all its forms, also against psychic violence and moral harassment (mobbing). However, the practical experience in companies (management policies) and in the courts (guardianship guarantees against non-compliance) so far shows a major deficiency. The real legal protection of working people against violence and harassment is still very weak, both quantitatively (few people protected) and qualitatively (little protection received by those who win their lawsuits). Therefore, a powerful policy and institutional push is needed to change this disappointing situation. The objective sought should be to improve policies (company and public) and guardianship cultures against violence and workplace harassment. This improvement should be more intense in the preventive field of these psychosocial risks at work, also in the punitive one. This study details and explains what the main legal changes should be that ILO Convention 190 should imply in Spanish law for this purpose.

Keywords: ILO, harassment at work, cyberbullying at work, psychosocial risks, harassment protocols, mobbing

Sumario: 1. Introducción: la necesidad de un revulsivo (¿legal?) para corregir la deficiente praxis española de protección frente al acoso en el trabajo. 2. Definición legal de la violencia y el acoso en el trabajo: concepto expansivo de la OIT versus el restrictivo nacional. 2.1. La cuestión definitoria: la conveniencia de una dualidad definitoria y de superar las nociones meramente clínicas de violencia y acoso. 2.1.1. ¿Fin de un doble vacío?: ausencia de una noción jurídica útil de violencia y acoso en el trabajo. 2.1.2. La definición legal, condición necesaria, no suficiente, para su operatividad: El acoso moral laboral como forma de violencia reiterada y prolongada. 2.2. De la cuestión definitoria a la cuestión tipológica: ni la intención ni el resultado son elementos del tipo jurídico acoso moral laboral. 3. El reforzamiento de la dimensión preventiva psicosocial frente a la violencia y el acoso en el trabajo: obligatoriedad y mejor calidad de políticas de empresa. 4. De la dimensión de gestión integral de la violencia y el acoso en el trabajo a la protección reforzada de los colectivos especialmente vulnerables. 5. La obligada tipificación expresa de la violencia y el acoso a través de las TIC: la formalización

legislativa de la huella judicial del ciberacoso en el trabajo. 6. Bibliografía científica de referencia.

1. Introducción: la necesidad de un revulsivo (¿legal?) para corregir la deficiente praxis española de protección frente al acoso en el trabajo

Este 2021 se cumplen dos décadas de las primeras decisiones judiciales sociales (TSJ de Navarra, 2001) que dejaron emerger y nominaron un problema, el acoso moral en el trabajo (en ese tiempo denominado con el barbarismo “mobbing”), hasta entonces difuso en la sociedad, en el mundo del trabajo en incluso en la doctrina judicial (el extinto TCT permite rastrear su huella, aún innominada) y jurisprudencial (en numerosos supuestos de extinción causal o dimisión provocada ex art. 50 ET). Desde entonces, se han dictado miles de sentencias, localizables en todos y cada uno de los 5 órdenes jurisdiccionales, incluidos el militar y el civil, si bien se llevan la palma, con diferencia, el social y el contencioso-administrativo. Por estrados desfilan todos los días cada vez más y más heterogéneas cuestiones asociados a la violencia y el acoso moral en el trabajo, en todas sus modalidades (moral y discriminatoria, sobre todo por razón de sexo, pero no solo), en su entendimiento como riesgos psicosociales (enfoque preventivo y de política de salud laboral), cuanto como violación de derechos fundamentales (enfoque reactivo y como política de protección de la dignidad humana de las personas trabajadoras).

El balance de estas dos décadas no puede ser más decepcionante, por la deficiente efectividad práctica de la tutela jurídica (preventiva, reparadora y punitiva) frente a la violencia y el acoso moral en el trabajo. No, a mi juicio el principal obstáculo para el debido salto cualitativo en la tutela frente a tal lacra humana, social y económica no está en la ausencia, aún hoy, de una regulación específica del acoso moral en el trabajo, a diferencia de lo que sucede respecto de las modalidades de acoso moral discriminatorio (además del acoso sexual en el trabajo y el acoso sexista o por razón de sexo-género, también el acoso por el resto de causas de discriminación -edad, discapacidad, orientación sexual, ideología sindical, etc.). Aunque mejorables, sin duda, y a ello debe contribuir la ratificación, junto al posterior desarrollo interno, del Convenio 190 OIT, la razón más determinante de estas insuficiencias (en términos de volumen de protección real) y deficiencias (en términos de vicios de comprensión práctica de estas realidades de riesgos y daños psicosociales en

los ambientes de trabajo) están en las malas praxis aplicativas de las normas, instrumentos y políticas a disposición de las organizaciones, privadas y públicas, para prevenir-erradicar la violencia y el acoso en el trabajo, así como la “tolerancia” que hallan en los Tribunales.

Para ilustrar, con datos tangibles, tan rotundas afirmaciones, fruto también de esos 20 años de estudio de esta materia, traeré a colación varios, cuantitativos y cualitativos. En el primer plano, el de la “realidad estadística”, que confirma el conocimiento directo de la investigación y el intuitivo de la experiencia, el Observatorio vasco sobre el acoso y la discriminación, tras el estudio de 1000 decisiones judiciales (quinquenio 2015-2019), concluye que tan solo 2 de cada 10 demandas judiciales frente al acoso moral en el trabajo terminan con estimación -lamentablemente, el Informe no ha sido todavía publicado, pero ha sido presentado ya en diversos ámbitos académicos, sociales e institucionales, incluido el CGPJ¹-. En el segundo plano, el de los datos cualitativos, y para corroborar lo que se afirma con tan voluminosos, pero fríos o impersonalizados, datos estadísticos (detrás de ellos hay centenares de dramas humanos que quedan en la absoluta incomprensión, con el altísimo coste personal, pero también económico que tienen), pongamos dos ejemplos recientes de sendas salas del TS español, la social y la penal.

La STS, 4^a, 330/2020, 14 de mayo, ante un constatado (por la inspección laboral y por la sentencia de instancia) doble acoso laboral por razón de maternidad (acoso moral por razón de género), uno por cada hijo, termina validando el despido sufrido, porque la trabajadora -su defensa jurídica- no lo impugnó, al ser posterior a la demanda de extinción y a la suspensión de trabajo por orden judicial, como medida cautelar solicitada. Una inveterada doctrina jurisprudencial, que viene exigiendo, a diferencia de lo que sucede en la relación civil ex art. 1124 CC, la viveza de la relación laboral para ejercer la acción resolutoria ex art. 50 ET, se erigiría como un insalvable obstáculo procesal para una protección efectiva frente a esta -extendida- situación de acoso moral por maternidad. De nada ha servido el deber de diligencia judicial, incluso para remover obstáculos procesales a la equidad de género, ex art. 4 LOIEMH y CEDAW (Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, 1979 -ratificado por España en 1984-).

La STS, 2^a, 45/2021, de 21 de enero “despenaliza” los acosos morales en el trabajo (público) que no revistan un plus de gravedad. No basta con probar

1 <https://www.diariovasco.com/economia/trabajo/observatorio-vasco-estudio-conclusiones-empresas-protocolo-20190905110339-nt.html?ref=https:%2F%2Fwww.google.com%2F>

una conducta reiterada de hostilidad y humillación (de un sargento a una agente de policía de su unidad) con resultado de daño psíquico. Esta despenalización práctica es la regla (la casi totalidad de los fallos son absoluciones) en una década de delito de acoso laboral (art. 173.1 CP).

Si esta es desilusionante y, en gran medida fallida, situación práctica es la que dicta su “dura ley real” (la del más fuerte) para las modalidades tradicionales de acoso laboral, no es mejor la que padecen las nuevas formas de violencia y acoso en el trabajo realizadas mediante las tecnologías digitales (NTIRC). Piénsese en el archivo, tanto en vía penal (constata la conducta objetiva de acoso digital, pero no la autoría cierta) como en la vía inspectora laboral (el problema no era laboral, sino personal, por lo que el suicidio traería causa de su miedo a la reacción del marido, no a la difusión por sus compañeros del vídeo sexual en una red de mensajería instantánea), del claro ciberacoso sexual en el trabajo a la trabajadora que terminó suicidándose por él en el caso IVECO. Consecuentemente, se han archivado las dos instancias institucionales, inspectora y fiscal, en el caso, la primera contra la empresa por no activar adecuadamente su protocolo contra el acoso en el trabajo, pese a contar con él e incluir como conducta típica este tipo de conductas (difusión entre la plantilla de informaciones, fotografías o imágenes de contenido sexual de una persona empleada de la empresa)².

Lamentablemente no he podido acceder todavía al informe de la ITSS, pero en los términos en que se ha difundido en los medios de comunicación no parece consistente. En realidad, levanta un muro entre la causa del problema (difusión laboral de un vídeo sexual personal), que se produce en el trabajo y con ocasión de él, y el efecto o resultado personal de aquélla (miedo al impacto en la relación de pareja y familiar), lo que carece de razón de ser en un mundo en el que, precisamente, la tecnología digital integra ambas facetas, en línea con lo que ahora refleja el art. 3 del Convenio 190 OIT. En todo caso, sí es una ilustre -aunque triste- expresión de la crítica con la que se ha iniciado este trabajo: la praxis tutelar frente al acoso moral en el trabajo, tanto físico como digital, también en sus modalidades mixtas no solo se ha estancado en estas dos décadas, sino que incluso, en varios planos, hasta parece retroceder a tiempos más oscuros (“negacionistas”).

Y ello sucede así cuando no media ley específica que ordene la violencia y el acoso en el trabajo, y también cuando sí las hay (ejemplo el tratamiento

² <https://www.20minutos.es/noticia/4303509/0/inspeccion-trabajo-archiva-causa-suicidio-iveco/>

penal; también la regulación el acoso discriminatorio, en especial por razón de sexo -renovada tanto con el RD 901/2020, de 13 de octubre, sobre planes de igualdad, cuanto con el RDL 28/2020, 22 de septiembre, para el trabajo a distancia). En consecuencia, no solo es muy necesario, sino urgente, un revulsivo jurídico-institucional, que corrija tan deficiente práctica. ¿El Convenio 190?

El propósito de este estudio es identificar, brevemente, claro, cuáles deben-pueden ser los aspectos más relevantes del impacto, no solo en términos de mejora normativa sino, sobre todo, práctica (incluso de culturas -de gestión preventiva, jurisdiccional-), que para nuestro sistema jurídico debe tener la ratificación -anunciada- del Convenio 190 OIT (sobre prevención y erradicación de la violencia en el acoso en el trabajo). Aunque, desde una valoración general y superficial, tanto la lógica preventiva que lo inspira de manera prevalente como el arsenal de instrumentos de protección que contiene, podrían converger sustancialmente con los ya disponibles en nuestro ordenamiento jurídico, una lectura más detenida del complejo entramado del Convenio 190 OIT (y de la Resolución 206 que lo acompaña), muestra que contiene algunas novedades significativas. Y, bien comprendidas y aprovechadas por la ley nacional que, en su momento, lo desarrolle para el plano interno, pudieran constituir esa fuente de revulsivos para la mayor efectividad de la lucha jurídica contra la violencia y el acoso moral laboral, también el ciberacoso³.

En apretada síntesis, a fin no sólo de identificar un elenco de cuestiones básicas más representativas para este programa de reformas legislativas, sino también para facilitar la comparación con el impacto en otras experiencias jurídicas próximas, como la francesa, en parte coincidente con la nuestra, en parte contrastante (si bien en ambos casos las deficiencias de protección práctica son manifiestas, pese a la muy mediática condena penal -en instancia- a France Telecom por el denominado acoso moral institucional, como explica en esta misma obra el profesor Loïc Lerouge), son:

1) En el plano de las definiciones, a fin de realizar una mejor tipificación del área de relevancia jurídica de la violencia y el acoso en el trabajo. Recuérdese que España, a diferencia de Francia, carece de definición legislativa de ambas nociones, pues se limita solo a las modalidades discriminatorias y por imperativo comunitario

3 FERNANDO DE VICENTE PACHÉS, *Ciberacoso en el trabajo*, 1ª Edición (Barcelona: Atelier, 2018); CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, *El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, 1ª Edición (Madrid: La Ley, Wolter Kluwer, 2019)

2) En el plano de la comprensión tipológica de la violencia y el acoso en el trabajo, derivado del primero (definitorio), a fin de promover una corrección profunda de la errada deriva jurisprudencial y judicial española en esta materia. Una razón muy significativa de las deficiencias protectoras reside en el reduccionismo tipológico judicial, por su resistente incredulidad ante la realidad del acoso moral

3) Reforzamiento de la dimensión preventiva frente a la violencia y el acoso laboral.

Así deberá ser por convertirse en obligatorios los protocolos-procedimientos de gestión psicosocial de estos riesgos (ahora solo lo son, en España, para las modalidades discriminatorias, en especial las vinculadas a la dimensión de sexo-género), así como por la mejora de su calidad de contenidos preventivos que integran las pautas de la OIT (garantías de eficacia que impidan usos estándar para aparentar que se actúa, pero más cara a la galería). Actualmente, donde existen -solo en grandes empresas y, a menudo, por el efecto tracción de los protocolos frente al acoso sexual y por razón de sexo-, están demasiado “normalizados” y actúan siguiendo la típica cultura de cosmética protocolaria que caracteriza nuestra experiencia preventiva de riesgos laborales en general. Asimismo, en ellos domina una lógica de gestión de conflictos interpersonales y sancionador que contrasta con el enfoque más organizacional y preventivo dado por el Convenio 190 OIT

4) Se tipificará expresamente y se dará tratamiento a las nuevas formas de violencia y acoso en el trabajo asociadas a la era de la digitalización: el ciberacoso laboral.

Junto a la tipificación del riesgo de fatiga informática hecha en el art. 88 LOPDGDD (y art. 18 RDL 28/2020 -para el trabajo a distancia-), y la consiguiente obligación de políticas de empresa para usos razonables de las TIC en prevención de tal riesgo, tras el desarrollo del Convenio 190 OIT internamente, debemos hallar tipificado el riesgo de ciberacoso laboral (en toda modalidad del mismo: moral, sexual, sindical, etc.), a incluir también en tales políticas -con clara referencia igualmente al uso de las redes sociales, corporativas o privadas-. En cierto modo ya se anticipa en el art. 4 RDL 28/2020.

5) Reclama una atención más específica y eficaz a colectivos concretos por su mayor vulnerabilidad a la violencia y el acoso en el trabajo, no sólo por razón de género, pese a ser el más reseñado, sin duda (art. 6 del Convenio 190 OIT).

Sería el caso, por ejemplo, de las personas trabajadoras inmigrantes (mu-

chas víctimas de una discriminación múltiple, como mujeres y como inmigrantes extranjeras). Si en la esfera de la violencia y el (ciber)acoso por razón de género nuestro sistema puede estar a la altura del previsto en la OIT, otra cosa es la deficiente praxis, como se dijo, en relación con otros colectivos, como las personas inmigrantes, el Convenio 190 OIT representará una mayor novedad y un aldabonazo para mejores prácticas preventivas.

2. Definición legal de la violencia y el acoso en el trabajo: concepto expansivo de la OIT versus el restrictivo nacional

2.1. La cuestión definitoria: la conveniencia de una dualidad definitoria y de superar las nociones meramente clínicas de violencia y acoso

2.1.1 ¿Fin de un doble vacío?: ausencia de una noción jurídica útil de violencia y acoso en el trabajo

Según el art. 7 del Convenio 190 OIT (en vigor el 25 de junio de 2021), todo Estado ratificador “deberá adoptar una legislación que defina” (y que prohíba) la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género. A tal fin, expresamente recuerda que tales definiciones deberán realizarse según lo definido -de forma muy amplia, a veces incluso difusa- en el artículo 1 del propio Convenio. Por lo tanto, la ley nacional de adaptación a la norma social universal no puede rehuir esa misión definitoria, menos hacerlo en sentido amplio. Lo que sí puede la ley nacional es optar por una definición unitaria de violencia y acoso o, en cambio, separada (art.1.2), autonomizando más el concepto de violencia (género) respecto del de acoso (especie). Este, a su vez, se podrá -y se deberá- diferenciar según sus varias modalidades, prestando una especial atención a la violencia y el acoso “por razón de género”.

Es evidente que, en el ámbito de la violencia y el acoso discriminatorios, en sus varias formas o modalidades, en especial por razón de género, poca novedad podrá conllevar la ratificación y desarrollo del Convenio 190 OIT, en la medida en que tales modalidades sí cuentan con una específica atención, en virtud del Derecho Antidiscriminatorio de la UE. Pero no menos verdad es que, al contrario, sí tendrá un importante impacto en una doble dimensión definitoria.

De un lado, la delimitación de lo que se entiende por violencia en el trabajo, concepto inexistente en el Derecho español, sin perjuicio de la existencia de ciertos criterios científico-técnicos, muy útiles, pero no vinculantes, para el

ámbito de la gestión preventiva (INSST: Nota Técnica Preventiva 489/1998, vigente, pero obsoleta; Notas Técnicas Preventivas 890 y 891/2011, para los procedimientos de gestión de todo tipo de violencia en el trabajo). Pese a su utilidad como pauta orientativa, tampoco son muy precisos los Criterios Técnicos de la Dirección General de la ITSS, sea el relativo a la violencia laboral interna (CT 69/2009, de 26 de junio, sobre acoso y violencia en el trabajo, que da también cuenta de las definiciones a tal fin del acuerdo marco comunitario, de 2007) sea el relativo a la violencia laboral externa (CT 81, 87/2011, 10 de febrero, de Actuaciones inspectoras en relación con el riesgo laboral de atraco)

De otro, la definición, también por vez primera, del concepto de acoso moral laboral, en la medida en que, a diferencia de las modalidades de acoso discriminatorio, y salvo en el ámbito penal, no contamos tampoco con una definición legislativa. Y, con la reflexiva mirada que ofrece el paso de (tanto) tiempo, ahora no albergo duda alguna sobre el craso error que supuso dejar esta cuestión en manos exclusivamente de los Tribunales. Primero, porque ausente una definición jurisprudencial propiamente -la sala social, a diferencia de la contenciosa, que sí ha ofrecido en más de una ocasión esa delimitación, genérica y de conformidad con las concepciones extrajurídicas más estrictas, nunca quiso definirlo, dándole por supuesto-, cada tribunal ha terminado teniendo su concepto jurídico de acoso moral en el trabajo. Segundo, en todos los casos, se ha tratado de una visión muy reductiva, exigiendo una conducta de tanta intensidad lesiva de la dignidad y la integridad de las personas trabajadoras que, lógicamente rara vez se encuentra (como prueba el dato estadístico comentado al inicio).

El estancamiento y la obsolescencia, también el error, son aquí evidentes, de ahí la importancia de esta novedad legislativa que deberá suponer la conformación del orden jurídico nacional a la norma social internacional sobre violencia y acoso en el trabajo. Un dato revelador de esta triple crítica. La doctrina judicial en el orden social (y también, por derivación o emulación, en el orden contencioso-administrativo) viene sosteniendo, casi de forma inalterada en estos 20 años, un concepto de acoso moral en el trabajo que, en lo sustancial, coincide con la definición ofrecida por la Nota Técnica Preventiva (NTP) 476, hecha en 1998 y cuya denominación revela su antigüedad: “El hostigamiento psicológico en el trabajo: *mobbing*”. Su definición venía a coincidir, básicamente, con el primigenio concepto proveniente de la psicología clínica (Leymann)⁴, que entiende por acoso moral:

4 El origen psicológico del concepto de acoso (moral) laboral ha sido reconocido tam-

“una situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (al menos, una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de 6 meses), sobre otra persona en el lugar de trabajo”.

La influencia y la persistencia de esta concepción-definición del acoso moral en el trabajo (consensuada en el ámbito de la psicología internacional, pero sin un refrendo mínimo en ninguna norma jurídica, ni nacional, ni comunitaria ni comparada) es tal, que incluso puede encontrarse claramente en la reciente -y muy criticable- STS, 2^a, 45/2021, 21 de enero, ya citada. También en la delimitación que hacen los protocolos de gestión (preventiva) del acoso en el trabajo. Volveremos de inmediato con más detalle sobre ella y sobre estos protocolos.

Ahora, lo que pretendo destacar es que, esa noción científico-técnica primigenia, hace años que fue superada por el propio INSSST. Así se expresa en la NTP 854/2009. Esta NTP se dedica exclusivamente a la cuestión definitoria y a efectos de facilitar la dimensión preventiva del acoso psíquico en el trabajo (finalidad convergente con la del Convenio 190 OIT). Define la conducta de acoso psicosocial en el ambiente laboral como:

“Exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra/s que actúan frente aquella/s desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica) en el marco de una relación laboral y (que) supone un riesgo importante para la salud”.

Pues bien, miles de sentencias dictadas en una década larga, la que va desde que se adoptó hasta nuestros días y, salvo error u omisión por mi parte, no la he visto jamás citada en ninguna decisión judicial, como vengo denun-

bién por el TC. En su STC 56/2019, 6 de mayo, se recuerda que este concepto “surgió en la psicología para abordar conjuntamente desde el punto de vista terapéutico situaciones o conductas muy diversas de estrés laboral que tienen de común que, por su reiteración en el tiempo, su carácter degradante de las condiciones del trabajo o la hostilidad que conllevan, tienen por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad personal del empleado. (,,). Dentro de las organizaciones privadas el acoso laboral responde muchas veces al fin o resultado de que el trabajador hostigado abandone voluntariamente, ahorrando a la empresa la indemnización por despido improcedente, en las administraciones públicas, dadas las peculiaridades del régimen funcionarial, consiste a menudo en la marginación profesional del empleado por variados motivos (venganza personal, castigo encubierto, discriminación ideológica)” (FJ Cuarto)

ciado en mis últimos estudios en la materia. Sin embargo, más allá de ciertas deficiencias, como el que no defina, a su vez, qué se entiende por “violencia psíquica” (sí lista, de forma ejemplificativa, no exhaustiva, una larga secuencia de actos que entiende como constitutivos de violencia psíquica laboral -ej. ataques a la víctima con medidas organizativas, a las relaciones sociales de la víctima, a su vida privada, así como a sus actitudes; difusión de rumores; ofensas verbales, etc.-), lo que ahora importa subrayar es que viene a coincidir con la que esboza el art. 1 a) del Convenio 190 OIT. La expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa:

“un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico”.

Como puede comprobarse fácilmente, la definición internacional tiene la ventaja sobre la científico-técnica nacional de que sí delimita el concepto de violencia (psíquica) en el entorno de trabajo. La noción nacional tiene de ventaja, sobre la internacional, que sí precisa más o concreta, de forma más razonable, qué tipo de conductas son las que cabría incluir dentro de ese concepto amplio -incluso vago, vaporoso para ser realmente útil jurídicamente- de “conducta” o “práctica” de carácter “inaceptable” o inapropiada. La propia doctrina constitucional ha asumido la utilidad normativa y práctica de esos “inventarios” o “catálogos” de conductas (a veces recogidos en convenios colectivos, o en protocolos, como en el de la AGE). Por lo tanto, a mi entender, la ley nacional aquí puede encontrar un filón magnífico para proceder la labor definitoria, con la conjunción del criterio científico-técnico nacional y la pauta social internacional.

2.1.2. La definición legal, condición necesaria, no suficiente, para su operatividad: El acoso moral laboral como forma de violencia reiterada y prolongada.

Acabamos de exponer que el Convenio 190 OIT exige una definición legal expresa de la violencia y el acoso en el ámbito laboral, dejando a la opción nacional si es unitaria o separada, autónoma. También se ha precisado que consideramos más adecuada esta segunda vía, distinguiendo, a su vez, las diversas modalidades de acoso, para explicitar qué se entiende por acoso moral

en el trabajo, la mayor novedad de la cuestión definitoria propuesta, desde luego. Igualmente hemos evidenciado los principales referentes técnicos para hacer con razonable corrección esa opción de técnica jurídica.

Ahora bien, la experiencia dice que este mandato definitorio no quiere decir que tenga que ser una y la misma definición para todos los ámbitos jurídicos en los que será relevante la violencia y, sobre todo, el acoso (moral) en el trabajo. Tampoco implicará que su existencia garantice, per se, la mejora operativa requerida, ante la deficiente praxis actual, en la que reina el silencio legislativo y la consiguiente desviación reduccionista jurisdiccional, con consecuencias prácticas muy perniciosas (déficits de prevención, escasa efectividad de la protección de los derechos fundamentales en juego; mínimo efecto disuasorio del poder punitivo, porque brilla por su ausencia). Al respecto, de interés resulta traer a colación la STC 56/2019, de 6 de mayo, tan trascendental como ignorada, por lo común, en la doctrina judicial y jurisprudencial. Aunque escueta, el TC hace una sugerente reflexión conceptual sobre el acoso moral en el trabajo en su perspectiva de conducta contraria, o que pone en riesgo, el derecho a la integridad personal ex art. 15 CE en relación con el art. 10 CE.

A tal fin, rechaza que sea su competencia elaborar un concepto (constitucional) de “acoso laboral” (FJ 5), limitándose a interpretar, en su proyección sobre las relaciones laborales o funcionariales, los conceptos constitucionales sobre los que aquél se articula en el plano jurídico, como son los de “trato degradante” y «el más amplio de lesión de la “integridad moral”». Aunque estos conceptos constitucionales, desde la perspectiva de la protección a las personas trabajadoras, «representan un mínimo insoslayable para el legislador que establece –y para el órgano judicial que interpreta y aplica– un concepto normativo de “acoso laboral”», este no tiene por qué ser único para todo el ordenamiento:

“los conceptos legales de “acoso laboral” bien puede ser más amplio que los de “trato degradante” y lesión de la “integridad moral” (p. ej., si el legislador quiere dispensar al trabajador más tutela de la resultante del art. 15 CE) o más estricto (p. ej., si el legislador penal quiere castigar más severamente determinados comportamientos hostigadores)”

La experiencia española así lo evidencia. Superado ya ese tiempo en el que, como la STC 56/2019 refiriera, “faltó conciencia social e institucional sobre el problema, pese a que el porcentaje estimado” de personas trabajadoras que

ha sufrido alguna forma de acoso laboral “es importante, aún mayor en el ámbito de las administraciones públicas”, la ley española empezaría a tomar en consideración el problema desde la óptica propia de la “represión” (potestad punitiva), dejando al “Derecho jurisprudencial” la prevención y la protección (reparación). El propio TC lo ilustra:

a) con relación al empleo público, en el art. 95.2 o) del Estatuto básico del empleado público (EBEP), que tipifica el “acoso laboral” como falta muy grave y,

b) para las relaciones de empleo público y privado, el segundo párrafo del art. 173.1 del Código penal (Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio).

La opción legislativa es muy diferente, pese a tratarse de Derecho punitivo en los dos casos y, en consecuencia, exigir un cuidado especial del principio de tipicidad y legalidad. El EBEP ha prescindido por completo de definición alguna, acumulando las referencias a diferentes modalidades, incluso alude al acoso “laboral” y al “moral”, como si fuesen diferentes (además de los discriminatorios). El CP sí define la conducta típica delictual de acoso laboral, incluyéndolo como un tipo especial de delito contra la integridad. El tipo se integra por: “actos hostiles o humillantes” (reflejo constitucional) realizados “de forma reiterada” en “el ámbito” de una relación laboral o funcionarial y “prevaliéndose de su relación de superioridad” que “supongan grave acoso contra la víctima”.

Precisamente, la experiencia del 173.1 CP alerta sobre el riesgo de la definición legal, si no sigue una buena técnica jurídica. La existencia de una ley definitoria o acotadora de un concepto normativo de acoso (moral) en el trabajo operativo para su ámbito específico, incluso diversos según el subsector normativo afectado de esa misma rama jurídica, garantiza, a veces sucede lo contrario, la calidad de ese concepto y, en consecuencia, la intervención legislativa definitoria, si restrictiva en exceso, puede ser o actuar como un importante obstáculo desde esa razón protectora a la que alude el TC. Así lo evidencia la citada STS, 2ª, 45/2021, 21 de enero, que se alinea y reafirma una doctrina jurisprudencial penal en extremo recelosa de la intervención penal, dando primacía al viejo principio de intervención penal mínima. La doble exigencia normativa del tipo penal delito de acoso moral laboral, de “gravedad del acoso” constatado, lo que deja entrever que puede haber “acosos leves” y “acosos moderados” en el plano penal, y de “relación de superioridad” entre la persona acosadora y la persona trabajadora víctima servirá de muro para impedir que entren por la vía penal conductas típicamente de acoso.

Consecuentemente, si no es dudoso confirma la STS, 2ª, 45/2021, 21 de enero, que la diferencia central entre violencia y acoso está en la reiteración (sin requerir una frecuencia mínima) y prolongación (sin tiempo mínimo) de las conductas de esta índole, y la futura ley definitoria deberá atenderlo, surgen dudas en relación con otros elementos típicos hasta hoy exigidos reiteradamente por la doctrina judicial y jurisprudencial. De ahí la llamada del Convenio 190 OIT ha ejercer ese deber ese deber definitorio con diligencia y de conformidad con su artículo 1.

2.2. De la cuestión definitoria a la cuestión tipológica: ni la intención ni el resultado son elementos del tipo jurídico acoso moral laboral.

Sin contradecir la importancia arriba reseñada para una definición (de calidad técnica y realismo sociolaboral) de violencia, y sobre todo de acoso moral en el trabajo (las demás modalidades, las discriminatorias, tienen definición comunitaria -art. 7 LOIEMH-), en última instancia, lo más importante, para la práctica, es la identificación de los elementos tipológicos que integran la conducta jurídicamente relevante. Una tarea que corresponde hacer, como es bien sabido, al intérprete institucional de las normas, los Tribunales, claro, con ayuda de la doctrina científica, aunque tampoco en ella haya acuerdo⁵.

Al respecto, completamente despreocupada la doctrina jurisprudencial en definir lo que entiende por acoso moral en el trabajo⁶, conocido es que la doctrina jurisdiccional social -en gran medida seguida por la doctrina contencioso-administrativa, en especial por los TTSSJ- viene exigiendo como elementos tipológicos de la conducta de acoso moral en el trabajo cuatro. A saber⁷:

5 MANUEL CORREA CARRASCO, “El concepto de acoso moral en el trabajo en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 437-438 (2019): pp. 65-92

6 Por ejemplo, la STS, 4ª, 347/2019, de 8 de mayo reconoce una conducta que bien podría considerarse como de ciberacoso moral institucional en el trabajo por razones sindicales (comunicaciones persecutorias y denigrantes de la dirección de una cooperativa a los sindicatos críticos con su política), de modo que la califica expresamente de hostigadora o acosadora, pero no la define. O la STS, 4ª, 903/2018, 11 de octubre, que reconoce la competencia del orden social para conocer de una demanda por acoso moral en el trabajo a una persona funcionaria, porque se accionó por violación de normas preventivas y no de tutela de derechos fundamentales en sentido estricto. Tampoco se preocupará por delimitar qué es acoso moral en el trabajo, ni a efectos preventivos ni a efectos de vulneración de derechos fundamentales.

7 Entre otras, la STSJ La Rioja 604/2020, 14 de diciembre (recopila, como una leta-

a) Elemento objetivo relativo a la conducta: actos de hostigamiento, intimidación o vejación “de carácter injusto” (vendría a ser, aun sin que se identifiquen, claro, el equivalente al carácter “inaceptable” exigido por el art. 1 Convenio 190 OIT)

b) Elemento temporal también exigido a la conducta: reiteración de las conductas en un proceso prolongado en el tiempo y expresivo de una “unidad de propósito”

c) Elemento subjetivo o finalista relativo a la intencionalidad de la conducta hostil: la conducta debe perseguir de modo específico y deliberado minar psíquicamente a la persona trabajadora acosada, a fin de lograr algún objetivo que de otro modo no hubiera conseguido

d) Elemento de resultado: efectiva producción de un daño a la salud de la persona trabajadora, o, al menos, un daño progresivo y continuo a su dignidad.

Esta doctrina judicial no explicita un plus de gravedad del acoso moral jurídicamente relevante, valorando que todo acoso laboral lo es, pues en juego están derechos de rango fundamental. Ahora bien, sí enfatiza que en esta afectación reside la diferencia básica con otras conductas abusivas de empresa, por lo que la lesión a la dignidad humana de la persona trabajadora reflejaría ese plus de antijuridicidad del acoso moral. No se puede confundir, pues, ni con ejercicio tiranos del poder (prohibición de abuso) ni con ambientes enrarecidos por conflictos de tipo interpersonal (afecta al derecho a la salud). El referido plus de antijuridicidad del acoso sería inherente a la lesión de derechos fundamentales.

En cambio, la gravedad sí forma parte del tipo jurídicamente relevante para el delito de acoso moral, como tipo especial del delito general contra la integridad moral. Así lo recuerda la doctrina jurisprudencial penal. Lo estableció en la STS 694/2018, de 21 de diciembre, con el típico “desenlace absolutorio” (mayoritario de forma abrumadora, en casación y apelación), al considerar irrelevante penalmente los conflictos laborales que crean ambientes tensos, incluso con situaciones censurables⁸ y con daños psíquicos (la ins-

nía, la posición defendida por numerosas doctrinas de suplicación en los albores de esta construcción, a inicios de siglo XX); en términos análogos la STSJ Andalucía/Granada 28 de noviembre de 2019, rec. 593/19 (firme por ATS 20 de enero de 2021, rcud. 721/20 -califica el padecimiento de estrés de la persona trabajadora como reflejo de un conflicto interpersonal, no como reflejo de una conducta de acoso moral, pues no se objetiva)

8 Sin embargo, constan hechos actuaciones de clara violencia psíquico-laboral, en los términos de la NTP 854/2009, como que: “A lo largo del periodo que Guadalupe desempe-

tancia sí lo valoró como delito de acoso doblemente vertical: del alcalde a la secretaria del Ayuntamiento, de varios funcionarios a la secretaria, ignorando sus instrucciones, con el apoyo del alcalde). Y lo recoge, con mayor contundencia, tanta como perplejidad crea la lectura de su relato fáctico, la STS, 2^a, 45/2021, 21 de enero. En ella queda probada y reconocida una situación de presión continuada y violencia psíquica contra una agente de policía por su sargento para que abandonara la unidad, con lesiones psíquicas, pero que, al producirse en un ambiente psicosocialmente contaminado (conflictividad general en la unidad) y habiendo contribuido la agente, por su modo de ser, al mismo, no revestiría la necesaria gravedad del acoso moral sufrido.

En suma, para la ley penal española, conforme a su jurisprudencia consolidada, habría, sorprendentemente, un determinado umbral de violencia psíquica y acoso moral penalmente tolerable como solución no comunicativa (hostil) a los conflictos laborales e interpersonales en los entornos de trabajo. Sin duda, todo un despropósito -a mi juicio- para la función disuasoria de la norma penal en este ámbito. El elevado umbral de sanción penal exigida, según esta doctrina penal⁹, para intervenir (por la Fiscalía, por ejemplo) contrastaría con el enfoque del Convenio 190 OIT, que pretende promover una intervención correctora -si ha fallado la preventiva- lo antes posible. Asimismo, con gran perplejidad, la constatación de un ambiente contaminado psicosocialmente sería “atenuante” de la gravedad del acoso.

El contraste del tipo de acoso laboral relevante a efectos del Convenio OIT

ñó su función [de secretaria municipal] y de manera reiterada, Moises, Marino y en menor medida Reyes se referían a la secretaria como esa, la mona, la burra, esa idiota” (insultos). Asimismo, que a la “secretaria se le fueron abriendo mediante Decretos de la alcaldía expedientes de suspensión de sus funciones de manera reiterada, que luego fueron dejados sin efecto por resoluciones judiciales” (conductas de desacreditación profesional continuada). Precisamente, esta técnica de abrir expedientes infundados por parte del empleador público-administrativo es considerado una de las técnicas más extendidas de intimidación, así como de búsqueda del desprestigio personal, de las personas empleadas públicas.

9 La STS, 2^a, 45/2021, 21 de enero lo sitúa en la intensidad de violencia psicosocial del caso enjuiciado, con condena por delito de acoso laboral en concurso real -ni aparente ni ideal- con el delito de prevaricación ex art. 404 CP, por la STS 409/2020, de 20 de julio. En ella no solo se exige intencionalidad acosadora, reiteración de las conductas hostigadoras y de humillación y resultado de daños psíquicos significativos, sino también exteriorización de esos procesos vejatorios y degradantes. Realmente, la principal diferencia entre ambos casos está en que el proceso de desacreditación de la interventora municipal, a diferencia de la agente local, se llevó a la prensa, escrita y digital. Además de, en efecto, tener algunas consecuencias laborales más significativas: la suspensión de empleo y sueldo derivados de ciertos expedientes.

(que tiene una dimensión eminentemente preventiva, pero también de erradicación, por lo tanto, de sanción efectiva y disuasoria) y del delito de acoso laboral en España sería muy intenso. Se describen así:

a) realizar actos hostiles o humillantes contra una persona, sin llegar a constituir de forma necesaria- trato degradante (en sentido jurídico-penal estricto)¹⁰

b) que tales actos sean realizados de forma reiterada. Debe ser un comportamiento sistemático y prolongado en el tiempo que determina un clima de hostilidad y humillación hacia la persona trabajadora. La sistematicidad significa que debería haber una frecuencia mínima (diaria o semanal), sin que sirva el esparcimiento de las conductas a lo largo de un prolongado tiempo.

c) que se ejecuten en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional

d) que el sujeto activo se prevalga de su relación de superioridad, “de la que abusa”. La identificación con una relación jerárquica dejaría fuera de la penalización a los acosos “horizontales”, o verticales pero ascendentes.

e) El tipo solo se puede cometer mediante dolo o elemento subjetivo intencional, no por imprudencia. En el caso se identifica con la presión laboral para el abandono del puesto de trabajo o para la destrucción de la estabilidad psicosocial, así como sus redes comunicativas, de la víctima en el entorno laboral (ej. en la unidad de la policía local, o en el servicio municipal en el que se trabaja)

f) que tales actos tengan la caracterización de graves, a fin de reducir la intervención penal solo a las “manifestaciones más intolerables” del acoso moral laboral.

g) Por lo que implica un resultado lesivo, ya sea en la esfera de la integridad moral, ya en la de la integridad psíquica de la persona trabajadora víctima.

Resultado que ha de tener también gravedad, lo que no sucedería si los expedientes disciplinarios tienen escaso recorrido (daño profesional leve), ni tampoco personales (el objetivo del descrédito profesional no habría calado en la Jefatura Superior de Policía, pese a que sí abrió algún expediente y con apercibimiento, anulado judicialmente). Además, también se atenúa si daño deriva de un ambiente laboral psicosocialmente intoxicado, pues, entonces, la víctima no sería del todo ajena al resultado dañoso.

¹⁰ Como el delito de maltrato de género y/o doméstico, el delito de acoso laboral “es algo más que la suma de los actos aislados en que se concreta el hostigamiento” (que, incluso, podrían dar lugar a delitos autónomos, en concurso real con el delito de acoso laboral). STS, 2º, 409/2020, 20 de julio (FJ Sexto).

Esta rigidez de la jurisprudencia penal en la conformación del tipo delictivo de acoso laboral, como forma de violencia psíquica más grave por su reiteración, así como por sus efectos “en la persona trabajadora víctima media”, se mantiene en la identificación del tipo de resultado consistente en el delito de lesiones psíquicas¹¹, pese a que constata el daño psíquico y el tratamiento médico. Ahora no identifica el elemento subjetivo del tipo (remite a tal fin a su precedente de la STS, 2^a, 1606/2005, de 27 de diciembre), a diferencia de lo que acontece para el tipo del art. 173 CP:

“No aparece en el hecho probado...una intención o dolo por parte del acusado proyectada sobre ese tipo de lesiones. Ni siquiera en una versión como dolo eventual. Y es doctrina de esta Sala que las lesiones psíquicas no se pueden cometer por imprudencia. (...). El desencadenamiento de una lesión mental, desde el punto de vista del derecho penal, exige una acción directamente encaminada a conseguir o causar este resultado” (FJ 9).

Sin poder ahondar ahora en esta doctrina jurisprudencial restrictiva (resistente y suspicaz), social (vale *mutatis mutandis* para el contencioso) y penal, es manifiesto que estos precedentes resultan completamente contraproducentes para hacer realidad, desde la delimitación definitoria y tipológica, la lógica prevalente para el Convenio 190 OIT: la prevención de la violencia y el acoso en el trabajo como riesgos de naturaleza psicosocial que son. En la sentencia penal, ni si quiera se tiene en cuenta que la agente de policía local denunció en varias ocasiones la situación en el Consistorio, para la intervención correctora por parte del servicio de prevención, emitiéndose un informe del médico del trabajo en el que se reclamaban medidas organizativas, no solo de mejora comunicativa en la unidad, lo que nunca se llevó a cabo. en la unidad como mando intermedio en estructura jerarquizada y un nuevo sistema informático. Más allá de la cuestión definitoria y tipológica, esta doctrina jurisprudencial pondría de relieve la perpetuación de una cultura, no solo

11 En la STS, Penal, 45/2021, 21 de enero se deja constancia de que la agente de policía local ha padecido un trastorno adaptivo mixto ansioso depresivo, precisando tratamiento médico con psicoterapia y ansiolíticos, tardando en curar en la primera baja noventa días improductivos para sus ocupaciones habituales y quedándole como secuela trastorno del humor, trastorno depresivo reactivo en grado moderado con evolución desfavorable dada la persistencia del factor estresante. La STSJ Cantabria de 30 de noviembre de 2016 confirmó el carácter laboral de estos periodos de baja (son accidentes de trabajo al responder al conflicto laboral mantenido con el acusado y no existiendo ninguna previa patología psicológica).

judicial, sino empresarial, así como de las AAPP, de cierta “tolerancia” (no solo penal) a formas de ejercicio del poder que, si bien contribuyen, a entornos psicosocialmente tóxicos, no reprobamos por no ser genuinos acosos -en el ámbito profesional- o acosos graves -en el ámbito penal-.

En suma, ni la intencionalidad ni los resultados lesivos ni el plus de gravedad son ya elementos del tipo jurídicamente relevante acoso moral en el trabajo, a los efectos de la prevención y erradicación de tales comportamientos, en la clave, más expansiva y de mejora de la efectividad práctica de la tutela frente a tales conductas, ya en su fase solo de riesgo (recuérdese que el acoso moral es más un proceso que una sola conducta en sí). Su artículo 4 es inequívoco a tales fines. Así, en su apartado 1 afirma rotundamente que:

*“Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá respetar, promover y **asegurar el disfrute** del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”*

Por supuesto, aquellos elementos sí servirán para adecuar las sanciones que han de corresponder, o las diferentes medidas de reacción a prever, según las dinámicas y las intensidades agresivas de la violencia y el acoso en el mundo de trabajo (art. 4.2 respecto del art. 9 Convenio 190 OIT). Pero la delimitación nocional o conceptual no puede ser, en modo alguno, tan estricta que dificulte la efectividad de las políticas preventivas, que son, se insisten, las prioritarias.

3. El reforzamiento de la dimensión preventiva psicosocial frente a la violencia y el acoso en el trabajo: obligatoriedad y mejor calidad de políticas de empresa

El artículo 9, en general, y en su letra b) en particular, dejan palmariamente claro este objetivo de prevalencia de las políticas de prevención de la violencia y el (ciber) acoso en los lugares de trabajo. Así, tras requerir de los Estados miembros una legislación expresa para prevenir la violencia y el acoso en el trabajo (concretando la referencia más genérica aún en el art. 8), aun con el matiz de adecuación a sus posibilidades reales (doble estándar de razonabilidad: “acordes con su grado de control” y mediante “medidas factibles”), pone el acento en el enfoque de gestión psicosocial de la violencia y el acoso laborales, dentro del sistema normativo y de gestión de la seguridad y salud en el trabajo (letra b y su desarrollo en la Recomendación 206). No es baladí

esta previsión internacional social para el sistema normativo y para la experiencia de gestión práctica del mismo en España, que, salvo en lo que concierne al trabajo a distancia (art. 16 RDL 28/2020), no conoce ni una previsión legislativa específica en materia de seguridad y salud en el trabajo sobre esta tipología de riesgos (sí, para la violencia y el acoso laboral de género en el art. 48 LOIEMH, así como en el RD 901/2020, relativo a los planes de igualdad).

Si en el plano normativo -para mí no es lo esencial- la ratificación del Convenio 190 OIT puede servir de acicate para incluir en la LPRL la gestión de la violencia y el acoso, también del ciberacoso, en los entornos de trabajo como riesgos psicosociales, en línea con lo que ya hace -para sus modalidades en perspectiva de género-, en el plano práctico debe suponer un cambio profundo, de políticas y de culturas de gestión de la violencia y el acoso en el trabajo como riesgos psicosociales por antonomasia que son. La evocada doctrina jurisprudencial y judicial en relación con el concepto-tipo normativo de acoso en el trabajo hizo mella (y daño) a la orientación que, en el marco de las políticas de gestión preventiva, debían tener los “procedimientos” y/o “protocolos” de intervención respecto de la violencia y el acoso en el trabajo. Frente a una dimensión eminentemente preventiva, en la práctica se fue extendiendo, sobre la base de decisiones unilaterales por las empresas, o, cada vez más, mediante acuerdos colectivos (en convenio o en formas algo más informales de negociación colectiva), dado que, a diferencia del acoso laboral por razón de género, no resultan obligatorios, un enfoque de gestión más propio tanto de la solución de conflictos interpersonales (dominio de la lógica de recursos humanos) como de la intervención disciplinaria (en especial en las organizaciones públicas).

Apenas se repare en la delimitación de los ámbitos aplicativos de estos protocolos (como el de la AGE, por ejemplo, evaluado -positivamente- por la STC 56/2019-) se verá la huella profunda de esa concepción restrictiva jurisprudencial. Por supuesto, la extrema variedad de protocolos hoy existentes exige introducir matices, en la medida en que hay algunos que sí enfatizan más la vertiente preventiva, pero, por lo general, tienden a una confusión entre los dos momentos del procedimiento de intervención: la de los protocolos de gestión preventiva y la de los procedimientos de gestión disciplinaria, en su caso. Estos solo pueden operar una vez se han resuelto aquellos y sus garantías no pueden mezclarse, so pena de hacer más ineficaz la gestión preventiva, envolviéndola en una densa malla de garantías jurídicas típicas de procedimientos disciplinarios.

Por supuesto, podemos hallar doctrinas de suplicación -que cada vez se enfrentan más a enjuiciar la validez y eficacia del protocolo frente al acoso en el trabajo de la empresa o de la organización público-administrativa, por lo general municipales- más proclives a esta visión de tales instrumentos como “procedimientos de gestión de la salud laboral” o “protocolos de salud”. Esta calificación está plagada de consecuencias prácticas, en las que ahora no podemos entrar. En este sentido, y por poner un ejemplo, el TSJPV ha tenido ya varias ocasiones para pronunciarse entre esa dialéctica entre disciplina-salud.

Por lo común, no solo califica los procedimientos informativos sobre los incidentes de acoso laboral como “protocolos de salud” sino que, en línea con lo que promueve ahora la OIT, incluyen la “actividad preventiva” que formalizan (técnica de intervención psicosocial) dentro de la “vigilancia de la salud” ex art 22 LPRL. Una conexión que (adviértase una vez más, como pauta interpretativa importante para la solución de las discrepancias en torno a su alcance -por ejemplo, qué personas pueden ser informadas de ello; qué cualificación han de tener las personas instructoras, etc.-) no significa que no haya de guardar las debidas garantías. De aquí se afirme que: “...el sigilo, la confidencialidad e intimidad de los datos que se obtienen...conducen a considerar que, si ha existido una difusión... de elementos obtenidos en la actuación preventiva, deban engarzarse los incumplimientos inherentes a tal conducta dentro de la actividad preventiva...” (STSJPV 401/2019, 19 de febrero FJ Quinto). En la misma línea se sitúa la doctrina de suplicación de la STSJ IC/Las Palmas 22 de marzo de 2021, rec. 779/2020.

Elenco de garantías que se reflejan claramente en el art. 10 Convenio 190 OIT, y que han de reforzarse igualmente desde la perspectiva comunitaria de protección de las personas empleadas denunciantes (Directiva 2019/1937/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión -*Directiva Whistleblowing*-). Nuestra experiencia forense, tanto constitucional como ordinaria, ya cuenta con alguna experiencia aplicativa de esta especial protección en el marco de denuncias con relevancia para la gestión propia de la salud psicosocial de las personas empleadas, en especial frente al acoso moral, antes incluso de que se aprobara la Directiva -todavía pendiente de transposición en España-¹².

¹² Muy interesante al respecto la STSJ Madrid 15 de febrero de 2019, rec. 824/18, que estimó el recurso frente a la sentencia de instancia social que desestimó la demanda de una persona trabajadora de Iberia que había denunciado irregularidades en vuelo de un coman-

Como es obvio, esta dimensión más preventiva (de gestión psicosocial de los ambientes tóxicos o contaminados psicosocialmente, caldo de cultivo que abona la violencia y el acoso) que de solución de conflictos interpersonales (de gestión de recursos humanos) incidirá en un buen número de aspectos. Entre ellos, el órgano gestor principal de gestión mismo y que, a mi juicio, debe ser el servicio de prevención y, en el plano participativo, los comités de seguridad y salud en el trabajo.

Por supuesto, esta dimensión prevalente no quiere decir que no puedan intervenir sistemas de solución de conflictos externos a los lugares de trabajo, como ahora indica el art. 10. b), ii) del Convenio 190 OIT. Como ya practican en algunos sistemas de solución autónoma de conflictos laborales autónomos -ej. AGA¹³.

En lo que concierne a sus contenidos, la mayoría están estandarizados y coinciden, en lo sustancial, con las previsiones genéricas del Convenio 190 OIT. Lo que no suele tener plasmación es la obligación de evaluar la eficacia de sus resultados. De hecho, apenas se conocen balances aplicativos de los mismos. El estado mayoritario de opinión es que son poco útiles, ni para la prevención ni para su corrección. Seguramente porque no se busca corregir un riesgo apenas actualizado en un proceso de violencia y acoso, sino un acoso madurado. De ahí que, como en el ámbito penal, la mayoría terminen en archivo de las denuncias por acoso planteadas, sin medidas alternativas ante ambientes conflictivos.

En suma, el desarrollo del Convenio 190 OIT en España no solo deberá tener una perspectiva normativa (configuración de los protocolos de gestión de la violencia y el acoso moral como obligatorios, integrándose, como opción más eficaz y eficiente, dentro de los procedimientos que cumplen la obligación de protocolos frente a la violencia y el acoso por razón de género), sino también y, sobre todo, cualitativa. Se trata de mejorar de forma notable su calidad aplicativa, por lo tanto, su eficacia, también su transparencia, por eso

dante y, a raíz de las cuales, fue objeto de un proceso de acoso moral en el trabajo. Esta doctrina ha devenido firme por ATS, 4^a, 2 de diciembre de 2020, rcud. 1686/2019. Naturalmente, esa protección no puede ser absoluta ni amparar eventuales usos torticeros, como amenazar con demandas por acoso moral en el trabajo ni revelar “información empresarial sensible de carácter fiscal que podría afectar negativamente tanto a la empresa como a sus directivos”, a fin de lograr intereses particulares y espurios (rechazo del cambio de organigrama directivo a raíz de una reestructuración de empresa). Vid. STSJ IB 439/2020, 30 de noviembre.

¹³ Vid. Acuerdo interprofesional gallego sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo (AGA), publicado en el DOG n. 29, miércoles, 12 de febrero de 2020.

sorprende el artículo 12 del RD 901/2020. En él, a diferencia de la obligatoriedad de registro público los planes de igualdad, cualquiera que sea su origen, obligatorio o voluntario, los protocolos de gestión del acoso sexual y sexista solo serán objeto de “depósito voluntario”, sean acordados o no y adoptados conforme a los artículos 45.1 y 48 LOIEMH para prevenir la discriminación de género, así como las medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

A fin de poner un ejemplo relevante, a mi juicio de anticipación de lo que promueve el Convenio 190 OIT en este ámbito, cabe citar el convenio colectivo del campo en la provincia de Huelva (2018-2020). Su artículo 36 recoge un protocolo para la “prevención y actuación en los casos de acoso sexual y por razón de género”. Con él se pretende dar prevalencia a la gestión de gobernanza colectiva en prevalencia a la intervención penal (actuada y fallida en varios casos conocidos en el sector de los frutos rojos).

Se trata de un instrumento muy novedoso en el sector, de hecho, es pionero en el campo. Dejando de lado, ahora, sus contenidos concretos, análogos a los de la mayoría de este tipo, si bien se recogen de forma muy exhaustiva, aquí interesa destacar que no solo se hace hincapié en la necesidad de evaluar su eficacia anualmente (ordena elaborar un informe anual para asegurar la eficacia del protocolo y adaptarlo si se considera así necesario), sino que, sobre todo, tiene en cuenta la dimensión integral e inclusiva, desde la perspectiva de gestión psicosocial y de género. El enfoque, pues, que se requeriría ahora en el Convenio 190 OIT¹⁴.

4. De la dimensión de gestión integral de la violencia y el acoso en el trabajo a la protección reforzada de los colectivos especialmente vulnerables

Justamente, esta observación nos permite entrar, siquiera brevemente, en otro de los aspectos que, a mi juicio, más novedad debe representar el desarrollo en España del Convenio 190 OIT. En efecto, como anticipé en el apartado introductorio de este estudio, que llega a su fin, una de las consecuencias más relevantes del afán de la norma estándar social internacional (universal) por la efectividad de la protección frente a la violencia y el acoso

¹⁴ MARGARITA MIÑARRO YANINI, “La acción convencional en el sector de recolección de frutos rojos: nuevos marcos de integración para erradicar los abusos contra las inmigrantes”. *Temas Laborales*, 149 (2019): pp.101-123.

en el trabajo, alejando de sí las desviaciones, tan verificables en los Estados de la UE (también en Francia, Italia o Portugal, por poner ejemplos más cercanos), cuanto más en otros fuera de ella, es su mandato de atender de forma reforzada a las situaciones de especial vulnerabilidad frente a esos riesgos psicosociales. El artículo 6 es inequívoco al respecto: “Todo Miembro deberá adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores **y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables**, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”.

Aunque es obvia su mayor preocupación por la dimensión de género, así como por la dimensión étnico-cultural de la violencia y el acoso en el trabajo, concentrándose ambas en las mujeres migrantes, su pretensión es mayor. De ahí que, además de incluir de forma nominal los colectivos que considera más prevalentes, incluya una cláusula general y que, en consecuencia, deberá -o debería- concretarse por el legislador nacional.

Sin ningún género de dudas, esta dimensión subjetivamente selectiva para reforzar la protección frente a la violencia y el acoso en el trabajo debe significar, en el ámbito de las políticas de gestión psicosocial de la diversidad del trabajo en las empresas, un cambio significativo. Así, será un buen ejemplo para ensayar esta necesidad, más generalmente evidenciada, de transitar desde prevalentes lógicas de gestión disciplinaria (por ejemplo las conductas racistas, intolerantes o violencias físicamente contra personas inmigrantes en los lugares de trabajo), asentada también en el ámbito convencional, a una lógica más preventiva y de promoción de la convivencia multicultural¹⁵. Ya hay también experiencias de este tipo en la negociación colectiva y en empresas españolas, sobre todo allí donde más presencia de personas trabajadoras inmigrantes hay, pero son muy escasas todavía. El desarrollo del Convenio OIT debería significar su promoción y aliento, más allá de las personas inmigrantes extranjeras, aunque en ellas deba ponerse uno de los principales focos de intervención psicosocial, a fin de corregir no solo la precariedad laboral que padecen -un gran factor de riesgo psicosocial- sino de mejorar su bienestar.

15 MARGARITA MIÑARRO YANINI, “El acoso discriminatorio racial o étnico: entre disciplina y prevención de un riesgo psicosocial emergente en empresas multiculturales: Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 781/2019, de 26 de julio”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 437-438 (2019): pp. 181-188

5. La obligada tipificación expresa de la violencia y el acoso a través de las TIC: la formalización legislativa de la huella judicial del ciberacoso en el trabajo

No podía quedar fuera del Convenio 190 OIT el impacto de la transformación digital de nuestros modos de vida y de trabajo en la violencia y el acoso (moral, sexual, etc.). La colonización creciente tanto del mundo productivo como del relacional social por las TIC tiene una repercusión muy notable tanto en el incremento, como en los nuevos canales, de incidencia de tales riesgos psicosociales. En España, esta realidad ha emergido de una forma súbita y dramática, a través del caso IVECO, sin embargo, la huella de la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo, tanto moral como por razón de género -este con una notable prevalencia- lleva presente en nuestros tribunales bastante más tiempo, casi una década. No obstante, en los últimos años, como es lógica, proliferan más los casos en los que el uso de los dispositivos tecnológicos, también de las redes sociales, tienen su marcado protagonismo en los procesos de violencia y/o acoso digital en el trabajo¹⁶.

Aquí no podemos entrar en un análisis mínimamente detallado de tan relevante, pero compleja cuestión. Tan solo resaltar la novedad y trascendencia de una previsión como la del art. 3 d) del Convenio de la OIT, según la cual también se considerará violencia y acoso en el trabajo las manifestaciones de estas conductas “inapropiadas” y, por lo tanto, “inaceptables” susceptibles de crear un riesgo para la seguridad y salud de las personas si se desarrollar.

“d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación”.

Es importante reseñar que, como muestra la experiencia judicial tenida hasta ahora en este ámbito, la mayor parte de las conductas de este tipo se realizan extramuros de los lugares de trabajo, fuera de la jornada y con dispositivos particulares, no con los propios de la empresa a fines productivos. No cabe duda de que ello dificultará la operatividad de las debidas políticas de empresa para la prevención de la violencia digital y el ciberacoso en el trabajo,

16 Un elenco significativo de experiencias judiciales puede hallarse en FERNANDO VICENTE PACHÉS. *Ciberacoso en el trabajo*, 1ª Edición (Barcelona: Atelier, 2018) y CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE. *El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, 1ª Edición (Madrid: La Ley, Wolter Kluwer, 2019).

por cuanto sus posibilidades de control son notablemente menores, dado que se desenvuelven en espacios privados y de autodeterminación personal. Por lo que jugará con especial intensidad el doble límite previsto en el referido art. 9 del Convenio OIT (sólo es exigible a la empresa prevenir lo que está bajo su control y a través de solo aquellas medidas factibles o viables para ello).

Una tensión entre lo recomendable, debido incluso, y lo posible o factible, que también se producirá para otro tipo de formas de la violencia y el acoso, que conoce igualmente manifestaciones digitales, como la violencia de género y/ o doméstica, externa a la relación de trabajo, pero eventualmente incidente en ella y en línea con lo que ahora prevé el art. 4 RDL 28/2020 (trabajo a distancia, en especial en la modalidad prevalente de teletrabajo y domiciliario). Otro ejemplo inequívoco de anticipación legal nacional de una norma internacional social que, de enorme calado, está todavía pendiente de hallar su debido reconocimiento interno, a través de la ratificación. Sería el caso del art. 10 letra f) del Convenio 190 OIT, según el cual todo Estado que lo ratifique -será el caso español, según anuncio del Gobierno- deberá “f) reconocer los efectos de la violencia doméstica y, en la medida en que sea razonable y factible, mitigar su impacto en el mundo del trabajo”.

6. Bibliografía científica referida

- Correa Carrasco, Manuel. “El concepto de acoso moral en el trabajo en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 437-438 (2019): pp. 65-92
- Instituto de Seguridad y Salud en el Trabajo. Nota Técnica Preventiva 854. “Acoso psicológico en el trabajo: definición” (2009).
- Miñarro Yanini, Margarita. “La acción convencional en el sector de recolección de frutos rojos: nuevos marcos de integración para erradicar los abusos contra las inmigrantes”. *Temas Laborales*, 149 (2019): pp.101-123.
- Margarita Miñarro Yanini. “El acoso discriminatorio racial o étnico: entre disciplina y prevención de un riesgo psicosocial emergente en empresas multiculturales: Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia 781/2019, de 26 de julio”. *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 437-438 (2019): pp. 181-188
- Molina Navarrete, Cristóbal. *El ciberacoso en el trabajo: cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, 1ª Edición (Madrid: La Ley, Wolter Kluwer, 2019)
- Vicente Pachés, Fernando. *Ciberacoso en el trabajo*, 1ª Edición (Barcelona: Atelier, 2018)

CAPITULO V
PERSPECTIVAS DE FUTURO: EL CONVENIO 190 EN FRANCIA

CHAPTER V
FUTURE PERSPECTIVES: THE 190 CONVENTION IN FRANCE

Loïc LEROUGE
Director de investigación del CNRS
COMPTRASEC UMR 5114
CNRS – Universidad de Burdeos
loic.lerouge@u-bordeaux.fr
ORCID 0000-0002-3079-8274

Resumen: El acoso y la violencia en el trabajo son una violación de los derechos humanos, una afrenta a la dignidad y una amenaza a la igualdad de oportunidades. Son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente. Por esta razón, aunque Francia tiene un rico y antiguo enfoque jurídico del acoso psicológico y sexual que no es favorable a la ratificación del Convenio 190, no obstante, su ratificación no sólo reorientaría el debate sobre el derecho fundamental a la protección de la salud en el trabajo, sino que también ampliaría el alcance del acoso psicológico y sexual.

Palabras clave: Convención 190 – Ratificación – Francia– Acoso psicológico y sexual – Acoso y violencia laboral – Derechos fundamentales – Alcance del acoso laboral.

Abstract: Harassment and violence at work are a violation of human rights, an affront to dignity and a threat to equal opportunities. They are unacceptable and incompatible with decent work. For this reason, although France has a rich and long-standing legal approach to bullying and harassment at work which is not in favour of ratifying Convention 190, ratifying it would refocus the debate on the fundamental right to protection of health at work, but also broaden the scope of bullying and harassment at work.

Keywords: Convention 190 – Ratification – France – Psychological and sexual harassment – Harassment and workplace violence – Fundamental rights – Scope of workplace bullying and harassment.

Sumario: 1. Factores en contra de la ratificación del Convenio 190 por parte de Francia. 1.1. La existencia de una cultura jurídica que dedica un régimen autónomo por el acoso moral y sexual en el trabajo. 1.2. Un detallado régimen jurídico dedicado al acoso psicológico y sexual en el trabajo. 2. Factores a favor de la ra-

tificación del Convenio 190 por parte de Francia. 2.1. Promover la aproximación del derecho laboral y del derecho de la función pública en materia de acoso. 2.2. Ampliación del alcance del acoso psicológico. 3. Bibliografía.

La adopción del Convenio 190 sobre la violencia y el acoso en el trabajo, el 21 de junio de 2019, no fue noticia en Francia. Desde el punto de vista de las publicaciones en Derecho social, una rápida revisión de la literatura de la doctrina jurídica francesa muestra que se han publicado muy pocos artículos en las revistas jurídicas especializadas¹. Hay que decir que Francia no es un país campeón en la ratificación de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre salud laboral. Así, Francia no ha ratificado los Convenios de la OIT, ni siquiera los fundamentales en materia de salud laboral como el número 155 sobre la seguridad y la salud en el trabajo de 1981 y 161 de 1985 sobre los servicios de salud laboral. Así, sin embargo, sí ha ratificado los Convenios 187 de 2006 sobre el marco promocional para la seguridad y la salud (el 29 de octubre de 2014) y 184 de 2001 sobre seguridad y salud en la agricultura (el 26 de enero de 2021).

Teniendo en cuenta la connotación a veces subjetiva que caracteriza el tema del acoso y la violencia en el trabajo, el Convenio 190 no es un convenio como los demás adoptados por la OIT. El tema es, en efecto, difícil de encuadrar y de delimitar jurídicamente. Además, los debates que condujeron a su adopción fueron complicados debido a las cuestiones controvertidas que se plantearon en algunos países, como los derechos del colectivo LGBTI. El texto resultante del trabajo realizado hasta su adopción es un buen ejercicio de síntesis para ser universal, pero se complica por la conciliación de los diferentes enfoques jurídicos del acoso psicológico según los sistemas nacionales. Así, el Convenio reúne en un solo texto los enfoques basados en el derecho de la discriminación, derivados en particular de los sistemas de influencia de la *Common Law*, y los relativos a la obligación de seguridad del empleador y efectos sobre el trabajo².

¹ Site Doctrinalplus, <http://newip.doctrinalplus.fr/>, consultado el 9 de marzo de 2021.

² Cf. LEROUGE L., « Comparaison des approches juridiques des harcèlements au travail » in Mercat-Brun M. (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit. Action de groupe et discrimination systémique ; algorithmes et préjugés ; réseaux sociaux et harcèlement*, Société de législation comparée, coll. Trans Europe Experts, Vol. 14, 2020, p. 127-142

El Convenio 190 sobre el acoso y la violencia en el trabajo también parece ser poco conocido, y no aparece en los debates sobre salud laboral o incluso cuando se abordan los riesgos psicosociales. Tampoco aparece en las noticias sociales. Esta ausencia en el debate sobre la salud laboral podría explicarse por la larga experiencia jurídica del acoso psicológico en Francia, sobre todo en lo que respecta al acoso psicológico.

La evolución de la legislación sobre el acoso psicológico en Francia apunta, por tanto, a factores que no está a favor de la ratificación del Convenio 190 por parte de Francia. Por otra parte, el régimen jurídico francés sobre el acoso psicológico no cubre todos los aspectos del problema. La ratificación del Convenio 190 permitiría a la legislación laboral francesa ampliar la toma en consideración del acoso psicológico en Francia.

1. Factores en contra de la ratificación del Convenio 190 por parte de Francia

El sistema francés es *a priori* poco abierto a la ratificación del Convenio 190 de la OIT debido a que existe ya un sistema jurídico dedicado al acoso psicológico y al acoso sexual que es antiguo y está bien establecido, pero también porque este sistema jurídico es muy rico y elaborado.

1.1. La existencia de una cultura jurídica que dedica un régimen autónomo por el acoso moral y sexual en el trabajo

Aunque las diversas formas de acoso han existido en el lugar de trabajo desde que existen las propias relaciones laborales, la cuestión irrumpió realmente en el debate público francés con la publicación del libro de la Dra. Marie-France HIRIGOYEN sobre “Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien”³, que marcó un punto de inflexión. El término “harcèlement moral” (“acoso psicológico”) se utilizó para designar una forma de violencia en el lugar de trabajo que se traduce en actos repetidos que conducen a un deterioro de las condiciones de trabajo contra un trabajador.

Se han creado numerosas asociaciones de lucha contra el acoso psicológico a nivel nacional y regional⁴, y se han presentado dos proyectos de ley (Geor-

3 HIRIGOYEN, M.-F., *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, Éditions La Découverte et Syros, Coll. Pocket, 1998, 252 p.

4 Por ejemplo Mots pour Maux au travail, Association nationale des victimes de

ges Hage en 1999 en el Senado y Roland Muzeau en 2000 en la Asamblea Nacional). En 2001, el Consejo Económico, Social y Medioambiental (CESE) publicó un dictamen que incluía una propuesta de definición, cuyo ponente fue el profesor Michel Debout⁵. Estos debates sobre el acoso psicológico han servido de base para los trabajos que han dado lugar a un capítulo IV dedicado a él en la Ley de Modernización Social del 17 de enero de 2002⁶.

La adopción de este texto es un paso esencial en el desarrollo de un sistema jurídico que tenga en cuenta el acoso psicológico, pero también, de forma más amplia, la protección contra los riesgos psicosociales en el lugar de trabajo, en particular mediante el reconocimiento en el Código de Trabajo de la prevención de los problemas de salud física y mental. La Ley de Modernización Social también aborda el acoso sexual, que se define en la legislación laboral como *“el acoso por parte de cualquier persona con el fin de obtener favores de naturaleza sexual en su beneficio o en el de un tercero”*. En el Derecho penal, el acoso sexual se define como el hecho de dar *“órdenes, proferir amenazas, imponer coacciones o ejercer presiones graves, con el fin de obtener favores de carácter sexual, por parte de una persona abusando de la autoridad que le confieren sus funciones.”*

Sin embargo, en una decisión de 4 de mayo de 2012, el Consejo Constitucional dictaminó que la redacción del artículo 222-33 del Código Penal permitía castigar el delito de acoso sexual sin que los elementos constitutivos del delito estuvieran suficientemente definidos. Estas disposiciones desconocen el principio de legalidad de los delitos y de las penas y, por tanto, son contrarias a la Constitución francesa⁷. Por ello, la definición penal del acoso sexual fue derogada por los jueces constitucionales y renovada en el Derecho penal y en el Derecho laboral por la ley del 6 de agosto de 2012 sobre el acoso⁸. En esta ocasión también se incrementaron las sanciones penales por acoso psicológico y acoso sexual. Estos antecedentes, combinados con una jurisprudencia muy dinámica, hacen que el régimen jurídico francés del acoso psicológico sea especialmente elaborado.

harcèlement psychologique au travail (ANVHPT), Harcèlement Moral Stop, Association contre le harcèlement professionnel, Harcèlement association de réflexion et de soutien, Association de défense contre le harcèlement moral, ...

5 <http://www.lecese.fr/travaux-publies/le-harcèlement-moral-au-travail>

6 Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JORF* 18 janvier 2002.

7 Cons. Constit. décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012.

8 Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *JORF* du 7 août 2012.

1.2. Un detallado régimen jurídico dedicado al acoso psicológico y sexual en el trabajo

El sistema francés tiene la particularidad de haber desarrollado la misma definición jurídica del acoso psicológico en el derecho laboral, el derecho penal y el derecho de la función pública. Según el artículo L. 1152-1 del Código del Trabajo (reproducido en el artículo 233-2 del Código Penal y en el artículo 6 quinquies de la Ley de 13 de julio de 1983 relativa a los derechos y obligaciones de los funcionarios), *“ningún trabajador [o funcionario] puede ser sometido a actos reiterados de acoso moral que tengan por objeto o por efecto degradar sus condiciones de trabajo de manera que se atente contra sus derechos y su dignidad, de alterar su salud física o mental o de comprometer su futuro profesional”*.

Para reconocer jurídicamente el acoso psicológico deben cumplirse tres criterios acumulativos: los actos en cuestión deben ser “reiterados” (un acto aislado no puede, por tanto, dar lugar a su calificación); su finalidad o efecto es degradar las condiciones de trabajo de la víctima; deben ser susceptibles de perjudicar su salud física o mental o de comprometer su futuro profesional. El artículo 233-2 del Código Penal castiga el delito de acoso moral en el trabajo con dos años de prisión y una multa de 30.000 euros.

Además de una definición legal, el sistema francés ha introducido disposiciones legales para combatir el acoso psicológico en el trabajo. La primera consiste en reconocer la nulidad de la rescisión de un contrato de trabajo que ignora la definición de acoso moral.⁹ Según el artículo L. 1152-4 del Código del Trabajo, el empresario debe tomar las medidas necesarias para evitar los actos de acoso psicológico y debe prevenir los daños a la salud física y mental en el trabajo.¹⁰ También la Ley de Modernización social ha introducido el término “salud física y mental” en las competencias del médico del trabajo y el derecho de los representantes de los trabajadores a ser informados al respecto. El Código Laboral también introduce la obligación civil de ejecutar el contrato de trabajo de buena fe (válida para empresarios y trabajadores),¹¹ que obliga a las partes a respetar la integridad física y mental de los trabajadores y a permitirles realizar su trabajo en condiciones que garanticen su buena salud.

9 Artículo L. 1152-3 del Código del Trabajo.

10 Artículo L. 4121-1 del Código del Trabajo.

11 Artículo L. 1222-1 del Código del Trabajo.

Según el artículo L. 1153-1 del Código del Trabajo, “*Ningún trabajador podrá ser objeto de actos de acoso sexual, consistentes en comentarios o comportamientos reiterados de connotación sexual que atenten contra su dignidad por su carácter degradante o humillante, o que creen una situación intimidatoria, hostil u ofensiva contra él ; ...Se considera como acoso sexual, consistente en cualquier forma de presión grave, aunque no sea reiterada, ejercida con la finalidad real o aparente de obtener un acto de naturaleza sexual, ya sea que se busque en beneficio del autor o de un tercero.*”

Los empresarios deben incluir en sus reglamentos internos disposiciones que prohíban toda forma de acoso psicológico y sexual, así como comportamientos sexistas.¹²

En virtud de los principios generales de prevención contenidos en el artículo L. 4121-2 del Código del Trabajo, para cumplir con su obligación de seguridad, el empresario debe, en particular, “*planificar la prevención integrando, en un conjunto coherente, la tecnología, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales, en particular los riesgos asociados al acoso psicológico y al acoso sexual, así como los asociados a los comportamientos sexistas.*”¹³ Por parte del trabajador, el artículo L. 1152-5 especifica que si es el autor de dicha conducta, puede ser objeto de sanciones disciplinarias. El empleado, aprendiz o becario que denuncie el acoso psicológico o sexual está protegido contra las medidas discriminatorias (en cuanto a la remuneración, la formación, la reclasificación, el destino, la cualificación, la clasificación, la promoción profesional, el traslado o la renovación del contrato).¹⁴ El despido también se considera nulo si se produce en una situación de acoso. La Ley de Modernización social ha instituido un procedimiento de mediación sin precedentes en el Código de Trabajo franceses para cualquier persona que se considere víctima de acoso psicológico.¹⁵

El legislador también ha puesto a disposición de los representantes del personal los medios para hacerlo. Así, el representante del personal en el Consejo Económico y Social (CSE) tiene derecho a alertar a las autoridades de cualquier violación de los derechos de las personas, de su salud física y

12 Artículo L. 1321-2 del Código de Trabajo.

13 Principio 7 del artículo L. 4121-2 del código del trabajo sobre los principios generales de prevención en el trabajo.

14 Artículos L. 1152-2 y L. 1153-2 del Código del Trabajo.

15 Artículo L. 1152-6 del Código de Trabajo.

mental o de las libertades individuales derivada de un acoso sexual o moral o de cualquier medida discriminatoria que no esté justificada por la naturaleza de la tarea a realizar, ni sea proporcionada al objetivo perseguido.¹⁶ Por último, las organizaciones sindicales con representación en la empresa también pueden coadyuvar a la víctima de acoso psicológico o sexual con su consentimiento en eventuales acciones legales, actuando en su nombre (mediante la “acción en sustitución.”)¹⁷

En una situación de acoso psicológico o sexual en el lugar de trabajo, el trabajador se considera la parte más débil del contrato de trabajo. Por ello, al igual que en el caso de la discriminación, y para facilitar la prueba, el legislador ha facilitado la carga de la prueba. Así, *“el solicitante de un puesto de trabajo, de unas prácticas o de un periodo de formación en una empresa o el trabajador establecen hechos que permiten presumir la existencia de acoso. A la luz de estos elementos, corresponde al demandado demostrar que estas acciones no constituyen tal acoso y que su decisión está justificada por elementos objetivos ajenos a cualquier acoso. El juez formará su opinión después de ordenar, si es necesario, las medidas de investigación que considere útiles.”*¹⁸

En los litigios, las sanciones que acompañan al acoso pueden ser diversas en función de su origen. La primera de estas sanciones es más simbólica que jurídica y se expresa en el propio reconocimiento del acoso y la condena del empresario. Cuando el acoso tiene su origen en una decisión adoptada por el empresario (por ejemplo, una sanción disciplinaria), la víctima puede obtener su anulación, con todas las consecuencias para su situación laboral. El trabajador acosado deberá volver al estado en el que se encontraba antes de la sanción disciplinaria. Sin embargo, para obtener una indemnización por daños y perjuicios, será necesario demostrar el daño causado por la situación de acoso moral a la víctima. El principio de la adaptación de la carga de la prueba no existe aquí; la prueba debe ser aportada por el demandante. La evaluación del daño psicológico no es obvia, y son posibles varias interpretaciones. Por ejemplo, ¿la depresión de la víctima, el intento de suicidio o el suicidio, son una reacción al acoso o hay otros factores que los explican? La relación de causalidad entre el daño y el acoso psicológico debe ser establecida por la víctima.

La definición legal de acoso psicológico tiene un alcance bastante general.

16 Artículo L. 2312-59 del Código del Trabajo.

17 Artículo L. 1154-2 del Código del Trabajo.

18 Artículo L. 1154-1 del Código del trabajo.

Por esta razón, y porque el juez es el único competente para calificar jurídicamente el acoso psicológico, la definición se ha concretado en la jurisprudencia. El juez laboral francés ha realizado un trabajo considerable para aclarar la definición y su alcance. El Tribunal de Casación ha desempeñado un papel importante en la definición del acoso psicológico en la legislación laboral francesa a través de sus decisiones.

La jurisprudencia sobre el acoso psicológico en el trabajo es extremadamente consistente, pero destacan dos decisiones. La primera lo dictan los tribunales civiles y la sala de lo social del Tribunal de Casación que, el 10 de noviembre de 2009, calificó en una primera decisión el acoso moral en el trabajo sin intención dolosa de su autor (“independientemente de la intención de su autor”)¹⁹ y para el otro “*los métodos de gestión aplicados por un superior jerárquico en cuanto se manifiestan para un empleado concreto.*”²⁰ La segunda es una sentencia penal del Tribunal Penal de París relativa al caso France Telecom dictada el 20 de diciembre de 2019,²¹ que mantuvo la incriminación del “*acoso psicológico institucional en el trabajo*” entendido como una “*política general de la empresa que desestabiliza y estresa a una comunidad.*” Este caso permitió a los jueces comprender y conceptualizar cómo las decisiones de gobierno se convirtieron en una política general que desestabilizaba y estresaba a una comunidad de trabajo, creando así un caldo de cultivo para actos de acoso psicológico contra individuos contra los que ya no existía la solidaridad profesional que servía de contrapeso. Para los jueces, estos métodos de gestión y los suicidios resultantes son indicativos de la presión sufrida y transmitida por los directivos.

Sin embargo, aunque el ordenamiento jurídico laboral francés cuenta con un rico y antiguo régimen jurídico en materia de acoso laboral, todavía existen indicios que apoyan la posible ratificación del Convenio de la OIT sobre el acoso y la violencia en el trabajo.

19 Cass. soc. 10 novembre 2009 n° 08-41.497.

20 Cass. soc. 10 novembre 2009 n° 07-45.321 ; Traducido en francés en la prensa como un “*harcèlement managérial.*”

21 Tribunal de grande instance de Paris, 31^{ème} chambre, 2^{ème} section, 20 décembre 2019, n° 0935790257.

2. Factores a favor de la ratificación del Convenio 190 por parte de Francia

Debido al ejercicio de síntesis realizado por el Convenio 190 sobre el tema del acoso y la violencia en el trabajo, se cubren casi todas las facetas y enfoques del tema. El recordatorio de los derechos fundamentales relacionados con la salud en el trabajo es también una señal del posible enriquecimiento del régimen jurídico relativo al acoso y la violencia en el trabajo. En efecto, el Convenio podría ser un medio para que la legislación francesa acerque el Derecho laboral y el Derecho de la función pública en materia de acoso laboral, pero también un pretexto para ampliar aún más el ámbito jurídico de la materia.

2.1. Promover la aproximación del Derecho laboral y del Derecho de la función pública en materia de acoso

A pesar de una definición idéntica, la aplicación del régimen jurídico del acoso moral y sexual en el trabajo difiere según el sector estudiado. Si la definición es similar en materia de acoso psicológico entre el artículo L. 1152-1 del Código del Trabajo y el artículo 8 quinquies de la Ley de 13 de julio de 1983 relativa a los derechos y obligaciones de los funcionarios y el artículo 6 ter, que recoge la definición de acoso sexual en el trabajo de la Ley de 6 de agosto de 2012, en cambio, los regímenes jurídicos tienen un alcance desigual, y su aplicación refleja también las obligaciones propias de cada sector, especialmente de carácter estatutario.

Algunas especificidades del Derecho de la función pública hacen que el régimen jurídico relativo al acoso psicológico y al acoso sexual no tenga el mismo alcance que en el sector privado. Esto se aplica, en particular, a la protección contra las sanciones, el desempeño de las relaciones laborales de buena fe, la carga de la prueba, pero también al procedimiento de mediación, que no existe en la administración pública. La jurisprudencia administrativa también es más restrictiva que la de los tribunales laborales, ya que es más difícil reconocer la existencia de acoso. Esto puede deberse a la falta de ajuste de la carga de la prueba a favor del funcionario.

A través de la sentencia del 11 de julio de 2011, el Consejo de Estado sí intentó acercarse a la doctrina de la sala de lo social del Tribunal de Casación, pero sin mucho éxito.²² En efecto, el alto tribunal del orden jurisdiccional

²² CE 11 juil. 2011 n° 321225 publicado en el Rec. Lebon.

administrativo consideró que corresponde al “*funcionario público que alega haber sido víctima de acciones constitutivas de acoso moral, presentar al juez elementos de hecho susceptibles de hacer presumir la existencia de dicho acoso; que corresponde a la administración producir, por el contrario, un argumento susceptible de demostrar que las acciones en cuestión están justificadas por consideraciones ajenas a cualquier acoso.*” Para basar esta decisión histórica en la reducción de la desigualdad de trato legal entre el sector privado y la Administración Pública, el Consejo de Estado se acercó a su jurisprudencia en materia de discriminación, lo que también recuerda el camino emprendido en su momento por la doctrina judicial para adaptarse con el fin de facilitar la prueba de hechos difíciles de calificar. La prueba del acoso psicológico comparte las mismas características que la prueba de la discriminación. Por lo tanto, el Consejo de Estado se inspiró en la decisión de 30 de octubre de 2009 *Mme Perreux*²³, que pretendía, en particular, tener en cuenta las dificultades propias de la administración de pruebas en materia de discriminación²⁴.

También es posible que la víctima se beneficie de la “protección funcional” que permite “*proteger al funcionario contra los ataques voluntarios a la integridad de la persona, la violencia, el acoso, las amenazas, los insultos, las difamaciones o las injurias de las que pueda ser víctima sin que se le pueda imputar ninguna culpa personal. Está obligado a indemnizar, en su caso, los daños resultantes.*”²⁵ Así, frente a esta falta de textos en relación con el Derecho laboral, los textos relativos a las políticas de igualdad, antidiscriminación y diversidad en la función pública sirven de referencia²⁶ y remiten al enfoque del derecho de la Unión Europea sobre el acoso contenido en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y en la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación y la promoción profesional, y las condiciones de trabajo.

23 CE 30 oct. 2009 n° 298348 publié au Rec. Lebon.

24 Derboulles L., « Harcèlement moral : une nouvelle contribution du Conseil d’État à la protection des agents publics », *RLCT*, oct. 2011, p. 14-17.

25 Loi n° 83-634 du 13 juil. 1983 *op. cit.*, version consolidée au 14 fév. 2019.

26 V. la circular del Ministère de la fonction publique 3 abril 2017 referida a la puesta en marcha de la política de igualdad, de lucha contra las discriminaciones y de promoción de la diversidad en la función pública, NOR: RDF1710873C.

Sin embargo, la protección funcional es inefectiva frente a la práctica de las “sanciones encubiertas”, que pueden entrar en juego y afectar significativamente a la situación profesional del funcionario, o incluso provocar su dimisión. Las sanciones encubiertas se caracterizan por un elemento subjetivo, que se deriva del deseo del autor de imponer una sanción al funcionario debido a incumplimientos reales o supuestos del deber, pero también por un elemento objetivo, que se refiere a las consecuencias de la medida. La medida debe tener los mismos efectos que una sanción disciplinaria y afectar a la situación profesional del interesado, sin que ningún procedimiento disciplinario garantice los derechos del funcionario.²⁷ Al igual que el acoso psicológico, las sanciones encubiertas afectan a la situación profesional del funcionario y éste se ve sometido a una fuerte presión debido a la represión, esté o no justificada.²⁸ Sin embargo, para que se califique de acoso psicológico, la sanción encubierta debe ser el resultado de actos reiterados.

El sistema de protección contra las sanciones tampoco protege al funcionario contra el “abuso de autoridad”, que se refiere a los actos administrativos ajenos al interés público y al interés del servicio con el fin de sancionar al funcionario. También se trata de actos tomados en interés público, pero sus autores no tienen los poderes necesarios para tomarlos.²⁹ En este contexto, una intención que no se corresponda con el propósito y que esté fuera de su objetivo principal puede ejercer una presión adicional sobre un funcionario³⁰ y, a veces, dar lugar a un acoso si se repite.

Esto significa que, aunque existen textos y jurisprudencia en el Derecho de la Administración Pública, está menos equipada que el sector privado para luchar contra el acoso psicológico y sexual en el trabajo. A diferencia de los demás países estudiados, que no distinguen entre el sector privado y la Administración Pública, como en el caso del acoso psicológico, existe un reconocimiento legal, pero son pocas las disposiciones que se refieren específicamente al acoso sexual en la Administración Pública.

Sin embargo, el ámbito de aplicación general del Convenio 190 de la OIT

27 CE 9 juin 1978 Spire, *Rec. Lebon*, 237, concl. Bruno Genevois ; PUPPO A., « Harcèlement moral et fonction publique : spécificités », *AJFP*, mai 2002, p. 42-48.

28 ROLIN F., « Le harcèlement moral au risque du droit administratif », *AJDA*, 16 sept. 2002, p. 733-737.

29 Le détournement de pouvoir est défini pour la première fois par l'arrêt *Pariset*, CE 18 nov. 1875, *Pariset*, publié au *Rec. Lebon*.

30 CHAPUS R., *Droit administratif général*, Tome I, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 12^e éd., 1998, § 1242.

nos recuerda que los trabajadores, independientemente de su empleador, deben beneficiarse del mismo nivel de protección contra el acoso laboral y el hostigamiento, que afectan tanto al sector privado como a la administración pública en Francia. La ratificación del Convenio exigiría un debate sobre la igualdad jurídica en materia de prevención y protección contra el acoso psicológico o sexual entre el sector privado y la función pública. También permitiría ampliar el alcance del acoso laboral.

2.2. Ampliación del alcance del acoso psicológico

El Convenio 190 de la OIT es especialmente innovador porque se centra en la violencia doméstica. La violencia cometida en la intimidad del hogar es un fenómeno que no puede ser ignorado por quienes participan en el mundo del trabajo. Sin embargo, el preámbulo del Convenio 190 crea un vínculo entre la violencia doméstica y el trabajo que la legislación francesa no establece, a través de las repercusiones en el empleo, la productividad, la salud y la seguridad.

Así, según la letra f) del artículo 10 del Convenio, *“Todo Miembro deberá adoptar medidas apropiadas para: (...) f) reconocer los efectos de la violencia doméstica y, en la medida en que sea razonable y factible, mitigar su impacto en el mundo del trabajo.”* Según la Recomendación 206 que acompaña al Convenio 190, las medidas adecuadas para mitigar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo podrían incluir permisos dedicados a las víctimas de la violencia doméstica, acuerdos de trabajo flexibles y protección para las víctimas de la violencia doméstica, protección temporal de las víctimas de la violencia doméstica contra el despido, en su caso, salvo por motivos no relacionados con la violencia doméstica y sus consecuencias, la inclusión de la violencia doméstica en las evaluaciones de riesgos laborales, un sistema de derivación a los planes públicos para paliar la violencia doméstica, cuando existan, y, por último, la sensibilización sobre sus consecuencias.

Por tanto, sólo hay que dar un paso para ampliar el tema de la violencia doméstica a la discriminación y el acoso por razón de género y que *“afectan de forma desproporcionada a las mujeres y las niñas”*, según el preámbulo del convenio. Sin embargo, según el artículo 1 1. b), la violencia y el acoso por razón de género son *“la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso*

sexual.” Así pues, es probable que la lucha de las mujeres contra el sexismo en todas sus formas reciba un nuevo impulso gracias al reconocimiento de “*un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*”, según el artículo 4. 2. Además, el artículo 10 e) establece que “*las víctimas de violencia y acoso por razón de género en el mundo del trabajo tengan acceso efectivo a mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos, asistencia, servicios y vías de recurso y reparación que tengan en cuenta las consideraciones de género y que sean seguros y eficaces.*” El objetivo no es sólo luchar contra el sexismo, sino también contra la discriminación de determinados grupos de trabajadores, incluidos los trabajadores LGTBI.

La ampliación del ámbito de aplicación del acoso laboral en la legislación francesa como consecuencia de la ratificación del Convenio 190 podría afectar también al ciber-acoso. De hecho, el artículo 3 d) establece que la prevención de la violencia y el acoso en el lugar de trabajo también se aplica en el marco de “*las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación.*” Todavía hay muy pocas disposiciones legales para regular el uso de las tecnologías digitales y su poder para causar daños, a veces terribles, en términos de acoso y violencia psicológica. Aunque el debate sobre este tema se ha iniciado en el ámbito del acoso escolar, todavía no ha penetrado realmente en el lugar de trabajo. Una de las virtudes de los debates para ratificar el Convenio 190 en el sistema francés sería crear un puente entre las actuales campañas de prevención del acoso escolar y el mundo laboral.

*
* *

El texto del Convenio 190 sobre el acoso y la violencia en el trabajo es declarativo y consensuado en relación con las medidas adoptadas por Francia. Sin embargo, corresponde a los Estados que la ratifican aplicar las medidas legales adecuadas para combatir el acoso. No obstante, no es seguro que estas nuevas herramientas vayan a cambiar realmente el funcionamiento del mundo laboral.³¹

Sin embargo, el Convenio tiene la ventaja de dar un alcance más funda-

³¹ Vid. ADAM P., « Lutte internationale contre le harcèlement et la violence : deux nouveaux instruments. Observations sous Convention OIT n° 190 sur la violence et le harcèlement, 21 juin 2019 », *Revue de droit du travail*, octobre 2019, p. 639-643.

mental al derecho a la protección de la salud en el trabajo, especialmente a través de su preámbulo y de las referencias a la Declaración de Filadelfia y a los convenios fundamentales de la OIT. El acoso y la violencia en el trabajo son realmente una violación de los derechos humanos y ponen en peligro la igualdad de oportunidades. Son inaceptables e incompatibles con el Trabajo Decente. El Convenio 190 reconoce la importancia de una cultura del trabajo basada en el respeto mutuo y la dignidad humana. Este enfoque complementa la elección de Francia de ir más allá de una definición legal del acoso laboral, que habría sido una mera fórmula declarativa de reconocimiento legal. Este ámbito fundamental se añadiría al ámbito más operativo de las medidas legales de lucha contra el acoso laboral.

Sin embargo, aunque la legislación sobre el acoso en el trabajo es especialmente rica en Francia, también está instrumentalizada y se desvía de las razones originales que justificaron su promulgación. Por ejemplo, el régimen jurídico del acoso laboral se utiliza ahora para eludir el tope de las indemnizaciones por despido introducido por las ordenanzas de 22 de septiembre de 2017 sobre la reforma laboral o para que se recalifique como despido una extinción del contrato de trabajo a iniciativa del trabajador sin causa real y grave. La promoción de foros de discusión constructivos y fructíferos para ratificar el Convenio 190 podría entonces permitir reorientar el debate sobre los derechos fundamentales a la salud en el trabajo, al respeto de la persona humana y a su dignidad en el trabajo y fuera de él.

3. Bibliografía

- Adam P., « Lutte internationale contre le harcèlement et la violence : deux nouveaux instruments. Observations sous Convention OIT n° 190 sur la violence et le harcèlement, 21 juin 2019 », *Revue de droit du travail*, octobre 2019, p. 639-643.
- Chapus R., *Droit administratif général*, Tome I, Montchrestien, Coll. Domat Droit public, 12^e éd., 1998, § 1242
- Derboulles L., « Harcèlement moral : une nouvelle contribution du Conseil d'État à la protection des agents publics », *RLCT*, oct. 2011, p. 14-17
- Hirigoyen, M.-F., *Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien*, Éditions La Découverte et Syros, Coll. Pocket, 1998, 252
- Lerouge, L., « Comparaison des approches juridiques des harcèlements au travail » in Mercat-Brun M. (dir.), *Nouveaux modes de détection et de prévention de la discrimination et accès au droit. Action de groupe et discrimina-*

tion systémique ; algorithmes et préjugés ; réseaux sociaux et harcèlement, Société de législation comparée, coll. Trans Europe Experts, Vol. 14, 2020, p. 127-142

Puppo A., « Harcèlement moral et fonction publique : spécificités », *AJFP*, mai 2002, p. 42-48

Rolin F., « Le harcèlement moral au risque du droit administratif », *AJDA*, 16 sept. 2002, p. 733-737

CAPITULO VI
LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO N° 190 DE LA OIT POR URUGUAY: CONTEXTOS NORMATIVOS Y DE ESTRUCTURA SINDICAL

CHAPTER VI
THE RATIFICATION OF THE ILO CONVENTION N° 190 BY URUGUAY: REGULATORY CONTEXTS AND UNION STRUCTURE

Federico ROSENBAUM CARLI
Profesor Adjunto de alta dedicación.
Universidad Católica del Uruguay
federico.rosenbaum@ucu.edu.uy
<https://orcid.org/0000-0003-1152-6561>

Resumen: En el mes de diciembre de 2019, Uruguay se convirtió en el primer país del mundo en ratificar el Convenio sobre la violencia y el acoso N° 190 de la OIT, siendo también pionero en registrar la ratificación ante el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, el día 12 de junio de 2020.

Del contexto normativo uruguayo antes de la aprobación del referido instrumento internacional, se puede desprender una insuficiencia y ausencia de regulación integral sobre la temática del acoso y la violencia en el trabajo. Como aspectos más destacables de la normativa, se encuentra la regulación en materia de acoso sexual y sobre la violencia hacia las mujeres basada en género.

Sin embargo, efectuando un diagnóstico del sistema normativo, se constata al día de hoy un vacío normativo sobre la prevención y sanción del acoso moral o laboral y la violencia en el trabajo. Precisamente, ante tal escenario se tornó indispensable la sistematización y ordenación coherente de ciertos conceptos y criterios efectuados por la doctrina científica y la jurisprudencia nacional, quienes han debido suplir el rol del legislador a los efectos de dotar de protección a este tipo de situaciones y a quienes son las víctimas de conductas de violencia o acoso en el ámbito laboral.

En ese marco, en el presente trabajo se traen a colación algunas reflexiones en torno a la perspectiva futura del contexto normativo uruguayo, considerando indispensable que el legislador reglamente el Convenio N° 190, con un contenido protector y sin disminuir la tutela que ha sido dispensada en la práctica por parte de los tribunales laborales.

En otro orden, el contexto sindical uruguayo previo a la aprobación del Convenio N° 190 es fiel demostrativo de su (menguada) participación en la temática de la violencia y el acoso en el trabajo, lo cual refleja la necesidad de que una nueva regulación canalice de mejor manera su intervención.

Palabras clave: violencia, violencia basada en género , acoso, acoso sexual, ratificación Convenio N° 190 OIT

Abstract: In December 2019, Uruguay became the first country in the world to ratify the ILO Convention on Violence and Harassment No. 190, being also a pioneer in registering the ratification with the Director-General of the International Labor Office , on June 12, 2020.

From the Uruguayan regulatory context before the approval of the aforementioned international instrument, an insufficiency and absence of comprehensive regulation on the subject of harassment and violence at work could be deduced. The most noteworthy aspects of the regulations are on sexual harassment and gender-based violence against women.

However, making a diagnosis of the normative system, a normative void is emerging on the prevention and punishment of moral or workplace harassment and violence at work. Precisely, in such scenario, the systematization and coherent ordering of some criteria and concepts made by scientific doctrine and national jurisprudence became essential, who have had to replace the role of the legislator in order to provide protection to this type of situations and to the victims of violence or harassment in the workplace.

In this context, this work brings up some reflections on the future perspective of the Uruguayan regulatory context, considering essential that the legislator regulate Convention No. 190, with a protective content and without diminishing the protection that has been dispensed in the practice by the labor courts.

In another order, the Uruguayan union context prior to the approval of Convention No. 190 is a faithful demonstration of its (diminished) participation in the issue of violence and harassment at work, which reflects the need for a new regulation to channel in a better way it's intervention.

Keywords: violence, gender-based violence, harassment, sexual harassment, ratification of ILO Convention No. 190

Sumario: 1. Antecedentes. 1.1. La 108^a Conferencia Internacional del Trabajo. 1.2. La ratificación por Uruguay del Convenio Internacional del Trabajo N° 190 de la OIT. 2. El contexto normativo uruguayo previo a la aprobación del Convenio Internacional del Trabajo N° 190 de la OIT. 2.1. Diagnóstico del contexto normativo uruguayo: insuficiencia y ausencia de regulación integral sobre el acoso y la violencia en el trabajo. 2.2. La regulación del acoso sexual. 2.2.1. La Ley N° 18.561 y su reglamentación. 2.2.2. La noción de acoso sexual y diferentes comportamientos comprendidos. 2.2.3. La prevención del acoso sexual. 2.2.4. La sanción del acoso sexual. 2.3. La regulación de la violencia hacia las mujeres basada en género. 2.4. El vacío normativo sobre la prevención y sanción del acoso moral o

laboral y la violencia en el trabajo. 2.4.1. La sistematización de la jurisprudencia uruguaya de los elementos tipificantes del acoso. 2.5. Perspectivas futuras del contexto normativo uruguayo. 3. El contexto sindical uruguayo previo a la aprobación del Convenio N° 190. 4. Algunas reflexiones finales. 5. Bibliografía.

1. Antecedentes

1.1. La 108ª Conferencia Internacional del Trabajo

El Convenio Internacional del Trabajo N° 190 de la OIT sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo¹, junto a su Recomendación N° 206², fue aprobado luego de haber transcurrido 8 años desde el último Convenio adoptado en ese ámbito, precisamente el N° 189 sobre el trabajo doméstico.

Para la aprobación de dichos instrumentos fue necesario cumplimentar previamente con el art. 39, 1) del Reglamento de la Conferencia, interviniendo la Oficina en la preparación de un informe previo en donde se expuso la legislación y la práctica de diversos países con referencia al acoso y la violencia en el trabajo³. Asimismo, luego de que los Estados Miembros recibieran el primer informe y fueran invitados a enviar sus respuestas tomando como base un cuestionario confeccionado a tales efectos⁴, la Oficina confeccionó un segundo informe sobre el tema, que sirvió para comenzar la discusión en la reunión de la 107ª Conferencia Internacional del Trabajo de 2018. Fue precisamente en dicha reunión de la Conferencia del año 2018 que se decidió inscribir en el orden del día de la 108ª reunión de la Conferencia del siguiente año, el punto titulado “La violencia y el acoso en el mundo del trabajo”, para su segunda discusión con miras a la adopción de un Convenio complementado por una Recomendación.

Precisamente, en el mes de junio de 2019 se celebró la 108ª reunión de

1 Texto del Convenio N° 190 de la OIT disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711244.pdf.

2 Texto de la Recomendación N° 206 de la OIT disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711244.pdf.

3 OIT, Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 107.a reunión, Ginebra, 2018.

4 OIT, Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, Informe V (2), Conferencia Internacional del Trabajo, 107.a reunión, Ginebra, 2018.

la Conferencia Internacional del Trabajo, en el marco de la celebración del centenario de la OIT. En esta Conferencia se suscitaron dos hechos históricos importantes; por un lado, la aprobación del primer Convenio Internacional del Trabajo para enfrentar la violencia y el acoso en el trabajo (Nº 190) y su respectiva Recomendación (Nº 206); y por otro lado, la adopción de una Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo⁵.

1.2. La ratificación por Uruguay del Convenio Internacional del Trabajo Nº 190 de la OIT

Entre los meses de octubre y diciembre de 2019, las Cámaras de Senadores y de Representantes de Uruguay, discutieron y finalmente aprobaron el proyecto de ley mediante el cual se ratificaba el Convenio Nº 190 de la OIT en materia de violencia y acoso en el trabajo. Téngase presente que, según lo dispuesto por el art. 168 de la Constitución uruguaya, le compete al Presidente de la República actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, la conclusión y suscripción de tratados, para lo cual se requiere su posterior aprobación por parte del Poder Legislativo para completar el proceso de ratificación⁶.

Antes de finalizar el año, la Cámara de Senadores aprobó dicho proyecto de ley el día 10 de diciembre de 2019, y una semana después, la Cámara de Representantes también manifestó su aprobación el día 17 de diciembre de 2019. Por tal motivo, luego de la sanción del proyecto y de su promulgación, el mismo se convirtió en Ley Nº 19.849⁷.

En virtud de ello, Uruguay se transformó en el primer país del mundo en haber ratificado el referido instrumento internacional, en consonancia con su práctica habitual de alta tasa de ratificaciones de los Convenios Internacionales del Trabajo, alineándose con los objetivos de la OIT hacia la construcción de un trabajo decente y la consecución de justicia social. Como

5 Texto de la Declaración del Centenario de la OIT disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_711290.pdf.

6 El art. 168 de la Constitución de la República dispone que: “Al Presidente de la República, actuando con el Ministro o Ministros respectivos, o con el Consejo de Ministros, corresponde:...2o) Concluir y suscribir tratados, necesitando para ratificarlos la aprobación del Poder Legislativo”.

7 Texto de la Ley Nº 19.849 disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes-internacional/19849-2019>.

dato estadístico destacable, Uruguay ha ratificado los 8 Convenios fundamentales, los 4 Convenios de gobernanza prioritarios y 99 Convenios Técnicos⁸. Una cantidad importante de ratificaciones, superada por pocos países, como es el caso de España⁹, quien ha ratificado 22 Convenios técnicos más que Uruguay.

De todos modos, en cuanto a la vigencia del Convenio, cabe señalar que el mismo obliga únicamente a aquellos miembros de la OIT cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, entrando en vigor 12 meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General. Desde dicho momento, el Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha de registro de su ratificación (conforme lo dispone el art. 14). Uruguay registró la ratificación el día 12 de junio de 2020, transformándose también en el primer país en efectuar dicho depósito, seguido por Fiji, quien lo hizo el día 25 de junio de 2020. Por tal motivo, se puede determinar que la entrada en vigencia material de este instrumento internacional será el día 25 de junio de 2021.

A estos dos países se le suma el depósito del instrumento formal de ratificación de Namibia, de fecha 9 de diciembre de 2020¹⁰, sin perjuicio de otros inminentes registros de ratificaciones que se verificarán en el futuro cercano, de países como por ejemplo, Argentina¹¹ e Italia, quienes ya han aprobado internamente dicho instrumento internacional.

8 Estadísticas de Uruguay recabadas por el Sistema de información sobre normas internacionales del trabajo (NORMLEX) de la OIT, disponibles en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102876.

9 Estadísticas de España recabadas por el Sistema de información sobre normas internacionales del trabajo (NORMLEX) de la OIT, disponibles en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102847.

10 Según registro de ratificaciones al día 02.02.2021, disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:3999810.

11 OIT, “Diputados aprobó la ratificación del Convenio 190 de la OIT”. Comunicado de prensa del 11.11.2020. Disponible en: https://www.ilo.org/buenosaires/noticias/WCMS_760662/lang--es/index.htm.

2. El contexto normativo uruguayo previo a la aprobación del Convenio Internacional del Trabajo N° 190 de la OIT

2.1. Diagnóstico del contexto normativo uruguayo: insuficiencia y ausencia de regulación integral sobre el acoso y la violencia en el trabajo

Al efectuar un diagnóstico del panorama normativo previo a la aprobación de este instrumento internacional, puede fácilmente comprobarse una insuficiencia del sistema normativo uruguayo en relación a la temática de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Al mismo tiempo, las pocas normas referidas a esta materia se encuentran francamente desintegradas entre sí, reflejando una desconexión y falta de sincronía de la intervención del legislador.

En primer lugar, debe destacarse que en Uruguay no existe un Código de Trabajo, ni una ley que regule el contrato de trabajo, o un estatuto del trabajador, es decir, no existe una sistematización normativa de la relación de trabajo dependiente, así como tampoco una regulación coherente y ordenada de las relaciones colectivas de trabajo. Ello ya de por sí constituye un aspecto de relevancia a la hora de analizar la eficacia de las normas laborales y del cumplimiento de su fin eminentemente tutelar.

Sin perjuicio de dicha ausencia de sistematización normativa, ello no se ha comportado como un obstáculo para construir conceptualmente el Derecho del Trabajo como disciplina genuinamente autónoma. En efecto, el análisis de su autonomía conlleva discernir sobre su independencia con respecto a otras ramas del derecho desde varios puntos de vista, uno científico, otro legislativo, otro jurisdiccional y en último lugar, otro didáctico.

En particular, en relación a la autonomía legislativa, aún en ausencia de la referida sistematización normativa, esta independencia se deduce de la multiplicidad de normas que se dictan sobre la materia, que “responden a la misma inspiración y a los mismos principios”¹². Ni que hablar, además, de las normas que esta disciplina genera en el campo de la autonomía colectiva, lo que le otorga un particularismo saliente a la hora de compararla con otras ramas jurídicas.

En segundo lugar, en cuanto al tema objeto de estudio en la presente obra colectiva, también puede destacarse que la intervención del legislador fue muy escasa y puntual, en tanto que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo no fue abordado en forma integral. Así, se detectan leyes dedicadas a la regulación de algunas conductas en particular, como lo es el acoso se-

¹² PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso de Derecho Laboral*, T. I, Vol. I, Acali Editorial, 1979, pp. 27 y ss.

xual, o la violencia ejercida hacia las mujeres basada en género, dejando de lado otras conductas igualmente relevantes y que merecerían el reproche del ordenamiento jurídico, y más importante aún, de la instrumentación de una adecuada política de prevención de las mismas.

En ese marco contextual, existe consenso en comprender que la referida abstención normativa trae aparejada una dificultad en la determinación de una definición unívoca del acoso¹³.

2.2. La regulación del acoso sexual

2.2.1. La Ley N° 18.561 y su reglamentación

La insuficiencia normativa y falta de integralidad de la regulación del acoso y la violencia en el trabajo, se refleja en la tardía intervención legislativa en Uruguay del año 2009, mediante la aprobación de la Ley N° 18.561¹⁴, cuyo alcance se limita exclusivamente a la prevención y sanción del acoso sexual en el ámbito laboral y en las relaciones docente-alumno.

El diagnóstico antedicho se refuerza en el hecho de que la referida ley fue reglamentada por el Poder Ejecutivo recién 8 años después en el mes de setiembre de 2017 (Decreto N° 256/017¹⁵). Sin perjuicio de estos apuntes críticos en cuanto a la histórica inacción del legislador, no debe desmerecerse el fin alcanzado, así como tampoco puede dejar de reconocerse el adecuado contenido protector de las normas que previenen y sancionan el acoso sexual.

Por otro lado, también debe resaltarse que estas normas fueron precedidas por una ley del año 1989 (Ley N° 16.045¹⁶) que se limitaba a prohibir las conductas discriminatorias, dentro de las cuales el decreto reglamentario del año 1997 (Decreto N° 37/997¹⁷) incluyó al acoso u hostigamiento sexual en el lugar de trabajo o en ocasión de él.

13 QUINTANA, B. y ZUBILLAGA, I., “¿De qué hablamos cuando hablamos de acoso moral”, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, 2019, p. 246.

14 Texto de la Ley N° 18.561 disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18561-2009>.

15 Texto del Decreto N° 256/017 disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/256-2017>.

16 Texto de la Ley N° 16.045 disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/16045-1989>.

17 Texto del Decreto N° 37/997 disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/decretos/37-1997>.

2.2.2. La noción de acoso sexual y diferentes comportamientos comprendidos

En cuanto a la noción de acoso sexual, la ley contiene una descripción amplia, lo cual permite concluir que, junto a las referencias expresas a los comportamientos a través de los cuales puede manifestarse, se produce una extensión de su ámbito de aplicación¹⁸. En resumidas cuentas, según la legislación vigente, en cuanto al concepto y los elementos del acoso sexual, este:

a) debe tratarse de un comportamiento de naturaleza sexual, lo cual lo distingue de otras conductas (por ejemplo, el acoso moral o laboral);

b) realizado por persona de igual o distinto sexo (puede configurarse el acoso sexual tanto en mujeres como en hombres);

c) no deseado por la persona a la que va dirigido (por lo tanto, se descarta como situación tipificante de acoso cuando se produzca bajo consentimiento de la persona que recibe la propuesta);

d) que el rechazo de la conducta: (i) le produzca o amenace con producirle un perjuicio en su situación laboral o en su relación docente, o; (ii) que cree un ambiente de trabajo intimidatorio, hostil o humillante para quien lo recibe¹⁹.

Es el art. 3 el que se dedica a detallar a vía ejemplificativa las diversas clases de comportamientos a través de los cuales el acoso sexual puede manifestarse.

De ese modo, el precepto señala que, en primer lugar, pueden tratarse de requerimientos de favores sexuales que impliquen: a) la promesa, implícita o explícita, de un trato preferencial respecto de la situación actual o futura de empleo o de estudio de quien la reciba; b) amenazas, implícitas o explícitas, de perjuicios referidos a la situación actual o futura de empleo o de estudio de quien la reciba; o c) la exigencia de una conducta cuya aceptación o rechazo, sea, en forma implícita o explícita, condición para el empleo o de estudio. En segundo lugar, pueden exteriorizarse en acercamientos corporales u otras conductas físicas de naturaleza sexual, indeseada y ofensiva para quien los reciba. Y en tercer lugar, también se pueden concretar en el uso de expresiones (escritas u orales) o de imágenes de naturaleza sexual, que resulten humillantes u ofensivas para quien las reciba. Un único incidente grave puede constituir acoso sexual.

¹⁸ MANGARELLI, C., *Acoso y violencia en el trabajo*, FCU, Montevideo, 2014, p. 102.

¹⁹ Conf. art. 2 de la Ley N° 18.561.

En función de dichos extremos, se desprende que la ley básicamente comprende dos tipos de acoso:

a) El “chantaje sexual”: que implica la imposición de exigencias de carácter sexual bajo la amenaza de padecer algún tipo de perjuicio en la relación laboral o la promesa de otorgar un beneficio o ventaja laboral.

b) Y el “acoso sexual ambiental”: que crea un ambiente intimidatorio o humillante (por ejemplo, conductas físicas de naturaleza sexual, el uso de expresiones o de imágenes de naturaleza sexual, etc.).

Ello quiere decir que no resultará necesario la existencia de un perjuicio actual o futuro al trabajador en relación a su situación laboral, ya que de todos modos se configurará una situación de acoso sexual cuando el comportamiento del agente acosador cree un ambiente de trabajo humillante o intimidatorio para el trabajador²⁰.

De todo lo anterior se desprende que la ley uruguaya se decanta por admitir la existencia de la figura del acoso sexual, aún cuando se verifique un único hecho y sin la sistematicidad o repetición de conductas que son propias del término “acoso”. Sin embargo, la doctrina nacional se ha manifestado en el sentido de que tal admisión se encuentra condicionada a la comprobación de que tal conducta única o aislada, revista del carácter de “grave”. En otras palabras, si no se verifica la nota de la gravedad, el acoso sexual solamente se configurará cuando se verifiquen inconductas reiteradas en el tiempo, debiéndose además analizar el conjunto de circunstancias del caso en concreto²¹.

2.2.3. La prevención del acoso sexual

Una característica trascendente de la regulación en materia de acoso sexual, se refiere a las medidas de prevención. En efecto, la normativa impone determinados deberes a cargo del Estado (incluyendo a la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, quien tiene la función de la policía laboral administrativa), a las asociaciones profesionales y gremiales de carácter laboral, así como los del orden estudiantil, y finalmente, obligaciones a cargo del empleador.

En cuanto a los deberes del Estado, resulta clara la responsabilidad asignada en torno al diseño e implementación de políticas de sensibilización, educativas y de supervisión, para la prevención del acoso sexual laboral y docente, tanto en el ámbito público como en el privado.

²⁰ MANGARELLI, C., *Acoso y violencia...*, p. 106.

²¹ MANGARELLI, C., *Acoso y violencia...*, p. 107.

A ello se le adiciona la especial asignación de competencia a cargo de la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto en el ámbito público como privado, del contralor del cumplimiento de la Ley N° 18.561²². Empero, dicho organismo administrativo también tiene otras competencias preventivas, como la posibilidad de aplicar sanciones al empleador incumplidor (que en cierta medida constituiría un aliciente para evitar similares conductas futuras), o de intimarle a la empresa o incluso el jerarca, denunciante o denunciado, la aplicación de medidas preventivas y de difundir las políticas institucionales contra las conductas de acoso sexual. A ese elenco de medidas también se le suma la potestad de intimar otra serie de respuestas que tiendan a la contención y protección de la integridad psico-física y dignidad de las víctimas y quienes hayan participado en la investigación administrativa (como por ejemplo, los testigos)²³.

Por otro lado, la ley también obliga a que las asociaciones profesionales y gremiales de carácter laboral y estudiantil establezcan políticas preventivas y de sanción para los agremiados que incurran en conductas de acoso sexual²⁴. Asimismo, resulta de interés señalar que cuando los sindicatos recibieren denuncias de acoso sexual, la normativa les faculta a solicitar ante la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, su constitución en el lugar de trabajo. Adicionalmente, los representantes sindicales tienen la potestad de asistir a las diligencias (salvo el interrogatorio) a realizarse por la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, y promover ante dicho organismo las medidas que consideren necesarias para una eficaz comprobación de los hechos denunciados, el cese de los mismos y su no reiteración, siempre que el trabajador involucrado presente su consentimiento a dicha asistencia²⁵.

Finalmente, en el marco de lo dispuesto por el art. 6 de la ley que le impone al empleador un deber de prevención del acoso sexual y de la adopción de una medida específica de prevención (como lo es la comunicación y difusión de una política institucional contra el acoso sexual), el Decreto N° 256/017 establece que los empleadores están obligados a poner en ejecución medidas de prevención y desaliento de estas prácticas, tomándose en cuenta, entre otras acciones, las siguientes:

22 Conf. art. 5 de la Ley N° 18.561.

23 Conf. art. 9 de la Ley N° 18.561.

24 Conf. art. 14 de la Ley N° 18.561.

25 Conf. art. 10 de la Ley N° 18.561.

- a) la confección de Protocolos internos;
- b) la realización de cursos de capacitación al personal;
- c) la adopción de medidas de evaluación del ambiente laboral.

Por ello, a la hora de evaluar la responsabilidad del empleador (basada en la comprobación de culpa por parte de la empresa, es decir, analizándose en concreto cómo actuó en una situación en concreto), resulta fundamental detectar qué se hizo una vez recibida y conocida una denuncia de acoso. De ese modo, el empleador se encuentra obligado a adoptar todas las medidas cautelares necesarias y provisionales para proteger al empleado denunciante (por ejemplo, modificando los horarios o los turnos de trabajo del denunciante y/o del denunciado; trasladando el lugar de trabajo de los involucrados; o cualquier otra clase de medida precautoria para evitar el contacto entre ambos trabajadores).

A ese elenco de obligaciones expresas a cargo del empleador, también se le suma una medida prohibitiva que tiende a una mejor protección de los trabajadores, y por ende, coadyuva a cumplir con un fin preventivo de las conductas acosadoras. En este sentido, la normativa protege contra las represalias que puedan sufrir los trabajadores por parte de su empleador, al prohibir el despido o las sanciones disciplinarias dirigidas a los trabajadores afectados, así como quienes participaren como testigos. A tales efectos, la tutela se refuerza al crearse una presunción simple (que admite prueba en contrario), de que el despido o las sanciones obedecen a motivos de represalia cuando tengan lugar dentro del plazo de 180 días de presentada la denuncia de acoso en sede administrativa o judicial. En tal caso, el despido debe ser calificado de abusivo y daría lugar a la indemnización prevista en el inciso segundo del artículo 11, con la salvaguarda de la existencia de una notoria mala conducta²⁶.

Como se puede observar, dicha protección es de carácter relativa y no absoluta al no admitir el reintegro como respuesta al incumplimiento de la prohibición de despedir.

2.2.4. La sanción del acoso sexual

En otro orden, de la regulación de esta temática se desprende una variedad de sanciones de las conductas de acoso sexual, así como de respuestas posibles para quien es víctima de este tipo de conductas.

Así, en primer lugar, la ley prevé una indemnización especial (por concep-

²⁶ Conf. art. 12 de la Ley N° 18.561.

to de daño moral) para la víctima de acoso sexual, consistente en un mínimo de 6 mensualidades calculadas a razón de la última remuneración. Sustitutamente, la norma también ha dejado librado a opción del trabajador considerarse indirectamente despedido, en cuyo caso corresponde el pago de una indemnización por despido abusivo equivalente a 6 mensualidades más la indemnización por despido ordinaria.

A los efectos de contextualizar estas soluciones, debe aclararse que en relación a las modalidades que puede asumir el despido como forma de terminación del vínculo laboral, la doctrina ha distinguido diferentes hipótesis sobre la base de analizar la actitud de las partes en cada caso en concreto. En este sentido, Plá Rodríguez distinguía las figuras del despido directo, indirecto, técnico y administrativo. Por su parte, Barbagelata también se refería a las figuras del despido disimulado y tácito²⁷ y De Ferrari aportaba los conceptos de los despidos condicionales, simulados y encubiertos²⁸.

La modalidad del despido indirecto²⁹ fue inicialmente estructurada por la doctrina y recibida luego por la jurisprudencia, reservándose para situaciones diferentes a la del despido directo, ya que este se deriva de la voluntad implícita del empleador de poner fin a la relación laboral, aún sin comunicarlo al trabajador, siendo que la voluntad “se traduce en hechos que den lugar a una situación de despido”³⁰. En ese sentido, Plá Rodríguez se refería a que la voluntad de poner fin al contrato de trabajo puede no resultar de las palabras “sino de hechos y actitudes que implícitamente signifiquen lo mismo”³¹.

A pesar de que esta figura fue inicialmente construida por la doctrina, se destaca su referencia expresa contenida en la ley comentada, aunque sin definirla desde el punto de vista conceptual.

Asimismo, parte de la doctrina señala que la voluntad del empleador de

27 BARBAGELATA, H. H., *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Volumen 2, FCU, Montevideo, 2007, p. 265.

28 DE FERRARI, F., *Derecho del Trabajo*, Vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1969, p. 456.

29 La doctrina también ha aportado otras denominaciones a esta figura, como la del despido provocado (ALMANSA PASTOR, J., *El despido nulo*, Madrid, 1968, p. 82), el despido de hecho (SIMI, V., *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milan, 1948, p. 64) y el auto-despido (CABANELLAS, G., *Compendio de Derecho Laboral*, Buenos Aires, 1968, p. 777).

30 PÉREZ DEL CASTILLO, S., *Manual práctico de normas laborales*, Décimo tercera edición, FCU, Montevideo, 2013, p. 146.

31 PLÁ RODRÍGUEZ, A., “El despido indirecto”, *rev. Derecho Laboral*, Tomo XXIV, N° 122, FCU, Montevideo, 1981, p. 283.

poner fin al vínculo laboral, se traduce en un incumplimiento del contrato de trabajo en forma deliberada o no deliberada³²; ya que este puede incumplir sus obligaciones intencionalmente y con conciencia, o por motivos que son ajenos a su intencionalidad. Ejemplos de ello lo constituyen, por un lado, el ejercicio del *ius variandi* ilícito (como la modificación de alguno de los elementos sustanciales del contrato de trabajo), y por otro lado, el retraso en el pago del salario motivado en causas económicas adversas y coyunturales.

En atención a ello, el despido indirecto ha sido delimitado sobre la base de considerar la necesaria existencia de un incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del empleador, y además, que el mismo sea calificado como grave, cuya importancia genere que la relación laboral se ponga en crisis. Además, la entidad del referido incumplimiento requiere que este haga imposible continuar con el vínculo laboral, y que en definitiva, sea insostenible e intolerable para el trabajador³³.

En síntesis, desde el punto de vista jurídico, y en virtud de los conceptos aportados por Plá Rodríguez, es claro que para la configuración de una hipótesis de despido indirecto, es necesaria la concurrencia de los siguientes elementos: a) un incumplimiento del empleador; b) la decisión del trabajador de considerarse despedido; y c) el consecuente retiro del trabajador de la empresa³⁴.

En definitiva, se ha explicado que “esta participación del trabajador en la conformación del despido indirecto encierra un riesgo para el trabajador ya que puede discutirse si realmente los hechos producidos configuran una violación contractual y si se ha verificado realmente el despido indirecto”³⁵.

Además de las clasificaciones de las diversas modalidades de despido enunciadas anteriormente, es necesario adicionar la figura del despido abusivo, cuya conceptualización también fue elaborada por la doctrina y ampliamente recogida por la jurisprudencia nacional.

Como se adelantó, el despido abusivo fue recogido en la normativa uruguaya sobre acoso sexual, aunque nuevamente acudiendo a una técnica legislativa que no aporta el concepto de dicha categoría.

Pero más allá de esta recepción normativa particular, es relevante tener

32 RASO, J., “Extinción del contrato de trabajo”, *Derecho del Trabajo*, Tomo II, FCU, Montevideo, 2015, p. 276.

33 PÉREZ DEL CASTILLO, S., *Manual...*, p. 162.

34 PLÁ RODRÍGUEZ, A., “El despido indirecto”..., p. 228.

35 PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, p. 250.

en consideración que, según lo ha expresado la doctrina nacional, el despido abusivo está reservado para las hipótesis de abuso de la facultad de despedir. Precisamente, en la práctica la jurisprudencia ha reservado esa calificación a situaciones verdaderamente excepcionales.

Además, se ha señalado que el despido abusivo está relacionado a la teoría del abuso del derecho, siendo aplicable al ámbito laboral, por ser un principio general o una noción de teoría general del derecho³⁶. Por ello es que se lo limita a los casos en que existe un exceso de la facultad de despedir, excediendo sus límites normales, cuando se adopta sin justa causa, o con mala fe³⁷.

Sin embargo, Plá Rodríguez ha preferido sustituir dicha noción por la del despido especialmente injustificado (concepto al que adhieren Mangarelli y Rosenbaum), para evitar el problema que plantea el eventual reconocimiento que genera la noción de despido abusivo, en relación a si el patrono tiene o no un derecho a despedir³⁸.

En ese sentido, parte de la jurisprudencia lo ha definido como “un acto de rescisión decidido unilateralmente por el patrono, pero inficionado o ilícito, sea en los motivos (que ha de ser espurios), en los fines objetivos (que han de ser antijurídicos), o en las formas (que deben ser violatorias de un ordenamiento mínimo de respeto y trato)”³⁹.

En segundo lugar, la normativa también se dedica a disponer consecuencias contra el autor material de la conducta acosadora, sobre la base de distinguir entre quién es el sujeto activo de la misma.

En efecto, tratándose de un trabajador dependiente, este podrá ser sancionado de acuerdo con la gravedad del comportamiento, pudiendo ser despedido por notoria mala conducta (esto quiere decir que el trabajador no tendrá derecho al cobro de la indemnización por despido, ni del aguinaldo correspondiente, así como tampoco podrá acceder al seguro por desempleo). En cambio, en caso de ser funcionario público, la conducta será calificada como falta grave⁴⁰.

36 MANGARELLI, C. y ROSENBAUM, J., “El despido abusivo en el derecho uruguayo”, *rev. Derecho Laboral*, Tomo XXXI, N° 151, FCU, Montevideo, 1988, p. 513.

37 ERMIDA, O., “El concepto de despido abusivo”, *rev. Derecho Laboral*, Tomo XXVII, N° 135, FCU, Montevideo, 1984, p. 513 y ss.

38 Citado por MANGARELLI, C. y ROSENBAUM, J., “El despido abusivo...”, p. 518.

39 Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4° Turno; DFA-0511-000282/2016 SEF-0511-000228/2016; 17.08.2016.

40 Conf. art. 4 de la Ley N° 18.561.

2.3. La regulación de la violencia hacia las mujeres basada en género

Además de la regulación del acoso sexual, también cobra relevancia la ley promulgada en el año 2018 (Ley N° 19.580) que aborda la violencia hacia las mujeres basada en género, incluyendo el concepto de violencia laboral, como aquella modalidad de violencia ejercida en el contexto laboral, por medio de actos que obstaculizan el acceso de una mujer al trabajo, el ascenso o estabilidad en el mismo, tales como el acoso moral, el sexual, la exigencia de requisitos sobre el estado civil, la edad, la apariencia física, la solicitud de resultados de exámenes de laboratorios clínicos, fuera de lo establecido en los marcos legales aplicables, o la disminución del salario correspondiente a la tarea ejercida por el hecho de ser mujer.

Esta norma dispone una serie de derechos a favor de las trabajadoras con el fin de asegurar la permanencia de las mujeres en el trabajo, cuando sean objeto de violencia basada en género. En definitiva, se tratan de garantías para la percepción de remuneración, garantías para las condiciones de trabajo y una garantía para la estabilidad⁴¹. Dentro de esos derechos se encuentran algunos de los establecidos en la Recomendación de la OIT N° 206, como por ejemplo, la flexibilización del horario y concesión de licencia especial.

Sintetizando las tutelas referidas, cabe destacar que la norma consagra varios derechos, en concreto:

a) a recibir el pago íntegro de su salario por el tiempo que conlleve la asistencia a audiencias, pericias u otras diligencias o instancias administrativas o judiciales que se dispusieran en el marco de los procesos previstos en la ley;

b) a licencia extraordinaria con goce de sueldo por el lapso de 24 horas a partir de la presentación de la denuncia en sede policial o judicial, prorrogables por igual período para el caso en que se dispusieran medidas cautelares en sede judicial;

c) a la flexibilización y cambio de su horario o lugar de trabajo, siempre que existiera la posibilidad y así lo solicitara;

d) a que las medidas de protección que se adopten ante la situación de violencia basada en género no afecten su derecho al trabajo y carrera funcional o laboral;

e) a que se dispongan medidas para que la violencia basada en género en

⁴¹ LÓPEZ, A. y ROSSI, R., Análisis primario de los aspectos laborales de la Ley N° 19.580 (Violencia hacia las mujeres, basada en género), *rev. Derecho Laboral*, Tomo LXI, N° 270, FCU, Montevideo, 2018, pp. 366-373.

el **ámbito** laboral no redunde negativamente en la carrera funcional y en el ejercicio del derecho al trabajo;

f) a la estabilidad en su puesto de trabajo. Por un plazo de 6 meses a partir de la imposición de medidas cautelares por hechos de violencia basada en género, las mujeres en favor de quienes se hubieran dispuesto, no podrán ser despedidas. Si lo fueren, el empleador deberá **abonarles un importe equivalente a 6 meses de sueldo más la indemnización legal que corresponda**⁴².

Por otro lado, la ley también mandata al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y a todo otro organismo vinculado a las políticas laborales y de seguridad social, en el ámbito de sus competencias, a cumplir con:

a) la promoción de medidas que garanticen el ejercicio de los derechos laborales de las mujeres, tanto en el sector público como en el privado, en particular el derecho a igual remuneración por trabajo de igual valor, sin discriminación por sexo, edad, situación de discapacidad, estado civil o maternidad;

a) el desarrollo de acciones de sensibilización e información para la prevención de la violencia basada en género hacia las mujeres, en el ámbito laboral así como la promoción de dichas acciones en el diálogo social y la negociación colectiva;

b) la incorporación de la perspectiva de género en los planes, programas y servicios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, reglamentando las acciones para la prevención, detección, investigación y sanción de la violencia basada en género en el ámbito laboral;

c) la implementación de programas para la formación e inclusión en el trabajo de mujeres con posibilidades laborales restringidas como consecuencia de la violencia basada en género⁴³.

Esos deberes son complementados por la exigencia de medidas para la inserción laboral de las mujeres, en el entendido de que el Ministerio de Desarrollo Social y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deben prever cupos, u otros mecanismos que entendieren convenientes, para facilitar la integración de las mujeres víctimas de violencia basada en género en los programas de inserción laboral, de capacitación y de micro emprendimientos⁴⁴.

La ley también se concentra en disponer un deber a cargo de los órganos, organismos e instituciones públicas y privadas, consistente en adoptar me-

42 Conf. art. 40 de la Ley N° 19.580.

43 Conf. art. 23 de la Ley N° 19.580.

44 Conf. art. 41 de la Ley N° 19.580.

didadas para la prevención, protección, investigación y sanción de la violencia basada en género que ocurra en el ámbito intrainstitucional, ejercida por su personal respecto de otros funcionarios, de trabajadores o de usuarios y usuarias de los servicios⁴⁵.

Finalmente, debe hacerse referencia a algunas medidas cautelares especiales previstas en la ley y que guardan relación con el ámbito laboral, que pueden adoptarse en el marco de actuaciones judiciales en materia de violencia basada en género.

En primer lugar, la norma faculta a disponer la prohibición, restricción o limitación de la presencia de la persona agresora en el domicilio o residencia de la víctima, lugares de trabajo, estudio u otros que frecuente ella o sus hijas e hijos u otras personas a su cargo, pudiendo disponer mecanismos de seguimiento que aseguren el estricto cumplimiento de la medida dispuesta, tales como los sistemas de tecnología de verificación de presencia y localización de personas u otros análogos.

En segundo lugar, también existe la posibilidad de ordenar al empleador para que disponga el traslado o suspensión de la persona denunciada, cuando la violencia ocurre en el lugar de trabajo de la víctima⁴⁶.

2.4. El vacío normativo sobre la prevención y sanción del acoso moral o laboral y la violencia en el trabajo

Como se adelantara, hasta el día de hoy en Uruguay no ha sido regulado el acoso laboral o moral y la violencia en el trabajo (sin perjuicio de la regulación específica sobre la violencia hacia las mujeres basada en género), sino que, por el contrario, la tarea tutelar para hacer frente a esta clase de situaciones, quedó librada a lo que la doctrina y jurisprudencia han sistematizado conceptualmente, y por ende, a resoluciones muy dispares (y en algunos casos, injustas) según lo que surgiere desarrollado de la casuística forense.

Sin perjuicio de ello, la insuficiencia normativa y la ausencia de una regulación integral del tema del acoso y la violencia en el trabajo, no ha implicado una desprotección de las víctimas de este tipo de conductas⁴⁷.

Precisamente, por ejemplo, la doctrina ha interpretado que las situaciones de acoso sexual y moral en el trabajo, quedan comprendidas en la regula-

45 Conf. art. 47 de la Ley N° 19.580.

46 Conf. art. 65 de la Ley N° 19.580.

47 MANGARELLI, C., *Acoso y violencia...*, p. 31.

ción general sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo (aún cuando la reglamentación no lo indicara en forma expresa), en tanto que el deber de todo empleador de garantizar la salud y seguridad de los trabajadores, es comprensivo de aquellos riesgos de carácter psicosocial, que afectan al medio ambiente de trabajo⁴⁸.

Lo mismo ocurre en el plano conceptual, en tanto que doctrina y jurisprudencia suelen recurrir invariablemente a las nociones aportadas desde la psicología.

En efecto, es común encontrar la referencia a Hirigoyen, quien definía al acoso moral en el trabajo “como toda conducta abusiva (ademán, palabra, comportamiento, actitud...) que atenta, por su frecuencia o sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de un trabajador, poniendo en peligro su puesto de trabajo o degradando el ambiente laboral”⁴⁹.

También es frecuente recurrir a la conceptualización de Leymann, quien individualizaba como una “comunicación hostil y sin ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento, y activamente mantenido en ella”⁵⁰.

A mayor abundamiento, la doctrina laboralista especializada también ha aportado definiciones concretas, tal como es el caso de Mangarelli, quien ha señalado que la figura del acoso laboral reúne ciertas notas típicas, tales como, comportamientos negativos, reiterados, cometidos por el empleador, sus representantes o compañeros de trabajo, realizados por un individuo o un grupo de individuos, que lesionan bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico, susceptibles de causar un daño o perjudicar el ambiente de trabajo⁵¹.

48 GIUZIO, G., “Violencia y el acoso laboral en el mundo del trabajo. ¿Cómo se posiciona Uruguay ante las nuevas normas internacionales de OIT?, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, 2019, pp. 204-205.

49 HIRIGOYEN, M-F., *El acoso moral en el trabajo*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2001, p. 19.

50 LEYMAN, H., *Mobbing, la persécution au travail*, Seuil, Paris, 1986.

51 MANGARELLI, C., “Acoso laboral, concepto y protecciones”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, p. 70. Disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Mangarelli-Acoso-Laboral-concepto-y-protecciones.pdf>.

2.4.1. La sistematización de la jurisprudencia uruguaya de los elementos tipificantes del acoso

La jurisprudencia, haciendo eco de la literatura científica, ha sistematizado los elementos tipificantes del acoso, sobre la base de identificar:

1) un comportamiento hostil (acción u omisión);

2) reiterado en el tiempo (sistemático), lo cual implica que un solo acto no tipifica jurídicamente acoso;

Por ejemplo, se hace referencia a que debe ser “sistemático, receptivo y recurrente”, y que “debe tratarse de una persecución sistemática por compañeros, subordinados, o superiores que en forma repetida busque atormentar o desgastar o frustrar a una persona, actos que causen humillación, ofensa y estrés en la víctima así como interfieran en su desempeño laboral”. Asimismo, se ha concretado dicha sistematicidad y recurrencia, señalando que deben tratarse de actos que se verifiquen al menos 1 vez por semana y durante un tiempo prolongado (de más de 6 meses)⁵².

3) un agente, que puede tratarse de una o varias personas;

4) una intencionalidad;

Se ha expresado que la intencionalidad “es el elemento que proporciona uniformidad a los diferentes comportamientos susceptibles de constituir acoso moral”⁵³.

Sobre este elemento la tendencia jurisprudencial se dirige a objetivar la intención en las conductas de acoso. Ello quiere decir que no se practica un análisis psicológico de la conducta del acosador, sino que se toma en cuenta “la concurrencia de reiteradas conductas hostiles en un período de tiempo más o menos largo, o, lo que es lo mismo, la existencia de un plan sistemático, pues ello es revelador de la voluntad de humillar o dañar al otro”⁵⁴.

5) un perjuicio al trabajador y al ambiente de trabajo;

6) que implique lesión de derechos fundamentales (honor, dignidad, etc.)⁵⁵.

⁵² Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3° Turno, SEF-0014-000163, 20.06.2016.

⁵³ DURÁN, B., “Definición legal y doctrinaria de acoso sexual y laboral en nuestro país con la adopción del CIT N° 190”, *rev. Derecho Laboral*, Tomo LXII, N° 276, FCU, Montevideo, 2019, pp. 695.

⁵⁴ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4° Turno, SEF-0511-000159, 26.08.2015.

⁵⁵ Ver Anuarios de Jurisprudencia Laboral, FCU, Montevideo; y Base de Jurisprudencia Nacional Pública, accesible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>.

2.5. Perspectivas futuras del contexto normativo uruguayo

Aplicando un análisis de contraste entre, por una parte, el Convenio N° 190 de la OIT, y por otra parte, este conjunto de definiciones y elementos aportados por la doctrina y jurisprudencia nacional, es posible extraer algunas interpretaciones conceptuales y prácticas de cara al futuro.

En primer lugar, en el terreno conceptual, cabe recordar que la norma internacional indica que la expresión “violencia y acoso” en el trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género.

Esta definición ha sido interpretada como un potencial apartamiento de las concepciones clásicas que fueron aportadas por la psicología y la doctrina especializada, en tanto y cuanto estas exigen la concurrencia de que las conductas acosadoras se produzcan de forma sistemática y recurrente durante un tiempo prolongado.

De ese modo, se ha indicado que “el art. 1.1.a del Convenio establece expresamente que no se exige el elemento reiteración; es decir, la expresión ‘ya sea que se manifiesten de una sola vez o de manera repetida’ es clara en cuanto a la exigencia de este elemento de tipificación”⁵⁶. En efecto, se ha entendido que con la expresión “ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida”, se ha pretendido “abarcar situaciones que hasta el momento permanecían excluidas”⁵⁷.

Sin embargo, parte de la doctrina uruguaya ya ha adelantado su postura interpretativa en relación a que con la expresión “una sola vez” utilizada por el Convenio, no se ha querido referir a que las situaciones de acoso puedan configurarse en un solo acto. Por el contrario, tal referencia estaría limitada a las situaciones de violencia en el trabajo. Ello se explicaría dado que, por un lado, la violencia y el acoso constituyen nociones diversas, mientras que

56 PONS CARMENA, M., “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 1, No. 2, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2020, p. 38.

57 FRANCONI, A., “Un Convenio frente a la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo”, *Revista Agora*, 13.08.2019. Disponible en <https://www.universitasfundacion.com/agora/acoso-en-el-mundo-del-trabajo/>.

por otro lado, el Convenio intentó englobar en una única definición ambos conceptos, debiendo referirse necesariamente a comportamientos que se manifiesten una sola vez o en forma reiterada, en tanto que la violencia precisamente se puede configurar por un único acto, mientras que el acoso requiere una reiteración de conductas. Además, la posible dificultad de delimitación de nociones está reflejada en el propio instrumento internacional, que ha dejado librado a los Estados miembros para definirlos de manera conjunta o separada⁵⁸.

La razón es que, como apunta Tomei, existen diversas formas de violencia y acoso, y a menudo se sobreponen y refuerzan mutuamente. Por ello la importancia de considerar la violencia y el acoso como un espectro y sucesión de comportamientos y conductas inaceptables⁵⁹.

Además, existe un fundamento histórico en el proceso de aprobación de esta norma internacional, que da cuenta del significado de esta interpretación. En su 325ª reunión del año 2015, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo decidió inscribir en el orden del día de la 107ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2018, el tema de la “violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo”. Sin embargo, la reunión tripartita de expertos de 2016 concluyó necesario incluir la expresión “acoso” para evitar limitar restrictivamente las conductas que deberían ser objeto de atención normativa por parte de la OIT. En efecto, se entendió que la acepción “violencia” dejaría de lado a un elenco de comportamientos abusivos, cuya repetición puede generar trastornos de orden mental de igual gravedad de los que pueden resultar de la violencia física⁶⁰.

Sin perjuicio de ello, lo que resulta importante señalar es que mientras tanto Uruguay no apruebe una norma interna que reglamente el Convenio N° 190 de la OIT, esta última norma internacional será de aplicación directa, y por ende, se tornará necesario recurrir a la definición única y conjunta aportada por ella en relación a la “violencia y acoso”. Por tal motivo, haciendo uso de la potestad conferida por el art. 1.2. del Convenio, será sólo la legislación

58 MANGARELLI, C., “El Convenio 190 y el derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, 2019, pp. 209-210.

59 TOMEI, M., “¿Qué futuro para la violencia y el acoso en el mundo del trabajo?”, *rev. Derecho Laboral*, Tomo LX, N° 268, FCU, Montevideo, 2017, pp. 633-648.

60 OIT, Informe del Director General. Quinto informe complementario: Resultado de la Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo, documento GB.238/INS/17/5, anexo I, punto 33.

nacional la que podrá eventualmente concretar la definición de la violencia y el acoso como conceptos separados.

Otro de los aspectos en los que debería abocarse a prever la legislación nacional a la hora de reglamentar el Convenio internacional, se refiere a su ámbito de aplicación, en concreto, a lo dispuesto por su art. 3, literal f), que dispone que se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, incluyendo los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo. Parte de la doctrina ya ha manifestado su opinión en cuanto a que resulta necesario que la legislación indique que la aplicación del Convenio se extiende a dichas situaciones, siempre y cuando el traslado se encuentre a cargo del empleador, en tanto que “nadie puede ser obligado a garantizar algo que queda fuera de su control”⁶¹.

En segundo lugar, también resultará trascendente verificar el rol que cumplirá la jurisprudencia nacional una vez que la norma internacional entre en vigencia. En efecto, son varios los aspectos que requerirán un enfoque interpretativo novedoso por parte de los operadores jurídicos.

El primero de ellos, se refiere naturalmente al problema conceptual planteado precedentemente.

El segundo de ellos, se relaciona con otros institutos propios del derecho laboral que han sido aplicados pacíficamente bajo un contexto normativo diverso. Por ejemplo, cabría al menos plantear la duda o el cuestionamiento en cuanto a si la jurisprudencia admitirá la configuración de supuestos de despido indirecto fundados en la concurrencia de una conducta ejercida con violencia o acoso en el lugar de trabajo, que no reúna la nota de la sistematicidad previamente exigida por los tribunales. La misma duda podría extrapolarse para el caso de la procedencia del despido abusivo.

En estas situaciones, las bases estructurales de ambos institutos se alterarían, dado que lo que tradicionalmente era considerado como una situación de acoso, encuadraba típicamente en una hipótesis de violación grave de las obligaciones laborales, poniendo en crisis la relación de trabajo y tornándola insostenible, así como también era identificable una transgresión de derechos fundamentales ejercida a través de una abusividad al momento de decidir el despido de un trabajador.

61 LOUSTAUNAU, N., “Interpretación del concepto tiempo ‘in itinere’ en el Convenio Internacional de Trabajo N° 190”, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, 2019, p. 236.

Consecuentemente, dado que son varios los flancos interpretativos que podrían generarse producto del ingreso al sistema jurídico de una nueva norma, sería prudente requerir la intervención del legislador a los efectos de reglamentar todos estos aspectos, teniendo en cuenta que el Convenio cumple un fin eminentemente protector, y por ende, el mismo objetivo debería cumplir una ley interna, sin disminuir la tutela que al menos había sido dispensada en la práctica por parte de los tribunales laborales. En este sentido, una alternativa plausible sería emplear la misma técnica que fuera utilizada al regular el acoso sexual, dejando librado en manos del trabajador el considerarse despedido y calificando a tal despido como abusivo, en este caso, cuando se verifica que una situación de violencia o acoso en el trabajo, aún cuando las mismas se manifiesten una sola vez o de manera repetida.

En tercer lugar, al analizar esta temática tampoco puede dejarse de lado la consideración de las normas procesales.

En efecto, la práctica forense refleja la realidad de la protección de este tipo de situaciones, de la cual se derivan importantes dificultades en materia probatoria, y por ende, se constata un sistema jurídico insuficiente si se tiene en cuenta que el fin último del proceso debe ser la protección de los derechos sustanciales.

El apunte anterior se deriva de la comprobación de una diversidad de opiniones, fundamentalmente vertidas en jurisprudencia, con el fin de admitir a la prueba indiciaria para acreditar las conductas que configuran violencia y acoso en el trabajo. Por este motivo es que resulta fundamental la intervención del legislador, admitiendo la prueba indiciaria (tal como se ha consagrado en varios sistemas jurídicos a nivel comparado), para amortiguar adjetivamente los inconvenientes verificados en el plano sustancial.

3. El contexto sindical uruguayo previo a la aprobación del Convenio N° 190

En otro orden, la intervención sindical en torno a la violencia y acoso en el mundo del trabajo, se refleja en algunas disposiciones particulares en Uruguay, y naturalmente la intensidad y relevancia es disímil en cada caso y realidad, y por ende, también su participación es asistemática.

En primer término, con un alcance general, el Decreto N° 291/007 (que reglamenta el Convenio de OIT N° 155) dispone la obligación de crear una instancia de cooperación entre empleadores y trabajadores (Delegado Obrero

de Seguridad o Comisión de Seguridad) con el fin de gestionar acciones preventivas de riesgos laborales.

Precisamente, los representantes de los trabajadores en las instancias bipartitas referidas, son designados por la organización sindical; y cuando en una empresa no existiera organización sindical, le corresponde a los trabajadores de la empresa elegir a sus representantes. Incluso la norma prevé que los representantes de las comisiones bipartitas, de común acuerdo, pueden resolver integrar en las instancias bipartitas a otros trabajadores de la empresa.

Lo particularmente trascendente en cuanto a la estructura sindical de estas instancias bipartitas, es la protección especial de dichos representantes de trabajadores. En primer lugar, la normativa considera como tiempo trabajado todo el tiempo que insuma dichas instancias. En segundo lugar, se dispone un mínimo de 24 horas anuales de capacitación destinadas a formar a los delegados de estas comisiones. Y por otro lado, se prohíben las sanciones a causa del ejercicio de dicha actividad de representación.

En ese mismo escenario, también se destaca la existencia de una Comisión Tripartita Sectorial, creada en cada sector o rama de actividad, para la formulación, puesta en práctica, examen de evaluación y periódico, de una política nacional y sus medios de aplicación en materia de salud, seguridad y medio ambiente laboral. Dicha Comisión se encuentra integrada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a través de la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social (quien la preside), y un representante titular con su respectivo alterno, del sector empleador y trabajador respectivamente, y hasta 2 asesores por cada parte. También se ha estructurado un Consejo Nacional de Salud y Seguridad en el Trabajo, que actúa como órgano de alzada a petición de cualquier Comisión Tripartita Sectorial cuando así lo solicite.

Ello se traduce en un ejemplo concreto de cumplimiento de la exigencia del Convenio N° 190 en relación a la participación de los trabajadores y sus representantes a la hora de identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos.

En segundo término, también existe una previsión concreta en torno a la intervención del sindicato en casos de acoso sexual.

En efecto, como se adelantó, la ley que regula la prevención y sanción del acoso sexual, por un lado, indica que cuando los sindicatos reciban denuncias de acoso sexual están facultados para solicitar la constitución de la Inspección

ción General del Trabajo y de la Seguridad Social en el lugar de trabajo.

Los representantes sindicales también pueden asistir a las diligencias, salvo el interrogatorio a realizarse por la Inspección General del Trabajo y de la Seguridad Social, y promover ante ese organismo las medidas que consideren necesarias para una eficaz comprobación de los hechos denunciados, el cese de los mismos y su no reiteración, siempre que el trabajador involucrado presente su consentimiento a dicha asistencia.

Por otro lado, a los efectos de considerar que el empleador tomó conocimiento en forma fehaciente de la ocurrencia de hechos o conductas de acoso sexual, además de validar la denuncia por escrito por parte del afectado, también se dispone que puede practicarse de manera verbal, en cuyo caso resulta necesaria la presencia de delegado sindical o dos personas que acrediten tal hecho.

En tercer término, también pueden destacarse ejemplos de autorregulación en materia de violencia y acoso en el trabajo.

Sobre este punto en concreto corresponde efectuar una contextualización, ya que, en rasgos generales, la negociación colectiva en el Uruguay se encuentra fuertemente centralizada por sector de actividad (por rama o cadenas productivas). Ello en virtud de priorizarse una negociación que se canaliza en órganos tripartitos denominados Consejos de Salarios, creados en el año 1943, integrados por representantes de los trabajadores, empleadores y del Estado.

Precisamente, en ese ámbito han aflorado regulaciones en materia de acoso laboral, acoso sexual y violencia en el trabajo. En concreto, se destacan los convenios colectivos de los sectores de la industria de la construcción, la industria metalúrgica, los servicios de enseñanza, el comercio en general, las Entidades Gremiales, Sociales y Deportivas, la industria frigorífica, el transporte y el almacenamiento, la intermediación financiera y los servicios profesionales, técnicos y especializados⁶².

Por ejemplo, recientemente se dispuso un protocolo de actuación en materia de acoso laboral, concertado en el año 2018 en el grupo de actividad de intermediación financiera, aplicable para los fideicomisos. Allí se crea una comisión investigadora bipartita, se regula el procedimiento de denuncia, garantías para el trabajador, confidencialidad, mecanismos de recusación y excusación de los miembros de la comisión, etc.⁶³

62 Ver regulaciones de cada sector en: <https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/tematica/consejos-salarios-negociacion-colectiva>.

63 Acta de acuerdo del Consejo de Salarios del Grupo N° 14 “Intermediación Finan-

Muchos de esos acuerdos colectivos se centran en la promoción de la inserción de la mujer en el sector de actividad en concreto, la creación de licencias especiales para víctimas de acoso, la obligación a cargo de empresas de entregar al personal manuales de actuación para casos de acoso laboral o sexual, capacitaciones y talleres de prevención de situaciones de acoso, establecer disposiciones en materia de equidad y género (utilización de lenguaje no sexista, igualdad salarial, etc.).

Otro ámbito destacado de participación sindical es el del Poder Judicial. Allí concretamente, ante los planteos efectuados por parte de las diferentes gremiales, la Suprema Corte de Justicia (que es el organismo que tiene asignada la superintendencia directiva de las dependencias del Poder Judicial) dictó una Acordada (norma de aplicación a ese poder del estado) reglamentando las denuncias de acoso, violencia y discriminación en el trabajo⁶⁴.

En síntesis, la participación sindical en torno a la violencia y el acoso en el trabajo ha sido menguada, pero fundamentalmente dado que el contexto normativo no ha favorecido a una intervención activa de este sujeto colectivo. Por el contrario, donde se ha desarrollado en mayor manera su rol participativo, ha sido precisamente mediante el instrumento del diálogo tripartito en el seno de los Consejo de Salarios, a través de la negociación colectiva y la autorregulación. Es por ello que, junto con los desafíos normativos, se plantea una necesidad de canalizar una más reglada actuación sindical en estos temas que cubren transversalmente no sólo a todas las actividades laborales y el mundo del trabajo, sino a la sociedad en su conjunto. En efecto, para prevenir este tipo de conductas, son pilares fundamentales, la familia, la educación, e incluso, la formación de los representantes profesionales, con el fin de estructurar procedimientos particulares de prevención, intervención y sanción de la violencia y el acoso laboral en cada empresa.

4. Algunas reflexiones finales

Por último, corresponde aportar algunas reflexiones finales en torno a la temática del acoso y la violencia en el trabajo en el contexto normativo y sindical uruguayo, sobre la base de señalar que:

ciera, Seguros y Pensiones”, Sub Grupo 01, Capítulo “Fideicomisos”, del 14.06.2018. Disponible en: <https://www.gub.uy/ministerio-trabajo-seguridad-social/sites/ministerio-trabajo-seguridad-social/files/2019-09/G14S01.pdf>.

64 Suprema Corte Justicia, Acordadas N° 7767 y 7959.

1) La ratificación del Convenio N° 190 de la OIT constituyó un gran paso adoptado por Uruguay, en el marco de la tutela de los derechos fundamentales del trabajador y en particular, de aquél específicamente laboral a un trabajo libre de violencia y acoso.

2) Debería considerarse a futuro, que el Convenio N° 190 de la OIT pueda integrar el listado de convenios internacionales fundamentales del trabajo, en tanto que resguarda el más básico de los derechos, como lo es la dignidad humana⁶⁵. En efecto, el objetivo perseguido por dicho instrumento internacional es intentar afrontar y superar cualquier forma de violencia o acoso en el trabajo, ya que son absolutamente incompatibles con un trabajo digno y decente⁶⁶.

3) En la actualidad, Uruguay se ve enfrentado a la necesidad de reglamentar el instrumento internacional dentro del ordenamiento jurídico interno, requiriéndose el dictado de una ley que sistematice adecuadamente una protección contra toda conducta de violencia y acoso en el trabajo.

4) En dicho proceso, será indispensable el diálogo social, debiéndose dar mayor preponderancia a la participación de organizaciones de trabajadores y de empleadores en el diseño de políticas auténticamente preventivas y de protección frente a esta clase de conductas.

5) Por último, la praxis también ha demostrado la necesidad de una intervención del legislador, en otro aspecto fundamental, como lo es el ámbito procesal. Precisamente, la gran dificultad práctica a la hora de ventilar situaciones de acoso y violencia en el trabajo en el curso de un proceso judicial, se refiere a la prueba. Si bien parte de la jurisprudencia uruguaya ha recorrido el camino de admisión de la prueba indiciaria (ante la imposibilidad de contar con prueba directa de los hechos), también lo es el hecho de que otra parte de la jurisprudencia no ha aceptado el mismo camino, o incluso, se verifican soluciones dispares ante situaciones similares, lo cual refleja una gran subjetividad en la resolución de esta clase de problemas. Por ello se torna necesario admitir por vía legislativa la prueba indiciaria (tal como se ha hecho a nivel comparado en muchos sistemas jurídicos), para morigerar al menos adjetivamente los problemas y daños que se verifican en el plano sustancial.

65 MANGARELLI, C., “El Convenio 190...”, p. 214.

66 FRANCONI, A., “El futuro del trabajo: inclusión e igualdad de género”, ARESE, C. (Dir.), CHÉRCOLES, R. y FERRARIO, M (Coords.), *Nuevas tecnologías. Presente y futuro del Derecho del Trabajo*, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2019.

5. Bibliografía

- Almansa Pastor, J., *El despido nulo*, Madrid, 1968.
- Barbagelata, H. H., *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Volumen 2, FCU, Montevideo, 2007.
- Cabanellas, G., *Compendio de Derecho Laboral*, Buenos Aires, 1968.
- De Ferrari, F., *Derecho del Trabajo*, Vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1969.
- Durán, B., “Definición legal y doctrinaria de acoso sexual y laboral en nuestro país con la adopción del CIT N° 190”, *rev. Derecho Laboral*, Tomo LXII, N° 276, FCU, Montevideo, 2019.
- Ermida, O., “El concepto de despido abusivo”, *rev. Derecho Laboral*, Tomo XXVII, N° 135, FCU, Montevideo, 1984.
- Franconi, A., “El futuro del trabajo: inclusión e igualdad de género”, Arese, C. (Dir.), Chércoles, R. Y Ferrario, M (Coords.), *Nuevas tecnologías. Presente y futuro del Derecho del Trabajo*, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2019.
- Franconi, A., “Un Convenio frente a la Violencia y el Acoso en el Mundo del Trabajo”, *Revista Agora*, 13.08.2019. Disponible en <https://www.universitasfundacion.com/agora/acoso-en-el-mundo-del-trabajo/>.
- Giuzio, G., “Violencia y el acoso laboral en el mundo del trabajo. ¿Cómo se posiciona Uruguay ante las nuevas normas internacionales de OIT?”, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, 2019.
- Hirigoyen, M-F., *El acoso moral en el trabajo*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2001
- Leymann, H., *Mobbing, la persécution au travail*, Seuil, Paris, 1986.
- López, A. Y Rossi, R., Análisis primario de los aspectos laborales de la Ley N° 19.580 (Violencia hacia las mujeres, basada en género), *rev. Derecho Laboral*, Tomo LXI, N° 270, FCU, Montevideo, 2018.
- Loustaunau, N., “Interpretación del concepto tiempo ‘in itinere’ en el Convenio Internacional de Trabajo N° 190”, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, 2019.
- Mangarelli, C., “Acoso laboral, concepto y protecciones”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, p. 70. Disponible en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2012/12/Mangarelli-Acoso-Laboral-concepto-y-protecciones.pdf>.
- Mangarelli, C., *Acoso y violencia en el trabajo*, FCU, Montevideo, 2014.
- Mangarelli, C., “El Convenio 190 y el derecho a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso”, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, 2019.

- Mangarelli, C. Y Rosenbaum, J., “El despido abusivo en el derecho uruguayo”, *rev. Derecho Laboral*, Tomo XXXI, N° 151, FCU, Montevideo, 1988
- OIT, Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo, Informe V (1), Conferencia Internacional del Trabajo, 107.a reunión, Ginebra, 2018.
- OIT, Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, Informe V (2), Conferencia Internacional del Trabajo, 107.a reunión, Ginebra, 2018.
- OIT, “Diputados aprobó la ratificación del Convenio 190 de la OIT”. Comunicado de prensa del 11.11.2020. Disponible en: https://www.ilo.org/buenosaires/noticias/WCMS_760662/lang--es/index.htm.
- OIT, Informe del Director General. Quinto informe complementario: Resultado de la Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo, documento GB.238/INS/17/5, anexo I, punto 33.
- Pérez Del Castillo, S., *Manual práctico de normas laborales*, Décimo tercera edición, FCU, Montevideo, 2013.
- Plá Rodríguez, A., *Curso de Derecho Laboral*, T. I, Vol. I, Acali Editorial, 1979.
- Plá Rodríguez, A., “El despido indirecto”, *rev. Derecho Laboral*, Tomo XXIV, N° 122, FCU, Montevideo, 1981.
- Pons Carmena, M., “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 1, No. 2, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2020.
- Quintana, B. Y Zubillaga, I., “¿De qué hablamos cuando hablamos de acoso moral”, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, 2019.
- Raso, J., “Extinción del contrato de trabajo”, *Derecho del Trabajo*, Tomo II, FCU, Montevideo, 2015.
- Simi, V., *L'estinzione del rapporto di lavoro*, Milan, 1948.
- Tomei, M., “¿Qué futuro para la violencia y el acoso en el mundo del trabajo?”, *rev. Derecho Laboral*, Tomo LX, N° 268, FCU, Montevideo, 2017.

CAPITULO VII
LA RATIFICACIÓN DE ARGENTINA DEL CONVENIO 190 DE LA OIT
SOBRE VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO - UN REPASO POR
LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA NACIONAL EN TORNO A LA
TEMATICA

CHAPTER VII
ARGENTINA'S RATIFICATION OF THE ILO CONVENTION 190 ON
VIOLENCE AND HARASSMENT AT WORK - A REVIEW BY THE
LEGISLATION AND NATIONAL JURISPRUDENCE ON THE ISSUE

Rodrigo MÉNDEZ FILLEUL
Profesor Titular
Universidad Católica de Córdoba - Argentina
mendezfilleulrodrigo@gmail.com

Resumen: Argentina ha ratificado el Convenio 190 de la OIT en el pasado mes de noviembre del año 2020. De esta manera, se convirtió en el tercer país del mundo en adherir a dicho convenio. A partir de ello, y conforme nuestro sistema normativo instaurado a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, el texto del Convenio 190 pasará a formar parte de nuestra legislación interna, por imperio del art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. El surgimiento de movimientos sociales, a la par de la realidad del mercado laboral local, apresuraron sin duda la ratificación del convenio 190 y con ello, el reconocimiento legislativo por parte del Congreso Nacional. El tratamiento mayoritario que la jurisprudencia ha dado a los casos de violencia laboral en cualquiera de sus manifestaciones, principia por justificar el despido indirecto en que se colocara el trabajador a causa de los actos de violencia de la cual es víctima, como paso previo para justificar la sanción pecuniaria resuelta en concepto de daño moral y hasta material en algunas circunstancias.

Palabras claves: convenio 190 OIT, ratificación, abordaje por la legislación argentina, antecedentes jurisprudenciales, herramientas procesales.

Abstract: Argentina has ratified ILO Convention 190 in November 2020. In this way, it became the third country in the world to adhere to this convention. Based on this, and in accordance with our regulatory system established from the reform of the National Constitution of 1994, the text of Convention 190 will become part of our internal legislation, by rule of art. 75 subsection 22 of the National Constitution. The emergence of social movements, along with the reality of

the local labor market, undoubtedly hastened the ratification of Convention 190 and with it, the legislative recognition by the National Congress. The majority treatment that jurisprudence has given to cases of workplace violence in any of its manifestations, begins by justifying the indirect dismissal in which the worker was placed because of the acts of violence of which he is a victim, as a previous step to justify the pecuniary sanction resolved as non-pecuniary and even material damage in some circumstances.

Keywords: ILO Convention 190, ratification, approach by Argentine legislation, jurisprudential antecedents, procedural tools.

Sumario: 1. La ratificación del Convenio 190 OIT por Argentina; 2. Del porqué Argentina ratifica el Convenio 190 OIT; 3. Cómo aborda la legislación argentina el tema de la violencia laboral; 4. Antecedentes jurisprudenciales que abordan la temática de la violencia y/o acoso en el lugar de trabajo; 5. Los Obstáculos para denunciar actos de violencia y acoso en la Argentina; 6. Las herramientas procesales. 7. Bibliografía.

1. La ratificación del Convenio 190 OIT por Argentina

El pasado 11 de noviembre y en una votación unánime, la Argentina a través de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, y a instancia del Poder Ejecutivo Nacional, convirtió en ley el proyecto que ratifica el Convenio N° 190 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, sobre eliminación de la Violencia y Acoso en el mundo del trabajo.

De esta manera, Argentina se convirtió en el tercer país del mundo en adherir a dicho convenio, luego del hermano país de Uruguay y Fiji. Mas recientemente, se sumó a aquella lista, Namibia¹.

Mas tarde, el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, sancionaron la Ley que aprueba el referido convenio 190, bajo el número 27.580. Con fecha 15/12/2020, el Poder Ejecutivo de la Nación promulgó dicha norma, a través del Decreto 993/2020.

De este modo y conforme nuestro sistema normativo instaurado a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, el texto del Convenio 190 pasará a formar parte de nuestra legislación interna, por imperio del art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Más aun, dicha norma prevalecerá

¹ NORMLEX OIT, https://www.ilo.org/dyn/nomlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:3999810

por encima de las restantes normas internas, toda vez que conforme la reforma señalada, los tratados internacionales que suscriba y ratifique la Argentina, reconocen jerarquía superior a todas las leyes internas, cualquiera sea la naturaleza. De allí que su aplicación por parte de los tribunales argentinos no necesita de acto legislativo alguno. Las normas internacionales que han sido ratificadas por el Congreso de la Nación reconocen una suerte de efectividad instantánea, pudiendo ser alegadas por las víctimas en este caso, y debiendo ser aplicadas sin más por los tribunales argentinos, quienes incluso, pueden basar sus decisiones únicamente en la norma internacional.

Al incorporarse en el sistema normativo nacional, va de suyo que su interpretación deberá realizarse de manera armónica junto con el resto de los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, a la par de distintas leyes nacionales y en especial, con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, el que refiere a condiciones dignas y equitativas de trabajo.

Por otra parte, y tal como acontece con cualquier otro convenio internacional, la ratificación -como acto jurídico- traerá aparejadas obligaciones tanto para el Estado como para las demás organizaciones nacionales, en materia de prevención y erradicación de actos de violencia y acoso en el mundo del trabajo. De allí que la ratificación aludida, representa para Argentina el puntapie de un largo derrotero, en el cual deberán practicarse modificaciones, adaptaciones y en especial, importantes aportes legislativos, a fin de *aggiornar* la norma interna a las estipulaciones del texto internacional en análisis. En especial, deberemos estar a lo que pueda aportar la reglamentación de la norma, puesto que tal vez allí podremos verificar de cómo el legislador aplicará aquella en el marco de las relaciones laborales y en especial, de cómo armonizará la misma con el resto de normas relacionadas a la problemática en cuestión.

Sin duda alguna que tanto la elaboración y posterior firma por parte de los 187 miembros de la OIT del Convenio en análisis, constituye un gran avance en la materia -toda vez que es la primera vez que aquel órgano se ocupa de manera específica a tratar este tema-, no sólo por la temática abordada sino también, y en especial, por el momento histórico en que se formula. Y esto no es casual. Estamos siendo testigos de la irrupción de ciertos colectivos sociales, que merced a su sorprendente fuerza, la cual es una derivación tanto de la pertinencia de su reclamo como de las diferentes formas en que se manifiestan, han logrado captar en primer lugar el interés de la sociedad, y en segundo lugar, imponer en la agenda pública una serie de temas, tales como,

la violencia en todas sus versiones, formas, dimensiones y efectos. Así las cosas, la violencia en el marco de las relaciones de trabajo, es un apéndice del flagelo de la violencia en general que azota a determinados sectores sociales aunque con mayor preponderancia al colectivo de las mujeres, los sectores LGBT y los migrantes.

Para aquella época, la OIT destacaba que la violencia en el ámbito laboral venía creciendo en cantidad de casos registrados, alcanzando niveles preocupantes tanto en la frecuencia de las conductas violentas como en las consecuencias devastadoras que impactan en las víctimas, en sus entornos familiares y en los grupos de pertenencia².

De allí que el convenio es un importante avance en materia de derechos humanos y laborales, ya que establece un nuevo marco jurídico para la prevención y tratamiento de las violencias y acoso dentro del ámbito laboral y reconoce que las mujeres son las más expuestas a este tipo de violencia³. La trascendencia de este convenio radica en que nunca en el mundo del trabajo se ocupó de la violencia laboral y menos aun de la violencia laboral en razón de género⁴

Se trata de un convenio sobre derechos humanos dentro de las relaciones laborales. Significa un cambio de cultura en las relaciones de trabajo: el derecho a un mundo libre de violencia y acoso se integra dentro de los derechos y obligaciones de las relaciones contractuales de trabajo⁵. A partir de este nuevo convenio, el derecho a un ámbito de trabajo exento de violencia en sus diversas formas, constituye parte del abanico de las obligaciones que asume el empleador por su sola condición, quien debe, en consecuencia, garantizar a sus dependientes la inexistencia de cualquier comportamiento y/o prácticas y/o amenazas que generen o puedan generar violencia en el ámbito de trabajo. Dicha obligación empresarial asume nuevos contornos, ya que no sólo se limita al ámbito temporo/espacial mientras el trabajador se encuentre efectivamente cumpliendo tareas, sino que también abarca la etapa de búsqueda de empleo, la de formación, e incluso más allá de la extinción de la relación de

2 Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación: “Manual de concientización y prevención sobre violencia laboral en las organizaciones empresariales”.

3 DIGÓN, Virginia: “25-N: La violencia laboral contra la mujer se hace visible”. La Voz del Interior, 25 de noviembre de 2020.

4 BENZIÓN, Cynthia citada por DIGÓN, Virginia: “Una ley contra la violencia y el acoso laboral”. La Voz del Interior, 13 de noviembre de 2020.

5 ARESE, Cesar citado por DIGÓN, Virginia: “25-N: La violencia laboral contra la mujer se hace visible”. La Voz del Interior, 25 de noviembre de 2020”.

trabajo que los vinculaba. En todas estas etapas, la obligación del empleador y su correlato consiguiente, el derecho del trabajador, se mantienen vigentes y plenamente eficaces.

2. Del porqué Argentina ratifica el Convenio 190 OIT

Nada es casual en cuestiones de luchas por reconocimiento de derechos, aun cuando esta causalidad nos cueste muchas veces verificarla. Más arriba hablábamos del momento histórico en que los países miembros de la Organización Internacional del Trabajo decidieron tratar y elaborar un instrumento que aborde la temática de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Así las cosas, la temporaneidad del abordaje no escapa al surgimiento de ciertos movimientos de protestas cuyo objetivo fue visibilizar cuestiones de acoso sexual en las mujeres. Me estoy refiriendo principalmente al “Me Too” americano, el cual luego se irradió en diferentes países del mundo, con consignas más amplias, aunque con idéntico *leitmotiv* y destinatarias de la protección pretendida.

En nuestro país adquirió el nombre de “Ni Una Menos” el cual, si bien no surgió con el fin de abordar el tema de la violencia y acoso en el lugar de trabajo, no podemos dejar de reconocerle la gravitación del mismo en la imposición del tema de las violencias en la agenda pública.

“Ni una menos” avanzó en mecanismos para denunciar y prestar atención sobre los casos de violencia más visible o detectable, como la violencia física y en las ámbitos domésticos o públicos (urbanos)⁶. Mas no avanzó en materia de derechos laborales. De allí que bien podríamos señalar que la ratificación por parte de Argentina del convenio 190, *reconoce ciertamente perfume de mujer*. Ha sido principalmente este colectivo quién, a partir de su lucha, generaran el ámbito propicio para concientizar a los legisladores argentinos acerca de la necesidad del reconocimiento normativo, acerca de la problemática de la violencia y acoso en las relaciones laborales.

Mientras aquel movimiento daba sus primeros pasos, en despachos públicos la situación de la violencia laboral comenzaba a manifestarse en denuncias, que puesta en términos porcentuales mostraban ciertos datos que alertaban no sólo por su existencia sino y en particular, a causa de su agravamiento. De allí que en el año 2007 se creara en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, la Oficina de Asesoramiento

6 DIGON: 25-N: La violencia ...

sobre Violencia Laboral (OAVL), con el objetivo de recibir denuncias sobre casos de violencia en el ámbito del trabajo, además de cumplir funciones de asesoramiento y orientación a las víctimas. Como forma de graficar el trabajo desarrollado año tras año, los primeros trimestres de cada año, el Observatorio sobre Violencia Laboral dependiente de la Oficina, genera un informe estadístico, a fin de analizar cómo se expresan los casos de violencia laboral. Al respecto, cabe aclarar que el mismo sólo recoge lo que sucede en la región metropolitana que incluye la ciudad autónoma de Buenos Aires y el conurbano de la Provincia de Buenos Aires, por lo que lejos está la muestra de ser representativa de lo que acontece a nivel nacional⁷:

*“De los casos atendidos por la OAVL durante los períodos mencionados (primer trimestre/2018 al primer trimestre/2019), notamos que en cuanto al **perfil de los consultantes**, en la franja etaria de 26 a 45 se siguen expresando la mayoría de los casos, llegando al 69% en el presente trimestre, 11 puntos más que en el período anterior. En el rango de 18 a 25 años se aprecia que si bien los jóvenes denuncian menos o se van más rápido de los lugares donde los tratan mal, las mediciones dan bastante altas. En el rango mayores de 56, se encuentran aquellos que están cerca de la jubilación, son pocos proclives a la denuncia por que soportan más los conflictos para lograr finalmente el retiro de actividades, han adquirido otras formas de solucionar los conflictos o por miedo a perder el empleo o por las dificultades que conlleva la reinserción en el mercado de trabajo al llegar a esas edades. En relación al **género** de los entrevistados, como siempre son mayoritariamente mujeres, hecho que da cuenta de los patrones socio-culturales hegemónicos en nuestra sociedad, aunque si se comparan los guarismos, notaremos que los datos actuales nos muestran un achicamiento en las diferencias entre varones y mujeres, llegando a 62-38. Si tomamos en cuenta la **nacionalidad de los consultantes y el tipo de relación contractual**, encontramos que sólo el 9%, son extranjeros. Cuestión que no sorprende pues los trabajadores migrantes denuncian menos y si a eso le sumamos problemas de documentación para tener un trabajo registrado, se agrava más. De allí que en la relación laboral no es casual que la mayoría pertenezca al trabajo formal o trabajo registrado, dado que la situación de absoluta precariedad laboral del empleado, exige un abordaje diferente. La OAVL, en general atiende consultas de las/los trabajadoras/es del ámbito privado, lo que no implica que se den algunos casos del ámbito público e incluso de Empresas*

7 Informe estadístico correspondiente al primer trimestre 2019 elaborado por el observatorio sobre violencia laboral. Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral (OAVL). Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

del Estado al sólo efecto de asesorarse sobre su situación. En el ámbito público, de acuerdo al Decreto 214 que homologa el Convenio Colectivo de Trabajo de la Administración Pública Nacional, tiene a la CIOT (Comisión de Igualdad de Oportunidades y Trato) como órgano específico de abordaje de la problemática. Esto implica la importante disminución de casos del ámbito público, de todas maneras, debemos aclarar que son muchos más los que consultan vía telefónica y que de acuerdo a la normativa, son informados sobre el CIOT como órgano competente. El ámbito privado queda en un 90%. En cuanto a la **antigüedad laboral**, entre los dos años y los quince años, podemos apreciar que se encuentra la mayor porción del universo analizado, llegando al 72% en el trimestre estudiado aumentando 5 puntos porcentuales. La menor medición se da en el rango de más de quince años, 9%, en los dos trimestres comparados, que de acuerdo a lo comentado anteriormente es el momento donde se cumple la mitad o más del plazo de treinta años para la jubilación. En cuanto al **tipo de violencia**, y de acuerdo a los informes de los distintos períodos analizados, no es novedad que los/las consultantes han estado expuestos/as, en su gran mayoría a situaciones de violencia psicológica y en menor medida a las de tipo física y sexual. De todas maneras, la forma que asume el acoso no es siempre pura, por ejemplo el acoso físico va acompañado del acoso psicológico, como así también del sexual. Si bien los registros nos indican un descenso de la violencia psicológica en 2 puntos porcentuales, la tendencia es siempre la misma, mayormente las denuncias se dirigen a ese tipo de violencia. En cuanto al **perfil de los acosadores**, desde el punto de vista del género, quienes acosan, siempre encontramos que la mayoría pertenece al masculino, aumentando a 62% comparado con el año pasado que llegó a 65%, mientras que el femenino mide 38%, 6 puntos menos que el anterior período. Esta preponderancia masculina en los acosadores tiene su explicación en que la mayor parte de la violencia es ejercida en forma vertical-descendente y si compartimos que el porcentaje de superiores es mayoritariamente masculino, no es de extrañar como se expresan las mediciones. Un dato a analizar es el **sector de la economía** donde se registran la mayoría de los casos de los consultantes en la OAVL. Del sector primario no tenemos datos dado que, por la distancia de áreas exclusivamente rurales y/o extractivas, no se presentan consultas y de ocurrir no son datos relevantes por la poca cantidad de los mismos. Sí, del sector terciario y secundario, con un alto porcentaje de trabajadores de sector terciario, manteniéndose en el 97% en los dos trimestres analizados, como así también el 3% del sector secundario. Los datos reflejan la estructura que existe en el mercado de trabajo del área metropolitana (ciudad de Buenos Aires y conurbano bonaerense), en la que la mayor cantidad de puestos de trabajo se concentran en los sectores servicios. En cuanto a las **situaciones que actúan como disparador o desencadenantes** de la violencia

laboral ejercida, nos encontramos con algunas dificultades, de todas maneras, hemos construido algunos rangos de la variable que nos permiten aproximarnos a su medición. Mayoritariamente, los/as consultantes, nos han narrado que la estrategia organizacional (cambios en la estrategia de la empresa, cambios de directores o jerarquías intermedias o incluso cambios en la organización de producción) y motivos personales (celos, problemas con pares que son de preferencia del superior o personalidades fuertes, opinar diferente al gerente, difamaciones, etc) han sido los que más concentración tuvieron”.

Sin duda que todo este panorama no ha hecho otra cosa que demostrar una vez más, la situación preponderante de las mujeres y de ciertos sectores en situación de vulnerabilidad, respecto de los hechos y/o actos de violencia que viven en la sociedad. Y el mundo del trabajo al ser parte de aquella, no escapa a esta realidad, por lo cual, la violencia y el acoso constituyen en definitiva una forma adicional de violencia de género. Y aquí radica la actualidad de este tema.

No obstante ello, cabe destacar que la urgencia en el tratamiento de la temática de la violencia y acoso en el mundo del trabajo por parte del congreso nacional, no ha sido obra del proceso de concientización genuino del legislador argentino en cuanto a su importancia. Por el contrario, la puesta en agenda en el poder legislativo se ha debido a la fuerza imparable del movimiento de mujeres (en sus diversas manifestaciones) que propugna por una sociedad libre de violencia, pero poniendo foco casi de manera exclusiva y excluyente, en la violencia física que genera altos porcentajes de muertes a causa de su sola condición de mujer. Argentina cuenta con alarmantes índices de femicidios. Repárese que en lo que va del año 2021, llevamos contabilizados más de un femicidio por cada día transcurrido. De todos modos, bien vale el avance legislativo que ha implicado la ratificación en cuestión, en particular, por el desafío que implica, de cara a la elaboración de mecanismos normativos, que alienten la construcción de un mundo del trabajo libre de violencias.

3. Cómo aborda la legislación argentina el tema de la violencia laboral

A nivel nacional no existe en la Argentina una regulación específica contra la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que alcance a la actividad pública y privada y describa las conductas. Nuestra Constitución Nacional a través de sus artículos 14bis y 16 y el bloque de los Tratados Internacionales sobre

Derechos Humanos incorporados en el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que enriquecen garantías y amplían derechos, garantiza el ejercicio de derechos reconocidos sobre bases igualitarias y aporta en este tema el marco de referencia⁸.

Así las cosas, y aun a falta de norma específica en la materia, y tal como se señalara supra, el texto constitucional nos sirve de marco referencial, a partir del juego de los artículos citados. Y lo hace partiendo de afirmar en el art 14 bis que: *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor...”*. El señalado artículo, incorpora la llamada cláusula social en el texto constitucional, al consagrar una obligación genérica y amplia en cabeza del empleador y en beneficio de todos los trabajadores, aunque acotado a los que desempeñan sus tareas en el ámbito privado. La técnica legislativa seguida por el constituyente de la reforma es muy clara y diferencia el contenido de cada uno de los párrafos del artículo por su sujeto. El sujeto titular de los derechos consagrados en el párrafo 1º del art. 14 bis es el trabajador como persona física y que desarrolla sus tareas bajo relación de dependencia⁹.

Así pues, este trabajador que lo hace en el ámbito privado, tiene el derecho a un ambiente de trabajo digno. Hablar de trabajo digno, es también hablar de espacios de trabajo libre de violencia y acoso. Mal podríamos hacerlo, si aceptáramos la existencia de aquellas conductas disvaliosas que perfora en definitiva, la persona misma del trabajador. Máxime, cuando el derecho a un ambiente de trabajo sano y sin violencia, a la luz de los avances en materia de reconocimiento de nuevos derechos, constituye sin más un derecho humano propio y específico también de quien labora. La violencia en el ámbito laboral, violencia en ocasiones sutil, que sin embargo genera, como las otras, consecuencias terribles: la destrucción de las personas contra las que se ejerce, en muchos sentidos¹⁰.

Así las cosas, si la obligación genérica es la de garantizar a todas las per-

8 Fundamentos del proyecto de ley de ratificación del Convenio 190 de la OIT. <https://www.diputados.gov.ar/proyecto.jsp?exp=3561-D-2019>

9 ONAINDIA José M.: “Los derechos sociales”, en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dirigido por Daniel A. Sabsay Daniel y coordinado por PABLO MANILI, HAMMURABI-JOSÉ LUIS DEPALMA Editor, 2009, 570-581.

10 BURRIEL RODRIGUEZ DIOSDADO, Pepa: “25 de noviembre: la violencia de género en el ámbito laboral no es invisible”. El Obrero – Defensor de los trabajadores, 26 de noviembre del 2020.

sonas que laboran, *condiciones dignas de trabajo*, su correlato inmediato es la necesaria inexistencia de todo tipo de violencia o acoso en su lugar de trabajo. Dicha obligación se reconoce en cabeza del empleador en principio, y su desconocimiento, constituye incumplimiento de las obligaciones patronales.

Las formas de violencia se manifiestan de diferentes maneras, generando formas de discriminación patentes, pero no visibles a todos los ojos¹¹, e incluso agregaría, no siempre reprochables por quienes tienen el deber y la potestad para ello. Si la violencia genera en alguna medida discriminación, la pauta normativa nos la dará el artículo 16 de la Constitución Nacional, tal como se señalara más arriba. Ello, por cuanto consagra el derecho a la igualdad al postular que: “...*Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...*”. Así las cosas, cuando la norma constitucional consagra el derecho a la igualdad (en la parte que nos interesa a estos efectos), lo está haciendo en el sentido de “*igualdad como no discriminación*”. El principio de no discriminación establece que la igualdad de trato ante la ley se encontrará violada siempre que no sea posible superar el test de razonabilidad y se asocia con una visión individualista de la igualdad ante la ley que establece la posibilidad de hacer distinciones basadas en criterios razonables -entendiendo por “razonables”,...aquellos que logren establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación del derecho-, tiene por objeto impedir que las decisiones estatales y de particulares se realicen sobre la base de prejuicios y visiones estigmatizantes de grupos de personas. El objeto de un artículo como el 16 de nuestra Constitución Nacional, entendido desde esta perspectiva, aspira a que las personas sean tratadas de modo que sólo sea relevante su capacidad para cumplir con el objeto de que busca la regulación o contratación en cuestión. El objetivo del artículo referido es noble y sencillo de entender¹². Y en este entendimiento que destaca Saba, podemos verificar supuestos de discriminación, coincidiendo con Burriel, por ejemplo: en el acceso al empleo, en la garantía salarial, en la carrera profesional, en las políticas de compensaciones, etc., situaciones estas que suponen la capacidad de engendrar violencia laboral, al menos en términos potenciales.

11 BURRIEL RODRIGUEZ DIOSDADO Pepa: “25 de noviembre: ...”

12 SABA, Roberto: El principio de igualdad den la Constitución Nacional, en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dirigido por DANIEL A. SABSAY Daniel y coordinado por PABLO MANILI, HAMMURABI-JOSÉ LUIS DEPALMA Editor, 2009, 599-627.

Así las cosas, este es el gran aporte del constituyente en cuanto a esta temática, toda vez que, no obstante la inexistencia de una norma específica, es posible elaborar una respuesta legislativa y/o jurisprudencial contra la violencia o acoso en las relaciones de trabajo, a partir de la obligación del empleador de garantizar a todos sus dependientes condiciones dignas de labor. De esta manera, si hablamos de condiciones dignas de labor, situaciones de violencias o acoso en el trabajo, no son susceptibles de engarzar dentro del estándar jurídico establecido en los artículos de la Constitución Nacional comentados.

No obstante, y siguiendo a ARESE, podemos decir que Argentina cuenta con convenios de sectores o con leyes provinciales a fin de condenar el acoso e incluso la ley 26.485 - de orden público y alcance nacional-, a fin de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujeres, pero hasta la sanción de la ley que ratificara el convenio 190 de la OIT, no contaba con una legislación nacional que abordara en forma específica esta temática¹³.

Sin lugar a dudas, la señalada ley 26.485 de protección integral a las mujeres y su decreto reglamentario N° 1011/10, a la postre constituyen el antecedente legislativo más cercano al convenio en cuestión, máxime si se tiene en cuenta que la violencia y el acoso laboral afectan de manera desproporcionada a mujeres y grupos en situación de vulnerabilidad¹⁴. La ley de protección integral a las mujeres compendia una serie de medidas y acciones, tendientes a prevenir, sancionar y erradicar la violencia en los ámbitos en que las mujeres desarrollan sus relaciones interpersonales. Y ciertamente que el trabajo es uno de estos ámbitos. Más aun, en su artículo 6º, se define dentro de los tipos de violencia, a la “violencia laboral”, a saber:

ARTICULO 6º – Modalidades. *A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes:c) Violencia laboral contra las mujeres: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia*

13 ARESE Cesar, citado por Digón Virginia: Una Ley...

14 STICCO Georgina, ARDISSONE Tatiana y ECKE Kathrin: ¿Qué implica para Argentina y las organizaciones empleadoras la ratificación del Convenio 190 de la OIT?, GROW Género y Trabajo, 12 de noviembre de 2020. <https://generoytrabajo.com/2020/11/12/ratificacion-convenio-190/>.

física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral.

De allí que podamos resaltar la importancia a nivel legislativo de esta norma, por cuanto es la primera disposición de orden público y de alcance nacional que describe de manera específica, una serie de conductas que para el legislador constituyen violencia laboral, aun cuando su campo de actuación se encuentre restringido a las mujeres. Más aun, los antecedentes jurisprudenciales dan cuenta acerca de la experiencia de los tribunales nacionales en cuanto a la utilización de dicha norma, como fundamento de resoluciones jurisprudenciales a fin de sancionar comportamientos tipificados como violencia laboral.

Por otra parte, también es posible hacer uso de la Ley 23.592, para cuando la violencia o acoso ejercida sobre una persona en el ámbito del trabajo, diera lugar a alguna situación de discriminación, o que al menos pueda asimilarse a conductas discriminatorias. En este supuesto, las víctimas de dichos actos pueden valerse de la citada norma¹⁵ y reclamar de esta manera, la reparación no sólo del daño material sufrido - que incluye el daño físico y psicológico-, sino también del daño moral. Si bien la ley antidiscriminatoria referida no aborda la problemática de la violencia o el acoso en el ámbito del trabajo -reparese que se trata de una norma de naturaleza civil y no precisamente laboral-, muchas veces y a través de un giro argumentativo, se puede entender que determinadas conductas que ocasionan violencia o acoso son, en definitiva, discriminatorias. Esta ha sido la solución de ciertos fallos que han abordada desde la temática de la discriminación, actos de violencia laboral.

En cuanto a la ley de contrato de trabajo (Ley 20.744), norma específica de

15 La ley 23.592, comúnmente denominada ley anti-discriminatoria, contempla el caso de quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

alcance nacional, que regula el trabajo humano dependiente, en el marco del contrato y relación de trabajo privada y los derechos y obligaciones derivados de estos, carece de disposición alguna que aborde la temática de la violencia o acoso de manera específica y particularizada. Así las cosas, tanto la violencia como el acoso no se hallan incorporados en su articulado como categorías autónomas susceptibles de justificar el despido y las consabidas derivaciones salariales y/o indemnizatorias. No obstante, y coincidiendo con SEBASTIÁN ALBORNOS¹⁶, en la práctica vemos como se suele echar mano de la Ley de Contrato de Trabajo para justificar la decisión del empleado a los fines de considerarse despedido a causa de situaciones de violencia o acoso de la cual es víctima, y así pretender una indemnización, con la particularidad de que, si reclama resarcimiento moral, y en tanto el mismo sea procedente, los jueces lo fundarán en la norma civil y no en la laboral.

En este mismo orden de ideas, también vemos como se ha hecho jugar la norma del art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo¹⁷ a fin de dar por extinto el contrato que los vinculaba, a partir de entender que situaciones de violencia o acoso constituyen “injurias” suficientes, que no permiten la continuación de la relación de trabajo, sea que el victimario sea el propio empleador o algunos de sus propios dependientes. Todo ello, bajo el fundamento de la inobservancia y/o incumplimiento de los deberes empresariales que le impone la norma laboral al empleador, los cuales son de cumplimiento obligatorio.

Si bien la obligación principal del empleador es la de satisfacer la prestación remuneratoria que tiene sustancia eminentemente patrimonial, también es deudor de la obligación de seguridad, por lo que debe adoptar todas las conductas positivas que según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica, sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica del trabajador y de la trabajadora. Su responsabilidad debe juzgarse con un standard agravado porque su condición de empleador lo responsabiliza de manera peculiar si instala o consiente los comportamientos abusivos implicados en los casos de violencia laboral al quedar en evidencia un desprecio absoluto del principio

16 ALBORNOS, Sebastián: “El acoso y la violencia laboral están cerca de tener su propio marco regulatorio en Argentina”, Iprofesional, 21 de junio de 2019. <https://www.iprofesional.com/legales/294325-el-acoso-y-la-violencia-laboral-estan-cerca-de-tener-su-propia-regulacion>

17 Art. 242 Ley de Contrato de Trabajo: “Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra, de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación...”

de buena fe y de prudencia que le exige su carácter de tal. El empleador debe responder por los daños que puedan sufrir los trabajadores y trabajadoras a consecuencia de la violencia laboral, en cuyo caso deberá indemnizar al afectado o afectada no sólo el daño moral sino también los perjuicios patrimoniales, como la eventual incapacidad que pueda sobrevenir, además de otros daños que puedan producirse, como el daño psicológico y los gastos incurridos por el afrontamiento de procesos legales¹⁸.

A idénticos fines, podemos traer a colación otras normas de la propia Ley de Contrato de Trabajo, las cuales no son de aplicación específica a la temática en análisis, cuanto menos la rodean, razón por la cual pueden ser alegadas por quienes se sienten víctimas de las referidas conductas y así justificar sus planteos tanto en sede administrativa como en sede judicial. Estas son: el art. 17 LCT (prohibición de hacer discriminaciones), art. 62 LCT (obligación genérica de las partes), art. 63 LCT (principio de buena fe), art. 65 LCT (facultad de dirección), art. 66 LCT (facultad de modificar las formas y modalidades de trabajo), art. 68 LCT (modalidades de su ejercicio), art. 75 LCT (deber de seguridad), art. 78 LCT (deber de ocupación), art. 81 (igualdad de trato) y el ya referido art. 242 LCT (justa causa)¹⁹.

Más aun, a esta reseña normativa de alcance nacional, podríamos adicionar la ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557²⁰. Esta norma si bien tiene por objeto específico la prevención de los riesgos y la reparación de los daños derivados del trabajo, su aplicación en este sentido se deriva más bien por los

18 Entrevista a la Dra. Patricia Barbado por parte de la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral cuyo tema fue: “Evitar la impunidad- Herramientas legales y valoración de la prueba”. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social- Presidencia de la Nación. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/entrevista_dra-barbado.pdf

19 *Manual de concientización y prevención sobre violencia laboral en las organizaciones empresariales*. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Presidencia de la Nación.

20 Objetivos y ámbito de aplicación de la Ley 24.557: Artículo 1° — Normativa aplicable y objetivos de la Ley sobre Riesgos del Trabajo (LRT).

1. La prevención de los riesgos y la reparación de los daños derivados del trabajo se regirán por esta LRT y sus normas reglamentarias.

2. Son objetivos de la Ley sobre Riesgos del Trabajo (LRT): a) Reducir la siniestralidad laboral a través de la prevención de los riesgos derivados del trabajo; b) Reparar los daños derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, incluyendo la rehabilitación del trabajador damnificado; c) Promover la recalificación y la recolocación de los trabajadores damnificados; d) Promover la negociación colectiva laboral para la mejora de las medidas de prevención y de las prestaciones reparadoras.

efectos que la violencia y acoso pueda generar en la salud de los trabajadores. Dicho de otra manera, su aplicación no lo sería por contemplar de manera expresa y específica aquellas acciones, ya que como señaláramos no lo hace, sino más bien por los efectos que las mismas pueden ocasionar en la salud e integridad de los trabajadores, a partir de entender que estas consecuencias son producto del incumplimiento de una de las obligaciones primarias que asumen las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo (ART) en el marco establecido por la ley 24.557²¹.

“La aseguradora de Riesgos del Trabajo no observó la conducta debida y necesaria para lograr una de las finalidades básicas que surgen de la LRT, y que está relacionada directamente con la reducción de la siniestralidad laboral, pudiendo agregar al respecto que a partir de la vigencia de la Ley 24.557, tanto las ART como los empleadores están obligados a arbitrar la totalidad de los medios legalmente previstos para prevenir eficazmente los riesgos del trabajo, lo que ha sostenido con toda claridad la CSJN en autos “Recurso de hecho Soria, Jorge Luis c/RA y CES SA y Otro, S.1478, XXXIX del 10/04/3007”²². En este mismo orden de ideas, se manifestó en el fallo extractado, que “es indudable que las ART no pueden ser condenadas por acoso laboral, lo cual es una verdad de perogrullo, pero nada obsta a que incurran en responsabilidad, si anoticiadas del acoso, no hacen nada para evitarlo”.

De lo que se colige, entonces, es que la utilización de aquella norma a los fines de justificar la asunción de responsabilidad se deriva, precisamente, del incumplimiento de las obligaciones y específicas por parte de quienes son

21 ARTICULO 31. — Derechos, deberes y prohibiciones. 1. Las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo: a) Denunciarán ante la SRT los incumplimientos de sus afiliados de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, incluido el Plan de Mejoramiento; b) Tendrán acceso a la información necesaria para cumplir con las prestaciones de la LRT: c) Promoverán la prevención, informando a la Superintendencia de Riesgos del Trabajo acerca de los planes y programas exigidos a las empresas: d) Mantendrán un registro de siniestralidad por establecimiento: e) Informarán a los interesados acerca de la composición de la entidad, de sus balances, de su régimen de alícuotas, y demás elementos que determine la reglamentación: f) No podrán fijar cuotas en violación a las normas de la LRT, ni destinar recursos a objetos distintos de los previstos por esta ley; g) No podrán realizar exámenes psicofísicos a los trabajadores, con carácter previo a la celebración de un contrato de afiliación.

22 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo – Sala VIII en autos “P.G.M. c/TAM Linhas Aereas SA y Otro s/Despido” Expte. N° 23.338/2009-SD 39124.

las encargadas primarias de las tareas de prevención y resarcimiento de los infortunios laborales.

Por su parte, Argentina y tal como lo señaláramos más arriba, cuenta con una serie de convenios colectivos de trabajo sectoriales e incluso con leyes de alcance provincial y municipal, cuyo objetivo específico, es justamente la prevención y sanción de la violencia y acoso en el lugar de trabajo. Se trata esta vez, de normas específicas que abordan la temática en análisis. Por citar algunos casos: la ley N° 1.225 de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, la ley N° 13.168, ley 14.040 de la provincia de Buenos Aires, la ley N° 9.671 de la provincia de Entre Ríos, la ley N° 7.939 y 7.961 de la provincia de San Juan, la ley N° 12.434 de la provincia de Santa Fé, entre otras. Y en cuanto a los convenios sectoriales podemos citar, al CCT general para los empleados de la administración pública, el CCT N° 697/05 E de los trabajadores del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), el CCT para el personal de la Administración Nacional de Aduanas, el CCT para el personal de la corporación del mercado central de Buenos Aires, etc.

En cuanto los instrumentos internacionales que fueran ratificados por nuestro país y que por ende bien pueden ser alegados por quienes son víctimas de actos de violencia o acoso en el trabajo, tenemos a nivel regional, el más importante y específico sobre la materia, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, comúnmente denominada Convención de Belem do Pará (Ley N° 24.632), además de los restantes tratados y/o convenciones y/o declaraciones, muchos de los cuales se encuentran incorporados en el texto mismo de la Constitución Nacional, en el señalado bloque de constitucionalidad.

4. Antecedentes jurisprudenciales que abordan la temática de la violencia y/o acoso en el lugar de trabajo

En los últimos años ha existido un gran avance en materia de reconocimiento jurisprudencial al respecto, más bien urgido por la difusión de la problemática por los medios masivos de comunicación que por la concientización de los propios operadores jurídicos acerca de la importancia que traspasa la misma. Podríamos decir que el reclamo pasó de la calle a los estrados de la justicia o a las oficinas de la Administración Pública, en búsqueda de reconocimiento formal, esta vez. Con ello, las víctimas han sido escuchadas y reconocidas en cuanto sujetos legitimados a estos fines.

Así las cosas, se han realizado un sinnúmero de denuncias, muchas de las cuáles en ámbitos administrativos, aunque otras tantas, en sede judicial, lo que ha permitido que las víctimas comenzaran por ser reconocidas como tal, y en consecuencia, se les otorgaran las consiguientes reparaciones pecuniarias.

Como era de esperar, los tribunales especializados, o sea los de la justicia del trabajo, son lo que han manifestado una especial preparación para abordar la temática, llegando a sancionar los actos de violencia laboral, ya que implican un ataque a la dignidad de las personas que trabajan. Las indemnizaciones han sido establecidas a cargo del victimario e incluso de la empresa por no haber adoptado a tiempo medidas eficientes para poner a la víctima a resguardo de la violencia ejercida por un compañero o superior jerárquico²³.

El tratamiento mayoritario que la jurisprudencia ha dado a los casos de violencia laboral, en cualquiera de sus manifestaciones, principia por justificar el despido indirecto en que se colocara el trabajador a causa de los actos de violencia de la cual es víctima, como paso previo para justificar la sanción pecuniaria resuelta en concepto de daño moral y hasta material en algunas circunstancias. En la mayoría de los casos relevados, la piedra de toque a fin de denunciar el contrato de trabajo ha sido la injuria, en los términos del art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo²⁴. De esta manera, la injuria a la que hace referencia este artículo -habitualmente referida como justa causa de despido- se configura cuando una de las partes incumple un deber contractual de prestación o de conducta y su falta tiene una gravedad tal que no resulta posible seguir adelante con el vínculo²⁵. En este caso, cuando hablamos de incumplimiento de deberes, nos estamos refiriendo a que el empleador incumplió el deber constitucional de garantizar condiciones dignas de trabajo al permitir un ambiente de violencia por lo que debe responder²⁶. En definiti-

23 Entrevista a la Dra. Patricia Barbado por parte de la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral cuyo tema fue: “Evitar la impunidad- Herramientas legales y valoración de la prueba”. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social- Presidencia de a Nación. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/entrevista_dra-barbado.pdf

24 Art. 242 LCT: “Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra, de las obligaciones resultantes del mismo, que configuren injuria y que por su gravedad, no consientan la prosecución de la relación. ...”.

25 GRISOLÍA Julio, SUDERA Alejandro, *Leyes del Trabajo comentadas*, 3^a ed. , Buenos Aires, David Grinberg Libros Jurídicos, 2004.

26 Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II en autos: “R.F. c/Cablevisión”, del 12/10/2007.

va, la violencia laboral en cualquiera de sus manifestaciones ha sido subsumida dentro del concepto de injuria en los términos ya expresados.

En diversos precedentes, la violencia como injuria, ha sido entendida desde diferentes conceptualizaciones. Así, se ha entendido como: trato hostil y persecutorio (R.J.C. C/Alfajores Jorgito SA), como actitud persecutoria e intimidatoria de sus superiores jerárquicos (S.J.O. c/Organización Coordinadora Argentina SRL), actitudes persecutorias por parte de la empresa que fuere su empleadora, aun con posterioridad al despido (D. P. A. c/ Quickfood SA), acoso psicológico o moral (A.M.A. c/Cooperativa Limitada de P. de S.P. y V. De Puerto Madryn), sometimiento a tensiones nerviosas excesivas o sobreexigencias de carácter estresante durante la vigencia de la relación laboral (S.R.D. c/Toyota Argentina SA), acoso laboral (D.V.J.A. c/PAMI), acoso moral sistemático tendiente a generar desgaste en la actora y obtener su renuncia (G.J.B. c/Aguas Danone Argentina SA), maltratos recibidos por su superior jerárquico (P. C. A. c/Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y Otro), instigación sexual (R.J.A c/Freddo SA), trato discriminatorio hacia la persona y alusiones directas y ofensivas para con su físico (L. R. F. C/Trans American Airlines SA), persecución y maltrato tras pedir mejores condiciones laborales (C.R.S. c/Jumbo Retail Argentina).

Como se puede verificar, existe una abundante casuística tendiente a dar acogida a los planteos de las personas que se han sentido perjudicadas por determinadas conductas lesivas por parte de sus superiores e incluso por parte de sus propios compañeros de trabajo y la mayoría lo ha hecho bajo la categoría del daño moral, como forma de justificar la condena pecuniaria a la que se han visto sometido los responsables de dichas conductas lesivas.

A la somera reseña de antecedentes jurisprudenciales desarrollada supra, cabría agregar un caso que seguramente constituirá una bisagra en la historia de los reclamos en sede judicial, ante un caso de violencia laboral. Me estoy refiriendo al caso de la Sra. Alicia Moyano, quien formulara denuncia por violencia psicológica y física cuando esta era empleada de un call center por parte de su supervisor, con la particularidad de que lo hizo directamente en sede penal. Lo particular del caso, obedece no sólo al ámbito donde efectuara la denuncia, sino también, porque lo hace alegando una figura jurídica que aun no reconoce recepción legislativa. Dicha denuncia siguió el derrotero de todo proceso penal y hoy se encuentra en el ámbito de la Cámara 4^a del Crimen de la ciudad de Córdoba a la espera de que se inicie el proceso. Mientras tanto, los denunciados (supervisor y propietario del call center) están imputados

por el delito de lesiones gravísimas producidas por placer, cuya pena oscila entre 3 a 15 años de prisión. Es el primer caso de acoso laboral que se dirime en sede penal.

5. Los Obstáculos para denunciar actos de violencia y acoso en la Argentina

No obstante, los diversos antecedentes que da cuenta la jurisprudencia local referidos a esta problemática, los que aventuran un importante avance en la materia en estos últimos años, cabe destacar que aún resta mucho camino por andar. No todas las personas que sufren actos de violencia o acoso deciden llegar hasta los estrados de tribunales para hacer valer sus derechos conculcados.

La razón por cual muchas de las víctimas no hacen la denuncia pertinente, reconoce variedad de causas. Aunque muchas de las razones se relacionan con la situación laboral y económica de las víctimas e incluso formativas, ya que estas carecen del conocimiento necesario acerca de dónde, cómo y cuándo denunciar actos de violencia y/o acoso. También, la dificultad apuntada en cuanto a la formulación de la denuncia o reclamo muchas veces obedece a que la violencia laboral adquiere formas sutiles -algunas imperceptibles -, lo que torna difícil su reconocimiento, incluso, personal y posterior detección.

Aunque coincidiendo con Cynthia BENZIÓN, la falta de denuncia está ligada principalmente a un mercado de trabajo que está en crisis y se le hace más difícil denunciar o hacerlo público a alguien que sufre violencia. Las que suelen hacerlo, son quienes están más seguras en sus puestos de trabajo y no tanto las que temen perderlo. De todos modos, las mujeres se están animando cada vez más a plantearlo porque ya existe en la calle la legitimación para salir de la queja y pasar a una situación de protagonismo en la solución de los problemas ²⁷.

Un aporte a este cambio de paradigma, lo están haciendo los propios compañeros de las personas víctimas de violencia o acoso, como también, los sectores u oficinas de género que funcionan dentro de los gremios o sindicatos, los cuales están realizando una importante tarea de concientización y formación, en pos de la denuncia a los fines de la prevención y/o sanción.

También existen a nivel provincial y/o nacional, organismos administrativos que están abordando esta temática, aun cuando lo están haciendo en un

27 BENZIÓN Cynthia, en DIGÓN Virginia: 25-N: La violencia....

rol de consulta, estudio y/o meramente formativo, careciendo por el momento de legitimación sustancial para intervenir en procesos en representación o patrocinando a las víctimas de aquellas conductas.

Para destacar, en el ámbito nacional, más precisamente en la órbita del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, existe la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral (OAVL)²⁸. Este organismo concentra tareas de atención de consultas y/o recepción de denuncias sobre violencia laboral y asesoramiento en aspectos legales y en lo referente a la salud psicofísica; elaboración de una base conceptual, empírica, legislativa y documental, atendiendo las perspectivas locales, nacionales e internacionales; el establecimiento de vínculos de cooperación y asistencia con áreas internas de la Secretaría, otros organismos públicos y privados, nacionales e internacionales con objetivos similares o complementarios; la realización y promoción de tareas preventivas mediante la realización de actividades de sensibilización, difusión y capacitación sobre el tema hacia diferentes sectores que, en distintas formas, tengan intervención o sean alcanzados por esta temática, entre otras.

A la par de esta oficina, en algunas provincias y municipios, se replica esta experiencia, con idénticas funciones.

6. Las herramientas procesales

Una de las deficiencias que se señala cuando se aborda el tema de las reclamaciones en materia de violencia y acoso en el ámbito de trabajo, se relaciona con la existencia de mecanismos pocos claros, desconocidos y por ende, muchas veces de difícil acceso para quienes son víctimas de este tipo de prácticas. No existe en Argentina un procedimiento general y específico, a nivel administrativo y/o judicial, que desarrolle todo el derrotero que va desde la denuncia hasta la sanción de dichas prácticas.

La primera dificultad con que se encuentran las personas que han sido víctimas de violencia o acoso en el trabajo, arranca en el hecho de la inexistencia de norma alguna que de manera específica contemple la figura de la violencia o el acoso como conducta punible. A los fines de su sanción, dichas prácticas están asociadas a otras conductas y a otros ámbitos de desarrollo. Se produce

²⁸ La Oficina de asesoramiento sobre violencia laboral (OAVL), se creó el 5 de enero del año 2007, a través de la Resolución N° 5 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en el ámbito de la Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre varones y mujeres en el mundo laboral (CTIO).

una suerte de extrapolación jurídica al ámbito de las relaciones laborales a fin de que, de esta manera, aquellas puedan recibir tratamiento jurisprudencial.

La segunda dificultad, radica en la inexistencia de un procedimiento específico para este tipo de prácticas que se dan en el ámbito laboral. La especificidad del medio en donde las mismas aparecen, el carácter de la víctima y la relación que media entre ésta y el victimario, exige un tratamiento particularizado. He aquí el principal escollo de la denuncia y su procedencia.

En este sentido, el convenio de la OIT servirá para que el legislador pueda tomarlo como base para ampliar la protección de los dependientes. Además, es probable que las leyes locales sobre procedimiento laboral deban regular lo que ocurre en estos casos, porque se necesita un análisis rápido y que se otorgue protección no sólo a la víctima, sino también a los testigos del hecho, para que estos puedan declarar libremente. Uno de los grandes problemas que tiene este tema, es la reticencia de otros trabajadores a declarar sobre estos hechos por el temor de sufrir represalias o repercusiones negativas sobre sus propias relaciones laborales²⁹.

La tercera dificultad, la cual muchas veces constituye el gran desafío para el éxito de la prosecución y conclusión del proceso, se relaciona con la probanza de los hechos que se imputan. Dicha dificultad se relaciona con el ámbito donde tienen lugar los mismos, ya que esto condiciona no sólo la denuncia sino también la probanza de los mismos. Repárese que, al tratarse de un ámbito laboral, hace que muchas veces sucesos de esta naturaleza se vean acallados ante el temor de que, frente a la denuncia, quien la formula pierda la fuente de trabajo, máxime cuando el victimario a la postre resulta ser el empleador o su superior jerárquico. La necesidad de mantener la fuente de trabajo juega un papel importante, en torno a obstaculizar la puesta en conocimiento de estos hechos, ya sea dentro de la propia empresa o ante organismos administrativos o judiciales. De manera que como destaca el legislador nacional Albor CANTARD³⁰, -al señalar los aspectos auspiciosos del convenio 190-, la inversión de la carga de la prueba constituye uno de los aportes más importantes, toda vez que este tipo de circunstancias se dan a puerta cerradas, lo que genera una gran dificultad para las víctimas en materia probatoria. La víctima aportará indicios para que el denunciado o denunciante sea el o la

²⁹ Albornos, Sebastián, “El acoso y la violencia laboral están cerca de ...”

³⁰ Es ley la ratificación del Convenio de la OIT contra la violencia y el acoso laboral, 11 de noviembre de 2020. <https://www.parlamentario.com/2020/11/11/es-ley-la-ratificacion-del-convenio-de-la-oit-contra-la-violencia-y-el-acoso-laboral/>

que tenga que demostrar que no ha incurrido en violencia o acoso.

Por otra parte, y a tono con los procedimientos de denuncia y sanción de la violencia y acoso laboral, debemos destacar la experiencia del Protocolo de Actuación implementado por el Ministerio de Trabajo de la Provincia de Córdoba para la tramitación de denuncias de este tipo de comportamientos. A mérito de este protocolo, las partes deben someterse a la autoridad administrativa del Ministerio de Trabajo, a los fines de la resolución pacífica de carácter conciliatorio del conflicto suscitado con motivo de prácticas de violencia o acoso en el lugar de trabajo. Cabe señalar, que el referido protocolo es de aplicación al ámbito de las relaciones laborales del sector privado de la Provincia de Córdoba, conforme la competencia conferida por la ley provincial 8015. En cuanto a su alcance, las reglas de aquel propenden a facilitar y lograr satisfacer las necesidades de asesoramiento, mediación, prevención, concientización y contención en las situaciones de violencia laboral, y procurar por todos los medios legítimos, el cese de aquellos actos que trasuntan violencia laboral, con la consecuente aplicación de sanciones en virtud del ejercicio del poder de policía laboral.

Asimismo, podríamos agregar la experiencia de otros protocolos de actuación formulados en el ámbito público, tales como el “Protocolo de actuación para la prevención, difusión y capacitación de violencia en ambientes de trabajo” aprobado por el CONICET mediante resolución N° 1457/17.

Sin duda alguna que todas estas manifestaciones, si bien pueden no ser lo suficientemente acabadas en cuanto al resultado esperado, en definitiva, contribuyen en la visibilización de la temática y sobre todo en la puesta en acción de las acciones necesarias para la prevención y eventual sanción de las prácticas ilegítimas aludidas.

La gran tarea que le cupe a los legisladores a partir de la ratificación del Convenio 190 OIT, es la de generar mecanismos y herramientas tendientes a concretar en la práctica los derechos y garantías reconocidos en la letra de la norma internacional. Ello, por cuanto de nada sirve el reconocimiento de un determinado derecho o garantía, si ello no va acompañado de las herramientas procesales necesarias para su puesta en práctica por las personas destinatarias de los mismos. El acceso a la justicia será el gran desafío que nos compromete a todos, a fin de garantizar la efectividad de las disposiciones del convenio en análisis.

7. Bibliografía

- Agüero, Fernando: “ Va a juicio un caso de acoso laboral en Córdoba. La Voz del Interior, 15 de abril de 2019. <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/va-juicio-un-caso-de-acoso-laboral-en-cordoba>
- Allona, Ana: “El impacto del Convenio 190 OIT (Organización Internacional del Trabajo) y el concepto de violencia económica laboral y relaciones laborales y compensaciones. Tecnología”. Diario laboral N° 249-04.06.2020. Diario DPI.
- Albornos, Sebastián: “El acoso y la violencia laboral están cerca de tener su propio marco regulatorio en Argentina”, Iprofesional, 21 de junio de 2019. <https://www.iprofesional.com/legales/294325-el-acoso-y-la-violencia-laboral-estan-cerca-de-tener-su-propia-regulacion>
- Barbado, Patricia: “Evitar la impunidad- Herramientas legales y valoración de la prueba”. Entrevista efectuada por la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral. Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social- Presidencia de a Nación. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/entrevista_dra-barbado.pdf
- Burriel Rodríguez Diosdado, Pepa: “25 de noviembre: la violencia de género en el ámbito laboral no es invisible”. El Obrero – Defensor de los trabajadores, 26 de noviembre del 2020.
- Digón, Virginia: “25-N: La violencia laboral contra la mujer se hace visible”. La Voz del Interior, 25 de noviembre de 2020. <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/25-n-violencia-laboral-contra-mujer-se-hace-visible>
- Digón, Virginia: “Una ley contra la violencia y el acoso laboral”. La Voz del Interior, 13 de noviembre de 2020. <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/una-ley-contra-violencia-y-acoso-laboral>
- Grisolía Julio, Sudera Alejandro, Leyes del Trabajo comentadas, 3ª ed. , Buenos Aires, David Grinberg Libros Jurídicos, 2004.
- Herrera Marisa, Fernandez Silvia E., De la Torre Natalia: “Tratado de Géneros, Derechos y Justicia”. Derecho del Trabajo. Rubinzal – Culzoni Editores. Santa fe, 2020.
- Mac Donald Andrea Fabiana: “La importancia del Convenio 190 de la OIT sobre la violencia o acoso laboral”. SAIJ. www.saij.gob.ar/andrea-fabiana-mac-donald-importancia-convenio-190-oit-sobre-violencia-acoso-laboral-dacf200153-2020-07-16/123456789-Oabc-defg3510-02fcan
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación: “Manual de concientización y prevención sobre violencia laboral en las organizaciones empresariales”.
- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación. Informe estadístico correspondiente al primer trimestre 2019 elaborado por el observato-

rio sobre violencia laboral. Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral (OAVL).

Onaindia José M.: “Los derechos sociales”, en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dirigido por Daniel A. Sabsay Daniel y coordinado por Pablo Manili, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, 2009, 570-581.

Rodríguez Mancini Jorge, Foglia Ricardo A.: “Riesgos del Trabajo”. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008.

.Saba, Roberto: El principio de igualdad den la Constitución Nacional, en Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dirigido por Daniel A. Sabsay Daniel y coordinado por Pablo Manili, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, 2009, 599-627.

Sticco Georgina, Ardissonne Tatiana y Ecke Kathrin: ¿Qué implica para Argentina y las organizaciones empleadoras la ratificación del Convenio 190 de la OIT?, GROW Género y Trabajo, 12 de noviembre de 2020. <https://generoytrabajo.com/2020/11/12/ratificacion-convenio-190/>.

CAPITULO VIII
VIOLENCIA EN EL TRABAJO Y HOSTIGAMIENTO SEXUAL: UNA
LECTURA PERUANA DEL CONVENIO 190 DE LA OIT

CHAPTER VIII
VIOLENCE AT WORK AND THE SEXUAL HARASSMENT: A
PERUVIAN READING OF ILO CONVENTION 190

Miguel F. CANESSA MONTEJO

Profesor de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
mcanessa@pucp.edu.pe

Resumen: La violencia y el hostigamiento sexual en el trabajo está muy presente en las relaciones laborales, lo que se explicaría por la propia ejecución de la prestación de trabajo que tiene como premisa que el trabajador restringe su libertad a favor del empleador para cumplir sus instrucciones, de modo que ese sometimiento, que cuenta con la validez jurídica del ordenamiento, se vuelve en el terreno fértil para un eventual abuso del derecho. La prohibición de la discriminación laboral por género y el derecho a la seguridad y salud en el trabajo han sido los derechos fundamentales que limitan los poderes del empleador frente a esta situación. En el plano internacional, la OIT aprobó el Convenio 190 sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo como esfuerzo normativo para suprimir estos actos perniciosos de la relación laboral, aportando una redefinición en el ámbito de aplicación subjetiva (las personas en el mundo del trabajo) y objetiva (el mundo del trabajo).

Palabras claves: Violencia, hostigamiento sexual, mundo del trabajo, discriminación, Convenio 190 de la OIT.

Abstract: Violence and sexual harassment at work is very present in labour relations, which would be explained by the very performance of the work that is based on the premise that the worker restricts his or her freedom in favour of the employer in order to comply with his or her instructions, so that this subjection, which has the legal validity of the law, becomes fertile ground for possible abuse of the law. The prohibition of gender discrimination in employment and the right to occupational safety and health have been the fundamental rights that limit the employer's powers in this situation. At the international level, the ILO adopted Convention 190 on violence and harassment in the world of work as a normative effort to remove these pernicious acts from the employment relationship by redefining the scope of application both subjectively (people in the world of work) and objectively (the world of work).

Keywords: Violence, sexual harassment, world of work, discrimination, ILO Convention 190.

Sumario: 1. Introducción. 2. La violencia y el acoso en el mundo del trabajo. 3. El ámbito de aplicación de la prohibición de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. 3.1. El ámbito subjetivo de la prohibición de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. 3.2. El ámbito objetivo de la prohibición de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. 4. Reflexión final. 5. Bibliografía.

1. Introducción

El fenómeno de la violencia y el acoso está muy presente en el mundo del trabajo, diversos estudios muestran el alto grado de incidencia de este grave problema. En un estudio del Eurofound de la Unión Europea (2015) revela que el 14% de los trabajadores afirman haber sido objeto de violencia o acoso en el lugar de trabajo, siendo las mujeres las que sufren más la violencia. También muestra que el costo económico de la violencia contra las mujeres y las niñas representa entre el 1,2 y el 3,7% de producto interno bruto. El mismo estudio revela que el 75% de las mujeres en puestos de alta dirección y más del 60% de las mujeres que trabajaban en el sector de servicios habrían sufrido acoso sexual¹.

Otro estudio realizado por la OIT de 2017 sobre la violencia y el hostigamiento sexual a nivel mundial, apoyándose en estadísticas nacionales, resalta que, en Corea del Sur, Filipinas, Japón y Malasia, entre el 30 al 40% de las mujeres sufrieron acoso sexual en su lugar de trabajo. A su vez, en México, el Instituto Nacional de Mujeres revela que el 46% de las mujeres que laboran en la economía formal (15 millones de personas) sufrieron algún tipo de hostigamiento sexual. En Uganda, una encuesta realizada a más de 2.910 organizaciones indica que el 90% de mujeres habían sido acosadas sexualmente en el trabajo por sus superiores masculinos².

1 Cfr. GIACCONE, Mario y DI NUNZIO, Daniele (2015). *Violence and harassment in European workplaces: Causes, impacts and policies*. Dublin: Eurofound.

https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_comparative_analytical_report/field_ef_documents/ef1473en.pdf.

2 Cfr. PILLINGER, Jane (2017). *Violence and harassment against women and men in the world of work. Trade Union perspectives and action*. Geneva: International Labour Office, p. 14.

Lamentablemente, no hay estadísticas sobre la violencia y el hostigamiento sexual en las relaciones laborales peruanas, solo contamos con reportes sobre las denuncias de hostigamiento sexual presentadas ante el Ministerio de Trabajo y el estudio de la problemática del hostigamiento sexual laboral en el sector público de la Defensoría del Pueblo³. Sin embargo, las cifras peruanas no deben ser muy lejanas a las mostradas en los otros países del mundo.

La relación laboral es descrita como la conexión jurídica entre una persona -el trabajador- y un tercero -el empleador-, donde aquél restringe el ejercicio de su libertad -la subordinación- para que éste pueda aprovechar su fuerza de trabajo -la prestación personal manual o intelectual- dentro de un lapso de tiempo -la jornada de trabajo- recibiendo a cambio una contraprestación económica -la remuneración-.

La particularidad de esta conexión jurídica es que el trabajador vende su fuerza de trabajo y no su resultado: el trabajo. Por eso, el empleador debe exteriorizar esa fuerza de trabajo para usarla en la elaboración de una mercancía o en la prestación de un servicio. Dicha finalidad solo puede ser lograda si el trabajador limita su libertad mientras dure la relación. El otorgamiento de validez jurídica por el ordenamiento a un acto donde una persona libre restringe su libertad es el dato de la realidad en la que se basa la relación laboral. En otras palabras, la licitud de la restricción de la libertad en la relación laboral es el “pecado original” del Derecho del Trabajo.

La subordinación jurídica es el pilar sobre el que se sustentan los poderes del empleador (dirección, control y disciplina), en tanto le otorga la facultad jurídica para utilizar la fuerza de trabajo conforme a los requerimientos de la producción o la prestación del servicio que desea lograr. La subordinación es el medio que permite al empleador usar la fuerza de trabajo, el sostén de su poder sobre el trabajador y, también, la causa principal del conflicto laboral. En palabras de Kahn-Freund, lo que ocurre en realidad es que: “El Derecho encubre -y, en alguna medida, debe hacerlo- la realidad de la subordinación tras la pantalla conceptual de los contratos que considera concluidos entre iguales. Quizás esto justifique en parte la propensión de los juristas a tratar de ignorar la realidad que encierra el reparto del poder en la Sociedad”⁴. La

3 Cfr. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ (2018). *Aproximación a la problemática del hostigamiento sexual laboral contra las mujeres. Supervisión a ministerios, gobiernos regionales y Poder Judicial*. Lima: Defensoría del Pueblo, Serie Informe de Adjuntía, Informe No. 007-2018-DP/ADM.

4 KAHN-FREUND, Otto (1987). *Trabajo y Derecho*. Madrid: Ministerio de Trabajo y

sujeción permanente a las órdenes del empleador es característica de la relación laboral que la ley laboral valida, pero, a la vez, es causa de conflictividad. La inicial fundamentación del Derecho del Trabajo fue la canalización del conflicto laboral por medio de su institucionalización⁵, para evitar los altos niveles de intensidad que terminen en violencia y destruyan el modelo productivo. De este modo, la intervención estatal en las relaciones laborales respondió a limitar la voluntad omnímoda del empresario en la fijación de las condiciones de trabajo protegiendo al trabajador⁶.

El poder del empleador cae en el abuso del derecho cuando el ejercicio de dicha facultad deriva en un comportamiento contrario a dicha finalidad. Esto explica el énfasis de los ordenamientos en evitar que el abuso de los poderes del empleador signifique la violación de los derechos fundamentales de los trabajadores. Sin embargo, también retrata que existe un terreno fértil dentro de las relaciones laborales para que el abuso del poder del empleador materialice una forma de violencia sobre el trabajador.

Entre las formas más perniciosas de violencia en el mundo del trabajo que pueden padecer las personas tenemos a la discriminación. La discriminación es el trato peyorativo que sufre una persona o colectividad motivado por diferentes causas. En el caso de la discriminación por razón de género es entendida como el trato peyorativo que soportan las personas por distinciones basadas en características biológicas o en razón de funciones y responsabilidades que la sociedad le atribuye a determinado sexo (género)⁷. El género es definido como el conjunto de personas que comparten una o más características comunes y que se vuelve una variable socioeconómica para analizar las funciones, las responsabilidades, las limitaciones, las oportunidades y las necesidades de las personas. En resumen, las personas sufren la discrimina-

Asuntos Sociales, traducción de Jesús M. Galiana Moreno, tercera edición inglesa a cargo de Paul Davies y Mark Freedland, p. 49-50.

5 Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos (2011). *Derecho del Trabajo e Ideología*. Madrid: Editorial Tecnos, 7ª. Edición revisada, p. 20-22.

6 Cfr. DE LA VILLA, Luis Enrique y PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos (1980). *Introducción a la Economía del Trabajo*. Madrid: Editorial Debate, Volumen 1, p. 74.

7 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012). *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativo a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte 1B)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, párrafo 782.

ción por motivo de género en el mundo del trabajo cuando se materializan distinciones peyorativas o acciones perjudiciales en base a los dos criterios mencionados.

El hostigamiento o el acoso sexual en el trabajo es una de las figuras de la discriminación por razón de género. Sostiene la Comisión de Expertos de la OIT que el hostigamiento sexual en el trabajo se define bajo dos elementos: el primer elemento es el chantaje sexual (*quid pro quo*) y el segundo elemento es el entorno de trabajo hostil. El primero consiste en el comportamiento ofensivo que afecta la dignidad de la persona, el cual es no deseado, irrazonable y ofensivo para la persona que lo sufre; el rechazo de una persona, o la sumisión a este comportamiento es utilizado como fundamento de una decisión que afecta el trabajo de la persona hostigada. El segundo consiste en un comportamiento ofensivo que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador⁸.

Existen dos formas de violencia y acoso. El acoso horizontal se produce entre los propios trabajadores o entre el personal de dirección y el acoso vertical se produce entre personas ubicadas en distintos niveles de una jerarquía establecida. Existen dos fuentes de violencia y acoso. La fuente interna se refiere que el acoso proviene del propio personal que labora y la fuente externa se refiere que el acoso proviene de personas ajenas, como los clientes⁹.

La Comisión de Expertos de la OIT señala una serie de ejemplos de hostigamiento sexual: “Se trata especialmente de insultos, observaciones, bromas, insinuaciones o comentarios impropios sobre la manera de vestir de una persona, su cuerpo, edad, situación familiar, etc.; una actitud condescendiente o paternalista que menoscaba la dignidad; invitaciones o solicitudes impertinentes, implícitas o explícitas, acompañadas o no de amenazas; miradas concupiscentes u otros gestos asociados a la sexualidad; contactos físicos inútiles, como tocamientos, caricias, pellizcos; las vías de hecho”¹⁰.

Para lograr la erradicación de la discriminación por razón de género, in-

8 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2003). *Aplicación de las normas internacionales del trabajo 2003 (I). Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 504.

9 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). *Óp. Cit.*, párrafo 4.

10 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1988). *Igualdad en el Empleo y la Ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (parte 4B)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, párrafo 45.

cluyendo el hostigamiento sexual, el Derecho del Trabajo lo plantea bajo la forma jurídica de la prohibición, tipología normativa que en los derechos fundamentales tiene carácter absoluto, es decir, la conducta está prohibida en cualquier supuesto. En otras palabras, el Derecho del Trabajo adopta la prohibición de la discriminación laboral (su versión general) o la prohibición en razón de género (su versión específica) para prescribir que en ninguna circunstancia cabe una conducta discriminadora en el mundo del trabajo.

La prohibición de la discriminación se ubica en la cúspide normativa de los ordenamientos. En primer lugar, la prohibición de la discriminación está recogido en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en la mayoría de las constituciones nacionales. En segundo lugar, la prohibición de la discriminación laboral forma parte del listado de los derechos humanos laborales, inclusive recogida en las normas imperativas del Derecho Internacional, es decir, es uno de los derechos componente del *ius cogens* laboral¹¹. También la prohibición de la discriminación laboral está incorporada como un derecho fundamental del trabajo por la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998. El Convenio núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de la OIT -considerado un convenio fundamental por el propio organismo internacional- prohíbe cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo o la ocupación. En la actualidad, la discriminación laboral por razón de sexo es interpretada por razón de género¹².

El esfuerzo normativo internacional por suprimir los actos más perniciosos de la discriminación laboral lo encontramos en el Convenio núm. 190 sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, complementando con la Recomendación núm. 206. Las dos normas internacionales del trabajo retratan el consenso universal sobre la materia alcanzado por los representantes gubernamentales, de empleadores y de trabajadores, respectivamente¹³.

11 Cfr. CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco (2020). *Los derechos humanos laborales en el seno de la OIT*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 3ª. Edición, p. 325.

12 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012). *Óp. Cit.*, párrafos 782-783.

13 El Convenio núm. 190 fue aprobado por 439 votos a favor, 30 abstenciones y 7 en contra; y la Recomendación núm. 206 fue aprobado por 397 votos a favor, 44 abstenciones y 12 en contra.

El ordenamiento peruano no es ajeno en prohibir la discriminación laboral. La ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Ley No. 28983), la ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual (Ley No. 27942) con sus reformas y su reglamento (Decreto Supremo No. 010-2003-MIMDES) son las normas principales.

El objetivo de esta ponencia es analizar comparativamente la violencia en el trabajo y el hostigamiento sexual desde una perspectiva laboral internacional hacia la legislación peruana en la materia, especialmente por el aporte de las disposiciones del mencionado Convenio núm. 190 de la OIT. La ponencia está dividida en dos apartados y una reflexión final. La primera parte aborda el contenido jurídico del Convenio en base a las nociones sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, la discriminación laboral por razón de género y el hostigamiento sexual. La segunda parte estudia el ámbito de aplicación de la norma internacional del trabajo, especialmente el debate sobre la obligación del empleador en asegurar su prohibición más allá del lugar de trabajo. Finalmente, una reflexión final que alienta la ratificación del Convenio por el Perú. A lo largo de la ponencia se hace referencia a las normas laborales peruanas desde una perspectiva comparada, de modo que puedan identificarse las armonías y desavenencias con la norma internacional del trabajo.

La ponencia reduce su análisis a las definiciones y el ámbito de aplicación de la norma internacional del trabajo, sin que esto signifique ensombrecer el resto de las regulaciones y socavar su importancia. Tampoco la ponencia aborda la aplicación de las normas laborales peruanas o la jurisprudencia nacional emitida en base a la interpretación de dichas normas, aunque esto no impide hacer referencias puntuales a sentencias que por su importancia deben ser mencionadas.

2. La violencia y el acoso en el mundo del trabajo

El Convenio núm. 190 de la OIT es el esfuerzo normativo internacional para combatir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Su preámbulo plasma el vínculo jurídico entre los derechos humanos y esta prohibición laboral recogida en la norma internacional del trabajo cuando afirma: “Reconociendo que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo pueden constituir una violación o un abuso de los derechos humanos, y que la violencia y el acoso son una amenaza para la igualdad de oportunidades, y son inaceptables e incompatibles con el trabajo decente”. De modo que la violencia y el acoso

en el mundo del trabajo es una violación de los derechos humanos.

En el literal a) de su artículo 1, el Convenio núm. 190 señala que para efectos del Convenio: “la expresión «violencia» y «acoso» designa al conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”.

En primer lugar, la «violencia» y el «acoso» son planteados como un concepto integrado que permite aplicarse a toda una variedad de situaciones, por lo que la referencia al «conjunto» alude a toda una variedad de comportamientos, independientes o combinados, incluyendo también la escalada de comportamientos¹⁴. El significado de considerarlo como un solo concepto es que facilita su aplicación en diversas situaciones¹⁵. A su vez, esta formulación jurídica deja a un lado la relación de un listado indicativo de comportamientos que expresen la violencia y el acoso, o que establezca categorías o formas de violencia y acoso generalmente reconocidas, porque puede interpretarse que estos son los únicos supuestos que están prohibidos.

Durante el primer debate del proyecto del Convenio, la delegación de los trabajadores postuló que la definición de «violencia y acoso» podían abarcar formas múltiples y diversas, tales como: “el abuso físico, la violencia sexual, el abuso verbal, el hostigamiento, el acoso moral, el abuso psicológico, la intimidación, el acoso sexual, las amenazas de violencia y el acecho, así como otras formas que aún no se habían manifestado o reconocido”¹⁶. Sin embargo, el propio listado que pretende ser amplio denota que la multiplicidad de si-

14 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2019a). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (1)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a. Reunión, 2019, p. 4-5.

15 Este criterio lo formula la delegación gubernamental peruana. Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2019b). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (2A)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a. Reunión, 2019, p. 16.

16 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018d). *La violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo. Informes de la Comisión normativa sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: Resumen de las labores*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales, 8B (Rev.1), 107^a. Reunión, miércoles 10 de octubre de 2018, párrafo 70.

tuaciones puede resultar insuficiente y la propia percepción de la definición evoluciona continuamente¹⁷, por lo que la delegación de trabajadores termina adhiriéndose a la formulación final del Convenio núm. 190.

En conclusión, la prohibición de la violación y el acoso cubre cualquier supuesto que signifique comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas. Para el caso peruano, es relevante que el supuesto establecido en el Convenio va más allá de la prohibición del hostigamiento sexual como conducta o práctica inaceptable prohibida.

En segundo lugar, la violencia y el acoso puede manifestarse una sola vez o de manera repetida. En principio, este segundo elemento se alejaría de las posiciones que identifican al acoso en función a que se produzca en multiplicidad de ocasiones.

Bajo el concepto elaborado por el psicólogo Heinz Leyemann sobre el acoso moral en el trabajo o *mobbing* resalta que consiste en las actitudes hostiles frecuentes y repetidas en el lugar de trabajo contra una determinada persona¹⁸. Este criterio de la pluralidad de actos hostiles fue incorporado por la doctrina jurídica para distinguir entre el acoso moral y el hostigamiento sexual, donde el primero se configura por la repetición sistemática de actos vejatorios y humillantes contra la persona, mientras en el segundo puede materializarse mediante un solo acto¹⁹. La justificación del carácter reiterativo del acoso moral es para diferenciarlo de la agresión esporádica que puede ser simplemente una reacción impulsiva donde no existe la premeditación²⁰.

La reunión de expertos de 2016, promovida por la OIT, con la que se inicia el proceso de elaboración de la norma internacional del trabajo, señala que: “La manifestación de la violencia y el acoso puede ser un evento puntual o recurrente, y la naturaleza y el impacto de dicha conducta son criterios fundamentales para determinar si la misma puede calificarse de violencia y acoso”²¹. La gravedad del evento puntual lo hace merecedor de su prohibi-

17 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018b). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (2)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a. Reunión, 2018, p. 26.

18 Cfr. LEYEMANN, Heinz (1996). *Mobbing: la persécution au travail*. Paris: Seuil.

19 Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2007). *El acoso moral en la relación de trabajo*. Lima: Palestra Editores, p. 47.

20 Ídem., p. 26.

21 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). *Informe del Director General. Quinto informe complementario: Resultado de la reunión de expertos sobre la*

ción, con independencia del supuesto de violencia y acoso en que se le ubique.

Este segundo elemento que no exige la repetición del acto hostil se justificaría en que bajo este concepto de violencia y acoso de la norma internacional del trabajo caben todos los supuestos de comportamientos y prácticas inaceptables. Exigir que sea recurrente desvirtuaría la gravedad de un único acto, como ocurre con el hostigamiento sexual. Esto explica que, entre las variadas formas de violencia y acoso en el mundo del trabajo, la agresión esporádica puede ser tan grave que califica dentro de ella.

En tercer lugar, el objeto de la violencia y el acoso es causar o poder causar un daño físico, psicológico, sexual o económico. Lo que alude es que el resultado o efecto del comportamiento o práctica inaceptable provoca un daño que se materializa en un perjuicio, lesión o menoscabo para la víctima.

La norma internacional del trabajo señala cuatro tipos de daños que causa o busca causar. En primer lugar, el daño físico causa un sufrimiento en la persona y su amplitud le permite abarcar desde la lesión corporal hasta el fallecimiento de la persona. En segundo lugar, el daño psicológico está vinculado al acoso moral o *mobbing* que es una alteración en la psique o mente de la persona. En tercer lugar, el daño o violencia sexual es el acto que pretende u obliga a una persona a mantener un contacto de carácter sexual, que abarca desde el acoso verbal, la penetración forzada y una variedad de tipos de coacción, desde la presión social y la intimidación de la fuerza física, sostiene la Organización Mundial de la Salud²². En cuarto lugar, el daño económico es el perjuicio material que sufre la persona.

En el literal b) del artículo 1 del del Convenio núm. 190 señala que para efectos del Convenio: “la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual”.

La norma internacional del trabajo introduce la expresión «violencia y acoso por razón de género» siguiendo la evolución internacional desde la prohibición de la discriminación motivada por el sexo de la persona.

violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración del Trabajo, 328^a. Reunión, (GB.328/INS/17/5) p. 6.

²² Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2013). *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres*. Washington DC: Organización Panamericana de la Salud.

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spa.pdf;jsessionid=1636AC16C3B6A0427BEC57A678A904EB?sequence=1

En primer lugar, el concepto de la «violencia de género» se refiere a “la violencia y el acoso que se dirige contra una persona en razón de su sexo o género o que afecta de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado”²³.

En segundo lugar, la «violencia de género» no puede ser interpretada como un sinónimo de la violencia contra la mujer, porque si bien las mujeres o las niñas son la mayoría de las víctimas y sus perpetradores son hombres, la violencia de género lo sufren las mujeres, los hombres u otras personas con estilos de vida no convencionales (homosexuales, bisexuales, transexuales e intersexuales) o que son percibidos como tales²⁴.

En tercer lugar, las formas específicas de violencia y acoso de género relacionadas con el trabajo son: el hostigamiento o acoso sexual, la violencia y el acoso por motivos relacionados con el sexo y la violencia doméstica en el lugar de trabajo o relacionada con éste²⁵. La violencia sexual en el mundo del trabajo es una forma de discriminación sexual que puede combinar elementos de violencia física y psicológica e incluir una diversidad de comportamientos, que van desde los comentarios o gestos no deseados, las bromas y el contacto físico breve hasta la agresión sexual²⁶. En el caso de la violencia y el acoso relacionados con el sexo se materializa bajo diversas modalidades como el acoso por maternidad, la discriminación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, las bromas despectivas o degradantes sobre las personas en razón de sexo o género²⁷. Finalmente, en un estudio de legislación comparada del Banco Mundial se concluye que la violencia doméstica abarca la violencia física, la violencia sexual, la violencia psicológica y la violencia económica²⁸, justamente los cuatro daños recogidos en la norma internacional del trabajo.

23 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018b). *Óp. Cit.*, p. 27.

24 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018a). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (1)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a. Reunión, 2018, párrafo 33.

25 Ídem., párrafo 36.

26 Cfr. McCANN, Deidre (2015). *Sexual harassment at work: National and international responses*. Geneva: International Labour Office, Conditions of Work and Employment Series No. 2, p. 2.

27 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018a). *Óp. Cit.*, párrafo 44.

28 Cfr. BANCO MUNDIAL (2015). *Mujer, Empresa y el Derecho 2016: alcanzando la igualdad*. Washington DC: Banco Mundial.

En el segundo numeral del artículo 1 del Convenio núm. 190 establece que: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados”.

Este numeral es un buen ejemplo de la flexibilidad de las normas internacionales del trabajo, porque deja un ámbito de regulación para los Estados miembros dentro del marco normativo establecido. En este caso se otorga la potestad de mantener el concepto único de violencia y acoso o separarlo en la legislación nacional. Desde el inicio de la elaboración de la norma internacional del trabajo, los gobiernos y los empleadores señalaron su preocupación de que la legislación nacional pudiese formular la definición conjunta o separada de la violencia y el acoso, de modo que se permitiese aumentar la claridad de la regulación y facilitar la ratificación²⁹.

Nuestra Constitución prescribe en su artículo 2 que toda persona tiene derecho: “(...) 2. A la igualdad ante la Ley. *Nadie puede ser discriminado por motivos de origen de raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole* (cursiva es mía)”. Existe abundante jurisprudencia constitucional y laboral sobre la discriminación por motivo de sexo, especialmente la que sufre la mujer³⁰. A su vez, el artículo 26 prescribe que en la relación laboral se respeta: “1. Igualdad de oportunidades si discriminación”, lo que ha interpretado el Tribunal Constitucional como la manifestación del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales³¹.

La legislación peruana tiene cinco normas principales que abordan la discriminación laboral. En primer lugar, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728 y sus modificatorias) cuando regula la hostilidad como despido indirecto (artículos 30 y 35). En segundo lugar, la Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual (Ley No. 27942 y sus modificatorias). En tercer lugar, la Ley de las ofertas de empleo (Ley No. 26772 y su modificatoria en la Ley No. 27270). En cuarto lugar, la Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (Ley No. 28983). En quinto lugar, la Ley que prohíbe la discriminación sala-

29 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018b). *Óp. Cit.*, p. 18-19.

30 Vid. RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PREALI, Francisco y BERNALES BALLESTEROS, Enrique (2013). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2^a. Reimpresión, 156 y ss.

31 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 6 de noviembre de 2008*. Expediente No. 5652-2007-PA/TC, párrafo 34.

rial entre varones y mujeres (Ley No. 30709). Nuestro interés se centra solo en las regulaciones que se refieran a la violencia y el acoso.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral califica como actos de hostilidad en su artículo 30: el acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia (inciso e), los actos de discriminación por razón de sexo (inciso f), y los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador (inciso g). La norma prescribe que, ante estos supuestos de hostilidad, el trabajador debe emplazar por escrito a su empleador para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, antes de accionar judicialmente. Hay una referencia al hostigamiento sexual, señalando que este tipo de acto de hostilidad se investiga y sanciona conforme a la ley sobre la materia. El artículo 35 establece que el trabajador afectado por algunas de las causales de hostilidad tiene que optar exclusivamente por demandar el cese de la hostilidad o el pago de la indemnización por la terminación del contrato de trabajo (despido indirecto).

En principio, podría considerarse que la amplitud de supuestos de estos tres incisos se ajusta al concepto de violencia y acoso, permitiendo que una interpretación justificada de la regulación esté armonizada a la norma internacional del trabajo. Por ejemplo, si bien el acoso moral no está explícitamente regulado en el artículo 30, resulta evidente que esta conducta se encuentra prohibida³². Otros ejemplos son las sentencias constitucionales sobre la discriminación que sufren las mujeres por razón de su embarazo³³ o la protección de la madre trabajadora³⁴.

La Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual (Ley No. 27942) señala en su artículo 4 que “es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual no deseada por la

32 Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2007). *Óp. Cit.*, p. 78.

33 Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 25 de junio de 2004*. Expediente No. 0666-2004-AA/TC. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 6 de noviembre de 2008*. Expediente No. 5652-2007-PA/TC. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 11 de febrero de 2009*. Expediente No. 05527-2008-PHC/TC. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 30 de junio de 2010*. Expediente No. 2632-2009-PA/TC. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 31 de enero de 2011*. Expediente No. 02148-2010-PA/TC. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 22 de octubre de 2012*. Expediente No. 02456-2012-AA/TC.

34 Vid. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 6 de noviembre de 2008*. Expediente No. 5652-2007-PA/TC.

persona contra la que se dirige, que pueda crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que pueda afectar su actividad o situación laboral (...). En estos casos no se requiere acreditar el rechazo ni la reiterancia de la conducta”³⁵. Lo destacable es que no se exige que el hostigamiento sexual tenga que materializarse de forma reiterada, incorporando el argumento jurídico de que la gravedad del único acto es suficiente para producirse la violación de la dignidad de la persona.

Luego, el artículo 6 establece un listado abierto de las manifestaciones del hostigamiento sexual: a) la promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente o beneficioso a cambio de favores sexuales; b) las amenazas que exigen en forma implícita o explícita una conducta no deseada de la víctima que atente o agrave su dignidad; c) el uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista, insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición a través de cualquier medio de imágenes de contenido sexual, que resulten inapropiados, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima; d) los acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulte ofensivas y no deseadas por la víctima; e) el trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas previas; f) otras conductas que encajen dentro del hostigamiento sexual.

El listado abierto de causales de hostigamiento sexual armoniza con la regulación del Convenio núm. 190 que también lo establece, como se ha destacado. De este modo, la norma nacional puede adaptarse a los cambios propios de la conducta de las personas y estará actualizado de forma permanente. No obstante, la labor principal de protección la va a cumplir la judicatura que por medio de sus fallos judiciales va a señalar las pautas en la materia. Merece destacarse el precedente vinculante establecido por la Corte Suprema sobre el hostigamiento sexual³⁶.

En conclusión, la regulación de los artículos 4 y 6 de la Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual es armonioso con lo estipulado en el artículo del Convenio núm. 190 sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo.

35 La Ley No. 27492 ha recibido dos importantes reformas normativas. Por un lado, la Ley No. 29430 de 8 de noviembre de 2009; y, por otro lado, el Decreto Legislativo No. 1410 de 12 de septiembre de 2018. En su versión original, el artículo 4 equiparó el hostigamiento sexual solo con el chantaje sexual, no incluyendo el ambiente hostil. También exigió que el hostigamiento sexual fuese una conducta física o verbal reiterada. Evidentemente este artículo era opuesto a lo prescrito en el Convenio núm. 190.

36 Vid. CORTE SUPREMA DEL PERÚ. *Sentencia 8 de enero de 2013*. Casación No. 3804-2010-Del Santa.

3. El ámbito de aplicación de la prohibición de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

La protección universal del Convenio es el objetivo que se trazan sus redactores, aunque esto no estuvo ajeno a controversias. En primer lugar, si la protección universal se refiriese solo a los trabajadores con los que el empleador mantuviese una relación laboral y la responsabilidad que se deriva de ello o se extendiese sobre las personas que laboran en el mundo del trabajo. En segundo lugar, si la obligación de protección del empleador fuese solo en el lugar físico del trabajo o se extendiese más allá del centro de labores. Estas materias son las que definen el ámbito de aplicación de la norma internacional del trabajo.

El Convenio núm. 190 tiene dos regulaciones sobre su ámbito de aplicación que son de profundo calado porque se refiere, por un lado, el ámbito subjetivo -las personas protegidas-, y, por otro lado, el ámbito objetivo -el espacio físico y temporal de la protección-. La importancia de estas regulaciones es valorar la discusión que se dio al interior de la Comisión normativa sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y en la Conferencia Internacional del Trabajo donde se aprueba la norma internacional. Se trata de un debate que por su resultado quiebra los tradicionales ámbitos de aplicación de las normas laborales, explicable porque la materia trasciende el carácter salarial de la relación laboral para ubicarse en la protección de la dignidad humana. Esto queda retratado en las afirmaciones de la vicepresidenta empleadora de la Comisión normativa cuando expresa con claridad que: “Es importante destacar que ponemos nuestra esperanza en un instrumento que se aplique a todos, dada la enorme importancia que todos reconocemos a la protección contra la violencia y el acoso. Hemos asistido a una controversia innecesaria y lamentable en torno a la cuestión de las personas como seres humanos que merecen el mismo trato, sin atenerse a categorías o definiciones. Hemos advertido sistemáticamente que tales listas corren el riesgo de excluir a determinadas personas y seguimos decepcionados porque se haya dedicado tanto tiempo a debatir si el texto de las conclusiones propuestas debía mencionar expresamente a las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales (LGBTI) con miras a la adopción de un convenio. Consideramos muy importante garantizar la protección de todas las personas contra la violencia y el acoso, incluidas las personas LGTBI; algo que debe quedar meridianamente claro en el texto (...)”³⁷.

37 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018c). *Informes de la Co-*

Para analizar esta materia lo dividimos en función a los dos ámbitos de aplicación de la norma internacional del trabajo.

3.1. El ámbito subjetivo de la prohibición de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

El numeral 1 del artículo 2 del Convenio núm. 190 establece: “El presente Convenio protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador”.

Esta disposición establece que el ámbito subjetivo de protección del Convenio tiene un carácter universal, es decir, la norma internacional del trabajo se les aplica a las personas ubicadas en el mundo del trabajo: los trabajadores, los empleadores y las personas, en general, sin que la relación salarial sea la frontera que determine la protección.

Conforme al Convenio existen siete grupos de personas que se ubican en el mundo del trabajo -materia que analizamos en el ámbito objetivo-. En primer lugar, los trabajadores asalariados. En segundo lugar, las personas que trabajan con independencia de su situación contractual. En tercer lugar, las personas en formación profesional (los pasantes, los aprendices). En cuarto lugar, los trabajadores despedidos. En quinto lugar, los voluntarios. En sexto lugar, las personas desempleadas, ya sea buscando un empleo o postulando a uno. Finalmente, las personas que son identificadas como el empleador por ejercer dicha autoridad, funciones o responsabilidades. Si lo que se protege es la erradicación de la violencia y el acoso, cualquier persona que está en el mundo del trabajo puede sufrirla o cometerla. Por lo que cualquier planteamiento jurídico debe partir de este hecho. Esto explica que el ámbito subjetivo se plantee en función a identificar a las personas que se ubican en el mundo del trabajo, con independencia a la calidad jurídica que gozan dentro de ella.

misión normativa sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales 8C, 107^a. Reunión, jueves 28 de junio, p. 4.

En el caso de la protección de los asalariados no existe controversia que deben ser protegidos, en razón que son los que sufren directamente la violencia y el acoso durante sus labores, aunque la definición del trabajador asalariado será conforme lo defina la legislación y la práctica nacional, de modo que se evita cualquier controversia al respecto.

En el caso de las personas distintas a los asalariados, las legislaciones nacionales suelen proteger solo a los asalariados ante la violencia y el acoso. Aunque la tendencia predominante en las últimas regulaciones es ampliar la protección a otras personas, como los pasantes, los aprendices, los contratistas independientes y los subcontratistas³⁸. Tomando esto en consideración, la Oficina Internacional del Trabajo le propone a los gobiernos y los interlocutores sociales incluirlos en el proyecto del Convenio, por lo que bajo el término «trabajador» se designe a cualquier persona que ejerce cualquier tipo de empleo u ocupación, cualquiera sea su situación contractual, con inclusión de las personas en formación, los pasantes, los aprendices, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los trabajadores despedidos o suspendidos³⁹. La mayoría de los gobiernos y de las organizaciones de trabajadores están de acuerdo con el texto propuesto⁴⁰, inclusive el gobierno peruano sostiene que: “No debería ser relevante el vínculo jurídico que las personas mantengan con la empresa, ya que la violencia y el acoso se manifiestan bajo el mismo modelo y espacio”⁴¹. Varios gobiernos y una organización de empleador proponen incluir a las personas que buscan empleo, los trabajadores despedidos y los trabajadores suspendidos únicamente si la violencia contra estas personas tiene lugar en una relación de trabajo⁴². El argumento principal para su inclusión, como lo manifiesta la vicepresidente trabajadora de la Comisión normativa, es porque se encuentran a menudo en condiciones de mayor riesgo⁴³.

Para respaldar esta ampliación, tengamos presente que en otras normas internacionales del trabajo su ámbito subjetivo los incluye. Por ejemplo, las personas que buscan empleo son señalados dentro del término «trabajadores» en el artículo 1 numeral 2 del Convenio núm. 181 sobre las agencias de empleo privadas; o, el término «trabajador» que designa a toda persona que

38 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018a). *Óp. Cit.*, párrafos 70-72.

39 Ídem., p. 120.

40 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018b). *Óp. Cit.*, p. 35.

41 Ídem., p. 34.

42 Ídem., p. 35.

43 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018d). *Óp. Cit.*, párrafo 73.

realiza cualquier forma o modalidad de trabajo, incorpora las personas que ejercen cualquier empleo u ocupación, las personas que reciben formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los voluntarios, las personas que buscan empleo y solicitantes de empleo, y los trabajadores despedidos y suspendidos, en los párrafos 1 literal j y 2 de la Recomendación núm. 200 sobre el VIH y el sida.

Al principio el grupo de empleadores consideró innecesario definir el concepto de «trabajador» en la norma internacional porque su ampliación implicaba que los empleadores tendrían que asumir responsabilidades con respecto a personas que normalmente no estaban comprendidas en las definiciones de la legislación nacional⁴⁴. Si bien el grupo de empleadores no deseaba limitar el ámbito de aplicación y reconocen que los empleadores tienen responsabilidad en el tratamiento de la violencia y el acoso, se interrogaban cómo se podría proteger a personas que no son trabajadores de un empleador⁴⁵. Sin embargo, en el debate reconocen que la violencia contra los voluntarios es totalmente inaceptable y el requerimiento de favores sexuales a los solicitantes de empleo⁴⁶. Finalmente, el grupo de empleadores propone que la norma internacional del trabajo abarque a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos o suspendidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los solicitantes de empleo⁴⁷.

Luego, la referencia a los trabajadores suspendidos desaparece de la redacción del texto porque se considera que están incluidos dentro del propio término «trabajadores» al no haber terminado su relación de trabajo⁴⁸.

Respecto a la aplicación del Convenio sobre los empleadores, tampoco cabe discusión que éstos pueden sufrir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo por lo que están protegidos por la norma internacional del trabajo. La controversia se refiere más bien a la noción de empleador.

El proyecto original del Convenio definió el término “empleador” designando a toda persona o entidad que contrata directa o indirectamente a trabajadores. Esta propuesta fue dejada de lado en la discusión, modificándose por incluir individuos específicos, como el personal directivo, los supervisores

44 Ídem., párrafo 81.

45 Ídem., párrafo 302.

46 Ídem., párrafo 330.

47 Ídem., párrafo 346.

48 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2019a). *Óp. Cit.*, p. 5.

y los gerentes, conforme a la Clasificación Internacional Uniforme de Ocupaciones (CIUO-8)⁴⁹. Posteriormente, el proyecto propuesto a la Conferencia señalaba a los empleadores o sus respectivos representantes como víctimas o los autores de violencia y acoso en el mundo del trabajo. Finalmente, se incorporó en el Convenio como personas protegidas a los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador.

En conclusión, el Convenio núm. 190 se aplica a los trabajadores asalariados conforme lo defina la legislación y la práctica nacional para evitar cualquier controversia, así como a las demás personas que trabajan en el mundo del trabajo mencionadas en la regulación y a las personas que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades del empleador.

La Ley de prevención y sanción de hostigamiento sexual establece en su artículo 1 que el objeto de la norma es prevenir y sancionar el hostigamiento social producido en las relaciones de autoridad o dependencia, cualquiera sea la forma jurídica de esta relación. También cuando se presente entre personas con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo.

En el artículo 2 sobre el ámbito de aplicación, la ley peruana señala que la regulación comprende en su numeral 1 a los centros de trabajo públicos y privados, a los trabajadores o empleadores, al personal de dirección o de confianza, al titular, asociado, director, accionista o socio de la empresa o institución; asimismo, a los funcionarios o servidores públicos cualquiera sea su régimen laboral. En su numeral 4 también comprende a las demás personas intervinientes en las relaciones de sujeción no reguladas por el derecho laboral, tales como las prestaciones de servicios sujetas a las normas del Código Civil, la formación de aprendices del SENATI, los programas de capacitación para el trabajo, el acceso a centros de educación superior, y otras modalidades similares.

La opción normativa de la regulación peruana en su primer artículo es por el carácter salarial que existe entre las personas que sufren el hostigamiento sexual y sus perpetradores. Bajo ese enfoque se explica que el artículo 2 plantea el ámbito de aplicación de la ley en función a la relación laboral, identificando a las personas enmarcadas en ese supuesto y, solo lo extiende para los prestadores de servicios, los aprendices y los jóvenes en formación laboral.

Si bien el Convenio núm. 190 señala que la definición del trabajador asalariado corresponde a la legislación y la práctica nacional, extiende la protec-

49 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2019b). *Óp. Cit.*, p. 24.

ción de la norma internacional a las personas que trabajan en el mundo del trabajo con independencia de su situación contractual, por lo que la ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual es menos amplia. La ratificación del Convenio núm. 190 obligaría a reforma la ley de modo que resulte armoniosa a la norma internacional del trabajo.

3.2. El ámbito objetivo de la prohibición de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

El numeral 2 del artículo 2 del Convenio núm. 190 señala: “Este Convenio se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en las zonas urbanas o rurales”. Con esta regulación precisa que la norma internacional cubre los diversos espacios del mundo del trabajo, sin quedar excluido ninguno.

No obstante, es el artículo 3 que cobra mayor importancia al establecer su cobertura temporal y física. Así dispone que: “El presente Convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo: a) en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo; b) en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; c) en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo”.

La primera línea de la regulación plantea que el trabajo -en términos latos- es la característica definidora para ubicar en qué momento y lugar se produce la violencia y el acoso. En primer lugar, se puede producir mientras la persona presta su servicio. En segundo lugar, aunque se puede producir fuera del lugar de trabajo, la violencia y el acoso del que es víctima está en relación con la prestación. En tercer lugar, la violencia y el acoso se produce como consecuencia de la prestación. Al reconocerse los dos últimos supuestos, se descarta que el lugar del trabajo es el único lugar donde se materializa la violencia y el acoso, por lo que la norma internacional recurre al «mundo del trabajo» como categoría que abarca los tres supuestos.

La reunión de expertos de 2016 sostuvo que: “el mundo del trabajo no sólo abarca el lugar de trabajo físico tradicional, sino también el trayecto hacia y desde el trabajo, los eventos sociales relacionados con el trabajo, los espacios públicos, también para los trabajadores de la economía informal tales como los vendedores ambulantes, y el hogar, en particular para los trabajadores a domicilio, los trabajadores domésticos y los teletrabajadores”⁵⁰. Lo que resaltan los expertos es que la violencia y el acoso que pueden sufrir las personas no se reduce solo al espacio del lugar de trabajo. También se puede materializar en eventos sociales organizado por el empleador o por el sindicato; en eventos vinculados al trabajo, como capacitaciones técnicas o conferencias; inclusive laborando desde el domicilio por medio del teletrabajo, las personas pueden recibir el acoso a través de mensajes electrónicos o videos, etc. Lo que tienen en común estas modalidades de comportamientos y prácticas inaceptables es que están vinculadas al trabajo.

La introducción del término «mundo del trabajo» dentro de la norma internacional no fue ajena a controversias, especialmente, porque el grupo de empleadores rechazaba que su responsabilidad en la protección de las personas fuese más allá del lugar de trabajo donde ejerce un control real. Aunque no es nuevo dentro de las normas internacionales del trabajo la regulación que incluye la referencia «en relación con el trabajo» (segundo supuesto) porque el artículo 1 del Protocolo núm. 155 del Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores lo establece cuando designa los accidentes de trabajo ocurridos en el curso del trabajo o en relación con el trabajo que causen lesiones mortales o no mortales.

Las legislaciones nacionales, especialmente cuando regulan la seguridad y salud en el trabajo, definen expresiones como «en el lugar del trabajo», o «durante el trabajo», o «en relación con éste». Además, hay una tendencia creciente en las legislaciones en ampliar el alcance de la noción del «lugar de trabajo» con el fin de ajustarse a las realidades de los entornos en que se producen los actos de violencia y acoso⁵¹. También llama la atención que la jurisprudencia relativiza la sujeción al «lugar del trabajo» para configurar el hostigamiento sexual. Por ejemplo, los tribunales estadounidenses señalan que el acoso se puede cometer durante un curso de formación profesional⁵²,

50 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). *Óp. Cit.*, párrafo 5.

51 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018a). *Óp. Cit.*, párrafo 80.

52 Cfr. UNITED STATES DISTRICT COURT N.D. ILLINOIS, EASTERN DIVISION. *Case Lapka v. Chertoff. Decided October 30th, 2006*. Case No. 05 C668.

un viaje de negocios⁵³, un recinto fuera del lugar de trabajo durante una huelga⁵⁴.

El primer proyecto señalaba que para efectos del Convenio debería abarcar dentro del mundo del trabajo situaciones que ocurren: a) en el lugar de trabajo físico, incluidos los espacios públicos y los espacios privados cuando son un lugar de trabajo; b) en los lugares que el trabajador cobra o come; c) en el trayecto entre el domicilio y el lugar de trabajo; d) en los desplazamientos o viajes por motivos profesionales así como en eventos, actividades sociales o formaciones vinculados al trabajo; y, e) en el marco de comunicaciones de carácter profesional realizadas por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación.

La delegación gubernamental peruana respaldó esta propuesta porque expresó que el objetivo de esta regulación “debería radicar en que la violencia y acoso en el mundo del trabajo pueden manifestarse en distintos ámbitos, pero pueden tener como origen el empleo. Este factor resulta de relevancia a efectos de entender que la violencia no tiene un espacio específico, pero si un origen común”⁵⁵.

La discusión en la Comisión normativa condujo a una serie de modificaciones que merece resaltar. En primer lugar, poner el énfasis en el término «ciberacoso» como situación de violencia y acoso que puede darse en el marco de comunicaciones relacionadas con el trabajo y realizadas por medio de las tecnologías de la información y de la comunicación. En segundo lugar, la eliminación el carácter físico del lugar de trabajo ya que puede interpretarse de manera restrictiva. En tercer lugar, se agreguen los lugares donde el trabajador disfruta de pausas de descanso⁵⁶.

La posición de los empleadores fue cuestionar el término «mundo de trabajo» porque va más allá al lugar de trabajo donde el empleador ejerce un control directo y puede rendir cuentas sobre sus obligaciones⁵⁷, por lo que

53 Cfr. UNITED STATES COURT OF APPEALS, EIGHT CIRCUIT. *Case Moring v. Arkansas Department of Correction*. Decided March 15th, 2001. Case No. 99-3706.

54 Cfr. UNITED STATES DISTRICT COURT N.D. ILLINOIS, EASTERN DIVISION. *Case Dowd vs. United Steelworkers of America*. Decided September 13th, 2004. Case No. 03 C 4774.

55 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018b). *Óp. Cit.*, p. 28.

56 Ídem., p. 30-31.

57 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018d). *Óp. Cit.*, párrafos 16-17.

insistieron que fuese reemplazado por el «lugar de trabajo»⁵⁸. Si bien el grupo de trabajadores comprendía esta preocupación, resaltaban la abundancia de ejemplos sobre el uso del término en las leyes y las políticas nacionales⁵⁹. Además, el planteamiento no consideraba que los empleadores fueran responsables en todas las situaciones, pero era necesario proteger a los trabajadores, por ejemplo, en las actividades sociales relacionadas con el trabajo, y los empleadores podían tomar medidas para mejorar la seguridad de los trabajadores en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo, por lo que estuvieron dispuestos a hallar soluciones que atendieran a las preocupaciones planteadas por los empleadores⁶⁰.

El planteamiento de sustitución fue rechazado por los representantes de los gobiernos y de los trabajadores, por lo que se mantuvo el término «mundo del trabajo»⁶¹, pero se reconoció que debía establecerse un límite de responsabilidad de los empleadores.

La Oficina Internacional del Trabajo mencionó que “no todos los aspectos de la lista incluida en esta disposición están destinados a ser aplicados en toda circunstancia a todos y cada uno de los actores. Se trata, más bien, de establecer un ámbito de aplicación amplio en el que los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, así como sus respectivas organizaciones, tengan distintos grados de responsabilidad”⁶². Por lo que se introduce en el proyecto de artículo 9 del Convenio, a partir de los comentarios de los gobiernos, empleadores y trabajadores, que la responsabilidad del empleador sea «en la medida en que sea razonable y factible»⁶³. Así, no se modifica la introducción del término «mundo del trabajo» y se logra que la responsabilidad del empleador esté en función a su grado de control real.

El consenso aprueba la redacción del artículo 3 que introduce el término «mundo del trabajo» con los supuestos mencionados y en el primer párrafo del artículo 9 del Convenio núm. 190 se precisa: “Todo Miembro deberá adoptar una legislación que *exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, *en la medida en que sea razonable y factible* (la cursiva es mía)”.

58 Ídem., párrafo 376.

59 Ídem., párrafo 74.

60 Ídem., párrafo 377.

61 Ídem., párrafo 382.

62 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2019a). *Óp. Cit.*, p. 6.

63 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2019b). *Óp. Cit.*, p. 29.

En conclusión, el ámbito objetivo de la prohibición de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo cubre el lugar de trabajo; los lugares de paga, descanso, alimentación, instalaciones sanitarias o de aseo, vestuarios; los desplazamientos, viajes, eventos, actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluyendo las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; el alojamiento proporcionado por el empleador; y, en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo. A los empleadores se le exige que tomen las medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, medidas que deben ser razonables y factibles.

La Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual señala que la norma se aplica en los centros de trabajos públicos y privados (artículo 2 numeral 1), las instituciones educativas (artículo 2 numeral 2), las instituciones policiales y militares (artículo 2 numeral 3). Por lo que su diseño normativo se mantiene en función al lugar de trabajo. La ratificación del Convenio núm. 190 obligaría a una sustancial modificación de la ley, introduciendo el término «mundo del trabajo» para resulte armoniosa con la norma internacional del trabajo.

4. Reflexión Final

La subordinación jurídica es un terreno fértil para que pueda materializarse el conflicto y la violencia en las relaciones laborales, siendo la discriminación por razón de género y el hostigamiento sexual entre sus formas más perniciosas.

La prohibición de la discriminación laboral por razón de género está en el núcleo indisponible de los ordenamientos laborales, por lo que no cabe ningún tipo de tolerancia frente a comportamientos y prácticas indeseables que afectan la dignidad de la persona. Esto explica porque esta prohibición goza de carácter absoluto y forma parte del *ius cogens* laboral.

El Convenio núm. 190 sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, complementado por la Recomendación núm. 206, adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo de 2019 representan el consenso universal para suprimir este tipo de comportamiento y práctica indeseable.

El Convenio aporta el concepto integrado de «violencia y acoso» con tres elementos esenciales. En primer lugar, la prohibición de la violencia y el acoso cubre cualquier supuesto que materialice comportamientos y prácticas in-

deseables. En segundo lugar, la violencia y el acoso puede manifestarse una sola vez o de manera repetida. En tercer lugar, el objeto de la violencia y el acoso es causar o buscar causar un daño físico, psicológico, sexual o económico sobre la víctima.

El Convenio introduce el término «mundo del trabajo» quebrando el tradicional ámbito de aplicación de las normas laborales que reduce su regulación a las relaciones salariales. Bajo este término se extiende la protección a todas las personas ubicadas en el mundo del trabajo: los trabajadores asalariados, las personas que trabajan con independencia de su situación contractual y las personas que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades del empleador. También el término señala que la prohibición de la violencia y el acoso va más allá del lugar de trabajo, porque el comportamiento y la práctica indeseable puede materializarse durante la prestación del servicio, o en relación con la prestación, o como consecuencia de la prestación.

Sin embargo, la referencia al mundo del trabajo no debe interpretarse que el empleador es responsable en todas las situaciones, pero sí está obligado a adoptar las medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso, medidas que deben ser razonables y factibles.

La legislación peruana vigente es parcialmente armoniosa con este consenso universal que representa el Convenio núm. 190, por lo que una reforma normativa se vuelve imperiosa dentro del marco de las disposiciones de la norma internacional del trabajo. Esta tarea llegará a un mejor puerto si nuestro país ratifica el Convenio núm. 190, incorporando directamente en nuestro ordenamiento su regulación, más aún, cuando la materia se ubica entre los tratados de derechos humanos que gozan el nivel constitucional.

5. Bibliografía

- Blancas Bustamente, Carlos (2007). *El acoso moral en la relación de trabajo*. Lima: Palestra Editores.
- Canessa Montejo, Miguel Francisco (2020). *Los derechos humanos laborales en el seno de la OIT*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 3ª. Edición,
- De La Villa, Luis Enrique Y PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos (1980). *Introducción a la Economía del Trabajo*. Madrid: Editorial Debate, Volumen 1.
- GIACCONE, Mario Y DI NUNZIO, Daniele (2015). *Violence and harassment in European workplaces: Causes, impacts and policies*. Dublin: Eurofound. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_comparative_analytical_report/field_ef_documents/ef1473en.pdf

- Kahn-Freund, Otto (1987). *Trabajo y Derecho*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, traducción de Jesús M. Galiana Moreno, tercera edición inglesa a cargo de Paul Davies y Mark Freedland.
- Leyemann, Heinz (1996). *Mobbing: la persécution au travail*. Paris: Seuil.
- Mccann, Deidre (2015). *Sexual harassment at work: National and international responses*. Geneva: International Labour Office, Conditions of Work and Employment Series No. 2.
- Palomeque López, Manuel Carlos (2011). *Derecho del Trabajo e Ideología*. Madrid: Editorial Tecnos, 7ª. Edición revisada.
- Pillinger, Jane (2017). *Violence and harassment against women and men in the world of work. Trade Union perspectives and action*. Geneva: International Labour Office.
- Rubio Correa, Marcial, Eguiguren Preali, Francisco Y Bernal Ballesteros, Enrique (2013). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1, 2 y 3 de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2ª. Reimpresión.

Anexo 1. Documentos

- BANCO MUNDIAL (2015). *Mujer, Empresa y el Derecho 2016: alcanzando la igualdad*. Washington DC: Banco Mundial.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ (2018). *Aproximación a la problemática del hostigamiento sexual laboral contra las mujeres. Supervisión a ministerios, gobiernos regionales y Poder Judicial*. Lima: Defensoría del Pueblo, Serie Informe de Adjuntía, Informe No. 007-2018-DP/ADM.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (1988). *Igualdad en el Empleo y la Ocupación. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (parte 4B)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2003). *Aplicación de las normas internacionales del trabajo 2003 (I). Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III (Parte 1A)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2012). *Dar un rostro humano a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativo a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008. Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte 1B)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2016). *Informe del Director General. Quinto informe complementario: Resultado de la reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración del Trabajo, 328^a. Reunión, (GB.328/INS/17/5).
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018a). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (1)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a. Reunión, 2018.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018b). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (2)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 107^a. Reunión, 2018,
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018c). *Informes de la Comisión normativa sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales 8C, 107^a. Reunión, jueves 28 de junio.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2019a). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (1)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a. Reunión, 2019.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2019b). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (2A)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 108^a. Reunión, 2019.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2013). *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres*. Washington DC: Organización Panamericana de la Salud. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spa.pdf;jsessionid=1636AC16C3B6A0427BEC57A678A904EB?sequence=1

Anexo 2 Jurisprudencia

- CORTE SUPREMA DEL PERÚ. *Sentencia 8 de enero de 2013*. Casación No. 3804-2010-Del Santa.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 25 de junio de 2004*. Expediente No. 0666-2004-AA/TC.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 6 de noviembre de 2008*. Expediente No. 5652-2007-PA/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 11 de febrero de 2009.*

Expediente No. 05527-2008-PHC/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 30 de junio de 2010.*

Expediente No. 2632-2009-PA/TC.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia de 31 de enero de 2011.*

Expediente No. 02148-2010-PA/TC.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, EIGHT CIRCUIT. *Case Moring v.*

Arkansas Department of Correction. Decided March 15TH, 2001. Case No. 99-3706.

UNITED STATES DISTRICT COURT N.D. ILLINOIS, EASTERN DIVISION.

Case Dowd vs. United Steelworkers of America. Decided September 13th, 2004. Case No. 03 C 4774.

UNITED STATES DISTRICT COURT N.D. ILLINOIS, EASTERN DIVISION.

Case Lapka v. Chertoff. Decided October 30th, 2006. Case No. 05 C668.

CAPITULO IX
EL CIBERACOSO Y LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EMPRESAS
TECNOLOGICAS Y SU ENCUADRE EN EL MARCO DEL CONVENIO
190 DE LA OIT

CHAPTER IX
CYBERBULLYING AND TECHNOLOGY-FACILITATED VIOLENCE
AND HARASSMENT IN THE WORKPLACE AND ITS REGULATORY
FRAMING UNDER ILO CONVENTION 190

Iván WILLIAMS JIMÉNEZ
Institution Of Occupational Safety And Health
ivan.williams@iosh.com

Resumen: La adopción y progresivo desarrollo del Convenio número 190 y de la Recomendación número 206 de la Organización Internacional del Trabajo tiene el potencial de ser un marco normativo innovador e inclusivo hacia la consecución de lugares de trabajo decentes, seguros y saludables, libres de violencia y acoso.

El carácter transversal de este estándar laboral internacional propicia un abanico más amplio en la protección de los trabajadores incluyendo ámbitos tradicionalmente no cubiertos, como es el ciberacoso, así como los supuestos de violencia y acoso propiciados bajo el marco de la economía de plataformas o amparado por las empresas tecnológicas, ambas consecuencias de un mundo del trabajo cada vez más digitalizado.

La incidencia de estas formas acoso y '*violencia estructural*' laboral exacerbadas por determinados sectores empresariales y marcadas por un elevado sesgo de género deben ser objeto de un análisis más pormenorizado. Estas conductas, ejercidas en terrenos poco explorados del derecho, tienen graves consecuencias en la definición del marco de protección del trabajador y el deber de diligencia del empresario, en cómo se diseña el trabajo en base a la seguridad, salud y bienestar de las personas trabajadoras y la calidad de las condiciones de trabajo. También pueden minar las perspectivas económicas de las mujeres trabajadores, su dignidad, oportunidades de desarrollo de carrera y reputación profesional.

Palabras clave: ciberacoso laboral, violencia y acoso, digitalización, nuevas tecnologías, violencia estructural, economía gig, lugares de trabajo digitalizados

Abstract: The adoption and progressive implementation of the International Labour Organization Convention No. 190 and Recommendation No. 206 has the

potential to become an innovative and inclusive regulatory framework towards the attainment of decent, safe and healthy working conditions and working environments free from violence and harassment. The cross-sectional nature of this international labour standard can facilitate a wider scope in the protection workers by including traditionally neglected work-related spheres, such as work-related cyberbullying, as well as technology-facilitated violence and harassment taking place under the umbrella of the gig economy and tolerated by the so-called tech giants, both consequences of an increasingly digitalised world of work.

The prevalence of these new forms of work-related '*structural*' violence and harassment characterised by cross-industry and gender-based connotations need to be subject to further review. These behaviours, still in relatively uncharted legal territory, have serious consequences on how laws protecting workers' rights are revisited, the way business due diligence is understood, and how work is designed by considering the safety, health and wellbeing of workers and the quality of working conditions. They can also undermine women workers economic prospects, dignity, career development opportunities and professional reputation.

Keywords: work-related cyberbullying, violence and harassment, digitalisation, new technologies, structural violence, gig economy, digitalized workplaces

Sumario: 1. El ciberacoso laboral y las Tecnologías de información y comunicación (TIC). 2. Integración del ciberacoso dentro del marco normativo del Convenio 190. 3. El 'caso IVECO': Consecuencias de la inacción por parte de la autoridad laboral y empresarial. 3.1. Deficiencias en el marco de actuación y el poder de dirección de la empresa. 3.2. Análisis de la actuación y dictamen de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social. 4. La violencia y el acoso en el trabajo en un mundo digitalizado. 4.1. Economía gig o de plataformas. 4.2. La responsabilidad de los gigantes tecnológicos. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. El ciberacoso laboral y las Tecnologías de información y comunicación (TIC)

Las nuevas tecnologías y el cambio como constante en los procesos de transformación digital están cobrando cada vez más importancia en el ámbito empresarial. Las TIC no son ajenas a este proceso y su uso es cada vez más extendido y complejo. La adopción y desarrollo de la hiper-automatización, la robotización, tecnología 5G o la inteligencia artificial por citar algunas llevan aparejadas innumerables ventajas, pero también una serie de problemáticas en el plano laboral.

La irrupción de la tecnología está cambiando la forma en la que entendemos el ciberacoso, o el comportamiento agresivo ejercido a través de dispositivos de comunicación. Las amenazas online se están convirtiendo en una nueva forma de violencia y de acoso, provocando un impacto severo en las dinámicas existentes en los lugares de trabajo, que hasta ahora ha sido normalizado como algo inherente al puesto de trabajo.

El aumento del uso de dispositivos móviles y del uso de las tecnologías de comunicación e información dentro y fuera de lo que conocemos como lugar de trabajo está también afectando la forma en que entendemos y percibimos la violencia laboral. Este comportamiento ya no solo se produce por parte de terceras personas, en sectores tradicionalmente afectados como es la educación, medios de información o la política.

Se antoja necesario un marco más amplio de investigación que analice la situación en otro tipo de sectores y condiciones de trabajo, ya que la mayoría de los estudios llevados a cabo hasta la fecha se han centrado en analizar estos comportamientos, pero desde la perspectiva del impacto sobre el bienestar del empleado o en las esferas privadas y laborales. No obstante, el problema puede tener un mayor dimensionamiento, ya que se abordan situaciones que pueden tener un impacto negativo en la reputación de la empresa, la gestión de recursos humanos, el deber legal de protección del empleador; y el diseño y organización del trabajo.

Uno de los aspectos que hasta ahora ha sido menos tratado es la incidencia del ciberacoso laboral, de igual manera la violencia y el acoso ejercido a través de las TIC. La Comisión Europea define el ciberacoso o *cyberbullying* como un acoso repetitivo verbal o psicológico llevado a cabo por un individuo o grupo de individuos contra otros por medio de servicios online o dispositivos móviles¹. La Organización Internacional del Trabajo (OIT)² destaca como la intimidación a través de la tecnología electrónica es una nueva expresión de violencia y acoso psicológico y sexual.

Este comportamiento tradicionalmente asociado con el uso de redes sociales y entre niños y adolescentes³ en el ámbito educativo tiene el potencial de

1 European Commission. Safer internet day 2009, press release. February, 2009. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_09_58

2 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Actualización de las necesidades del sistema”: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC. Ginebra, 2020.

3 PRIVITERA, Carmel and CAMPBELL, Marilyn Anne (2009) Cyberbullying: the new face of workplace bullying? *CyberPsychology and Behavior*, 12(4). pp. 395-400.

convertirse en un desafío normativo y empresarial, habida cuenta del actual auge del teletrabajo, de una adopción cada vez más generalizada de las TIC, y de una problemática con la protección de datos y derechos digitales de los trabajadores en el lugar de trabajo.

Ya en el año 2015, la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound) advertía del carácter emergente de esta problemática.

En 2018 la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo (EU-OSHA)⁴ alertó sobre la constante evolución de riesgos tradicionales relacionados con la violencia y el acoso en el trabajo a raíz de cambios en las formas y medios de trabajo y su transformación en nuevas formas de riesgos laborales como es el caso de nuevas formas de violencia como el acoso online o ciberacoso.

El mismo estudio de prospección de escenarios realizado por EU-OSHA predijo el incremento del ciberacoso en el ámbito laboral en un contexto caracterizado por una ausencia de contacto social y despersonalización del trabajador; escenario este que se ha intensificado a raíz del impacto de la pandemia global de salud pública y su efecto en los mercados de trabajo y relaciones laborales.

El informe del Foro Económico Mundial del 2020⁵ sobre riesgos globales destaca la incidencia del ciberacoso y la monitorización en el trabajo como factores contribuyentes a la erosión de la privacidad del trabajador.

Pese a lo evidente de la emergencia manifestado por el incremento de riesgos psicosociales⁶ y la exacerbación⁷ de la violencia y el acoso experimentado que este tipo de conductas comporta, todavía hoy existen multitud de incógnitas en la gestión de este tipo de riesgo laboral. El impacto del daño y severidad del daño producido es difícilmente cuantificable, lo que hace la estrategia a aplicar sea ciertamente compleja y en ocasiones confusa. Además, el comportamiento puede ser perpetuado en el tiempo y producido en diferentes espacios, ya que el abuso online no se restringe al denominado ciberespacio,

4 Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo. *Foresight on new and emerging OSH risks associated with digitalisation by 2025*. Bilbao, 2018.

5 Foro Económico Mundial. Informe de riesgos globales 2020. Ginebra, 2020. <https://es.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020>

6 European Parliament. *New Forms of Physical and Psychosocial Health Risks at Work*. Brussels, 2008.

7 MOORE, Phoebe; AKHTAR, Pav. The psychosocial impacts of technological change in contemporary workplaces, and trade union responses. *International Journal of Labour Research*. Geneva, 2016.

de igual forma que *‘el acoso sexual no permanecía detrás de las puertas del domicilio o del lugar de trabajo’*⁸.

Pero el aspecto sin duda más desafiante para el legislador, los órganos de tutela judicial, los empleadores y las víctimas es cómo poder diferenciar el ámbito personal y profesional en este contexto. Una de las características del ciberacoso es que suele llevarse a cabo dentro o fuera de lo que conocemos como lugar de trabajo físico, lo cual genera cierta arbitrariedad cuando se trata de discernir si el ciberacoso está o no relacionado con el mundo del trabajo. Es por eso, que el vínculo laboral u ocupacional juega un factor clave en la determinación del alcance y la prevalencia del ciberacoso en el ámbito laboral, y esto ocurre en un momento en el que somos testigos del auge del teletrabajo, de una adopción cada vez más generalizada de las TIC, y de una problemática con la protección de datos y derechos digitales de los trabajadores en el ámbito del trabajo⁹.

2. Integración del ciberacoso dentro del marco normativo del Convenio 190

El tratamiento normativo del ciberacoso laboral ha sido tradicionalmente una cuestión difícil de sustantivar en una gran mayoría de jurisdicciones. Su abordaje, dentro del encuadre más genérico en materia de violencia y acoso en el lugar de trabajo carece de relevancia en marcos legales relacionados con el derecho del trabajo, la seguridad y salud laboral, la no discriminación o la igualdad de trato entre hombres y mujeres. El reconocimiento jurídico-legal a través del derecho civil o penal es también sumamente complejo.

Hasta la adopción del Convenio y la Recomendación el legislador, gobiernos, y empleadores habían mostrado su reticencia al desarrollo de normas que protegieran a los trabajadores sobre este tipo de conductas, habida cuenta de los constantes cambios en la evolución de la tecnología y la falta de claridad en el rol y responsabilidad del empresario¹⁰. Esta ambigüedad legislativa ha

8 Citron, D. K. (2009). Law’s Expressive Value in Combating Cyber Gender Harassment. Michigan Law Review. 2009. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1300&context=mlr>

9 European Parliament. Bullying and sexual harassment at the workplace, in public spaces, and in political life in the EU. March 2018.

10 Bettina West et al, Cyberbullying at Work: In Search of Effective Guidance, 2014 3-3 Laws | An Open Access Journal from MDPI 598, 2014 CanLIIDocs 33256, <<http://canlii.ca/t/slm8>>, retrieved on 2021-01-10

dado lugar a un panorama global fragmentado donde la ausencia de leyes específicas y de marcos normativos que se hayan adaptado a contextos de acoso en el lugar de trabajo en la era digital¹¹ es el común de los denominadores.

De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo, un marco normativo efectivo para la protección y prevención de la violencia y el acoso en el trabajo debe basarse en estrategias de prevención, gestión y compensación de todos los riesgos laborales, incluyendo aquellos relacionados con la violencia y el acoso laboral. En el plano internacional, y en lo relativo a las disposiciones, el ya mencionado Convenio 190 y la Recomendación 206 constituyen normas de obligada referencia que defienden la promoción y aseguramiento del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso. El actual Convenio en su artículo 3 aborda la protección de la violencia y acoso en el mundo del trabajo producido a raíz de un hecho o una serie de circunstancias relacionadas con el ámbito laboral:

- Producidas en el lugar de trabajo, incluyendo espacios virtuales, públicos y privados o personales siempre que constituyan lugares donde se lleve a cabo actividad relacionada con el trabajo;
- A través de comunicaciones, incluyendo aquellas realizadas por medio de las TIC.

Por desgracia estos estándares internacionales objeto de estudio no incluyen una mención específica del impacto del ciberacoso pese a la relevancia que se dio en el documento de trabajo¹² que originó la normativa. En dicho contenido se alertaba del auge de diferentes formas de violencia laboral como es el acoso, el ciberacoso, la discriminación, el racismo, y el abuso verbal y físico producido en el denominado trabajo digitalizado.

Todo indica que en el hipotético supuesto de inclusión específica del ciberacoso en el estándar internacional, y su posterior desarrollo en marcos nacionales habría sido ciertamente compleja. El proceso de ratificación del Convenio y la Recomendación que lo acompaña, en resumidas cuentas, conlleva la supeditación del marco normativo nacional a los estándares del tratado. La ratificación es solo un primer paso, el verdadero desafío viene en la adopción e implementación de la norma. Si los estados no disponen de normativa efectiva que proteja a los trabajadores y trabajadoras en los supuestos

11 Rosenthal, H. M. and Genelle I. Belmas. "(Non)existent Laws of Workplace Cyberbullying: Limitations of Legal Redress in a Digitized Market. 2021.

12 Moore, Phoebe. *The Threat of Physical and Psychosocial Violence and Harassment in Digitalized Work*. Leicester, 2018.

de violencia y acoso laboral no parece que la mera inclusión de este deber vaya a producir un cambio en el carácter tuitivo y protector del legislador o el *ius variando* del empleador.

Dicho esto, las normas admiten cierto poder de discrecionalidad a los estados para articular con cierto grado de laxitud en los supuestos en los que la terminología utilizada en el Convenio no se adecua a su marco. Por ejemplo, si la norma establece un concepto amplio de violencia y acoso en el trabajo, el legislador puede optar por restringirlo a un concepto más acorde a la realidad empresarial o jurídica existente en el estado en cuestión.

De igual manera cabe destacar como el acto de ratificación muchas veces queda en una mera declaración de intenciones política, carente de una estrategia de desarrollo o de una puesta en práctica real. Un análisis más pormenorizado de aquellos estados que lideran la ratificación del Convenio 190, como es el caso de Argentina, Uruguay y Fiji, evidencia que estos países no han demostrado la misma diligencia en la ratificación de convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo en materia laboral, como son aquellos que abarcan el trabajo infantil, el trabajo forzoso, la discriminación en el trabajo, el derecho de asociación y la negociación colectiva o aquellos convenios técnicos relacionados con diferentes aspectos de la seguridad y la salud en el trabajo.

Este compromiso efectivo por parte de los estados es importante ya que los ordenamientos jurídicos nacionales tienen el potencial de ofrecer un marco más adecuado de protección contra este tipo de actuaciones dentro de sus disposiciones en materia laboral, civil o de seguridad y salud. Aquí la interpretación jurídica y legal es variada y no obedece a tratamientos estructurados como en otras áreas en las relaciones laborales, si bien parece acertado destacar como existe una tendencia inclusiva cada vez en mayor uso que indica que en los supuestos en los que existen disposiciones explícitas al acoso o a la violencia laboral, esta debería poder extenderse a los supuestos de acoso por medios tecnológicos o ciberacoso.

Sin embargo, es aquí donde radica una de las principales barreras hacia esta tendencia normativa e interpretación legal más integradora que pretende el actual Convenio 190. La existencia de menciones concretas del ciberacoso laboral es limitada en una gran mayoría de jurisdicciones y marcos reguladores. Si bien a nivel europeo, el Acuerdo Marco para la violencia y el acoso en el trabajo¹³, y sus directrices multisectoriales reconocieron el cibera-

13 European Framework agreement on harassment and violence at work. Brussels, 2017. <https://www.etuc.org/en/framework-agreement-harassment-and-violence-work>

coso como una nueva forma de violencia y acoso laboral, esta iniciativa tuvo escasa aceptación, y su desarrollo estuvo muy centrado en la violencia laboral proveniente de terceras partes. El posterior estudio de revisión¹⁴ del acuerdo marco llevado a cabo por la Comisión Europea en el año 2016 tampoco subrayó de manera fehaciente sobre esta problemática emergente, máxime si tenemos en cuenta la proliferación de dispositivos y tecnologías asociadas con la información y comunicación.

Un reciente estudio comparativo¹⁵ ha abordado esta problemática abogando por un tratamiento más proactivo dirigido hacia la mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitado por las TIC. En lo relativo a las fuentes legales en torno al ciberacoso de etiología laboral, el estudio aboga por una comprensión amplia y una cobertura universal que aplique a todos los trabajadores con independencia de la modalidad de sus contratos o de su situación laboral para evitar que algunos de los trabajadores más vulnerables se queden sin protección.

Como ya se ha comentado, este es el enfoque que articula el Convenio sobre la violencia y el acoso número 190. De igual manera el estudio alerta sobre la urgente necesidad de establecer un deber general de diligencia o protección de los empleadores en relación con las conductas de hostigamiento y el acoso, habida cuenta del amplio espectro de formas de violencia y acoso y la diversidad de medios relacionados con las tecnologías de información y comunicación.

Desde la perspectiva del análisis comparado, los autores destacan como el tratamiento jurídico-legal del ciberacoso se desarrolla de una manera muy fragmentada, como un fenómeno que en general no es específico del lugar de trabajo sino dimanante del ámbito educativo. El estudio denota la tímida aparición de algunos instrumentos normativos enfocados de manera expresa en leyes que pueden proteger a los trabajadores respecto del ciberacoso sufrido en entornos laborales o cuando la conducta se ejerce con un claro nexo laboral. La Ley sobre comunicaciones digitales perjudiciales de Nueva Zelanda, la Ley de imágenes íntimas y de ciberprotección de Nueva Escocia en Canadá, o la Ley de prevención de delitos electrónicos del Pakistán son

14 European Commission. Study on the implementation of the autonomous framework agreement on harassment and violence at work. June, 2015. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=7922&furtherPubs=yes>

15 Stefano et al. Actualización de las necesidades del Sistema: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y al acoso en el mundo del trabajo posibilitado por las TIC. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, 2019.

ejemplos todavía noveles con un marco de protección de los trabajadores hasta la fecha residual.

En lo relacionado con estándares y directrices en seguridad y salud en el trabajo cabe destacar la futura ISO 45003¹⁶ Seguridad y salud psicológica – Directrices para la gestión de riesgos psicosociales que incluirá una mención determinada a la adopción de medidas por parte del empresario frente al acoso que ocurra de manera física o presencial y electrónica, como puede ser el ocurrido través de redes sociales. Las directrices hacen igualmente hincapié en la importancia del contexto externo en el que se mueven las empresas y sobre como el empresario debe analizar los factores que puedan impactar en el sistema de gestión en seguridad y salud y en el tratamiento de los riesgos psicosociales. A este respecto, un ejemplo citado es la incidencia de cambios tecnológicos debido al aumento de exposición de los trabajadores en constante conectividad o su interacción con dispositivos electrónicos.

La existencia de este tipo de directrices basadas en normas de estandarización internacional es sumamente importante ya que no solo utilizan el lenguaje hablado por las empresas, sino que proporcionan un mecanismo práctico a falta de legislación existente sobre el que poder articular políticas empresariales. En este supuesto en concreto dota al empresario, mandos y trabajadores de orientación sobre la gestión del riesgo psicosocial, como parte de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo.

Si bien el rol de la inspección de trabajo será analizado en el siguiente epígrafe, cabe mencionar como la Recomendación 206 dictamina la necesidad por parte de las inspecciones laborales y otras autoridades competentes, de incorporar competencias y conocimiento en problemáticas de género en sus programas de formación de cara a una mejor identificación y tratamiento de la violencia y el acoso laboral, incluyendo formación en riesgos psicosociales, violencia y acoso con razón de género, y discriminación contra grupos vulnerables de trabajadores. Dichas mejoras deberán ser igualmente introducidas a través de la impartición de contenido sobre el impacto de la transformación tecnológica en las dinámicas existentes en las relaciones laborales.

La Recomendación dicta que es responsabilidad directa¹⁷ por parte de

16 International Standardization Organization. ISO/DIS 45003. Occupational health and safety management – Psychological health and safety at work: managing psychosocial risks. Guidelines <https://www.iso.org/standard/64283.html>

17 Organización Internacional del Trabajo. Entornos de trabajo seguros y saludables, libres de violencia y acoso – Ginebra: OIT, 2020.

los estados la financiación, elaboración, aplicación y difusión de directrices y programas de formación que integren las consideraciones de género para asistir a jueces, inspectores del trabajo, agentes de policía, fiscales y otros agentes públicos, en lo que respecta a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, así como la promoción de políticas de apoyo para empleadores y a los trabajadores de los sectores público y privado, y a sus organizaciones representativas conducentes a la prevención y abordaje de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

En el marco normativo de la negociación colectiva la inclusión de principios, requisitos legales y procedimientos específicos sobre la protección del ciberacoso, la delimitación de conductas posibles constitutivas de ciberacoso, o cláusulas relacionadas de género y planes de igualdad en la negociación colectiva y acuerdos laborales o sectoriales en ordenamientos como el español es ciertamente pobre. Cláusulas del tipo *‘Actualización, de acuerdo a la legalidad, de los protocolos de actuación frente al acoso laboral y ante posibles situaciones de acoso laboral y por razón de sexo, incluyendo el estudio y aplicación en su caso del ciberacoso en los protocolos’* son sin duda alguna poco comunes y raramente extendidas e implementadas.

En su lugar, las partes involucradas en este proceso abogan por el establecimiento de cláusulas más genéricas que no tratan de manera tácita las diferentes formas de violencia y acoso en el trabajo. Este tipo de articulado tampoco establece canales claros o medidas preventivas para poner fin a este tipo de comportamiento, y esto contribuye sin duda a invisibilizar el impacto de estas conductas.

Este aspecto no es algo particular del ciberacoso. Históricamente la introducción de cláusulas que traten diferentes aspectos de la violencia y el acoso laboral, como son la existencia de programas de prevención, la promoción del reporte de denuncias de manera segura y/o confidencial, el desarrollo de actividades de sensibilización y formación, las prácticas de recopilación de datos y la prestación de servicios de apoyo al empleado o ayuda psicológica y de otro tipo a las víctimas, han sido triviales en su aplicación práctica en el ámbito laboral.

De hecho, en la articulación de principios relacionados con la violencia y el acoso laboral o sexual, en no contadas ocasiones se ha producido un desbalance entre el infractor y la víctima, o el empresario y el trabajador. Este desequilibrio puede observarse en aquellos acuerdos o convenios que ante denuncias establecen la obligatoriedad de poner en conocimiento el hecho

ante las fuerzas de seguridad del estado, o encauzar el proceso a través de mecanismos de resolución extrajudicial de conflictos bajo la forma de acuerdos forzosos de arbitraje o de carácter no voluntario. Estos ejemplos, muy comunes en países como los Estados Unidos o en multinacionales del sector tecnológico, constituyen malas praxis que buscan 'esconder' la problemática existente bajo el marco de un acuerdo de confidencialidad, protegiendo así los intereses de las empresas o del sujeto perpetrador.

En este sentido cabe mencionar como la Recomendación 206 establece que las políticas de empresa relacionadas con la violencia y el acoso en el lugar de trabajo deben incluir un compromiso por parte del empleador y/o de la alta dirección para gestionar y prevenir todas las formas de violencia y acoso en el lugar de trabajo. Se promueve de igual manera una mejor definición y clarificación en cuanto a los ejemplos de los distintos tipos de violencia en el lugar de trabajo, incluida la violencia física, psicológica y sexual. Este precepto se articula de una manera inclusiva por lo que el acoso realizado a través de tecnologías de información y comunicación tendría igualmente cabida bajo este precepto.

En el actual momento parece no obstante adecuado reconocer como las organizaciones siguen mejorando sus procedimientos y políticas a nivel empresarial¹⁸, independientemente de que la empresa apueste por una cobertura dentro de su proceso de protección frente al acoso tradicional o que apueste por un procedimiento propio en los supuestos concretos de acoso online, a través de redes sociales o de las TIC¹⁹. Este cambio de cultura corporativa puede observarse en mejoras que van desde la promoción de formas de reporte seguras, políticas de tolerancia cero, mejora de procedimientos previamente establecidos, ampliación de las dinámicas de investigación, la utilización de servicios externos de auditoría o la colaboración con terceros para canalizar los procedimientos de denuncia. Así y todo, es necesario recalcar que la mera existencia de una política de empresa no es garante de una efectiva aplicación, de la misma manera que el hecho de no registrar quejas o denuncias sobre distintas formas de violencia y acoso no significa que el problema no exista y que por tanto las empresas deban trabajar hacia la mejora de los procedimientos establecidos.

18 LinkedIn. Informe de tendencias globales en gestión del talento 2019.

19 Mainiero, L. A., & Jones, K. J. (2013). Sexual harassment versus workplace romance: Social media spillover and textual harassment in the workplace. *The Academy of Management Perspectives*, 27(3), 187–203.

Este resumen normativo revela que, aunque las estrategias reguladoras están concebidas para ser la primera línea de defensa en el ámbito laboral, sabemos que estas iniciativas en solitario no son suficientes para tratar comportamientos derivados de la violencia, sobre todo si el tratamiento está relacionado con prácticas evolucionadas, como es el ciberacoso como forma emergente de discriminación en los entornos de trabajo. Como se ha demostrado esta problemática, necesita estar integrada con otros desarrollos normativos sistemáticos, coherentes y coordinados²⁰ y liderada por los principales actores de las relaciones laborales.

3. El ‘caso Iveco’: Consecuencias de la inacción por parte de la autoridad laboral y empresarial

IVECO empresa líder en la producción de vehículos comerciales e industriales con presencia en más de 100 países del mundo, cuenta en España con dos plantas de producción (Madrid y Valladolid), 40 concesionarios oficiales, 26 sucursales y 181 talleres autorizados. La compañía perteneciente al grupo CNH Industrial, conglomerado de empresas que emplea a más de 63,000 personas en unos 180 países. En su código de conducta el grupo y su alta dirección establecen un compromiso con el aseguramiento de la igualdad de oportunidades y la no discriminación a todos sus empleados junto con una responsabilidad de la promoción de entornos de trabajo libres de cualquier forma de prejuicio y/o discriminación.

Sin embargo, una de sus filiales saltó a la palestra en 2019 por el suicidio de una trabajadora de la planta de Madrid tras sufrir una presión laboral tendenciosa²¹ ejercida a través de medios digitales por parte de un número no determinado trabajadores. La trabajadora fue víctima de una presión continuada en el tiempo: circulaban entre sus compañeros de trabajo una serie de vídeos sexuales en los que ella aparecía, estos se hicieron virales y dieron lugar a la aparición de rumores, situaciones de acoso, humillación, hostigamiento, descrédito y desprestigio profesional.

Pese a que estas imágenes ya habían sido compartidas en el pasado sin su consentimiento, la trabajadora no notificó la situación hasta el 23 de mayo del mismo año, en una reunión con la dirección de recursos humanos, momento en el cual la empresa declinó toda responsabilidad y posicionó el hecho

²⁰ EUROFOUND (2015), *Violence and harassment in European workplaces: Causes, impacts and policies*, Dublin.

²¹ GIMENO LAHOZ, Ramon. *La presión laboral tendenciosa: el mobbing desde la óptica de un juez*. 2005.

denunciado dentro del plano personal de la trabajadora y, por tanto, fuera de la esfera laboral o del ámbito de protección del empresario. El análisis de las conclusiones jurídicas de este proceso y la sentencia se basaron en las premisas de la ausencia de denuncia por parte de la trabajadora, la falta de evidencia de delito contra la integridad moral y la ausencia clara de sujeto autor del delito. Pese a que este caso ha sido objeto de una prolija colección de obras que han examinado las causas²² y el impacto de este tipo de conductas²³, esta contribución pretende analizar aspectos más relacionados con la responsabilidad legal y moral del empresario, y la diligencia debida por parte de la autoridad laboral, entendida esta a raíz del dictamen de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social. Aspectos estos menos tratados por parte de autores relacionados con la interpretación jurídico-legal.

3.1. Deficiencias en el marco de actuación y el poder de dirección de la empresa

Sabemos que la mera existencia de una política de empresa no garantiza que esté siendo correctamente implementada, de la misma manera que el hecho de no recibir o registrar quejas o denuncias sobre acoso sexual no significa que las empresas no deban mejorar los procedimientos previamente establecidos. En el supuesto que nos concierne las carencias de la empresa y su cultura reactiva fueron plausibles. El contenido de cláusulas en el convenio colectivo relativas a aspectos de seguridad, salud, bienestar, acoso sexual o discriminación es sumamente pobre. Este indicador sumado a la existencia de una cultura permisiva y unos procedimientos no actualizados periódicamente impiden que las empresas puedan alcanzar cierto grado de robustez en sus políticas. Los procedimientos deben crear una cultura que apoye de igual manera y anime a los trabajadores, testigos y responsables a ser proactivos²⁴ en la prevención ante este tipo de comportamientos.

22 MOLINA NAVARRETE, Cristobal. Redes sociales digitales y «ciberacoso sexual en el trabajo»: ¿Qué lecciones del «caso Iveco» para los departamentos de RRHH en una era digital?. CEF Laboral social. Julio 2019. <https://www.laboral-social.com/ciberacoso-laboral-caso-iveco-gestion-prevencion-riesgos-obligacion-responsabilidad-empresarial.html>

23 OLARTE ENCABO, Sofia. Prevención del riesgo laboral de acoso sexual y acoso sexista. Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales. Universidad Carlos III de Madrid. 2019.

24 WILLIAMS, Ivan. 5 tendencias en la gestión y prevención del acoso sexual que debes conocer. LinkedIn Pulse. Mayo 2019. <https://www.linkedin.com/pulse/5-tendencias-en-acoso-sexual-que-debes-conocer-iv%C3%A1n-williams-jim%C3%A9nez/>

En los casos como el analizado en los que la queja es canalizada, tradicionalmente ha existido una operativa predispuesta donde aquellos empleados que realizaban alegaciones sobre conductas de acoso sexual en el trabajo experimentaban un sentimiento de abandono por parte del empleador o se veían desmotivados a actuar en base al procedimiento que la empresa tenía establecido. Estas dinámicas contribuyen a perpetuar la estigmatización a la víctima en lugar de apoyarla, fomentando de igual manera una cultura empresarial de culpabilidad hacia víctima o denunciante en los supuestos en que deciden denunciar.

Este caso por desgracia pone igualmente de relieve las deficiencias en las organizaciones en cuanto a educación y formación de sus profesionales, la ausencia de canales de comunicación y la poca efectividad de los procedimientos, políticas de empresa y códigos de buenas prácticas establecidos. Aquí la costumbre justifica porque las empresas deben apostar por estructuras inclusivas, con sistemas centrados en las víctimas y en los diferentes canales de gestión de denuncias (tanto los formales como los informales). Los departamentos de recursos humanos siguen siendo figuras claves, pero sus estrategias deben ser proactivas y estar centradas en la eliminación del ciberacoso en lugar de su sanción²⁵, o en evitar el foco en un férreo proteccionismo de la reputación corporativa.

Los canales de denuncia interna o whistleblowing en aspectos relacionados con la violencia y el acoso todavía hoy dependen del grado de madurez de la cultura empresarial y no tanto del imperativo legal existente. En España esta obligación fue articulada en un primer momento por el artículo 48 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo en la Ley de igualdad, obligando a las empresas a arbitrar procedimientos específicos para la prevención del acoso sexual y por razón de sexo a través de la creación de mecanismos de comunicación prácticos y accesibles a las víctimas o testigos. Esta obligatoriedad también vinculada a los profesionales de gestión de recursos humanos, laboral o responsables de compliance en el ámbito empresarial se ha visto reforzado con la introducción de estándares internacionales como la norma ISO 19600, que dentro de un marco de acciones en materia de responsabilidad social corporativa regula los canales internos de quejas o denuncias por incumplimientos legales de la normativa interna bajo el paraguas de un sistema de gestión de *compliance*.

25 BETTINA WEST et al, Cyberbullying at Work: In Search of Effective Guidance, 2014 3-3 Laws | An Open Access Journal from MDPI 598, 2014 CanLIIDocs 33256, <<http://canlii.ca/t/slm8>>, retrieved on 2021-01-10

A nivel de alta dirección esta responsabilidad legal y moral debe demostrarse en la práctica. Es por ello que los empresarios están comenzando a mostrar mayor consideración al tratamiento y prevención del acoso sexual a través de estrategias basadas en el liderazgo y la responsabilidad en consonancia con el cumplimiento legal. En este contexto, cabe recordar que el liderazgo no solo necesita ser demostrado a nivel de dirección sino de responsables departamentales o mandos intermedios.

IVECO como empresa perteneciente al grupo CNH Industrial tiene también un deber de responsabilidad social corporativa hacia los accionistas e inversores. Estos, desempeñan cada vez más, un papel escrutador al influir en las organizaciones cuando se trata de abordar riesgos que puedan afectar a la reputación, sostenibilidad y continuidad económica de la empresa. Los inversores y grupos de interés muestran cada vez un mayor grado de preocupación por hacer visible esta problemática y tener un mejor conocimiento de la cultura empresarial dentro de los procedimientos de investigación de empresa (diligencia debida) en procesos de compra y fusiones²⁶. Aquí la tendencia en divulgación externa de información no financiera nos indica que se están empezando a incluir cláusulas específicas de acoso sexual que obligan a divulgar quejas/denuncias y registros por acoso y mala conducta sexual en el lugar de trabajo.

3.2. Análisis de la actuación y dictamen de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social

Un examen en profundidad de las diligencias llevadas a cabo por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social exponen las carencias de este tipo de organismos ante el impacto de la transformación digital en los puestos de trabajo y el desconocimiento del tratamiento del ciberacoso en su vertiente laboral en particular.

La resolución emitida de este organismo tras un año de dilación quedó archivada negando la mayor; la existencia de un entorno laboral humillante y degradante para la víctima²⁷. La denuncia interpuesta por parte del sindicato Comisiones Obreras por infracción de normas en materia de seguridad

²⁶ The Financial Times. Tech investors include #MeToo clauses in start-up deals. 2019 <https://www.ft.com/content/5d4ef400-4732-11e9-b168-96a37d002cd3>

²⁷ BAREA, Mercedes. Affor Prevencion Psicosocial. Caso Iveco: obligaciones de la empresa y gestión de los riesgos psicosociales. <https://affor.es/caso-iveco-obligaciones-de-la-empresa-y-gestion-de-los-riesgos-psicosociales/>

y salud y vulneración de los principios relacionados con la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, buscaba establecer la responsabilidad laboral empresarial a través del encuadre del suicidio de la trabajadora de la empresa como un accidente laboral. Ninguno de estos hechos, fueron rigurosamente analizados en el dictamen, además se demostró un desconocimiento profundo en materia de seguridad y salud laboral y falta de familiarización con los protocolos de prevención y actuación por acoso laboral, lo cual sin duda tuvo consecuencias en las conclusiones arrojadas por el informe.

En un contexto en el que la ley obliga a unos entornos de trabajo libres de acoso, la autoridad laboral dictaminó que la difusión del vídeo sexual de la trabajadora de IVECO no influyó en su suicidio al tratarse de una problemática de índole personal. Todo ello pese a pruebas presentadas que evidenciaron la falta de implantación de políticas y prácticas de recursos humanos, de prevención de riesgos laborales y de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y tendentes a eliminar la discriminación por razón de sexo.

La resolución de nueve páginas se hizo pública tras el sobreseimiento de la causa por parte del Juzgado de lo Penal nº 5 de Alcalá de Henares. El objeto de la misma demuestra la falta de entendimiento de las dinámicas que se suceden en casos de violencia laboral y hostigamiento sexual en un contexto laboral. En el documento se obvian aspectos clave como es el fallo del deber de diligencia y protección por parte de la empresa. De igual manera se elude la no activación de los mecanismos internos contra el acoso por parte de la empresa a pesar de ser conscientes de la problemática existente – la circulación de vídeos sexuales de carácter sexual de una trabajadora. Así la autoridad laboral entiende que *“la difusión del vídeo se hace a través de los teléfonos privados de los propios trabajadores de la empresa”*, no de teléfonos corporativos, hecho que exonera de toda responsabilidad a IVECO. De igual manera establece que la comunicación entre trabajadores a través de este tipo de dispositivos no se pudo realizar en tiempo efectivo de trabajo, solo en períodos de descanso.

Por último, cabe comentar como las conclusiones de la inspectora de trabajo se basan en juicios de valor sin poder sustanciar legalmente su argumentación; comentarios como *“la trabajadora no quiso denunciar”* o *“el problema de la trabajadora no se encontraba tanto en el entorno laboral, sino en el personal”* dan fe de la poca solidez de estas afirmaciones. De igual manera el dictamen se posicionó claramente favorable hacia la empresa, poniendo en tela de juicio la presión laboral a la que fue sometida la trabajadora por

parte de sus compañeros, basada en la propagación por la organización de comentarios maliciosos o difamatorios que perjudicaron la imagen y profesionalidad de la trabajadora; la inspectora arguyó que el contacto con otros trabajadores en tiempo efectivo de trabajo era complicado debido a la dificultad de abandono de puesto en una línea de montaje, evitando hacer mención a todas aquellas interacciones que pueden ocurrir entre los trabajadores en tiempo efectivo de trabajo y períodos de descanso. La planta de Madrid como muchas industrias del sector es un ‘ecosistema’ en el que muchos de los trabajadores se conocen, mantienen una especial amistad o mantienen incluso vínculos familiares. A pesar de los procedimientos internos establecidos por la producción en la línea de montaje los trabajadores coinciden en el centro de trabajo durante la entrada, salida, viajan juntos al centro de trabajo, coinciden en pausas de comida, descanso, formaciones, reuniones de trabajo, etc. estas mismas interacciones ocurren fuera del centro físico de trabajo cuando los trabajadores se mantienen en contacto a través de dispositivos móviles, correo electrónico o contacto físico.

La línea sesgada de argumentación de la autoridad laboral, por otro lado, muy pareja con la versión ofrecida por profesionales de diferentes departamentos y representantes de la empresa, obedece a una falta de experiencia práctica y capacitación y porque no, de una visión alejada de la realidad empresarial y las dinámicas existentes en los entornos de trabajo, cuando se gestionan infracciones específicas de seguridad y salud, derecho a la intimidad, dignidad y acoso sexual.

Esta narrativa no es fruto de un caso aislado, sino que resultado de una problemática estructural dentro de la función de este organismo cuando se trata de la gestión de infracciones en aspectos no tradicionales relacionadas con el ordenamiento laboral y de seguridad social como es aquellos derivados del uso de la tecnología y las TIC en los lugares de trabajo²⁸ o las nuevas formas de violencia y acoso laboral o sexual.

De acuerdo con un informe²⁹ del sindicato UGT en España, que recopiló estadísticas de la Inspección de Trabajo entre los años 2008 y 2015, 2.484

28 Senior Labour Inspectors’ Committee (SLIC). Opinion on future EU OSH Enforcement priorities contributing to a renewed EU OSH Strategy. Enero, 2021. <https://circabc.europa.eu/ui/#>

29 Unión General de Trabajadores. Informe sobre violencia contra las mujeres. Noviembre 2018. https://www.ugt.es/sites/default/files/22_informe_ugt_sobre_v.go_2018.pdf

mujeres se vieron afectadas por infracciones en materia de acoso sexual, se efectuaron 1.489 requerimientos y se impusieron sanciones por valor de 237.748 euros. En 2016, según el informe anual de la Inspección de Trabajo, se realizaron 628 actuaciones por acoso sexual en el trabajo, con 82 personas trabajadoras afectadas y un resultado de 3 infracciones impuestas, con sanciones por valor de 8.128€, así como 204 actuaciones por acoso por razón de sexo, con dos personas trabajadoras afectadas, y 2 infracciones impuestas, con sanciones por valor total de 12.502€. Más recientemente, en el informe anual³⁰ del 2019 se estima que las actuaciones conjuntas en materia de derecho a la intimidad, dignidad y acoso sexual se cifraron en 3.608 con 155 infracciones emitidas. El informe no estima actuaciones de este tipo relacionadas con la prevención de riesgos laborales.

Los datos mostrados indican que la familiarización de los inspectores de trabajo con este tipo de problemática es ínfima, a no ser que los sujetos³¹ que lideren estas investigaciones tengan un interés especial y experiencia en el tratamiento de esta temática. Para dirimir esta carencia el autor aboga por la promoción de campañas de concienciación como las que se iniciaron en 2012 siguiendo directrices europeas para la adopción y mejora de las evaluaciones de riesgos psicosociales³² por parte de las empresas y actualización de la formación de los inspectores en las nuevas realidades del ámbito laboral.

Este tipo de dictámenes, máxime teniendo en cuenta la repercusión mediática de caso analizado, no sólo limitan las posibilidades que prosperen futuras denuncias relacionadas con supuestos similares de negligencia o inacción empresarial, sino que manda un mensaje estigmatizante hacia a las trabajadoras denunciadas. Esto provoca que se sigan normalizando comportamientos asociados al acoso sexual y a la discriminación, creando un círculo vicioso, al frenar un lógico cambio progresivo hacia unas nuevas dinámicas de gestión en las que una mejor comprensión de la cultura organizacional y el entorno/diseño del lugar de trabajo debieran ser aspectos prioritarios.

30 Informe anual de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social 2019. http://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2019.pdf

31 Observatorio vasco de acoso moral. La salud mental de las y los trabajadores. Octubre 2012. https://www.osalan.euskadi.eus/contenidos/libro/medicina_201320/es_saludmen/adjuntos/salud_mental_trabajadores.pdf

32 Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Campaña Europea de Inspección para el año 2012 – Evaluaciones de riesgos psicosociales. http://www.mites.gob.es/itss/web/Sala_de_comunicaciones/Noticias/Archivo_Noticias/2012/06/20120607_Not_Web_port.html

Uno de los factores que contribuyen a estos pobres niveles de reporte y exigencia del cumplimiento normativo y que facilitan la invisibilidad de esta problemática viene derivado de la urgente necesidad de actualizar los criterios de la Inspección de Trabajo en materia de acoso y violencia de trabajo, así como en riesgos psicosociales y la de formar a las personas que tienen competencias en la actuación de vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral y de prevención de riesgos laborales desde una perspectiva de género.

Condición sine qua non para la mejora de la capacitación es que el sistema de la Inspección esté integrado por funcionarios con formación y conocimientos actualizados, adaptados a la diversidad de cometidos y especialización funcional propios de la función inspectora tal y como recomienda³³ el Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo (SLIC) a través de un desarrollo de capacidades basado en la formación continua y de manera específica en riesgos emergentes y nuevas tecnologías que puedan afectar a las condiciones de trabajo. Otra medida que se podría establecer es la contratación de más mujeres inspectoras, conjuntamente con la promoción de concienciación en aspectos de género, violencia y discriminación³⁴. Si bien este tipo de medidas son aspectos que la próxima estrategia europea en seguridad y salud en el trabajo tratará de abordar, lo cierto es que la implantación por parte de los diferentes estados miembros y respectivas inspecciones laborales se antoja harto complicada.

4. La violencia y el acoso en el trabajo en un mundo digitalizado

De acuerdo con la OIT³⁵, la participación en aumento de las mujeres en el trabajo digitalizado y las tecnologías de la información (TI) ha provocado un aumento del acoso en línea, el ciberacoso y la denigración que provocan riesgos psicosociales y estrés laboral a las trabajadoras

En los últimos años han sido numerosas las críticas por la permisividad de los denominados gigantes tecnológicos en la gestión del acoso, abuso y

33 European Commission. Senior Labour Inspectors Committee <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=148&intPageId=685>

34 International Labour Organization. General Survey on Labour Inspection (Chapter V) p. 60. 2006 <https://www.endvawnow.org/es/articles/1949-gender-responsive-labour-inspection.html>

35 Organización Internacional del Trabajo. Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Ginebra, 2019. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--dgreports/--dcomm/documents/publication/wcms_686762.pdf

discriminación surgido a raíz de las operaciones de las propias plataformas y los productos ofertados. Su cuestionable praxis en el tratamiento de estos problemas, la falta de ética y su impacto en la responsabilidad corporativa, la trascendencia de una serie de escándalos en la gestión de la diversidad y los recursos humanos, así como el incremento en el escrutinio por parte de inversores, reguladores, sindicatos, etc. han posibilitado que el foco de atención esté cada vez más centrado en las condiciones de trabajo del personal y el bienestar de los usuarios de estas empresas.

Un ejemplo visible de esta cultura enraizada puede verse en la ineficiente gestión de la violencia, el acoso y la discriminación cuando los trabajadores de estas empresas, en ocasiones clasificados como falsos autónomos, sufren situaciones de acoso y abuso laboral. Silicon Valley como el máximo exponente de las empresas tecnológicas y del auge de las plataformas económicas ha sido recientemente objeto de críticas y denuncias sobre su falta de diversidad en núcleo de dirección unido a una denostada mala praxis y fallos en la diligencia debida en el tratamiento de casos de acoso sexual³⁶ y discriminación.

4.1. Economía gig o de plataformas

La economía de plataformas (también llamada “colaborativa”) es un vasto ecosistema de negocios y producción digital que interconecta desarrollos tecnológicos como son la adopción de algoritmos, el uso extendido del big data y la interacción con las aplicaciones móviles por citar algunos. Lo que estas plataformas tienen en común es establecer mercados digitales que conecten a potenciales usuarios y facilitar así transacciones que de otro modo no habrían sido posibles. Todo ello se realiza a un ritmo intensificado en el tiempo y con una obsesión en ocasiones tóxica por la maximización de las interacciones producidas, el tiempo de conectividad y frecuencia de uso por parte tanto del público usuario, como del trabajador sujeto a una relación laboral o asalariado.

Fruto de unos hábitos de globalización y externalización empresarial salvaje, y de un mayor número de consumidores educados en la cultura de la gratificación instantánea, hemos sido testigos y partícipes del auge de este tipo de plataformas colaborativas, que se han están posicionando como el

³⁶ The Guardian. Levin, Sam. Sexual harassment and the sharing economy: the dark side of working for strangers. August 2017. <https://www.theguardian.com/business/2017/aug/23/sexual-harassment-sharing-economy-uber-doordash-airbnb-twitter>

modelo a seguir en un mundo del trabajo más globalizado y digital. Sin embargo, y en contraposición a este nuevo status quo que aboga por la ultraflexibilidad de la mano de obra, un número creciente de voces alertan sobre como este modelo basado en la precariedad laboral y en la descomposición del trabajo tradicional en tareas representa un riesgo para la sostenibilidad de las relaciones laborales del futuro.

En lo que respecta a la violencia y el acoso sexual se puede afirmar que este modelo de negocio es inherentemente inseguro³⁷ tanto para los usuarios de la plataforma como para los propios trabajadores de la empresa. Expone a las personas a un mayor grado de riesgo de abuso sexual, y otro tipo de daños de los que pudieran suceder en un lugar de trabajo tradicional. Por supuesto el balance en lo que al sujeto víctima de esta conducta se refiere es claramente desproporcionado hacia las mujeres³⁸, tanto usuarias como trabajadoras. Y esto no es algo que las plataformas desconocieran cuando fueron creadas. Sus fundadores eran conocedores de los riesgos que sus servicios podrían ocasionar y en lugar de destinar los esfuerzos y recursos en la fase de diseño, o de adoptar medidas éticas y socialmente responsables decidieron anteponer la maximización de la interacción del usuario sobre este tipo de impactos perjudiciales en las personas.

Este paradigma puede verse en las principales compañías del sector, los riders de Deliveroo ejercen su actividad en lo que se ha denominado como una jungla³⁹ como entorno de trabajo. Los repartidores son a menudo objeto de agresiones, situaciones de abuso, robos, etc... Las mujeres riders, aunque tienen mucha menos presencia, están expuestas además a realidades cotidianas de violencia y acoso sexual por parte de viandantes, colegas de profesión y clientes, lo cual repercute de manera directa en sus expectativas salariales, sus posibilidades de continuidad en el puesto y en las probabilidades que vuelvan a emplearse con este tipo de empresas en el futuro.

Compañías como Lyft y Uber han optado por empezar a mostrar la punta del iceberg respecto a esta problemática a través de la publicación de infor-

37 Ingraham, Sara. The Financial Diet. How The “Gig Economy” Perpetuates A Culture Of Sexual Assault & Abuse Of Power. December, 2019. <https://thefinancialdiet.com/how-the-gig-economy-perpetuates-a-culture-of-sexual-assault-abuse-of-power/>

38 Williams, Ivan. Por qué las mujeres no son bienvenidas en la economía gig http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2019/06/williams_noticias_cielo_n6_2019.pdf

39 BBC. Deliveroo takes steps to protect workers from violence. August, 2017. <https://www.bbc.com/news/uk-40805224>

mes de seguridad como consecuencia de la presión externa a la que se han visto expuestos por parte de los medios o por el curso de investigaciones. En el informe de seguridad⁴⁰ publicado por Uber compilando datos de 2017-18, se reconocen 5.981 incidentes relacionados con agresiones sexuales solo en EE.UU, incluyendo 464 reportes de violaciones. El informe mostró que aproximadamente el 92% de las víctimas eran pasajeros y alrededor del 7% eran conductores. Las cifras también mostraron como las mujeres constituyeron el 89% de las víctimas.

Tras la publicación del informe y con el objeto de alinearse con los intereses de los accionistas e inversores la compañía optó por realizar ciertas mejoras de seguridad en la aplicación, en la validación de conductores y en el reporte de incidentes por parte de usuarios y trabajadores. Al mismo tiempo llevó a cabo un número de acciones con el objeto de mejorar su imagen corporativa, campañas para mejorar la empleabilidad y empoderamiento financiero de la mujer en el sector, como fue el principio de acuerdo con la Organización de Naciones Unidas mujeres que finalmente no prosperó⁴¹, o la eliminación de una política interna discriminatoria que obligaba a las personas que habían realizado quejas y denuncias relacionadas con casos de agresión sexual a someterse a arbitraje y la aceptación de acuerdos de confidencialidad.

No obstante, la falta de transparencia sobre el número de incidentes en los diferentes estados en los que opera la empresa relacionados con situaciones de violencia laboral y acoso sexual sigue siendo objeto de consternación.

HoneyBook, una plataforma para la organización de eventos con personal freelance de industrias creativas –fotógrafos, diseñadores, empresas de catering, etcétera– dio a conocer los resultados de una encuesta de acoso sexual⁴². El 54% de los profesionales creativos reportó haber sido acosado sexualmente en el curso de su trabajo, y un 60% informó de supuestos de intimidación física. Un 87% de los encuestados afirmaron no denunciar los incidentes por la falta de diligencia debida por parte de la empresa.

Esta infra-declaración de denuncias también viene propiciada por la naturaleza flexible del trabajo en la economía gig. Este factor está asociado a unos

40 Uber. 2017-2018 US Safety report. December, 2019. <https://www.uber.com/us/en/about/reports/us-safety-report/>

41 Velasco, Schuyler. Can Uber solve its women problem? Marzo, 2015. <https://www.csmonitor.com/Business/2015/0310/Can-Uber-solve-its-women-problem>

42 HoneyBook. Sexual Harassment is Pervasive Among Self-Employed Creatives. January, 2018. <https://www.honeybook.com/risingtide/sexual-harassment-report>

altísimos niveles de rotación laboral, lo cual unido a la facilidad con la que los asalariados trabajan de manera simultánea con otras plataformas similares, o se emplean en otra plataforma una vez finalizada su relación laboral, desincentiva al trabajador a realizar una denuncia o activar el procedimiento interno de la empresa. Este hecho ocurre incluso si la finalización de la relación contractual viene motivada por un incidente relacionado con la violencia y el acoso laboral o sexual sufrido por parte de otros compañeros, usuarios de la aplicación o terceras personas.

En otras ocasiones estas iniciativas tienen como único fin la mejora de la conexión y el uso de la plataforma en aras del incremento exponencial del beneficio económico de la empresa. Esta mentalidad no está exenta de daños colaterales, ya que a menudo se provocan disfunciones en el sistema que impactan de manera negativa en la seguridad y el bienestar de las trabajadoras. La característica “*lost-and-found* - objetos perdidos”⁴³ de Uber es un claro ejemplo de este tipo de desajustes. El uso malicioso de esta funcionalidad ha sido objeto de numerosas denuncias, ya que la aplicación permitió su utilización por parte de ciertos usuarios para ponerse en contacto con las conductoras una vez finalizado el servicio de transporte, con el único afán de contactar con ellas en sus espacios privados (como por ejemplo su domicilio).

La casuística es sumamente variada, desde supuestos en los que la plataforma subestima el potencial de invasión de privacidad⁴⁴, ocasionando que los datos de los trabajadores sean expuestos, y que por tanto puedan contactados por redes sociales, pudiendo llegar a obtener direcciones de contacto y otro tipo de datos de carácter personal, hasta supuestos donde la aplicación facilita situaciones de violencia y acoso contra las trabajadoras. Este es el caso de otra compañía del sector, Sidecar que posibilitó que los usuarios pudieran elegir de manera deliberada a una conductora para la realización del servicio en lugar de un conductor. Esta fue una opción originalmente desarrollada para mejorar la seguridad de las pasajeras y que se sintieran más cómodas con conductoras del mismo sexo.

Instacart, un servicio de entrega y recogida de comestibles cambio su po-

43 BuzzFeedNews. Men Are Using Uber’s Lost-And-Found Feature To Harass Female Drivers. February, 2015. <https://www.buzzfeednews.com/article/johanabhuiyan/faced-with-harassment-female-uber-drivers-often-left-to-fend#.sd8kz4j1vm>

44 Huet, Elen. Forbes. Why Aren’t There More Female Uber And Lyft Drivers?. April, 2015. <https://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2015/04/09/female-uber-lyft-drivers/?sh=6f1244aea28e>

lítica de empresa con el objeto de proteger la privacidad de usuario en detrimento de la seguridad del repartidor. Los denominados ‘*shoppers*’ desconocían por tanto si durante su jornada de trabajo tenían el riesgo de acceder a zonas con alta criminalidad, o con registros anteriores de violencia y acoso.

TaskRabbit empresa especializada en el ofrecimiento de servicios de limpieza, mudanzas, montaje de muebles, mantenimiento o compras y entrega a domicilio constituye otro ejemplo de compañía tecnológica que evita mejoras en el sistema que podrían hacer los entornos de trabajo más seguros para las mujeres, esto pese a tener como fundadora una mujer. La compañía ha sido duramente criticada por la falta de medidas de seguridad para verificar la identidad de los clientes y sus antecedentes penales o delictivos, máxime cuando se trata de delitos de carácter sexual. Recordemos que muchos de los servicios ofertados se prestan en espacios personales y privados como pueden ser casas, despachos o en turnos con poca afluencia de gente lo cual pone en una situación vulnerable tanto a las trabajadoras como a los clientes.

Otra empresa operando en el mismo sector, Handy, pese a anunciarse como la fórmula más fiable y sencilla para cuidar del hogar a través de una serie de servicios de limpieza, y anunciar en su página web la existencia de medidas robustas en los controles y chequeos de seguridad a sus trabajadores independientes, a través de la externalización de este servicio de comprobación de datos con la empresa Checkr (que trabaja con los principales gigantes de la economía gig), ha sido el blanco de numerosas denuncias acerca del impacto negativo de este trabajo en la seguridad y el bienestar de sus trabajadores. En este sentido, numerosas trabajadoras han acusado a la empresa no solo de inacción en el deber de protección, sino de falta de diligencia en la toma de acciones correctivas en los incidentes de acoso sexual y la promoción de una cultura de desincentivamiento en el reporte de este tipo de hechos.

Aquí el poder de disuasión ejercido por la empresa se lleva a cabo a través de obstáculos que impactan directamente en la retribución de los trabajadores independientes⁴⁵. Para ello el proveedor de servicios establece una cuota de contingencia (deducción de 15\$ sobre el salario establecido) en los supuestos en los que los trabajadores abandonen un servicio sin finalizar. Como en otras plataformas los trabajadores independientes están sujetos a sistema de puntuación que evalúa la calidad y satisfacción del servicio prestado,

45 Public Rights Project. Sexual Harassment of Handy Home Service Workers. September, 2020. <https://medium.com/@publicrightsproject/re-sexual-harassment-of-handy-home-service-workers-fec828d05fa7>

si este no es acorde al baremo designado la empresa puede ‘desactivar’ al trabajador. Bajo este nivel de coacción, las trabajadoras en su gran mayoría migrantes, de etnias no mayoritarias o en situaciones económico-sociales precarias han de poner bajo la balanza la continuidad de ingresos económicos y de mantener su puesto de trabajo incluso si sufren situaciones traumáticas de violencia y acoso sexual.

Todas estas disfunciones del sistema exacerbaban el riesgo de sufrir violencia y acoso en el marco de una relación de trabajo. No obstante, cabe explicar cómo estos fallos no están únicamente vinculados a la forma en la que se desarrolla la tecnología, o cómo funciona el algoritmo. Se trata de una problemática estructural que no ha querido tratarse en el origen y que no puede resolverse a posteriori con la simple instalación de tecnología de videovigilancia (como puede ser un sistema de circuito cerrado de televisión CCTV) o con la adaptación de un botón de ‘pánico’ para reportar situaciones de abuso o riesgo inminente a través de una aplicación móvil. Se debe por tanto trabajar hacia un enfoque preventivo que estudie la naturaleza del trabajo, que anticipe futuros riesgos y facilite soluciones centradas en el trabajador o el usuario.

Aunque el modelo de negocio en el que se basan las plataformas digitales es disruptivo y promueve la innovación constante, debemos de ser conscientes que la ‘descomposición’ del trabajo en micro tareas que caracteriza al sector no lo es tanto. Por tanto si el sector tradicional de transporte de personas ha experimentado altos índices de violencia laboral o si el sector de profesionales de limpieza, como es el caso de las camareras de piso (en España conocidas como las ‘kellys’) es un sector donde la prevalencia de violencia y acoso sexual es preocupante debemos pensar que este tipo de conductas no solo se replicarán, sino que se agravarán si cabe más cuando las líneas entre el contrato laboral, o trabajador vs trabajador autónomo o independiente se establecen de manera imprecisa, o cuando el trabajador no realiza este tipo de tareas en lugares de trabajo tradicionales sino en espacios privados o personales.

4.2. La responsabilidad de los gigantes tecnológicos

En los últimos años el público ha sido testigo de una serie de denuncias por sexismo, discriminación y acoso sexual ejercido por parte de numerosas compañías tecnológicas entre las que se incluyen Twitter, Apple, Oracle, Google, Facebook o Tesla. En el “ojo de esta tormenta” se encuentra Silicon Valley, conocida como la sede de muchas compañías emergentes y globales de tecnología. Bajo el marco de este entramado de industrias tecnológicas sub-

yace una problemática endémica en las prácticas corporativas ante supuestos de violencia y acoso laboral.

Ante este tipo de incidentes, las mujeres, independientemente de su posición en el organigrama empresarial son un colectivo vulnerable a diferentes formas de abuso sexual y discriminación, que van desde comentarios obscenos, proposiciones indeseadas, toqueteos, hasta hechos relacionados con la violencia sexual, todo ello bajo el amparo de una cultura de machismo imperante en el sector. Esta pasividad manifiesta impacta de manera directa en la remuneración salarial de las trabajadoras, su calidad de condiciones de trabajo, la reputación profesional en el sector y sus perspectivas de promoción y desarrollo profesional.

La última oleada de protestas producidas en Silicon Valley no ha hecho más que demostrar cuán extendida es esta cultura de misoginia y violencia contra las mujeres, trabajadoras, lesbianas, gays, bisexuales, transgénero (LGBT) o empleados pertenecientes a etnias minoritarias. Esta animadversión manifiesta es un claro exponente de una discriminación estructural, no limitada a una sola compañía, sino que es parte de un fallo sistémico en el deber de protección del empresario y de los grupos inversores frente a las agresiones, la violencia psicológica, el acoso laboral, la intimidación y la violencia sexual, que sufren de manera desproporcionada las mujeres empleadas en este tipo de empresas.

Desde campañas orquestadas de ciberacoso como fue el “*GamerGate*” en el sector de las desarrolladoras y distribuidoras de videojuegos, alimentado por agregadores de noticias como es Reddit; el escándalo sobre sexismo y acoso continuado en Uber, que llevó a la dimisión de miembros de la alta dirección, incluido el cofundador de la empresa, Travis Kalanick; la denuncia de una ingeniera de Tesla describiendo un clima de acoso generalizado; o el caso de Ellen Pao, antigua consejera delegada de Reddit cuya demanda por discriminación suscitó un debate nacional en torno a la misoginia en Silicon Valley, son algunos de los casos que han trascendido a la opinión pública. El número de denuncias ha probado ser generalizado en el sector⁴⁶. A nivel de políticas de relaciones laborales y recursos humanos, el sector se ha situado bajo prácticas y estándares muy deficientes, mostrando poco interés en la responsabilidad corporativa on la gestión del capital humano.

46 The Guardian. Sexism Valley: 60% of women in Silicon Valley experience harassment. January, 2016. <https://www.theguardian.com/technology/2016/jan/12/silicon-valley-women-harassment-gender-discrimination>

Esto se ha visto recientemente reflejado en la negligente gestión de la diversidad y la igualdad efectiva entre hombres y mujeres en sus políticas de dirección de personal; los obstáculos que las tecnológicas han puesto para evitar la formación de sindicatos o controlar la asociación de trabajadores a organizaciones sindicales; la pasividad por parte de empresas como Facebook, Youtube o Twitter para tratar los delitos de odio y comentarios ofensivos (en su mayoría dirigidos contra mujeres y mujeres en puestos relacionados con la política, periodismo, etc...) en sus plataformas; el abuso en las prácticas de outsourcing, subcontratación y externalización a través de empresas especializadas en este sector como TaskUs, Accenture, Genpact y Cognizant, que emplean a grandes contingentes de trabajadores con cuestionables condiciones laborales y de seguridad y salud, como es el caso de los moderadores de contenidos online⁴⁷; o el ya consabido uso generalizado de desarrollo de algoritmos discriminatorios y sexistas.

Si bien el sector ha dado tímidos pasos hacia una mejor comprensión de la problemática, los pocos estudios realizados arrojan datos preocupantes⁴⁸ sobre la deficiente gestión de la violencia y el acoso en los lugares de trabajo. Estos datos, un mayor escrutinio por parte del público e inversores y una mayor transparencia del sector no parecen ser suficientes para transformar un sector que no parece estar interesado en este cambio cultural y organizacional.

En numerosas ocasiones la línea de defensa de los gigantes tecnológicos ha sido recurrente y neutra en su alcance. Las empresas manifiestan sorpresa al hilo de las denuncias realizadas o de los resultados de estudios sobre la temática, y a través de sus potentes servicios de comunicación reiteran su firme compromiso y la importancia de sus políticas de tolerancia cero en los supuestos de violencia y acoso discriminatorio o sexual. Este es un enfoque claramente reactivo que no busca una mejor comprensión del origen de la problemática. No tiene en cuenta las lecciones aprendidas incidentes anteriores y no otorga importancia en la prevención en la fase de diseño de cambios organizacionales o estratégicos en el negocio.

47 Williams, Ivan. Behind the screen. IOSH Magazine, Enero 2020. Leicester. https://issuu.com/redactive/docs/iosh_jan20_full

48 Elephant in the valley. Silicon Valley survey on harassment and safety. May, 2015. <https://www.elephantinthevalley.com/>

5. Conclusiones

Las tecnologías relacionadas con la información y comunicación tienen el potencial de exacerbar desigualdades existentes y crear nuevas entre los hombres y mujeres. Este tipo de desarrollos en constante evolución tienen importantes connotaciones laborales que deben ser mejor entendidas. Esto, unido a transformaciones culturales, nuevas tendencias en los mercados de trabajo y cambios demográficos, como es el incremento en la participación de mujeres en el trabajo digitalizado o relacionado con las TIC, está provocando un aumento de supuestos de acoso en línea, ciberacoso que provocan denigración en las condiciones de trabajo y la exposición por parte de las trabajadoras a factores de riesgo psicosociales y estrés laboral⁴⁹.

Pese a que el Convenio 190 y la Recomendación 206 suponen un gran paso hacia la consecución de lugares de trabajo seguros y saludables, hemos de reconocer la manera en la que manera históricamente (tal y como sucedió con el tratamiento normativo del acoso sexual en los años 90) el lugar de trabajo, la sociedad y las instituciones han impuesto trabas en los desarrollos normativos respecto a los daños que afectan de manera desproporcionada a las mujeres⁵⁰. Por tanto, la existencia de un marco normativo novel no parece ser óbice para el actual estado de desregulación de una problemática emergente como es el ciberacoso y la discriminación digital, entendida como una forma no debidamente protegida de violencia laboral.

Si algo ha demostrado el actual análisis normativo es que las medidas y estrategias de prevención en aspectos laborales relacionados con el ciberacoso han demostrado ser fútiles, tal y como se ha demostrado en la revisión del caso IVECO. Esto sin duda alguna tiene un impacto directo en el grado de protección de los trabajadores, en la calidad de las relaciones laborales y la gestión de personas en las organizaciones y en la sociedad en su conjunto. Su tratamiento requerirá de un mayor grado de compromiso y acción⁵¹ por parte del legislador, los empresarios y los actores sociales.

Si bien numerosos autores coinciden en el carácter innovador e incluso de la norma en cuanto al potencial de su marco garantista (protección de

49 International Labour Organization. *Safety and Health at the Future of Work: Building on 100 years of experience*. Geneva, 2019.

50 Franks, M. A. (2012). *Maryland Law Review* 71 3 Sexual Harassment 2.0.

51 Privitera, Carmel and Campbell, Marilyn Anne (2009) Cyberbullying: the new face of workplace bullying? *CyberPsychology and Behavior*, 12(4). pp. 395-400.

grupos vulnerables, minorías raciales, religiosas), y cobertura de una amalgama de condiciones de empleo y sectores de trabajo, cabe preguntarse de que manera protegerá a los trabajadores respecto a situaciones de violencia y acoso con un alto componente tecnológico y de género, habida cuenta de la evolución constante de estas cuestiones. En este sentido, parece lógico dedicar mayores esfuerzos investigadores al estudio de la discriminación sexual, especialmente en lo que respecta al impacto del ciberacoso sexual discriminatorio⁵².

La segunda parte de esta contribución ha abordado los principios éticos, o mejor dicho la ausencia de ellos en la manera en la que algunas empresas han hecho de la transformación digital su impronta. En el contexto analizado de la economía de plataformas y los gigantes tecnológicos parece claro que los trabajadores como meras mercancías son dejados atrás. Las prácticas laborales aquí demostradas ponen en relieve algunos de los desafíos que el Convenio, una vez ratificado e implementado, tendrá que afrontar.

En estos sectores la visibilidad y el abordaje de la violencia y el acoso es altamente compleja, y forma parte de una problemática estructural instigada y permitida por los grupos inversores, alta dirección y responsables de departamentos de comunicación, legal y recursos humanos entre otros. Esta connivencia interna en el plano organizacional, sumada a la inacción por parte del legislador y de la tutela jurídica, tanto en materia laboral como de seguridad y salud en el trabajo, nos lleva a la conclusión que la legislación no se ha adaptado frente a la eclosión del trabajo digitalizado⁵³.

Este círculo vicioso de negligencia produce riesgos evidentes para la salud, la seguridad y el bienestar de los trabajadores empleados en estos sectores que lleva aparejado un aumento en los niveles de violencia y acoso, estrés psicosocial, intensificación del trabajo y discriminación debido a una falta de disfrute efectivo de derechos básicos laborales que esperamos que sea solucionada en los años venideros.

52 Citron, Danielle Keats, *Law's Expressive Value in Combating Cyber Gender Harassment* (2009). *Michigan Law Review*, Vol. 108, p. 373 - 2009, U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2009-11, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1352442>

53 MOORE, Phoebe (2018) ILO, *The Thread of physical and psychosocial violence and harassment in digitalized work*.

6. Bibliografía

- Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo. Foresight on new and emerging OSH risks associated with digitalisation by 2025. Bilbao, 2018.
- Barea, Mercedes. Affor Prevencion Psicosocial. Caso Iveco: obligaciones de la empresa y gestión de los riesgos psicosociales. <https://affor.es/caso-iveco-obligaciones-de-la-empresa-y-gestion-de-los-riesgos-psicosociales/>
- Bettina West et al, Cyberbullying at Work: In Search of Effective Guidance, 2014 3-3 Laws | An Open Access Journal from MDPI 598, 2014 CanLIIDocs 33256, <<http://canlii.ca/t/slm8>>, retrieved on 2021-01-10
- Citron, Danielle Keats, Law's Expressive Value in Combating Cyber Gender Harassment (2009). Michigan Law Review, Vol. 108, p. 373 - 2009, U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2009-11, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1352442>
- Eurofound (2015), Violence and harassment in European workplaces: Causes, impacts and policies, Dublin.
- European Commission. Safer internet day 2009, press release. February, 2009. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_09_58
- European Commission. Study on the implementation of the autonomous framework agreement on harassment and violence at work. June, 2015. <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=7922&furtherPubs=yes>
- European Parliament. New Forms of Physical and Psychosocial Health Risks at Work. Brussels, 2008.
- European Parliament. Bullying and sexual harassment at the workplace, in public spaces, and in political life in the EU. March 2018.
- Foro Económico Mundial. Informe de riesgos globales 2020. Ginebra, 2020. <https://es.weforum.org/reports/the-global-risks-report-2020>
- Franks, M. A. (2012). Maryland Law Review 71 3 Sexual Harassment 2.0.
- Gimeno Lahoz, Ramon. La presión laboral tendenciosa: el mobbing desde la óptica de un juez. 2005.
- International Labour Organization. Safety and Health at the Future of Work: Building on 100 years of experience. Geneva, 2019.
- International Standardization Organization. ISO/DIS 45003. Occupational health and safety management — Psychological health and safety at work: managing psychosocial risks. Guidelines <https://www.iso.org/standard/64283.html>
- LinkedIn. Informe de tendencias globales en gestión del talento 2019.
- Mainiero, L. A., & Jones, K. J. (2013). Sexual harassment versus workplace romance: Social media spillover and textual harassment in the workplace. *The Academy of Management Perspectives*, 27(3), 187–203.
- Molina Navarrete, Cristobal. Redes sociales digitales y «ciberacoso sexual en el

- trabajo»: ¿Qué lecciones del «caso Iveco» para los departamentos de RRHH en una era digital?. CEF Laboral social. Julio 2019. <https://www.laboral-social.com/ciberacoso-laboral-caso-iveco-gestion-prevencion-riesgos-obligacion-responsabilidad-empresarial.html>
- Moore, Phoebe; Akhtar, Pav. The psychosocial impacts of technological change in contemporary workplaces, and trade union responses. *International Journal of Labour Research*. Geneva, 2016.
- Moore, Phoebe. *The Threat of Physical and Psychosocial Violence and Harassment in Digitalized Work*. Leicester, 2018.
- Olarte Encabo, Sofia. *Prevención del riesgo laboral de acoso sexual y acoso sexista. Los nuevos retos del trabajo decente: la salud mental y los riesgos psicosociales*. Universidad Carlos III de Madrid. 2019.
- Organización Internacional del Trabajo. *Actualización de las necesidades del sistema”: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC*. Ginebra, 2020.
- Organización Internacional del Trabajo. *Entornos de trabajo seguros y saludables, libres de violencia y acoso – Ginebra: OIT*, 2020.
- Privitera, Carmel and Campbell, Marilyn Anne (2009) *Cyberbullying: the new face of workplace bullying?* *CyberPsychology and Behavior*, 12(4). pp. 395-400.
- Rosenthal, H. M. and Genelle I. Belmas. “(Non)existent Laws of Workplace Cyberbullying: Limitations of Legal Redress in a Digitized Market. 2021.
- Senior Labour Inspectors’ Committee (SLIC). *Opinion on future EU OSH Enforcement priorities contributing to a renewed EU OSH Strategy*. Enero, 2021. <https://circabc.europa.eu/ui/#>
- Stefano et al. *Actualización de las necesidades del Sistema: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y al acoso en el mundo del trabajo posibilitado por las TIC*. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, 2019.
- Unión General de Trabajadores. *Informe sobre violencia contra las mujeres*. Noviembre 2018. https://www.ugt.es/sites/default/files/22_informe_ugt_sobre_v.go_2018.pdf
- Williams, Ivan. *5 tendencias en la gestión y prevención del acoso sexual que debes conocer*. LinkedIn Pulse. Mayo 2019. <https://www.linkedin.com/pulse/5-tendencias-en-acoso-sexual-que-debes-conocer-iv%3%A1n-williams-jim%3%A9nez/>
- Williams, Ivan. *Por qué las mujeres no son bienvenidas en la economía gig* http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2019/06/williams_noticias_cielo_n6_2019.pdf
- Williams, Ivan. *Behind the screen*. *IOSH Magazine*, Enero 2020. Leicester. https://issuu.com/redactive/docs/iosh_jan20_full

Anexo 1. Documentos

- BuzzFeedNews. Men Are Using Uber's Lost-And-Found Feature To Harass Female Drivers. February, 2015. <https://www.buzzfeednews.com/article/johnabhuiyan/faced-with-harassment-female-uber-drivers-often-left-to-fend#.sd8kz4j1vm>
- European Commission. Senior Labour Inspectors Committee <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=148&intPageId=685>
- Huet, Elen. Forbes. Why Aren't There More Female Uber And Lyft Drivers?. April, 2015. <https://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2015/04/09/female-uber-lyft-drivers/?sh=6f1244aea28e>
- HoneyBook. Sexual Harassment is Pervasive Among Self-Employed Creatives. January, 2018. <https://www.honeybook.com/risingtide/sexual-harassment-report>
- Informe anual de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social 2019. http://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2019.pdf
- Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Campaña Europea de Inspección para el año 2012 – Evaluaciones de riesgos psicosociales. http://www.mites.gob.es/itss/web/Sala_de_comunicaciones/Noticias/Archivo_Noticias/2012/06/20120607_Not_Web_port.html
- Observatorio vasco de acoso moral. La salud mental de las y los trabajadores. Octubre 2012. https://www.osalan.euskadi.eus/contenidos/libro/medicina_201320/es_saludmen/adjuntos/salud_mental_trabajadores.pdf
- International Labour Organization. General Survey on Labour Inspection (Chapter V) p. 60. 2006 <https://www.endvawnow.org/es/articles/1949-gender-responsive-labour-inspection.html>
- Organizacion Internacional del Trabajo. Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Ginebra, 2019. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_686762.pdf
- Uber. 2017-2018 US Safety report. December, 2019. <https://www.uber.com/us/en/about/reports/us-safety-report/>
- Velasco, Schuyler. Can Uber solve its women problem? Marzo, 2015. <https://www.csmonitor.com/Business/2015/0310/Can-Uber-solve-its-women-problem>

CAPITULO X
IMPACTO DEL CONVENIO 190 OIT EN LA ESTRATEGIA ESPAÑOLA
CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

CHAPTER X
IMPACT OF ILO CONVENTION 190 ON THE SPANISH STRATEGY
AGAINST GENDER-BASED VIOLENCE

Francisco Xabiere GÓMEZ GARCÍA
Investigador del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León
fgomg@unileon.es
ORCID ID: 0000-0003-0040-2758

Resumen: El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo es el primer instrumento internacional que afronta de forma integral el fenómeno de la violencia relacionada con el ámbito laboral, y además lo hace desde el convencimiento de que gran parte de esa violencia la sufren las mujeres por el mero hecho de ser mujer. Asimismo, este instrumento, fruto del tripartismo, no es ajeno a las repercusiones que tanto sobre las mujeres como sobre su prestación laboral tiene la violencia extralaboral. El Gobierno español ha manifestado su intención de ratificar cuanto antes este Convenio, por lo que resulta obligado cuestionarse qué posibles novedades o adaptaciones tendrían que producirse en la normativa interna para acomodarse a lo que en él se dispone, siempre desde la óptica de la violencia y el acoso contra la mujer, para lo cual se acude a la Estrategia española contra la violencia de género, actualmente en fase de elaboración para el periodo 2021-2025. Previamente se realiza un recorrido por la atención a esta clase de violencia que muestran otras normas internacionales e internas, además de mostrar las principales aportaciones y debates que sobre este aspecto se produjeron durante el largo recorrido que precedió al acuerdo y adopción del Convenio 190.

Palabras clave: género, acoso, mujeres, discriminación, España

Abstract: The Convention 190 of the International Labour Organisation is the first international instrument to deal comprehensively with the phenomenon of violence related to the workplace, and it does so from the conviction that a large part of this violence is suffered by women simply because they are women. In addition, this instrument, which is the result of tripartism, is not blind to the repercussions that violence outside the workplace has both on women and on their employment. The Spanish government has expressed its intention to ratify this Convention as soon as possible, and it is therefore necessary to consider what

possible changes or adaptations would have to be made to domestic legislation in order to comply with its provisions, always from the perspective of violence and harassment against women, for which purpose the Spanish Strategy against Gender Violence, currently being drawn up for the period 2021-2025, is used. Prior to this, a review is made of the attention to this type of violence shown in other international and domestic regulations, as well as showing the main contributions and debates that took place on this issue during the long journey that preceded the agreement and adoption of Convention 190.

Keywords: gender, harassment, women, discrimination, Spain

Sumario: 1. La relación previa de la OIT con la violencia de género. 2. La violencia contra las mujeres desde otros organismos internacionales. 3. Violencia de género y regulación legal en España. 3.1. Violencia de género extralaboral. 3.2. Violencia de género laboral. 4. La Estrategia española contra la violencia de género. 5. La violencia de género en los nuevos instrumentos normativos de la OIT. 5.1. Aportaciones esenciales durante una complicada génesis. 5.2. Principales impactos de los nuevos instrumentos. 5.2.1. El Convenio 190. 5.2.2. La Recomendación 206. 6. Apuntes para una nueva Estrategia española contra la violencia de género. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. La relación previa de la OIT con la violencia de género

Hace varias décadas ya que la Organización Internacional del Trabajo cuenta con instrumentos normativos que atienden tanto a la igualdad y no discriminación, casos del Convenio número 100 y la Recomendación número 90 sobre igualdad de remuneración, ambos de 1951, o el Convenio número 111 y la Recomendación número 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), ambos de 1958, como a la seguridad y salud en el trabajo, casos del Convenio número 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 1981, o el Convenio número 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, de 2006.

Bien es cierto que todos estos documentos legales no son propensos a contemplar a las mujeres como un sujeto colectivo concreto, salvo precisamente para tomar en consideración otras normas internacionales y nacionales cuya noción de la protección de su salud y bienestar justificaba la inaplicación de la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, por ejemplo, en el acceso a las diversas profesiones y funciones¹.

¹ Disposición 6.d de la Recomendación número 90 sobre igualdad de remuneración, de 1951.

Por el contrario, otras herramientas de la OIT, pero de carácter no vinculante, sí van a situar la igualdad de género y la no discriminación como cuestiones transversales —Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa— que deben funcionar como eje del trabajo decente —Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente—², reconociendo incluso que a mujeres y a hombres afectan de manera diferente cuestiones como la violencia laboral, dado que las mujeres están especialmente expuestas a determinados tipos de ella, como las agresiones sexuales³.

Precisamente, tras las discusiones que precedieron a esta última proclama, fue evidente que la OIT necesitaba pronunciarse de forma más amplia sobre el fenómeno de la violencia relacionada con el ámbito laboral, y no solo desde el punto de vista de la igualdad entre hombres y mujeres. Tuvo que pasar una década para que, en la 108.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de 2019, fuera aprobado el Convenio 190 sobre la violencia y el acoso, al que se acompaña la Recomendación 206 sobre la violencia y el acoso.

En ambos instrumentos, además de atenderse a la violencia y el acoso de carácter general, están presentes las cuestiones de género que permiten también considerar a la violencia de género contra las mujeres, que a fin de cuentas era la que una década antes demandaba ya una respuesta inaplazable, si bien utilizando la expresión neutra de “violencia y acoso por razón de género”.

Las ratificaciones de Uruguay y Fiyi (a las que se ha sumado posteriormente Namibia) suponen la entrada en vigor del Convenio el próximo 25 de junio de 2021, a la espera de que otros Estados, como el español, hagan lo propio.

2. La violencia contra las mujeres desde otros organismos internacionales

La aprobación de la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1979, ignoró la violencia de género como una manifestación muy patente de la misma. Omisión que tuvo que ser subsanada con posterioridad por el Comité para la eliminación de la discriminación contra

² OIT: *Igualdad de género y trabajo decente: Convenios y recomendaciones claves de la OIT para la igualdad de género*, OIT, Ginebra, 3^a Ed., 2012, pág. VI.

³ OIT: *Directrices marco para afrontar la violencia laboral en el sector de la salud*, OIT, Ginebra, 2002, pág. 10.

la mujer (CEDAW, según sus siglas en inglés), como órgano supervisor encargado del control de la aplicación de esta Convención.

Fue la Recomendación General número 19 “La violencia contra la mujer”, de 1992, el instrumento por el cual se dispuso que en la definición de la discriminación contra la mujer aportada por el artículo 1 de la Convención, se incluye, aunque no se mencione explícitamente, la violencia basada en el sexo, es decir, “la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”, englobándose en ella los actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad (punto 6). Si bien, más allá de la realidad individual de cada mujer, las consecuencias estructurales básicas de esta violencia “contribuyen a mantener a la mujer en un papel subordinado, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y oportunidades de empleo” (punto 11).

La ulterior Recomendación general número 35 “sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19”, de 2017, perfecciona ese concepto de violencia basada en el género, utilizando el término más preciso de “violencia por razón de género contra la mujer”, el cual permite poner de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el género de la violencia y, a la vez, reforzar aún más “la noción de la violencia como problema social más que individual”, lo que va a exigir unas respuestas integrales que vayan más allá de las relativas a sucesos concretos, autores y víctimas y supervivientes (punto 9).

Más prolífica ha sido la Unión Europea, ya desde 1986, momento en el cual el Parlamento Europeo inició un proceso de elaboración de resoluciones sobre las agresiones a las mujeres, las violaciones de las libertades y derechos fundamentales de las mujeres, la pornografía y la trata de personas⁴. De las múltiples resoluciones aprobadas en este sentido, quizá la más importante sea la de 26 de noviembre de 2009 “sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, por cuanto prescribe a los Estados miembros el encargo de medidas para poner fin a la violencia contra las mujeres, como expresión extrema de la desigualdad de género.

4 VENTURA FRANCH, A. et al., *El derecho a la protección social de las víctimas de la violencia de género. Estudio sistemático del título II de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género de acuerdo con la distribución territorial del Estado* (Madrid: Secretaría de Estado de la Seguridad Social, 2007), pág. 26.

Sin duda, esta perspectiva de la discriminación ha sido la principal aproximación de la Unión Europea al fenómeno de la violencia contra las mujeres por el hecho de ser mujer. La “Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo” fue el instrumento apropiado para acomodar las cuestiones de género al marco común de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, estableciendo que el acoso relacionado con el sexo de una persona y el acoso sexual son formas de discriminación contrarias al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Norma que después fue reemplazada por la “Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)”, la cual, además de esas dos figuras de acoso, amplió la discriminación a cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo.

Al hilo de esta cuestión, se ha señalado con acierto la diferencia conceptual entre la OIT, donde se suele emplear el término de violencia, y el derecho de la Unión, centrado en el de acoso, sin que en esta última exista ese “referente normativo específico” regulador de las conductas antijurídicas que, atentando contra la dignidad personal de cualquier persona trabajadora, su motivación no proceda de una causa discriminatoria, en lo que la mayoría de la doctrina ha venido denominando como acoso moral o laboral, siendo éste el género que englobaría al resto de especies, como el sexual⁵. No se comparte aquí esa categorización, al menos para la violencia de género contra las mujeres, pues esta violencia excede con mucho la problemática específica emanada del ámbito laboral, siendo parte de una configuración patriarcal de la sociedad y no una mera suma de violencias individuales contra las mujeres, por lo que su subordinación, aun teórica, puede dificultar su afrontamiento como cuestión transversal en la sociedad.

Por otra parte, el Pacto Europeo por la Igualdad de Género 2011-2020 incluyó la oposición a la violencia de género dentro de las medidas de actuación que debían tomar los Estados miembros y la propia Unión, según procediese,

5 YAGÜE BLANCO, S.: “Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación de España”, *RGDTSS* 57 (2020), pág. 507.

para cumplir con las pretensiones en materia de igualdad entre los sexos, lo que en el ámbito laboral siempre precisaría del apoyo de los interlocutores sociales y las empresas, a quienes se ha exhortado a poner en marcha y aplicar efectivamente iniciativas en favor de la igualdad de género, promoviendo planes en ese sentido en los propios lugares de trabajo.

Respecto al Consejo de Europa, la Carta Social Europea, tras su revisión en los años 90, incluyó en su artículo 26 el Derecho a la dignidad en el trabajo, en el cual se expone el compromiso de promover la sensibilización, la información y la prevención en materia de acoso sexual en el lugar o en relación con el trabajo, así como de otros actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador. Empero, una mayor incidencia han tenido la Recomendación sobre la Protección de las mujeres contra la violencia, del año 2002, y, en especial, el “Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica”, conocido como Convenio de Estambul, por ser esa la ciudad donde se abrió a su ratificación por los Estados, el 11 de mayo de 2011. La gran aportación de este convenio, además de ser el primer instrumento de carácter vinculante en el ámbito europeo frente al conjunto de esta violencia, reside en su carácter abarcador de toda la violencia contra las mujeres por el hecho de ser mujer, reconociendo que las mujeres y niñas están más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género y que la violencia doméstica, aunque afecta también a los hombres, perjudica a las mujeres de manera desproporcionada.

3. Violencia de género y regulación legal en España

En los años 80, el Estado español comenzó a atender el problema de la violencia que sufren las mujeres, por medio de planes y normas de rango legal y reglamentario⁶. Sin embargo, no sería hasta 2003, con la promulgación de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros, el punto de inicio de un verdadero periplo protector, con mayor o menor acierto, en torno a diferentes manifestaciones de la violencia contra las mujeres.

⁶ *Estrategia nacional para la erradicación de la violencia contra la mujer (2013-2016)*, pág. 21.

3.1. Violencia de género extralaboral

La posterior aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, supuso un salto cualitativo en la protección de una parte de las mujeres víctimas de esta violencia, en concreto de aquellas cuyo agresor tiene o ha tenido una relación “afectiva” con ellas. Este salto, todavía diferencial en comparación con muchos de los otros Estados europeos, se concreta en tres aspectos principales: en primer lugar, porque caracteriza esta violencia como una discriminación, producto de la “situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (art. 1.1); en segundo, y a consecuencia de lo anterior, porque afirma que la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado, motivo por el cual se van a derivar obligaciones para las administraciones y para sujetos privados como empresarios o trabajadores; por último, por su enfoque “integral y multidisciplinar”, con medidas en diferentes ámbitos, como el educativo, el sanitario o el laboral.

El principal deber de esta norma es que deja desamparadas las violencias cuyo agresor no es o ha sido pareja afectiva de la víctima, lo que se espera corregir mediante una futura Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual.

En cualquier caso, debe aclararse que el hecho de que el origen de esta violencia esté relacionado con la vida privada de la mujer no quiere decir que no repercuta en su vida profesional, pues es notorio que esta violencia suele ocasionar descenso de la productividad, absentismo o incapacidades.

3.2. Violencia de género laboral

Este tipo de violencia es la producida en el ejercicio de la actividad profesional o como consecuencia de esta, con la dificultad que tiene para la trabajadora intentar escapar de la agresión sin incumplir sus obligaciones laborales. En el ordenamiento español se conforma como transposición de la normativa europea, en lo que se puede denominar como acoso discriminatorio por motivaciones de género (sin que se afirme *a priori* el sexo de la persona acosadora ni de la víctima), que, a su vez, se dividiría en dos tipos: el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, ambos definidos en el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la cual ha eliminado el carácter indeseado de la normativa europea, es decir,

que no se precisa ninguna muestra de rechazo, directa o indirecta, por parte de la víctima.

El acoso sexual consiste en cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Por su parte, el acoso por razón de sexo lo constituye cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. En este supuesto la motivación del perpetrador es la discriminación en base a estereotipos sociales, mientras que en la primera figura responde a una naturaleza sexual agregada a ciertas relaciones de poder.

4. La Estrategia española contra la violencia de género

Desde finales de los años 90, el Gobierno de España ha elaborado diferentes planes específicos relacionados con la violencia de género contra las mujeres. Así, se pueden citar el Plan de Acción contra la Violencia Doméstica 1998-2000, el II Plan Integral contra la Violencia Doméstica 2001-2004, el Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género 2007-2008, el Plan Integral contra la Trata de Seres Humanos con fines de explotación sexual 2009-2012 o el Plan de Atención y Prevención de la Violencia de Género en Población Extranjera Inmigrante 2009-2012.

Lo desarrollado por estos y otros diferentes planes de actuación en el Estado español (autonómicos, locales, etc.) en materia de violencia de género confluó, mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de julio de 2013, en una herramienta denominada “Estrategia Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, 2013-2016”, la cual unifica de forma coordinada y sistematizada doscientas ochenta y cuatro medidas de actuación que afectan a todas las administraciones y poderes públicos, y cuya ejecución se estimó en más de mil quinientos millones de euros.

Uno de los principales problemas de este instrumento estriba en la conceptualización de la violencia de género, debido a la dispar concepción entre las definiciones internacionales y la española, más restringida a las relaciones de pareja o “afectividad”. Así, en algunos momentos se va a emplear en el sentido de la definición internacional, mientras que en otros se usa la expresión “violencia contra/sobre la mujer” y, como manifestación concreta de la misma, las de violencia de género, maltrato o malos tratos.

No se desarrollaron en la Estrategia, aunque sí se mencionan al objeto de concienciar y dar visibilidad, las formas de violencia contra las mujeres relacionadas con los crímenes de honor, la esclavitud y la explotación sexual como, por ejemplo, los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina, la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, la inmolación, la mutilación con ácido o el acoso y las agresiones sexuales.

La Estrategia contiene unos “principios estratégicos de actuación” entre los que están la globalidad, la participación, la multidisciplinariedad o la integralidad, abarcando este último los tres niveles de acción: primaria, para reducir la posibilidad de aparición de la violencia; secundaria, con la identificación precoz del problema para asegurar una intervención rápida; y terciaria, buscando reducir las consecuencias negativas, por ejemplo, articulando programas de recuperación de las víctimas.

Igualmente, la Estrategia persigue cuatro objetivos generales, alguno de los cuales cuenta también con objetivos más específicos: el primero busca la ruptura del silencio cómplice del maltrato, lo que incluye la sensibilización social, el refuerzo de la prevención, la intensificación de la detección y el reforzamiento de la autonomía de las mujeres que la han padecido; el segundo persigue la mejora de la respuesta institucional, con una atención individualizada a través de una “ventanilla única” que haga efectivos los criterios del Catálogo de Referencia de Servicios Sociales; el tercero se orienta hacia la atención de los menores y de aquellas mujeres especialmente vulnerables a la violencia de género, lo que incluye a las inmigrantes, a las mayores de 65 años, a quienes viven en el ámbito rural y a las mujeres con alguna discapacidad; por último, la visibilización y atención hacia otras formas de violencia contra la mujer, sin perjuicio de otras acciones que se lleven a cabo desde ámbitos de intervención específicos.

Finalmente, se marcan tres ejes transversales cuya posible consecución repercutiría directamente en el logro de los cuatro objetivos generales recién expuestos: el primero de ellos se orienta hacia el elemento humano, es decir, las personas parte del sistema destinado a la erradicación de la violencia de género, y lo hace a través del diseño de acciones de formación para el perfeccionamiento de sus aptitudes y competencias personales y profesionales, y acciones de sensibilización y motivación para la consecución del objetivo común; el segundo eje pretende la coordinación de las actuaciones en los tres niveles de la administración (estatal, autonómico y local) y el trabajo en red como marco habitual de las operaciones mediante la creación de nuevas

herramientas de intercambio de información, conocimientos y prácticas; el tercer y último eje transversal se ocupa de intensificar la calidad y la mejora continua de las actuaciones y políticas públicas sobre esta materia por medio de mecanismos de evaluación que permitan medir los resultados.

Esta evaluación se debe realizar por medio de un sistema de indicadores que permita verificar el grado de ejecución de las medidas contempladas en la Estrategia, identificar los posibles problemas durante el proceso de ejecución, valorar la consecución de los objetivos propuestos y analizar posibles mejoras a incluir. La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género es el órgano responsable del seguimiento de toda la Estrategia, para lo que se apoya en otras administraciones y entidades diversas, en especial en la Conferencia Sectorial de Igualdad y en el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer. Cada anualidad la Delegación debe revisar la Estrategia elaborando un informe de evaluación intermedia y, al término de su vigencia, le corresponde realizar el informe de evaluación final.

Precisamente, la publicación del Informe de ejecución de la Estrategia ha destacado importantes datos para el combate contra la violencia de género. Por ejemplo, que hay mujeres que no acuden a ninguno de los servicios de ayuda o denuncian la situación, incluso que todavía no comunican a nadie su situación, lo que puede llevar a una infravaloración de la magnitud real del problema, pues cabe recordar que la “Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019”⁷ revelaba que el 57,3% de las mujeres mayores de 15 años aseguraron haber padecido violencia por ser mujer en algún momento de sus vidas, mientras que una de cada cinco la había sufrido en los últimos doce meses.

En el ámbito del empleo se destacan iniciativas de prevención y sensibilización como la campaña “Empresas por una Sociedad Libre de Violencia de Género”, la cual, tanto a nivel estatal como en sus réplicas autonómicas, pretende que las empresas públicas o privadas incorporen voluntariamente estas acciones y compromisos a su responsabilidad social corporativa; o el Programa de Inserción Sociolaboral, donde se firman convenios con empresas privadas destinados a facilitar la inserción laboral de mujeres que sufren violencia de género, bien asegurando a las víctimas la confidencialidad, bien teniendo en cuenta sus necesidades particulares o bien definiendo puestos de trabajo que se les puede ofrecer.

Resulta altamente criticable desde el punto de la responsabilidad protec-

⁷ *Macroencuesta de Violencia contra la Mujer 2019*, Madrid, Ministerio de Igualdad, 2020.

tora del Estado que, finalizada una Estrategia de cuatro años, transcurra un nuevo periodo de cuatro años sin que se realice una nueva, no pudiendo ser excusa la situación política del Gobierno, pues el compromiso frente a la violencia de género contra las mujeres debe ser una obligación de primer orden, como se ha manifestado en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género.

Afortunadamente, la actual Ministra de Igualdad ha anunciado el comienzo de los trabajos de elaboración de una nueva Estrategia para el periodo 2021-2025, ahora posiblemente denominada “contra las violencias machistas”, que espera ir más allá de la violencia que se produce en el ámbito de la pareja o expareja, debiendo incorporar nuevas líneas de actuación ante el acoso sexual o frente a las nuevas formas digitales, y que pondrá énfasis en la prevención, en la protección integral de la víctima, en la reparación y en la atención a los niños y niñas.

5. La violencia de género en los nuevos instrumentos normativos de la OIT

La 108.^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en junio de 2019, incluyó un quinto punto del orden del día donde se presentaron, para su aprobación final, los informes de la Comisión Normativa sobre la violencia y acoso en el mundo del trabajo. En ellos, se contenía el texto del Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, la Recomendación sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y la Resolución para la promoción y aplicación eficaz de los mismos. Esta última recalca el papel esencial que desempeñan los Estados Miembros y los interlocutores sociales para cumplir el objetivo final de la eliminación de toda violencia y acoso en el mundo del trabajo y, por ello, pretende una estrategia integral que abarque alianzas e iniciativas conjuntas, asistencia técnica y movilización de recursos y presupuestos.

5.1. Aportaciones esenciales durante una complicada génesis

Justamente un año antes, la Comisión Normativa sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo abordaba, por primera vez desde el punto de vista normativo en el seno de la OIT, en 17 sesiones, la temática de la violencia y el acoso. Los debates más intensos se centraron en el marco conceptual sobre los términos de “violencia y acoso”, en especial el de género, y “mundo del trabajo”.

En esa reunión, la representante del Secretario General comenzó realizando una breve presentación de la labor de la Comisión y describió el contexto histórico en que se había originado, refiriéndose en particular a la adopción de la Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente, en la 98.^a reunión de la Conferencia (2009). Basándose en los resultados de esa discusión, el Consejo de Administración consideró necesario adoptar un enfoque más amplio y, en su 325.^a reunión (octubre-noviembre de 2015), incluyó en el orden del día de la 107.^a reunión de la Conferencia un punto titulado «La violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo». Luego, en 2016, se celebró una Reunión tripartita de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo, en la cual esos expertos recomendaron que en el título del citado punto del orden del día de la Conferencia se añadiera “el acoso”, cambio que posteriormente fue aprobado por decisión del Consejo de Administración en su 328.^a reunión (octubre-noviembre de 2016).

Entrando ya en el turno de intervenciones de los representantes, a juicio del Gobierno del Reino Unido, la violencia y el acoso eran obstáculos mayores que coartaban la participación económica de la mujer y el logro de la igualdad entre los géneros en todo el mundo, además de constituir una violación grave de los derechos humanos, enorgulleciéndose del enfoque fuertemente preventivo que, a su juicio, existía en su país.

Por su parte, el Gobierno de Turquía resaltó que, aunque ya había una serie de normas internacionales del trabajo —ratificadas por Turquía— que brindaban protección contra algunas formas de violencia y acoso en el lugar de trabajo, éstas no abordaban la violencia y el acoso como cuestión explícita y principal.

La miembro gubernamental de México subrayó que el fortalecimiento de los instrumentos jurídicos internacionales en materia de género debía procurar el empoderamiento de las mujeres en el ámbito laboral y su vínculo con el desarrollo sostenible, y que la Conferencia ofrecía la oportunidad de formular instrumentos internacionales que favorecieran el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres y su participación en la vida política, cultural, económica y social.

El representante del Gobierno de España destacó que, en España, la violencia contra las mujeres se consideraba una grave violación de los derechos humanos y su erradicación era una prioridad en la agenda pública. A su vez, propuso que el texto que se adoptase hiciera referencia explícita a la violencia que sufren las mujeres en el lugar de trabajo por razón de género.

La miembro gubernamental de la India indicó que la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres eran cuestiones específicas del lugar de trabajo que debían tratarse cada una por separado.

La representante gubernamental de Brasil manifestó que, en general, se trataba de un problema que afectaba de manera desproporcionada a las mujeres y a las minorías, por lo cual se debía incorporar una sólida perspectiva de género y atender especialmente a la diversidad.

La miembro del Gobierno de Canadá explicó que los efectos de la violencia y el acoso en el lugar de trabajo significaban obstáculos para la existencia de lugares de trabajo inclusivos y que dieran cabida a la diversidad, en particular para ciertos colectivos, entre otros, las mujeres, los jóvenes trabajadores, las personas con discapacidad, las personas LGBTI y los pueblos indígenas. Además, expresó que la igualdad entre los géneros era una prioridad para su gobierno.

La representante gubernamental de Israel declaró que contaban con una sólida legislación en materia de violencia de género, citando su Ley sobre Prevención del Acoso Sexual, la cual obliga a los empleadores a adoptar medidas razonables encaminadas a prevenir el acoso, y prevé que los empleadores que incumplan esta obligación serán considerados responsables, a título personal, de todo acto en ese sentido cometido por sus asalariados.

La miembro del Gobierno de Namibia constató que, si bien se habían elaborado algunos estudios sobre la violencia de género y se había aprobado un plan de acción nacional quinquenal sobre este problema, en cambio los estudios centrados en la violencia y el acoso en el lugar de trabajo o en la repercusión de la violencia doméstica en el mundo del trabajo eran muy escasos, por lo que era preciso definir una visión común de la violencia de género y alcanzar un acuerdo sobre los principios básicos que respetase los contextos culturales nacionales para obtener una norma aplicable más allá de los países desarrollados.

La miembro gubernamental de Bélgica hizo suya la declaración de la UE y apuntó que, pese a la legislación promulgada en su país para combatir la violencia y el acoso, la violencia de género seguía siendo un gran problema en la sociedad belga.

La representante del Gobierno de Australia manifestó que, sin duda, las mujeres eran, con demasiada frecuencia, víctimas de violencia y acoso en el trabajo, pero era importante que la violencia y el acoso, y no el género, fuera el aspecto central de la discusión. Una norma nueva enviaría a todo el mundo

un mensaje categórico de que todos los trabajadores, tanto hombres como mujeres, debían estar a salvo de la violencia y el acoso en el trabajo.

La representante China señaló que la legislación laboral en su país contaba con reglas especiales para la protección de las asalariadas que prohibían el acoso sexual. Además, en algunas provincias chinas se habían adoptado medidas adicionales y en sus reglamentaciones se incluían referencias a las nuevas tecnologías.

El miembro gubernamental de Francia hizo suya la declaración de la UE y destacó las medidas adoptadas recientemente por Francia con miras a eliminar la violencia contra las mujeres y fomentar la igualdad entre los géneros en el trabajo.

El miembro gubernamental de Suiza explicó que la igualdad entre los géneros era una condición previa para lograr el desarrollo sostenible y un crecimiento inclusivo, y, desde 2013, era un elemento transversal de todos los proyectos de desarrollo económico de Suiza. Además, expuso la conveniencia de integrar las realidades propias de cada género en todos los asuntos, también en el trabajo, por lo que era preciso intensificar las medidas de protección como consecuencia de la mayor participación de las mujeres en el mercado laboral.

La miembro gubernamental de Argentina recalcó la importancia del diálogo social tripartito —cuya expresión por excelencia en su país son las convenciones colectivas de trabajo— para proteger a las partes más débiles de una relación, en este caso las mujeres, las trabajadoras y las personas LGBTI. También recordó que el Congreso de su país sancionó la ley núm. 26.485 de “protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”, la cual describe, como un tipo de violencia, la económica y patrimonial. Asimismo, expuso que la segregación ocupacional, en su sentido vertical y horizontal, eran problemas cruciales a resolver.

El miembro del Gobierno de Nepal recordó que su país había adoptado una política de tolerancia cero contra el acoso sexual y señaló que la discriminación de las mujeres era mayor en los empleos donde tradicionalmente predominaban los hombres.

El representante del Gobierno de Japón indicó que la Ley de Igualdad de Oportunidades en el Empleo del Japón obliga a las empresas a tomar las medidas que sean necesarias contra el acoso sexual y el acoso de las mujeres embarazadas y las mujeres que acababan de alumbrar.

La representante de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad

de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres) aplaudió que se reconocieran la violencia de género y la interseccionalidad, así como la necesidad de proteger y empoderar a todas las personas trabajadoras, independientemente de su situación en el trabajo o del tipo de contrato que tuvieran.

La representante de la Unión Interparlamentaria (UIP) recordó que los parlamentos eran a la vez lugares de trabajo y actores esenciales en la aplicación de las normas internacionales del trabajo, y explicó que, según sus estimaciones, a nivel mundial, el 81 por ciento de las parlamentarias habían experimentado violencia psicológica y el 20 por ciento habían sido víctimas de acoso sexual.

La representante de la Federación Internacional de los Trabajadores del Transporte (ITF) recalcó que el género era una consideración fundamental que se debería reflejar en todo el lenguaje utilizado en el texto. Igualmente, era necesario incluir a los perpetradores en las disposiciones sobre prevención y medidas correctivas, ya que a menudo el costo y el impacto de la violencia en el trabajo se atribuían erróneamente al hecho de emplear a mujeres.

La representante de la Coordinación Internacional de la Juventud Obrera Cristiana señaló que se necesitaba un convenio vigoroso para respaldar la eliminación de la explotación sexual y garantizar condiciones de trabajo seguras y decentes, y que los trabajadores empleados en la economía informal, el personal del servicio doméstico, los trabajadores migrantes y los jóvenes eran colectivos particularmente vulnerables.

La representante de la organización Mujeres en Empleo Informal: Globalizando y Organizando (WIEGO), miembro de la red “HomeNet” de Tailandia, constituida por unas 80.000 personas ocupadas en el trabajo a domicilio, señaló que el aislamiento en su lugar de trabajo, es decir, sus propios hogares, también las hacía vulnerables a la violencia, estando a menudo excluidas de las normativas de protección laboral, por lo que esperaba se adoptase una norma con disposiciones destinadas a proteger a los trabajadores de la economía informal. En términos similares se expresó la representante de la Federación Internacional de Trabajadores del Hogar (FITH).

La representante de la Comisión Católica Internacional de Migración (CCIM) dijo que esperaba que en los instrumentos se incluyera una fuerte dimensión de género, donde las trabajadoras, especialmente las mujeres migrantes, fueran la primera preocupación en el debate sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Señaló, en particular, la responsabilidad del sector empresarial en las cadenas mundiales de valor.

La representante de la Internacional de Servicios Públicos (ISP) observó que el instrumento propuesto debería incluir a los empleadores del sector público, puesto que los trabajadores del sector de la salud, por ejemplo, estaban particularmente expuestos a la violencia en el trabajo.

En cuanto a los discursos principales, la Vicepresidenta de la parte empresarial afirmó que pretendían definiciones diferenciadas de violencia y acoso, principalmente debido a posibles problemas a la hora de sancionar en el caso de no quedar claros los hechos y comportamientos delictivos. Asimismo, rechazaba la noción de mundo del trabajo que posibilita contemplar las conductas violentas que se desarrollan en espacios públicos o viviendas privadas, de gran importancia para afrontar la violencia de género extralaboral, prefiriendo centrarse en el concepto clásico de “lugar de trabajo”, al entender que aporta una mayor claridad sobre las responsabilidades de los empleadores y de los trabajadores.

Por parte de la Vicepresidenta sindical se enmarcó la discusión normativa sobre la violencia en un contexto sociopolítico donde la respuesta a la violencia de género contra las mujeres era mundialmente notoria por la generalización de las etiquetas “#me too”, “#yo también” y “#ni una menos”, las cuales mostraron desde su inicio la conexión de esta violencia con el mundo laboral y las repercusiones que produce en la vida de muchas mujeres, tanto en su salud como en su promoción profesional y economía y, de igual forma, el impacto en el entorno laboral dentro de los ámbitos de la productividad y la salud y seguridad. Igualmente destacó que, si a las mujeres que trabajan en platós cinematográficos, en salas de redacción y en parlamentos les había resultado difícil y llevado un larguísimo tiempo denunciar los casos de acoso sexual, era de prever que la situación podría ser incluso más difícil para las mujeres ocupadas en el trabajo doméstico, la agricultura, las fábricas de confección, el transporte y el sector hotelero, y sobre todo en actividades donde predominan los hombres.

En efecto, una de las principales tesis del grupo de la representación de los trabajadores fue que, reconociendo que la violencia y el acoso afectan a todas las personas en el mundo del trabajo, no todo el mundo se ve afectado del mismo modo y en un mismo grado, dado que las características personales, las modalidades de empleo y los sectores de trabajo pueden, todos ellos, agravar el riesgo de que se produzcan comportamientos de violencia y de acoso en el mundo del trabajo, asegurando, por ejemplo, que las mujeres y las personas no conformes con un género sufrían violencia y acoso de manera

desproporcionada. Asimismo, la parte representativa de las personas trabajadoras manifestó que se estaba asistiendo a un aumento exponencial de la desigualdad en todo el mundo y a un gran retroceso respecto de los progresos logrados en la lucha contra toda forma de discriminación, motivo por el cual se debe prestar una especial atención a las personas más vulnerables.

Recalcó también que la violencia de género y el acoso por motivos de género son una forma especial de violencia y de acoso para los que se requieren enfoques y soluciones particulares; abriendo nuevos caminos al reconocer el impacto de la violencia doméstica en el ámbito laboral y la función positiva y dinámica que este mundo del trabajo y sus instituciones pueden desempeñar.

Por parte de la presidencia de la Comisión Normativa sobre la violencia y acoso en el mundo del trabajo, ejercida por el representante del Gobierno de Canadá, se afirmó que continuar con las prácticas habituales no iba a acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, precisándose un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta la perspectiva de género y aborde las múltiples causas y factores de riesgo subyacentes.

La posición de la Unión Europea y sus Estados miembros (a la que se sumaron Albania, Islandia y Noruega) fue expresada por la representante del Gobierno de Bulgaria, la cual destacó que se hubiera tenido en cuenta las consideraciones de género y una atención especial a la prevención y la protección, subrayando la importancia de que en el texto se hayan abordado la violencia y el acoso por razón de género y los efectos de la violencia doméstica en el mundo del trabajo.

Por parte de una trabajadora sudafricana se puso de manifiesto la importancia del enfoque transversal e inclusivo aplicado y, además, se recordó la Memoria del Director General de la OIT titulada “Iniciativa relativa a las mujeres en el trabajo: Impulso en favor de la igualdad”, en la cual se expone que “La violencia y el acoso por motivos de género, ya sea en el hogar o en el trabajo, constituyen una vulneración grave de los derechos humanos y coarctan el acceso de la mujer al trabajo decente y al empoderamiento económico. Cuando no se combaten eficazmente, terminan socavando la credibilidad y viabilidad de las medidas destinadas a propiciar la igualdad de género en el trabajo”.

Otra trabajadora, en este caso de Nueva Zelanda, se refirió a las cifras del Índice Global de los Derechos, de la Confederación Sindical Internacional (CSI), donde se recogen actos de acoso y agresión sexual, en especial hacia el personal de limpieza en hoteles, u ejemplos de cómo los efectos de la violen-

cia doméstica pueden extenderse al mundo del trabajo, con casos de agresores que buscaban dañar en el trabajo o a través de él.

5.2. Principales impactos de los nuevos instrumentos

Los textos aprobados finalmente, como casi no podía ser de otra manera viniendo del tripartismo, mantienen un difícil equilibrio entre unas cuestiones generales de carácter muy amplio y unos mandatos específicos que apenas se concretan, quedando al albur de cada uno de los Estados. La diversidad de contextos políticos y culturales ha empujado distintas cuestiones fuera del vinculante Convenio 190, en forma de directrices no vinculantes, hacia la Recomendación 206.

5.2.1. El Convenio 190

El preámbulo de este convenio contiene varias referencias hacia normas precedentes donde se afirmaba el derecho a la igualdad entre personas de diferente sexo, por ejemplo, la Declaración de Filadelfia de la propia OIT (1944) o la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la ONU (1979). En este sentido, además de reconocer una cultura del trabajo basada en la dignidad del ser humano y el derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso, puntualiza que se incluyen la violencia y acoso por razón de género que vienen afectando de manera desproporcionada a las mujeres y niñas, razón por la cual para acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo es indispensable adoptar un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre lo que señala los estereotipos de género, el abuso de poder por razón de género y las formas múltiples e interseccionales de discriminación.

Existe también una referencia para la violencia doméstica por cuanto se señala que puede afectar al empleo, la productividad y la seguridad y salud. Así, se indica que los gobiernos, las organizaciones tanto empresariales como de trabajadores y otras instituciones del mercado de trabajo pueden contribuir a reconocer, afrontar y abordar el impacto de esta violencia; aunque no hubiera estado de más que aquí se volviera a aludir al desproporcionado impacto que este tipo de violencia tiene sobre las mujeres.

La parte dispositiva del texto incluye menos referencias directas a las

mujeres, si cabe. En los veinte artículos del convenio, la única mención se encuentra en su artículo 6, el cual obliga a los Estados, que ratifiquen el convenio, a adoptar una legislación y unas políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, citando expresamente a las trabajadoras como excepción a la referencia indeterminada a los otros grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Es posible encontrar una alusión indirecta situada dentro de los principios fundamentales, en su artículo 4.2, cuando, para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, obliga a cualquier Estado, de conformidad con su situación y legislación y en consulta con las partes del diálogo social, a adoptar un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y la violencia y el acoso que impliquen a terceros.

El resto del Convenio está redactado de forma neutra, como en la propia definición de “violencia y acoso por razón de género”, por la que se designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de sexo o género determinado, incluyendo el acoso sexual. Esta definición, suplementaria a la de violencia y acoso sin mayor adjetivación, implica que la violencia de género no es, sin más, un subtipo de la violencia y el acoso común, sino una institución asociada en la cual, para sus comportamientos o amenazas de tales, no se valora expresamente el elemento objetivo de causar (o ser susceptible de causar) un daño físico, psicológico, sexual o económico, porque este daño siempre se va a entender presente⁸.

En cualquier caso, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas ya había criticado con anterioridad las respuestas de los Estados cuando se trata de violaciones de los derechos humanos que se dirigen más frecuentemente a las mujeres, incluida la violencia contra la mujer, pues la neutralidad de género en las normas ofrece una oportunidad para reforzar la invisibilidad del género⁹. Sin duda, hubiera sido preferible la enunciación de una definición más acorde con lo reconocido en el preám-

8 LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la violencia y el acoso en el trabajo”, *Revista de Derecho Social* 88 (2019), pág. 62.

9 CASAS BECERRA, L., *The Effectiveness of Sexual Harassment Law in Chile: From Theory to Practice* (TESIS), Ottawa, Canada, 2016, pág. 25.

bulo, al estilo de la contenida en la “Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19” de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la cual, en 2017, empleó la expresión “violencia por razón de género contra la mujer” como un término más preciso que pone de manifiesto las causas y los efectos relacionados con el verdadero género de la violencia, reforzando así, aún más, la noción de la violencia como un problema social más que individual.

Quizá, la mayor ambigüedad de esta definición resulta de la incorporación de una dicotomía “sexo/género” que, lejos aunar el frecuente uso como sinónimos de ambos términos en la práctica y así resultar más global, al menos en la teoría, permitiría englobar dentro de ella a violencias y acosos diferentes a las perpetradas por hombres contra mujeres, eso sí, siempre que estas violencias estuvieran en relación con los roles de género establecidos por la sociedad patriarcal.

Respecto del ámbito de aplicación subjetivo del Convenio, uno de los temas polémicos en las negociaciones, el texto incluye tutela más allá de la persona tipo protegida por el Derecho del Trabajo, es decir, aquella asalariada con contrato indefinido. Se utiliza aquí un concepto de trabajador extensivo, cualquiera que sea su situación contractual, e incluso si solo son postulantes o en busca de empleo, sean en los sectores público o privado y en la economía formal o informal. De este modo, se consigue extender la protección allí donde las personas son más vulnerables, lo que para las mujeres supone un plus de seguridad, pues no cabe olvidar que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional español en un caso de acoso sexual, las condiciones históricas de inferioridad o debilidad de las mujeres en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación, son la causa de que esta violencia en el ámbito profesional afecte notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, lo que “puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo (art. 14 C.E.)”¹⁰.

Pero dentro del ámbito de aplicación, el texto no solo atiende al concepto de persona trabajadora protegida, sino que era necesario especificar el espacio relacionado con el trabajo. Pese a las desconfianzas o dudas de varios representantes de los empleadores, finalmente se ha optado por un espectro amplio que supera con creces la noción tradicional de lugar de trabajo, incluyendo espacios de aseo, sanitarios, vestuarios y comedores, e incluso el tra-

10 STC 224/1999, de 13 de diciembre, rec. 892/1995. ECLI:ES:TC:1999:224.

yecto desde o hasta el domicilio particular. Así, el Convenio se aplicará a toda la violencia y acoso que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, también en los viajes (incluyendo el alojamiento) o actividades sociales y de formación relacionadas con el trabajo, en los espacios públicos o privados cuando son un lugar de trabajo y la producida en el marco de las comunicaciones relacionadas con el trabajo, con mención específica para las realizadas por medio de las nuevas tecnologías digitales.

Esta noción nueva de “mundo de trabajo” sienta como un guante a la violencia de género contra las mujeres, pues bien sabido es que éstas son más vulnerables “cuando el trabajo conlleva desplazamientos fuera del lugar de trabajo”¹¹ y que también pueden ser desproporcionadamente vulnerables a la violencia que se produce durante el trayecto hacia o desde el trabajo¹². Igualmente, la tecnología digital puede propiciar un mayor acceso de los agresores a las posibles víctimas, salvando anteriores dificultades como distancias y horarios¹³, en un evidente reto actual que amenaza con agravarse en el futuro, al crecer el número de personas trabajadoras vinculadas con su lugar de trabajo por medio de estas tecnologías (trabajo a distancia, teletrabajo, trabajo en plataformas digitales, etc.)¹⁴.

Asimismo, es destacable la referencia a los terceros que realiza el artículo 4.2 a la hora de obligar a los Estados a adoptar un enfoque inclusivo e integrado para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, de gran importancia cuando se trata de la violencia de género laboral externa, pues buena parte de los agresores son clientes o usuarios de los servicios, e incluso pueden contemplarse aquí aquellas agresiones producidas en el transcurso de la comisión de otro delito, como por ejemplo un robo¹⁵.

11 Punto 12 de la Resolución sobre una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres (Diario Oficial n° C 304 de 06/10/1997 p. 0055).

12 LIPPEL, K.: *Addressing occupational violence: An overview of conceptual and policy considerations viewed through a gender lens*, Ginebra (OIT), 2016, pág. 59.

13 Un 18 por ciento de las mujeres en la UE-28 han experimentado una forma de violencia grave en Internet, lo que corresponde a unos 9 millones de mujeres. UN BROADBAND COMMISSION FOR DIGITAL DEVELOPMENT: *Cyber violence against women and girls: A world-wide wake-up call*, 2015, pág. 16.

14 PONS CARMENA, M.: “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, *Labos* vol. 1, núm. 2 (2020), pág. 55.

15 En correspondencia con la violencia Tipo II y Tipo I, respectivamente, de la clasificación que emplea el *National Institute for Occupational Safety and Health* estadounidense.

Este enfoque preventivo incluye la imposición a los Miembros de adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluyendo la producida por razón de género (art. 7), además de ciertas medidas como la identificación de los sectores, ocupaciones y modalidades de trabajo en la que las personas están más expuestas a las mismas (art. 8).

Otro de los aspectos positivos en relación con la violencia y acoso por razón de género se encuentra en la disposición de un deber de adoptar las medidas necesarias para garantizar procedimientos de notificación de conflictos y vías de recurso y reparación eficaces que tengan en cuenta las consideraciones de género, además de acceso efectivo a asistencia y otros servicios.

Pero, desde luego, la gran novedad desde el punto de vista de la violencia de género contra las mujeres es el reconocimiento de los efectos de la violencia doméstica y la obligación de los Estados de mitigar su impacto en el mundo del trabajo, “en la medida en que sea razonable y factible” (art. 10.f).

5.2.2. La Recomendación 206

Parece evidente que las proposiciones más ambiciosas en relación a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo han sido recogidas por la recomendación que complementa al Convenio, donde las obligaciones se convierten en sugerencias y los verbos en presente o futuro se transforman en condicionales.

Así, se exhorta a los Miembros a fomentar la negociación colectiva “a todos los niveles” para prevenir toda violencia y acoso, además de como medio adecuado para, en la medida de lo posible, mitigar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo (punto 4.a).

También se alude a la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo, incluyendo los riesgos psicosociales, categoría a la cual se asocia la violencia como riesgo emergente más importante, por todos los derechos y bienes jurídicos afectados por sus conductas —entre ellas las que configuran las figuras del acoso sexual y el acoso por razón de sexo—, bien sea la salud, física o psíquica de la persona trabajadora, bien derechos fundamentales como la integridad física (art. 15 CE) o el derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 CE)¹⁶.

¹⁶ SIERRA HERNAIZ, E.: “Delimitación del concepto de riesgo psicosocial en el trabajo”, *FORO: Revista de Derecho* 35 (2021), pág. 16.

De hecho, todo el punto número 8 parece implícitamente orientado a la protección de la violencia de género contra la mujer, pues se cita la intervención de clientes, proveedores o público, además de aquellos peligros y riesgos que derivan “de la discriminación, el abuso de las relaciones de poder y las normas de género, culturales y sociales”.

El punto 9 llega allá donde el artículo 8 del Convenio no osó penetrar, enumerando varias de las ocupaciones y modalidades de trabajo más expuestas a la violencia y el acoso, tales como “el trabajo nocturno, el trabajo que se realiza de forma aislada, el trabajo en el sector de la salud, la hostelería, los servicios sociales, los servicios de emergencia, el trabajo doméstico, el transporte, la educación y el ocio”, sin que pueda resultar sorprendente que gran parte de ellos sean desempeñados mayoritariamente por mujeres. De forma similar con las referencias a la economía informal o a las personas migrantes, “y particularmente a las trabajadoras migrantes” (punto 10).

Una disposición que resulta increíble que no aparezca dentro del propio artículo 6 del Convenio, es la que alerta a los Estados para que las medidas de prevención de la violencia y el acoso no resulten en la restricción ni la exclusión de la participación de las mujeres, o de otras personas pertenecientes a grupos vulnerables o en situación de vulnerabilidad, en determinados empleos, sectores u ocupaciones. Además, en particular respecto a la violencia sufrida por estos grupos, pero generalmente de cualquier forma de violencia y acoso, se solicita a los Miembros que recopilen datos y publiquen estadísticas desglosadas por sexo.

Los puntos 16 y 17 de la Recomendación vienen a desarrollar lo dispuesto por el artículo 10.e) del Convenio sobre mecanismos de presentación de quejas y de solución de conflictos en situaciones de violencia y acoso por razón de género, para lo que propone medidas tales como la inversión de la carga de la prueba en procedimientos distintos de los penales; el apoyo a las víctimas para su reincorporación al mercado de trabajo; los servicios accesibles de asesoramiento e información; o la existencia en las unidades de policía o en los tribunales de personal especializado acerca de estos asuntos, en una formación específica que el punto 20 extiende al conjunto de inspectores de trabajo y agentes de otras autoridades competentes.

Respecto de la actividad formadora y de sensibilización, se espera de los Estados que elaboren, financien o difundan, entre otros, programas que aborden los factores de riesgo como el abuso de las relaciones de poder y las normas de género; campañas en diferentes idiomas que denuncien las actitudes

discriminatorias, en particular la violencia y el acoso por razón de género; planes de estudios y materiales didácticos con perspectiva de género; o material sobre la violencia de género contra las mujeres, el cual explique sus causas subyacentes y factores de riesgo, destinado a profesionales de la comunicación y periodistas.

Un punto importante es la referencia a los autores de los actos de violencia y acoso, para quienes, además de esperar que rindan cuentas, se confía cuenten con servicios de asesoramiento y otras medidas útiles para evitar su reincidencia y, así, facilitar su reincorporación al trabajo.

Por último, en desarrollo del art. 10.f) del Convenio, para mitigar el impacto de la violencia doméstica en el mundo del trabajo, se propone incluir un catálogo de posibilidades a disposición de las víctimas, como modalidades de trabajo flexibles, licencias y permisos, protección temporal frente al despido por razón de esta violencia, además de medidas de sensibilización sobre sus efectos o la inclusión de la misma en la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo.

6. Apuntes para una nueva Estrategia española contra la violencia de género

El anuncio de una nueva Estrategia para el periodo 2021 a 2025 por parte de la ministra de Igualdad reveló que su objetivo será servir complemento al Pacto de Estado contra la Violencia de Género, que fue adoptado a finales del año 2017 tras el impulso de las Cortes Generales. Y si se trata de complementar, nada mejor que comenzar por las medidas en materia laboral ya que, de las 292 propuestas finales del Pacto, tan solo algo más de una docena se enfocaron a hacer frente a los problemas que las víctimas de la violencia de género contra la mujer tienen en relación con la prestación laboral, pese a que ésta constituye uno de los pilares del empoderamiento económico de la mujer, siendo clave para superar la situación de víctima según un ya asentado consenso internacional¹⁷.

Sin embargo, en primer lugar, debería solucionarse de una vez por todas los problemas conceptuales en la delimitación de violencia contra las mujeres por razones de género, superando la restringida concepción española que, de forma mecánica, tiende a reducir esta violencia a ciertos supuestos específi-

¹⁷ AIZER, A.: “The Gender Wage Gap and Domestic Violence”, *American Economic Review* 100-4 (2010), pág. 1858.

cos ligados a la relación afectiva de pareja. Las aportaciones del Convenio 190 de la OIT y del Convenio de Estambul del Consejo de Europa configuran la necesidad, fuera de toda duda, de un tratamiento único que ofrezca protección ante todas las formas de violencia que derivan de discriminación contra la mujer y suponen un desafío para la igualdad real entre mujeres y hombres, se produzcan dentro o fuera del trabajo y en relación o no con el mismo.

En este sentido, también sería útil manejar una denominación única e inequívoca para la violencia protegida, siendo quizá ese el motivo por el cual la futura Estrategia parece que va a denominarse “contra las Violencias Machistas”. A fin de cuentas, un concepto es útil en la medida en que esclarece la realidad a la cual designa, aportando elementos para su comprensión y contribuyendo así a su transformación¹⁸.

En cualquier caso, será imperativo que se extiendan a todas las mujeres víctimas de violencia de género, sin excepción, las medidas protectoras que dispone la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en cumplimiento de su principio rector que pretende garantizar derechos en el ámbito laboral y funcional que concilien los requerimientos de la relación laboral o de empleo público con las circunstancias de las trabajadoras o funcionarias en una situación de violencia de género, según lo manifestado en su artículo 2.d).

No obstante, buena parte de estas medidas, si ya resultan de difícil accionar para muchas de las víctimas que disponen de un contrato indefinido, van a resultar en la práctica inalcanzables para muchas otras mujeres que prestan sus servicios en condiciones más precarias, sin necesidad de descender ya a las situaciones de economía “informal”, a las cuales el Convenio 190 también resulta de aplicación. En este sentido, tal vez estas nuevas situaciones tuteladas obliguen a un replanteamiento de la protección otorgada desde el ámbito de la Seguridad Social, por el momento demasiado orientada hacia la figura de la prestación por desempleo, a la cual no todas estas personas van a poder acceder.

Asimismo, en relación con el marco conceptual anteriormente aludido, deberá decidirse si se entiende el acoso, en sus figuras de acoso sexual y de acoso por razón de sexo, como la manifestación de la violencia contra las mujeres dentro del mundo del trabajo —aunque se presente con la redacción indeter-

18 ARGÜELLES BLANCO, A.R.: “Violencia de género en el trabajo: conceptualizando el acoso a las mujeres”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* Extra 1 (2019), pág. 224.

minada del art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres— o como un concepto específico que precisa de elementos como, por ejemplo, que el comportamiento sea no deseado por la persona —en línea con la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación— o que se requiera cierta sistematicidad y reiteración en estos comportamientos como ocurre en el acoso moral. El art. 1.2 del Convenio 190 de la OIT permite que cada legislación nacional defina “violencia y acoso” como concepto único o como conceptos separados, tanto para su expresión genérica como para la específica por razón de género.

Con independencia de la opción que finalmente se elija, no parece que la legislación laboral española necesite de añadiduras o grandes adaptaciones para cumplir con las disposiciones correspondientes a los principios fundamentales del Convenio, pues el propio Estatuto de los Trabajadores ya reconoce los derechos fundamentales en el trabajo, como el derecho a la libre sindicación, a la negociación colectiva, etc. (art. 4.1 ET); el derecho a no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo (art. 4.2.c ET); al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (art. 4.2.e ET); o a protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (art. 19.1 ET), además del derecho a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales (art. 4.2.d ET). Si bien, no estaría de más alguna referencia en el texto estatutario que muestre de manera fehaciente que está presente ese enfoque inclusivo que tiene en cuenta “las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”, mismamente en estas últimas referencias a la política preventiva.

No es esta una observación ociosa, pues más allá de la timorata referencia del artículo 5.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales¹⁹, a que uno los objetivos de la política de prevención de riesgos debe consistir en la promoción, por parte de las Administraciones públicas (sin más corresponsables), de la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres —en especial con la detección y prevención de posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vin-

19 Referencia que fue introducida por acción de la Disposición adicional duodécima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

culados con el sexo de las personas trabajadoras—, resulta preocupante la falta de integración normativa de la dimensión de género y de la adopción de estrategias preventivas específicas de sexo y de género, ni siquiera en lo referente a los riesgos psicosociales, sirviendo como ejemplo de esta situación los criterios diferenciados en función del sexo o del género que aparecen en decenas de orientaciones dentro de las Notas Técnicas de Prevención del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSSST), pero que no han sido elevados al carácter obligatorio de los reglamentos sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud frente a riesgos específicos²⁰.

Continuando con este ámbito preventivo, el punto 8 de la Recomendación 206 apunta con acierto a prestar atención especial, en la evaluación de riesgos en el lugar de trabajo, a los peligros y riesgos que se deriven de la discriminación o las normas de género. Esta evaluación, junto con la planificación de la actividad preventiva son considerados por el art. 16.2 LPRL los instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos, pero en la disposición española simplemente se hace una referencia general a las características de las personas trabajadoras que deban desempeñar esos puestos de trabajo según la naturaleza de la actividad. Por lo tanto, sería una intervención acertada que esta sugerencia fuera implementada en la normativa española, quedando claro que, de no realizarse así y producirse por este motivo un daño constitutivo de accidente de trabajo, se activará el recargo de prestaciones del artículo 164 de la Ley General de la Seguridad Social.

Sin embargo, no puede olvidarse que una de las ocupaciones más expuestas a la violencia y el acoso, señaladas por la propia Recomendación en su punto 9, está excluida expresamente de la aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales española y, por lo tanto, no precisa obligatoriamente de una evaluación de riesgos, aunque el titular del hogar familiar sí está obligado a cuidar de que el trabajo de sus personas empleadas se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene (art. 3.4 LPRL). Sin embargo, dado que el artículo 3.a) del Convenio 190 afirma que será de aplicación inclusive en los espacios privados cuando son un lugar de trabajo, es previsible que la ratificación de este Convenio, sobre todo si se realiza de forma conjunta con el 189, venga acompañada de una mayor atención hacia la violencia contra las mujeres por razón de género que sufre buena parte de las trabajadoras del

20 GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “El trabajo de las mujeres en España: estereotipos, sesgos e inercias. Una mirada hacia tres ámbitos de perentoria intervención normativa”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* Extra 1 (2019), pág. 31.

servicio doméstico, en especial quienes realizan su prestación en régimen de internado.

Otro de los aspectos donde cabría una mejora es en la atención prestada a la implicación de terceras personas (proveedores, clientes, usuarios o público) en los actos de violencia y acoso, ya que el artículo 3 del Convenio fija un ámbito de aplicación extenso que incluye desplazamientos y actividades sociales o de formación que tengan relación con el trabajo y los trayectos entre todos estos lugares de trabajo y el domicilio de la trabajadora. No cabe olvidar que el empresario, en el marco de su potestad de dirección, asume la posición de garante de los derechos fundamentales de sus trabajadores²¹, si bien será un tema delicado la delimitación de su responsabilidad en la prevención de la violencia de los terceros citados; como siempre, la precisión en la redacción de las normas evitará una gran litigiosidad posterior. Por el momento, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, dispone que “la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario” (art. 177 LRJS y ss.).

Este mismo artículo 3 del Convenio también abre la puerta a proteger las comunicaciones relacionadas con el trabajo que, cada vez más, se realizan utilizando medios digitales. La nueva Estrategia debería tener en cuenta estas nuevas formas ofensivas que muchas veces resultan invisibles salvo para agresores y víctimas, para las que doctrinalmente se ha propuesto, por analogía con las figuras actuales, las denominaciones de “ciberacoso sexual” y “ciberacoso por razón de sexo”²² —si bien para este binomio cabrían otras muchas como, por ejemplo, “violencia sexual digital” y “misoginia digital”, respectivamente—. Unas formas que se pueden producir fuera del lugar y del horario habitual de trabajo y con medios y redes de la empresa o particulares, lo que puede complicar la determinación de una eventual responsabilidad de los empleadores.

21 BERNAL SANTAMARÍA, F.: “Violencia de género en el ámbito laboral: los prototipos de acoso sexual y de acoso sexista en el trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* 57 (2020), págs. 443-444.

22 DE VICENTE PACHÉS, F.: *Ciberacoso en el trabajo*, (Barcelona: Atelier, 2018), págs. 115-118.

En relación con esta nueva amenaza, no resulta casual que el reciente Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, en su artículo 4.4, haya estipulado que “las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral”. Además de este quehacer preventivo, deberán considerar, dentro de la capacidad de actuación empresarial en este ámbito, las posibles consecuencias y particularidades que tiene esta forma de prestación de servicios en los supuestos de víctimas de violencia de género “afectiva”.

Por otra parte, conectando la importancia que para la prevención y eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo se otorga a la negociación colectiva en el artículo 5 del Convenio y el punto 4 de la Recomendación, no estaría de más que el legislador español incluyese las específicas medidas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo que obligatoriamente deben disponer todas las empresas, según el art. 48 de la LO 3/2007, dentro del deber de negociar del art. 85.1 ET *in fine*²³.

En relación al bloque de medidas correspondiente a la aplicación normativa y a las vías de recurso y reparación, tampoco parece que el Estado español vaya a necesitar realizar grandes esfuerzos para su cumplimiento. Por ejemplo, en materia de violencia doméstica o afectiva contra la mujer y la mitigación de su impacto en el mundo del trabajo, cuenta actualmente con el marco jurídico más exhaustivo de Europa²⁴, debiendo solo acomodarlo a mujeres cuya agresión sea cometida por otros posibles sujetos activos, como por ejemplo un familiar o un vecino. Asimismo, los artículos 9 y 10 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, aseguran la protección de víctimas y querellantes frente a posibles represalias; obligan a la existencia de un sistema de reparaciones o indemnizaciones efectivas; y disponen la existencia de sanciones disuasorias que prevenga frente a todas estas conductas discriminatorias. En esta misma norma también se consagran la inversión de la carga de la prueba, salvo para los procesos pe-

23 LLANO SÁNCHEZ, M.: “Protección de la salud de la mujer trabajadora: problemas, avances recientes y nuevos enfoques de investigación e intervención”, en *Igualdad de género y relaciones laborales*, dir. por QUINTANILLA NAVARRO, B. y VALDÉS DALRÉ, F. (Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008), pág. 373.

24 PILLINGER, J.: *Seguridad en casa, seguridad en el trabajo. Estrategias sindicales para prevenir, gestionar y eliminar el acoso en el lugar de trabajo y la violencia contra las mujeres*, (Bruselas: ETUC, 2017), pág. 54.

nales (art. 13) y la obligación de arbitrar procedimientos específicos para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que se puedan formular ante situaciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo (art. 48).

De igual forma, se pueden estimar abundantes las orientaciones, las acciones de formación y sensibilización, y otros recursos accesibles sobre violencia y acoso por razón de género destinados a trabajadores, empleadores y sus respectivas asociaciones. Empero, la única matización que cabría sería la de acentuar más, en los materiales formativos y en las campañas de sensibilización, el carácter de violencia de género de los actos de acoso por razón de género y de acoso sexual producidos en el trabajo, pudiendo así conectarlos en el imaginario del trabajador común con esas otras manifestaciones de esta violencia que tienen lugar en el ámbito de la pareja.

Finalmente, el punto 19 de la Recomendación solicita atención para los autores de los actos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, no solo para rendir cuentas de sus actos, sino para disponer de servicios de asesoramiento u otras medidas para evitar su reincidencia y, si procede, facilitar su reincorporación al trabajo. Desde luego, esto no ha sido muy explorado en la perspectiva española frente a la violencia de género contra la mujer y menos aún en su ámbito sociolaboral, cuyo enfoque está totalmente centrado en la víctima, por lo que apenas se puede mencionar alguna ayuda de naturaleza autonómica en forma de programa específico de reeducación voluntaria²⁵. Sería una buena idea que la nueva Estrategia desplazase el foco hacia los perpetradores, “permitiendo así una reflexión crítica sobre la construcción social de la masculinidad y sus posibles alternativas”²⁶.

En definitiva, la Estrategia futura deberá reconocer la importancia que las personas trabajadoras, sus empleadores, las organizaciones sindicales o patronales y otros organismos que forman parte del mundo de las relaciones laborales, pueden detentar en la tarea social de detectar y combatir los impactos de este tipo de violencia.

25 Refiriendo programas en Navarra y Galicia, RIVAS VALLEJO, P.: “Seguridad Social”, en *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, dir. por RIVAS VALLEJO, M.P. y BARRIOS BAUDOR, G.L. (Cizur Menor: Aranzadi, 2007), pág. 544.

26 AMODEO, A.L., RUBINACCI, D. y SCANDURRA, C.: “Il ruolo del genere nel lavoro con gli uomini autori di violenza: Affetti e rappresentazioni dei professionisti della salute”, *La camera blue* 19 (2018), pág. 6.

7. Conclusiones

La previsible ratificación del Convenio 190 de la OIT por parte del Estado español, supondrá una ventana de oportunidad para realizar una “operación legislativa clarificadora, conceptualmente hablando”²⁷, que ponga fin a la excesiva multiplicidad de tipologías desarrolladas a partir de los diferentes fenómenos violentos relacionados con el mundo del trabajo, disipando además las posibles dudas sobre la necesidad de una concepción conjunta y un tratamiento específico para todas las formas de violencia de género contra las mujeres en ese ámbito.

Este instrumento internacional es fruto del diálogo social tripartito en un contexto mundial demasiado diverso frente a las cuestiones de género, como se pudo observar en las discusiones de la por lo que no ha podido evitar la tentación de caer en la neutralidad en la redacción de muchos de sus preceptos, además de tener que dejar algunas cuestiones en el marco orientativo de la Recomendación 206. A pesar de ello, desde el punto de vista de la violencia de género, debe producir el efecto de atraer las miradas de la sociedad hacia la violencia que sufren las mujeres en el medio laboral, hasta ahora en cierto segundo plano respecto de la violencia extralaboral, pese a que el desempeño de un trabajo ayuda a la autonomía de las mujeres y evita cierta vulnerabilidad frente a esta violencia.

No parece que la futura Estrategia española contra las violencias machistas deba realizar muchos cambios, pero si alguno de calado, como la extensión de las prerrogativas que ahora tienen las víctimas de la violencia “afectiva” al resto de mujeres víctimas de violencia extralaboral, lo que se espera realizar con la aprobación de una futura Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ya en trámite.

Aspectos que saldrían reforzados a consecuencia de la ratificación sería la necesidad de adoptar una prevención de riesgos laborales con perspectiva de género, en especial la evaluación de riesgos, y la situación protectora para las mujeres del empleo doméstico, hasta ahora apartadas de la principal normativa española sobre la materia.

27 RAMOS QUINTANA, M.I.: “El trabajo de las mujeres en la economía digital: desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva Estrategia Europea para la Igualdad”, en *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*, dir. por RAMOS QUINTANA, M.I. (Albacete: Bomarzo, 2020), pág. 17.

Por último, es preciso atender también a los perpetradores de la violencia, pues lo contrario hace parecer que estamos ante un problema de mujeres y que, por lo tanto, estas suponen un gasto tanto para las empresas como para el Estado, cuando en realidad son las principales perjudicadas por las situaciones violentas, sea física, psicológica, económica o laboralmente.

8. Bibliografía

- Aizer, A.: “The Gender Wage Gap and Domestic Violence”, *American Economic Review* 100-4 (2010)
- Amodeo, A.L., Rubinacci, D. Y Scandurra, C.: “Il ruolo del genere nel lavoro con gli uomini autori di violenza: Affetti e rappresentazioni dei professionisti della salute”, *La camera blue* 19 (2018)
- Argüelles Blanco, A.R.: “Violencia de género en el trabajo: conceptualizando el acoso a las mujeres”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* Extra 1 (2019)
- Bernal Santamaría, F.: “Violencia de género en el ámbito laboral: los prototipos de acoso sexual y de acoso sexista en el trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* 57 (2020)
- Casas Becerra, L., *The Effectiveness of Sexual Harassment Law in Chile: From Theory to Practice*, Ottawa, Canada, 2016
- De Vicente Pachés, F.: *Ciberacoso en el trabajo*, (Barcelona: Atelier, 2018)
- Garrigues Giménez, A.: “El trabajo de las mujeres en España: estereotipos, sesgos e inercias. Una mirada hacia tres ámbitos de perentoria intervención normativa”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* Extra 1 (2019)
- Lippel, K.: *Addressing occupational violence: An overview of conceptual and policy considerations viewed through a gender lens*, Ginebra (OIT), 2016
- Llano Sánchez, M.: “Protección de la salud de la mujer trabajadora: problemas, avances recientes y nuevos enfoques de investigación e intervención”, en *Igualdad de género y relaciones laborales*, dir. por QUINTANILLA NAVARRRO, B. y VALDÉS DAL-RÉ, F. (Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008)
- Lousada Arochena, J.F.: “El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la violencia y el acoso en el trabajo”, *Revista de Derecho Social* 88 (2019)
- OIT: *Igualdad de género y trabajo decente: Convenios y recomendaciones claves de la OIT para la igualdad de género*. 3ª ed. Ginebra: OIT, 2012
- OIT: *Directrices marco para afrontar la violencia laboral en el sector de la salud*. Ginebra: OIT, 2002

- Pillinger, J.: *Seguridad en casa, seguridad en el trabajo. Estrategias sindicales para prevenir, gestionar y eliminar el acoso en el lugar de trabajo y la violencia contra las mujeres*, (Bruselas: ETUC, 2017)
- Pons Carmena, M.: “Aproximación a los nuevos conceptos sobre violencia y acoso en el trabajo a partir de la aprobación del Convenio OIT 190”, *Labos* vol. 1, núm. 2 (2020)
- Ramos Quintana, M.I.: “El trabajo de las mujeres en la economía digital: desigualdad, violencia y estereotipos de género en el marco de la nueva Estrategia Europea para la Igualdad”, en *La Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*, dir. por RAMOS QUINTANA, M.I. (Albacete: Bomarzo, 2020)
- Rivas Vallejo, P.: “Seguridad Social”, en *Violencia de género. Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, dir. por RIVAS VALLEJO, M.P. y BARRIOS BAUDOR, G.L. (Cizur Menor: Aranzadi, 2007)
- Sierra Hernaiz, E.: “Delimitación del concepto de riesgo psicosocial en el trabajo”, *FORO: Revista de Derecho* 35 (2021)
- UN BROADBAND COMMISSION FOR DIGITAL DEVELOPMENT: *Cyber violence against women and girls: A world-wide wake-up call*, 2015
- Ventura Franch, A. et al., *El derecho a la protección social de las víctimas de la violencia de género. Estudio sistemático del título II de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género de acuerdo con la distribución territorial del Estado* (Madrid: Secretaría de Estado de la Seguridad Social, 2007)
- Yagüe Blanco, S.: “Convenio núm. 190 de la OIT sobre violencia y acoso: delimitación de su ámbito de aplicación ante la posible ratificación de España”, *RGDTSS* 57 (2020)

**CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO 190
OIT SOBRE ACOSO Y VIOLENCIA EN EL TRABAJO EN EL
ORDENAMIENTO ESPAÑOL**

**CONSEQUENCES OF THE APPLICATION OF THE 190 ILO
CONVENTION ON HARASSMENT AND VIOLENCE AT WORK IN
THE SPANISH ORDER**

Manuel VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ
Inspector de Trabajo y Seguridad Social
Miembro del Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación
mvelazquezf@mites.gob.es

Resumen: Desde una perspectiva normativa estrictamente interna, la ratificación del Convenio 190 genera la necesidad de analizar cuáles serían los extremos que requerirían una acción legislativa específica, y cuáles se pueden entender ya desarrollados por la legislación vigente.

Palabras clave: Violencia y acoso, legislación interna, prevención de riesgos laborales, Inspección de Trabajo

Abstract: From a strictly domestic normative perspective, the ratification of Convention 190 generates the need to analyze which would be the extremes that would require a specific legislative action, and which others can be understood as already developed by the current legislation.

Keywords: Violence and harassment, national legislation, Occupational health and safety risks, Labor Inspection

Sumario: 1. El proceso de ratificación del Convenio. 2. Consecuencias de la ratificación del convenio sobre la legislación laboral vigente. 3. La definición de Violencia y Acoso. 4. La ubicación legal de las conductas de acoso y violencia en el trabajo. 5. El ámbito personal y espacial del acoso y la violencia. 6. La regulación de la prevención de los daños a la salud que puede producir el acoso o la violencia. 7. La intervención ante situaciones de acoso y violencia. 8. La mejora en las acciones inspectoras de control y vigilancia de la legislación.

1. El proceso de ratificación del Convenio

El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo sólo ha sido ratificado en la actualidad por cuatro Estados: Uruguay, Fiji, Botsuana

y Argentina. Todavía no ha sido ratificado por los Estados de la Unión Europea a pesar de su activa participación durante la discusión del Convenio en la conferencia internacional de la OIT y de la voluntad manifestada por los gobiernos de varios de ellos, incluido el español, en sentido favorable a la ratificación.

La razón es que el Convenio abarca materias que son competencia de la Unión Europea como las referidas al acoso y violencia por discriminación y la prevención del acoso y la violencia que afecta a la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo. Por lo tanto, la Unión Europea, aunque no es miembro de la OIT y no puede, por tanto, ratificar sus Convenios sí tiene un papel que jugar a este respecto.

Respecto a este tema, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) efectuó el dictamen 2/91 de 19.03.1993 sobre el Convenio 170 de la OIT sobre seguridad en la utilización de productos químicos en el que concluyó que la ratificación y aplicación de estos convenios es una competencia conjunta de los Estados y las instituciones europeas sobre la que existe un deber de cooperar. A partir de ese dictamen, la práctica de estas instituciones ha sido la de dictar normas orientativas del llamado *soft-law* en forma de Recomendaciones sobre la aplicación de estos Convenios o de previa Autorización a los Estados Miembros para ratificarlos¹.

En el caso del Convenio 190 la Comisión Europea lanzó una propuesta favorable a otorgar dicha autorización el 22 de enero de 2020², pero ésta aún no ha sido aprobada por el Consejo y esto es lo que hasta ahora ha paralizado la ratificación del Convenio por los Estados de la Unión Europea.

En cuanto esa autorización del Consejo se produzca, los Estados de la UE probablemente lo ratificarán y sería posible, y también deseable, que lo hicieran de manera coordinada e inclusive con la adopción de alguna iniciativa de tipo legislativo que permitiera armonizar la legislación nacional que se debe implementar como consecuencia de la ratificación del Convenio, al menos en lo que respecta a las dos materias que son competencia de la Unión Europea.

¹ Así se hizo con la Recomendación (CE) n° 130/1999, de 18 de noviembre de 1998, sobre la ratificación del Convenio n° 180 de la OIT relativo a las horas de trabajo a bordo y la dotación de los buques y como más directo precedente con la ratificación del Protocolo de 1996 relativo al Convenio sobre la marina mercante (normas mínimas) de 1976 y la Decisión del Consejo, de 7.06.2007, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006.

² El texto de esta propuesta puede encontrarse en [LexUriServ.do \(europa.eu\)](http://LexUriServ.do(europa.eu))

En este caso se da además la circunstancia de que la ratificación del Convenio no sería más que un primer paso para su aplicación efectiva. El siguiente sería la aprobación por los Estados de normas legales de desarrollo que el propio Convenio exige en algunas de sus disposiciones como después iremos viendo. De esta forma, el Convenio 190 OIT no es un tratado internacional típico al uso sino que guarda más semejanza con una Directiva de la Unión Europea puesto que es necesario un desarrollo posterior de sus disposiciones en la legislación interna de cada Estado para adaptar su contenido a sus propias características y circunstancias.

2. Consecuencias de la ratificación del convenio sobre la legislación laboral vigente

La aprobación del Convenio 190 OIT sobre Violencia y Acoso en el Trabajo llega en un momento en el que, al menos teóricamente, ya sea de modo explícito o implícito, el ordenamiento jurídico español dispone de recursos legales suficientes para afrontar estas conductas. Sin embargo, la falta de una regulación legal específica y completa sobre esta materia ha dejado cabos sueltos en lo que se refiere a la interpretación y el alcance de algunos conceptos de suma importancia y esto es lo que ha impedido una aplicación sólida y consistente de la actual normativa.

Si tenemos que preguntarnos qué podría ganar la legislación española con la probable ratificación del Convenio y su posterior desarrollo legal, los efectos positivos alcanzarían los siguientes aspectos:

- Una definición legal de todas las modalidades de violencia y acoso

En primer lugar, obtendríamos por primera vez un concepto legal de violencia en el trabajo y una definición del acoso para todas sus modalidades, incluida la del llamado acoso moral o psicológico o acoso laboral que está presente en la inmensa mayoría de las demandas presentadas ante los tribunales de justicia y las denuncias ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Esta conducta en la actualidad carece de nombre y definición legal y con frecuencia los distintos órganos jurisdiccionales han elaborado una teoría y definición propia que, además de variable, en ocasiones se muestra también equívoca y restrictiva ya que, por lo general, esas definiciones no tienen un fundamento en la doctrina jurídica sino en otro tipo de fuentes que ha condicionado la creación por los tribunales del llamado “elemento subjetivo” de

esta conducta, que es el relativo a la exigencia de intencionalidad de causar un daño a la víctima por parte de su autor.

– La definición del ámbito de la protección por acoso y violencia

La ratificación del Convenio también puede contribuir a definir el contorno de la protección laboral de la violencia y el acoso. Sobre todo en lo que se refiere a las conductas que aunque sucedan fuera del lugar o centro de trabajo no por ello quedan fuera del alcance de la potestad organizativa y directiva de la empresa. Estas conductas formarían parte de lo que el Convenio ha denominado “el mundo del trabajo”.

– La prevención del acoso y la violencia

El Convenio puede dar pie a que por primera vez exista una regulación legal y específica de las obligaciones preventivas sobre los “riesgos psicosociales”, una categoría en la que se encuentra la violencia y el acoso junto con el estrés laboral, y así impedir que la aplicación de la legislación sobre estos riesgos también se deje al albur de la interpretación de algunos conceptos indeterminados tanto por los órganos jurisdiccionales y administrativos como, en general, por todos los sujetos que operan en el campo de la prevención de riesgos laborales.

– Los modos de intervención ante el acoso y la violencia

Por otro lado, la ratificación también daría pie a que se regulasen los modos de intervención ante las quejas o denuncias por acoso en el trabajo en las empresas o en un marco superior a ellas, ya se trate de mecanismos judiciales o extrajudiciales.

Estos mecanismos externos a las empresas ya existen en algunos países y podrían ponerse en marcha en España bien a través de una regulación legal o mediante la negociación colectiva de los agentes sociales.

– Las actualización de las infracciones y sanciones administrativas

Por último, también las infracciones y sanciones administrativas ahora vigentes para estas conductas podrían actualizarse para adquirir mayor consistencia y seguridad jurídica de la que ahora tienen, sobre todo en lo que respecta a las conductas que no suponen la consumación de una conducta de acoso pero que constituyen objetivamente una violación por la empresa de su deber de protección de los derechos a la consideración debida a la dignidad y a la integridad física de las personas.

Vamos a analizar a continuación estos y otros aspectos colaterales.

3. La definición de Violencia y Acoso

El Convenio ha establecido un concepto único de violencia y acoso que fue el producto de la dificultad de alcanzar un consenso general e internacional sobre el significado de cada uno de estos términos. Ante esta situación, en la Conferencia Internacional de la OIT se optó por hacer esa definición común e indiferenciada en el apartado 1 del Art. 1 del Convenio mientras que el apartado 3 de este mismo artículo dispuso que “la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados”.

Más adelante, el Art. 7 señala que todo Estado que ratifique el Convenio “deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, con inclusión de la violencia y el acoso por razón de género”. Es decir, cada Estado deberá establecer en su legislación nacional una definición propia de lo que es la violencia y lo que es el acoso así como de sus distintas modalidades.

El Convenio, por tanto, puede dar lugar a una tipología de conductas de violencia y acoso que sea diferente en cada Estado. Es por esta razón por lo que sería conveniente que la Unión Europea dispusiera de una Directiva para armonizar estos conceptos y modalidades en el ordenamiento jurídico de los Estados Miembros si se diera el caso de que todos ellos hubieran ratificado el Convenio.

La discusión que tuvo lugar en la OIT sobre este aspecto con carácter previo a la elaboración del Convenio en las conferencias internacionales de expertos mostró la dificultad para diferenciar entre violencia física y violencia psicológica ya que ambas conductas van muchas veces unidas o entrelazadas.

No se discutió, en cambio, sobre la posibilidad de diferenciar el acoso por razón de discriminación de las otras formas de acoso, cuestión en la que probablemente podría haber existido más consenso, sobre todo en lo que se refiere al acoso sexual puesto que en este caso se trata de una conducta específica, de naturaleza sexual, lo que no ocurre en el supuesto del acoso por razón de sexo que solo es una variedad del acoso moral o psicológico con un móvil discriminatorio por esa causa.

Aún así, también en este caso podrían plantearse confusiones puesto que de una conducta de acoso sexual frustrado suele derivarse a menudo una conducta de acoso moral o psicológico y en el caso del acoso por razón de sexo los malentendidos y confusiones con las restantes conductas de acoso moral

o psicológico son también frecuentes en la práctica ya que en este caso se trataría del mismo tipo de conducta pero con un móvil discriminatorio, algo que en ocasiones no es tan sencillo de dilucidar tanto a priori como después de un proceso de investigación del caso.

Otra posible diferencia que podría haberse planteado en la discusión del Convenio, y sobre la que existían precedentes en los actos de la propia OIT en 2003³, es entre violencia interna y violencia externa, según fuera el sujeto causante de esta conducta una persona perteneciente a la empresa o al centro de trabajo o se tratase de un tercero.

Esta diferencia entre ambas conductas también se plasmó en el diálogo social europeo en unas directrices multisectoriales aprobadas en 2010 sobre violencia y acoso de terceros relacionados con el trabajo⁴. Sobre este aspecto sí se podría haber alcanzado un consenso puesto que existe una clara diferenciación entre estas conductas y el resto, tanto en la práctica preventiva de las empresas como en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos y la doctrina científica. Sin embargo, esta cuestión tampoco fue objeto de debate en la discusión del Convenio 190.

En cualquier caso, se concluyó la conveniencia de que el Convenio mencionara expresamente tanto el acoso como la violencia y no de englobar la primera conducta como una simple categoría de la segunda, tal y como llegó a plasmarse en otros instrumentos que lo precedieron como el repertorio de recomendaciones de la OIT sobre violencia en el sector servicios de 2003.

A este respecto, el otro instrumento que sirvió como precedente y guía de la elaboración del Convenio 190 fue el Acuerdo Marco de los agentes sociales europeos sobre violencia y acoso en el trabajo de 2007 en cuyo apartado tercero se hace la siguiente descripción diferenciada entre acoso y violencia:

El acoso y la violencia son la expresión de comportamientos inaceptables adoptados por una o más personas, y pueden tomar muy diversas formas, algunas más fácilmente identificables que otras. La exposición de las personas al acoso y a la violencia puede depender del entorno de trabajo.

Se da acoso cuando se maltrata a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, se les amenaza o se les humilla en situaciones vinculadas con el trabajo.

3 Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector servicios y medidas para combatirla (OIT 2003).

4 Disponible en: directrices multisectoriales para solucionar la violencia y el acoso ... (yumpu.com)

Se habla de violencia cuando se produce la agresión de uno o más trabajadores o directivos en situaciones vinculadas con el trabajo.

El acoso y la violencia pueden provenir de uno o más directivos o trabajadores, con la finalidad o el efecto de perjudicar la dignidad de la víctima, dañar su salud o crearle un entorno de trabajo hostil.

Como se puede observar, según este acuerdo, que representa el consenso social europeo en esta materia, acoso significa maltrato mientras que violencia significa agresión. En el primer caso se trata de una conducta continuada mientras que en el segundo la conducta es episódica y puntual, sin que se diferencie en ninguno de los dos supuestos entre el daño psicológico y el físico.

En la actualidad, el ordenamiento español carece de un concepto legal de violencia y en la práctica este término se utiliza más habitualmente para las situaciones de violencia física que psicológica. La ratificación y posterior desarrollo legal del Convenio 190 supondría que por primera vez hubiese una definición legal de la violencia en el trabajo en nuestra legislación laboral.

Respecto al concepto de acoso, en las Directivas de la UE ya hay definiciones legales para los que se podrían llamar conductas de acoso “discriminatorio” que han sido objeto de transposición a la legislación española. Tal es el caso del acoso sexual y por razón de sexo, definido en la Directiva 54/2006, transpuesta por la LO 3/2007 de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, del acoso por razón de discapacidad y del acoso (sin ninguna adjetivación particular, pero incardinado en las conductas discriminatorias) previstos en la Directiva 2000/78 y respectivamente transpuestos en el Real Decreto Legislativo 1/2013 en lo que respecta a la discapacidad y en la Ley 62/2003 en lo que respecta a las restantes conductas discriminatorias.

Una característica común de todas estas definiciones legales es que no se requiere la intencionalidad del sujeto activo de causar un daño a la víctima como uno de los elementos imprescindibles para calificar la conducta como acoso ya que se establece que esa conducta puede tener “por objeto” o también “por efecto” atentar a la dignidad de una persona, lo cual, como luego veremos, está en consonancia con lo dispuesto en el Art. 1.1 del Convenio 190.

Sin embargo, estas definiciones legales no han tenido la debida influencia en la construcción que han hecho la mayoría de los órganos jurisdiccionales españoles de un concepto de acoso moral o psicológico. No podemos contar todavía con una jurisprudencia unificadora del Tribunal Supremo, ya que este órgano ha esquivado hasta ahora su pronunciamiento sobre este asunto en todos los recursos de casación de unificación de doctrina que le han sido

presentados porque nunca ha habido (y podría argumentarse que seguramente nunca habrá) dos casos de acoso que hayan ocurrido en circunstancias completamente idénticas.

El llamado acoso moral o psicológico o también acoso laboral es la conducta que actualmente carece de definición legal en el ordenamiento español y la que es más común puesto que abarca más del 90 por 100 de demandas judiciales sobre este tema, según ha puesto de manifiesto un estudio del Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación (2019)⁵ y así lo han corroborado algunos de los muestreos realizados sobre denuncias presentadas ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por conductas de acoso.

Es decir, nuestra regulación legal sólo se ocupa actualmente de definir el acoso previsto en las Directivas europeas de discriminación en el trabajo, unos supuestos que en la práctica no abarcan siquiera al 10 por 100 de las demandas y denuncias que se plantean ante los órganos jurisdiccionales y administrativos competentes en la materia.

Las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de la jurisdicción social que se han examinado en el estudio del Observatorio Vasco exigen además, en su mayor parte, la presencia de un “elemento subjetivo” en el autor de la conducta, un elemento que está constituido por la intencionalidad de causar un daño o de “destruir” a la víctima e incluso en ocasiones por la exigencia de constatar, de forma real y efectiva, la causación de un daño a la salud física o mental de la víctima. Esto ha tenido como resultado práctico la denegación de más del 75 por 100 de las demandas presentadas por esta causa restringiendo el ámbito de protección frente a estas conductas a supuestos extremos que probablemente solo podrían merecer la calificación penal de “grave acoso” prevista en el actual Art. 173 del Código Penal.

Esta concepción, como ya se ha indicado, no ha sido el producto de una reflexión jurídica sobre el derecho a la integridad moral (Art. 15.1 CE) o a la consideración debida a la dignidad (Art. 4.2.e) ET) u otros derechos afines sino de la influencia de concepciones no jurídicas.

En este contexto, el Convenio 190 establece en su Art. 1 un concepto general de violencia y acoso cuya principal novedad respecto a la práctica judicial generalizada en España sería el de su objetivación.

Señala este artículo primero que estas conductas son tanto las que tienen “por objeto” como las que “causen o sean susceptibles de causar” un daño

5 Debido a diversas circunstancias imprevistas este estudio aún no ha sido publicado, pero es probable que esa publicación se produzca a lo largo de 2021.

físico, psicológico, sexual o económico. Por lo tanto, conforme a esta definición genérica del Convenio 190, la intencionalidad del autor de producirle un daño a la víctima no es un elemento indispensable para calificar una conducta como violencia o acoso y en cambio sí lo sería la existencia de una relación de causalidad entre esa conducta y un “posible daño”, puesto que bastaría con que esa conducta fuera “susceptible” de causarlo.

A este respecto, tanto el Acuerdo Europeo sobre Violencia y Acoso, la jurisprudencia del TJUE, en particular la sentencia de 13 de julio de 2018 del Asunto T-275/17 Michela Curto contra Parlamento Europeo, como la STC 56/2019 apuntan la diferencia entre una conducta “deliberada”, que sí sería un requisito de las conductas de acoso, y una conducta que tenga el fin o la “intencionalidad” de causar un daño.

Los términos deliberado e intencional pueden parecer a priori semejantes, pero en el contexto de la citada jurisprudencia adquieren un significado diferente. La conducta es deliberada cuando la misma se realiza de forma voluntaria y no accidental mientras que la intencionalidad de la que aquí se trata solo afecta al resultado o la finalidad que se pretende o se persigue por el autor de la conducta.

Así lo señala la STC 56/2019 en su FJ 5.c) en los siguientes términos:

La intromisión contraria al art. 15 CE consiste siempre en la causación deliberada y no consentida de padecimientos físicos, psíquicos o morales o en el sometimiento al “riesgo relevante” de sufrirlos, esto es, a un “peligro grave y cierto” para la integridad personal.

Respecto de la intencionalidad, hay que tener en cuenta que, con carácter general, la protección constitucional de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a “la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control”, pudiendo bastar “la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma” (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 6; 124/1998, de 15 de junio, FJ 2; 126/1998, de 15 de junio, FJ 2; 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4; 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3, y 80/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 12/2019, de 28 de enero, FJ 5).

La sentencia del TJUE de 13.07.2018 en el asunto T-275/17 Michela Curto contra el Parlamento Europeo se decanta en similares términos. El apartado (77) de esta sentencia se pronuncia de este modo:

... no es necesario probar que los comportamientos, palabras, actos, gestos o escritos controvertidos se hayan realizado con la intención de atentar contra

la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de una persona. En otras palabras, puede haber acoso psicológico sin que se haya demostrado que el acosador haya pretendido, mediante sus acciones, desacreditar a la víctima o degradar intencionadamente sus condiciones de trabajo. Basta con que estas acciones, siempre y cuando fueran realizadas voluntariamente, hayan dado objetivamente lugar a las referidas consecuencias (véanse las sentencias de 5 de junio de 2012, Cantisani/Comisión, F71/10, EU:F:2012:71, apartado 89, y de 17 de septiembre de 2014, CQ/Parlamento, F12/13, EU:F:2014:214, apartado 77 y jurisprudencia citada).

En consecuencia, tal y como también se apunta en el apartado 3 del Acuerdo Marco de los agentes sociales europeos, el acoso es una conducta “deliberada” o, lo que es lo mismo, una conducta que se realiza de forma voluntaria y consciente, es decir, de forma no accidental o involuntaria por parte del sujeto activo y que supone de modo objetivo una violación de derechos fundamentales y laborales para la víctima en los términos que después analizaremos en el siguiente apartado.

Este criterio de objetividad en la calificación de la conducta era el que ya estaba presente en el Criterio Técnico 69/2009 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el que se decía que la intencionalidad era solo un elemento agravante de la sanción por conductas de acoso pero no un elemento constitutivo o indispensable para calificar como tal esa conducta.

4. La ubicación legal de las conductas de acoso y violencia en el trabajo

Otra cuestión a tener en cuenta a la hora de legislar sobre esta materia es el carácter jurídicamente complejo y pluriofensivo de estas conductas ya que entrañan la simultánea violación de distintos derechos fundamentales y laborales.

Esta nota también estaba presente en el Criterio Técnico 69/2009 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la que se apuntaba la posibilidad de que las conductas de acoso dieran lugar a un concurso de infracciones de distinta naturaleza bien al Estatuto de los Trabajadores o a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Sirva como ejemplo claro de esta pluralidad la STC 106/2011 FJ 3^a en la que se considera que una conducta de acoso sexual es vulneradora de al menos cuatro derechos fundamentales, en concreto los relativos a la protección de la integridad física, la integridad moral, la igualdad y la intimidad.

Esta queja, con independencia de que resulte o no convenientemente acreditada a lo largo del procedimiento penal, se ha de enmarcar necesariamente en el ámbito del art. 15 CE, no sólo por la referencia que hace este precepto a la integridad moral, siendo incuestionable que el acoso denunciado afectaría a la dignidad profesional de la persona, en este caso de una militar, sino también en relación a la integridad física, por los efectos que se describen haberse derivado para la salud de la recurrente. En este sentido, este Tribunal Constitucional ha afirmado, en un caso en que la Administración había denegado a una trabajadora unas solicitudes de prórroga de baja por incapacidad laboral, que tal actuación “sólo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se genera un peligro grave y cierto para la salud del afectado” (STC 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4).

Por otra parte, la recurrente viene a imputar al capitán, aunque con otra denominación, un supuesto acoso sexual desarrollado en su ámbito profesional, cualificado por la relación jerárquica que ostentaba este oficial, configurado como una vulneración del derecho a la intimidad personal de art. 18.1 CE, pues ha sido en este precepto donde la jurisprudencia de este Tribunal ha venido enmarcando dicha reclamación, “al tratarse de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad en desdoro de la dignidad humana”, sin olvidarse la conexión que la misma pueda tener “con el derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de su sexo cuando tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores constitucionales, puedan afectar todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres” (STC 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 2); sin que sea relevante el hecho de que no hayan sido citados expresamente por la recurrente los arts. 18 y 14 CE, pues no es menos cierto que “los hechos determinantes y el agravio que constituyen son suficientemente significativos por sí mismos y permiten, sin esfuerzo, identificar el derecho fundamental agredido con el soporte de la dignidad humana que se adujo siempre como raíz de la reacción judicial de la víctima” (STC 224/1999, antes citada, mismo fundamento jurídico).

La nota más común en todas las definiciones de acoso de las Directivas de la UE sobre las formas de acoso discriminatorio y el Art. 26 de la Carta Social Europea reformada es que esta conducta atenta contra la dignidad de la víctima y esto sería congruente en nuestro ordenamiento con la violación del derecho fundamental a la integridad moral del Art. 15 CE y con el derecho

básico de los trabajadores en la relación laboral “a la consideración debida a la dignidad” previsto en el Art. 4.2.e) ET.

Pero además, es necesario tener en cuenta que todas las conductas de acoso y violencia son también “susceptibles” de causar un daño a la salud y por lo tanto ponen en riesgo la misma, atentando así contra el derecho a la integridad física, también previsto como derecho fundamental en el Art. 15.1 CE y como derecho básico en las relaciones laborales por el Art. 4.2.d) ET y la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales.

Es decir, todas las conductas de acoso suponen un menoscabo a la integridad física y moral pero no es necesario que el mismo se produzca de forma efectiva sino que basta con que exista el “riesgo” de que este pueda producirse. A este respecto, el FJ 5º de la mencionada STC 56/2019 hace esta consideración:

... no es preciso “que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse” (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido: SSTC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3, 220/2005, FJ 4). En cualquier caso, “no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma” (STC 220/2005, FJ 4).

Por lo tanto, por un lado, se puede dar la violación del derecho sin que haya llegado a consumarse el daño, basta con que exista un riesgo de que tal daño puede llegar a producirse. Esto es relevante respecto al acoso porque en esta conducta no siempre se constata la existencia de un daño moral o físico en la víctima, a pesar de que haya habido sentencias judiciales que lo hayan exigido como requisito para su calificación como tal acoso.

Pero, por otro lado, la sentencia señala también una cierta jerarquía entre derechos fundamentales del Art. 15.1 CE y los derechos previstos en la legislación ordinaria, puesto que para que se produzca la vulneración de un derecho fundamental ese riesgo o peligro de que se produzca el daño debe ser “grave y cierto”. Cabría deducir de esto que, en caso contrario, solo estaríamos ante la vulneración de uno de los derechos previstos en la legislación laboral ordinaria lo cual tiene efectos relevantes para su protección jurisdiccional por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales y el recurso de amparo o por la vía del procedimiento ordinario ante la jurisdicción social

y también tiene efectos para su protección administrativa puesto que la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) solo se refiere a la vulneración de los derechos laborales previstos en la legislación ordinaria.

En lo que respecta al atentado al derecho a la igualdad y no discriminación, resulta claro que este no afecta a todas las conductas de acoso sino a solo a las formas de acoso discriminatorio, incluyendo en ellas el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, discapacidad o por otras razones.

El atentado a la intimidad, por último, solo se produce de forma consustancial y sistemática en el supuesto de acoso sexual de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales, mientras que en los demás supuestos esta violación podría producirse solo de forma eventual.

Es decir, tenemos dos derechos fundamentales que están siempre relacionados con todas las conductas de acoso y violencia mientras que hay otros dos de estos derechos que solamente están ligados a determinadas modalidades de acoso.

En cualquier caso, declarar el carácter “pluriofensivo” del acoso en una sentencia judicial es algo más simple y sencillo que hacerlo respecto a la determinación de la legislación ordinaria aplicable a estas conductas, sobre todo en lo que respecta a la legislación de prevención de riesgos laborales, la de igualdad por razón de sexo o la de protección de datos (que afecta al derecho a la intimidad) ya que cada una de ellas exige la puesta en marcha por la empresa de unas políticas preventivas que pueden superponerse de modo desordenado.

Así puede ocurrir en las medidas de prevención e intervención frente al acoso sexual o por razón de sexo, previstas en el Art. 48 de la LO 3/2007 que son conductas cuya prevención también puede incluirse dentro de la gestión de los riesgos psicosociales conforme a las disposiciones generales de los Art. 14, 15 y 16 LPRL.

En estos casos, la solución no puede ser la exclusiva aplicación de una legislación sobre las demás sino la aplicación armónica y complementaria de todas las legislaciones vigentes a cada situación haciendo que prepondere en cada caso la que sea más propia y específica.

5. El ámbito personal y espacial del acoso y la violencia

En lo que respecta al ámbito personal, el Convenio ha incluido a algunos colectivos de personas sin relación laboral, en concreto los que realizan tra-

bajos de voluntariado o las personas en busca de empleo o postulantes para un empleo, que en principio podrían situarse fuera del ámbito de protección de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y los órganos de la jurisdicción social. La implementación del Convenio en el ordenamiento interno de los Estados que lo ratifiquen supondría en estos casos la reforma de normas que no son laborales como las relativas a las actividades de voluntariado o una extensión de los derechos en la regulación de las acciones de búsqueda de empleo.

En lo que corresponde al ámbito espacial, el Convenio señala que las conductas de acoso y violencia en el trabajo también pueden afectar a ámbitos externos al centro de trabajo pero siempre que sean acordes con el “grado de control” de la empresa, que es un concepto previsto en el Art. 9. Es decir, siempre que las mismas se produzcan dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa y en la que esta tenga algún tipo de potestad o influencia frente a los sujetos que intervienen.

El Art. 3 del Convenio relaciona los lugares en los que cabría la protección frente a estas conductas:

a) En primer lugar, “en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo”. Por lo tanto, no solo comprende lo sucedido dentro del recinto o local de la empresa sino también en los espacios externos en que se desarrolla la prestación de servicios.

b) “En los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios”. Siempre que dichos lugares estén bajo el control de la empresa.

c) “En los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo”, a los que habría que hacer el mismo añadido que en el caso anterior.

d) “En el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación”. Se recoge, por tanto, el supuesto del denominado “ciberacoso”.

e) “En el alojamiento proporcionado por el empleador”.

f) “En los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo” con las mismas salvedades ya expresadas.

En general, habrá que valorar en cada caso qué es lo que puede hacer la empresa en el uso de sus potestades y su deber de diligencia debida ante cada situación.

También cabe considerar los casos en que la violencia y el acoso no hayan tenido su origen en el ámbito laboral pero se desarrollen dentro de ese ámbito ya que es frecuente que una conducta de acoso tenga causas externas al trabajo y esté motivada por conflictos familiares, vecinales, políticos, sentimentales, etc., algo que se hace más evidente en los supuestos de violencia doméstica o de género previstos por la legislación laboral española.

En estos casos, la responsabilidad de la empresa no puede alcanzar a la situación de origen del conflicto porque esta se encuentra fuera de su ámbito de control. Sin embargo, su deber de protección sí puede incluir la adopción de medidas que minimicen el riesgo de violencia y acoso hacia las personas bajo su dependencia mediante el establecimiento, por ejemplo, de medidas que aseguren el mantenimiento de una distancia social en el lugar de trabajo o la ordenación de distintos turnos u horarios de trabajo entre las personas implicadas.

Tal tipo de medidas son las ya previstas en los Art. 34.8, 40.4 y 5, 45.1.n), 49.1.m) del Estatuto de los Trabajadores ante la violencia de género. Cabría, por analogía, la extensión de medidas de este tipo ante supuestos semejantes de acoso o violencia cuyo origen sea externo al trabajo.

6. La regulación de la prevención de los daños a la salud que puede producir el acoso o la violencia

Hay consenso científico internacional respecto a que el acoso y la violencia pueden producir, o son susceptibles de producir, daños a la salud de las personas y este riesgo se ubica dentro del ámbito de los llamados “riesgos psicosociales”.

Esta denominación, sobre cuyo uso hoy existe un generalizado consenso internacional, fue inicialmente ideada por la Organización Internacional del Trabajo en 1984 para referirse a los riesgos que derivan de la interacción entre el individuo y el trabajo. Se trataba de un modelo en el que los dos polos de esa interacción tenían que ser examinados y sobre ambos había que tomar acciones para prevenir estos riesgos.

Este modelo fue sustituido en torno al año 2002 en las publicaciones de la Agencia Europea de Seguridad Social en el Trabajo por otro en el que solamente se tenían en cuenta los factores de la organización y el entorno social del trabajo, que son los que conforman la responsabilidad de la empresa en el derecho laboral, dejando los factores personales o individuales en el ámbito de la vigilancia de la salud⁶.

6 Los «riesgos psicosociales en el trabajo» se han definido por la Agencia Europea de

Este cambio fue sustancial puesto que se pasó de un modelo bipolar (empresa – individuo) a otro unipolar en el que solo se contemplan los aspectos o factores organizativos y sociales en la empresa. Este cambio supuso también la adaptación de los riesgos psicosociales al principio de responsabilidad de la empresa propio del derecho laboral y tuvo también repercusión fuera de Europa. Sin embargo, este cambio todavía no ha sido suficientemente asimilado y comprendido en algunos ámbitos por varios motivos.

El primero de ellos es el equívoco mantenimiento del nombre del riesgo como “psicosocial”, una palabra que se refiere en su definición científica a la interacción entre el individuo (psique) y el entorno social con el que se relaciona y que es más propia del modelo original de la OIT. Hubiera sido más lógico usar la denominación de riesgos (o aspectos) sociales y organizativos que es la que se ha adoptado por el Reglamento sueco AFS: 2015⁷.

La segunda fuente de confusión es la entrada en juego de una concepción no laboral sino sanitaria estos riesgos y su clasificación como riesgos a la salud psicológica o mental de las personas trabajadoras. Esta es la concepción que predomina en la legislación sobre riesgos psicosociales en países como Colombia⁸ y en las normas técnicas vigentes en Canadá⁹.

La relación que existe entre los riesgos psicosociales y la salud mental es de causa – efecto. Aunque se reconoce que la consecuencia más común y frecuente de estos riesgos es el daño a la salud mental de las personas, esta no es la única consecuencia de la exposición a estos riesgos ya que otras pueden ser, por ejemplo, los accidentes laborales debidos a factores como una sobrecarga de tareas, la falta de autonomía en la toma de decisiones o la carencia de apo-

Seguridad y Salud en el Trabajo como «aquellos aspectos del diseño, organización y dirección del trabajo y de su entorno social que pueden causar daños psíquicos, sociales o físicos en la salud de los trabajadores». Así lo recogió la Guía de Actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre Riesgos Psicosociales https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Normativa_documentacion/Docum_ITSS/Guia_psicosociales.pdf p. 11.

7 AFS 2015:4 Organisational and social work environment provisions. Hay quien incluso prefiere no hablar de “riesgos” sino del origen de estos: los aspectos o factores psicosociales. Así se hace en algunos documentos de la administración belga <https://www.empreva.be/fr/services/aspects-psychosociaux>

8 Resolución 2646 de 2008 y Resolución 2404 de 2019.

9 National Standard of Canada for Psychological Health and Safety in the Workplace <https://www.mentalhealthcommission.ca/English/what-we-do/workplace/national-standard>

yo de los mandos o los compañeros de trabajo ante situaciones de dificultad en el trabajo.

Por otro lado, los daños a la salud mental no solo derivan de los riesgos psicosociales sino también pueden hacerlo de la exposición a sustancias peligrosas, en especial algunos agentes químicos, o simplemente a condiciones de trabajo adversas como la exposición a altas o bajas temperaturas o la ausencia de medidas de seguridad.

En conclusión, hay que poner de manifiesto con claridad que los riesgos psicosociales no equivalen a los riesgos para la salud mental de las personas trabajadoras y que el tratamiento de estos últimos tiene mejor cabida dentro de los riesgos sanitarios a la salud de las personas, entendiendo en tal caso que esos riesgos se refieren a todas las interacciones sociales del individuo, incluidas las domésticas, vecinales o las que ocurran dentro de su círculo de relaciones personales y no solo a las que se producen en su lugar o entorno de trabajo, como señala con coherencia la legislación colombiana sobre estos riesgos.

Por lo tanto, los riesgos psicosociales desde la perspectiva laboral son solamente los que derivan tanto de los factores o características de la organización del trabajo (carga de trabajo, reparto de tareas, autonomía para su realización, etc.) como de los que condicionan las relaciones sociales que suceden en el entorno laboral (participación, supervisión, rol, comunicación, etc.) y que pueden tener como resultado, o consecuencia más típica, la generación de situaciones de estrés, acoso y violencia en el trabajo que pueden poner en peligro la salud de las personas.

Otra discusión versa sobre si el acoso y la violencia pueden ser calificados propiamente como “riesgos psicosociales”, porque se trata de las situaciones que inmediatamente anteceden a la producción de un daño a la salud siguiendo la definición de riesgo laboral del Art. 4.2º LPRL, o si estos son solo algunas de las “consecuencias” a la exposición a riesgos psicosociales, porque el concepto de riesgo se debería reservar a la etapa que antecede a la situación de violencia o acoso ya que en estas últimas el riesgo ya se habría materializado.

Cualquiera que sea la clasificación, ya sea de riesgo psicosocial o de consecuencia de este riesgo, la violencia y el acoso pueden afectar a la salud física y psíquica de las personas que los padecen y tanto el Convenio 190 OIT como las estrategias sobre seguridad y salud de la Comisión Europea así lo han reconocido expresamente.

Ahora bien, sobre los riesgos psicosociales no hay todavía normas legales internacionales ni europeas que los regulen de modo específico y en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos tenemos que valernos de las disposiciones generales de las leyes de prevención que de forma implícita los incluyen o que, en algunas ocasiones, de forma explícita simplemente los mencionan.

En el ordenamiento español, los riesgos psicosociales estarían implícitamente incluidos en la aplicación de las disposiciones generales de gestión preventiva de los Art. 14 a 18 LPRL y Art. 1 a 9 Reglamento de Servicios de Prevención sobre gestión preventiva, sin perjuicio de que haya algunas menciones explícitas a los riesgos psicosociales en otras normas legales como el Reglamento de Servicios de Prevención (RD 39/1997) y su orden de desarrollo TIN/2504/2010 cuando relacionan las especialidades preventivas, la Orden 1451/2013 sobre instrumentos cortantes y punzantes en el sector sanitario que transpone la Directiva 2010/32 y el Real Decreto Ley 28/2020 sobre el Teletrabajo.

La Comisión Europea optó en la Comunicación “Trabajo más seguro y saludable para todos - Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo” de 10.01.2017¹⁰ por impulsar fórmulas de soft-law como la Guía Práctica para Empresarios de 2017¹¹ y la Guía del SLIC (Comité de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo) sobre valoración de la calidad de las evaluaciones de riesgo psicosocial de 2018¹², en vez elaborar una Directiva sobre esta materia.

En un sentido similar, la Inspección y Seguridad Social española realizó una Guía sobre actuaciones inspectoras en riesgos psicosociales (2012)¹³ con ocasión de una campaña europea del SLIC y recientemente ha aprobado el Criterio Técnico 104/2021 sobre riesgos psicosociales¹⁴ que sigue las orientaciones de la Guía del SLIC (2018) y del que se excluyen expresamente la violencia y el acoso en el trabajo debido a la probable ratificación cercana del

10 COM 2017/012/Final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0012>

11 Disponible en https://www.mites.gob.es/itss/web/Documentos/doc_org_publicos/PRL_doc.pdf

12 Disponible en http://srvsbniisphp.universitatpolit.netdna-cdn.com/cdn_propintegral/sites/default/files/noticia/512739/field_adjuntos/guidepsychosocialrisk-es.pdf

13 https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Normativa_documentacion/Docum_ITSS/Guia_psicosociales.pdf

14 Disponible en https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Atencion_ciudadano/Criterios_tecnicos/CT_104_21.pdf

Convenio 190 y la legislación específica sobre esta materia que debería emanar de dicha ratificación.

En el marco de las legislaciones nacionales europeas, solo en el caso de Bélgica¹⁵ y el mencionado de Suecia se han aprobado normas reglamentarias específicas sobre riesgos psicosociales y fuera de la UE solamente tenemos los casos de México¹⁶ y los ya mencionados de Canadá y Colombia que se enmarcan dentro de la esfera sanitaria de protección pública de la salud.

Las desventajas que genera el no tener una regulación específica se pueden resumir en la falta de claridad en la normativa a aplicar, un factor que siempre genera por sí mismo un importante grado de incumplimiento, pero sobre todo la falta de claridad en cuanto a qué factores psicosociales o características del trabajo se deben incluir dentro de la valoración de los riesgos psicosociales y los procedimientos que deben seguirse para su gestión. Esto ha conducido a prácticas desviadas de reducción o exclusión en algunos métodos de evaluación de riesgos psicosociales de factores que se consideran difíciles de abordar por las empresas de un determinado sector, como, por ejemplo, ha sucedido con los métodos de evaluación que minimizaban el análisis de los factores relacionados con el tiempo de trabajo en el sector de la banca.

El Convenio 190 señala a este respecto en su Art. 9 que los Estados deberán “adoptar una legislación que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género” y según el Art. 9 del Convenio esta legislación debe comprender:

- Una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso.
- Tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo.
- Identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos.

15 La loi du 28 février 2014 complétant la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l’exécution de leur travail quant à la prévention des risques psychosociaux au travail dont, notamment, la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail. La loi du 28 mars 2014 modifiant le code judiciaire et la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l’exécution de leur travail en ce qui concerne les procédures judiciaires. L’arrêté royal du 10 avril 2014 relatif à la prévention des risques psychosociaux au travail.

16 Norma Oficial Mexicana NOM-035-STPS-2018 Factores de Riesgos Psicosocial en el Trabajo. Identificación, análisis, prevención.

– Proporcionar a los trabajadores información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes.

Por lo tanto, una consecuencia de la ratificación del Convenio por los países de la Unión Europea podría ser la definitiva elaboración de una Directiva sobre los riesgos psicosociales que asegure una legislación armonizada de los Estados Miembros en esta materia.

En caso de que esto no sucediera, las opciones que tiene el legislador español sobre una regulación preventiva serían o bien establecer una regulación general sobre riesgos psicosociales que incluya la violencia y el acoso o bien aprobar una regulación preventiva específica solamente para la prevención de la violencia y acoso.

Entre las muchas clasificaciones que existen de “factores psicosociales”, entendiendo por tales las características o condiciones de trabajo, cabría diferenciar teóricamente entre los factores que en determinadas circunstancias pueden generar violencia y acoso de aquellos que solo podrían generar situaciones de estrés. Sin embargo, las cadenas causales del estrés y del acoso con frecuencia se entrelazan y además el estrés y el acoso tienen la particularidad de que pueden actuar tanto como origen o consecuencia de riesgo psicosocial puesto que una situación de estrés puede dar lugar a otra de violencia y acoso o viceversa.

De hecho, en la práctica, la mayoría de los métodos de evaluación comprenden todos los riesgos psicosociales y no solo una clase de riesgo. Una separación de la gestión preventiva del acoso y la violencia respecto a la prevención del estrés laboral conduciría a un general solapamiento de actividades preventivas ya que las causas de ambas situaciones suelen ser similares y mutuamente se interrelacionan. Solo cabría hacer a este respecto una separación más nítida en lo que atañe a la gestión de la violencia y el acoso externos o de terceros.

Sin embargo, sí sería conveniente que la legislación abordase algunas situaciones especiales en las que no se puede recurrir a las obligaciones típicas de la gestión preventiva, como la evaluación de riesgos, porque para afrontarlas es necesario desbordar el ámbito de organización una empresa como sucede cuando existe una concurrencia de personas de distintas empresas en un mismo lugar de trabajo.

En estos casos hay que recurrir a otras herramientas de coordinación entre empresas que son distintas a la evaluación de riesgos. Tal sería el caso, por

ejemplo, de las obras de construcción, las instituciones políticas como parlamentos o consistorios municipales o la propia administración de justicia en la que concurren empleados de distintas administraciones públicas.

Estos supuestos, que no son tan infrecuentes, deben tener un tratamiento propio mediante el recurso a otros instrumentos como los códigos de conducta, que son de uso más frecuente en algunas empresas multinacionales e incluso están previstos expresamente en alguna legislación como la portuguesa¹⁷ o bien la elaboración de auditorías periódicas sobre conductas de acoso¹⁸ como es práctica habitual en algunos Parlamentos¹⁹.

Dentro de la prevención, conviene diferenciar entre el diagnóstico de las causas del acoso y la violencia en el trabajo, de las que se encarga la evaluación de riesgos psicosociales, y las medidas preventivas que se deben adoptar, las cuales deben guardar una relación con los resultados de esa evaluación.

Para tratar sobre el conjunto de acciones preventivas, el Convenio habla de la adopción de una “política” en el lugar de trabajo sobre violencia y acoso. La futura Ley, por tanto, tendría que definir qué comprende el término “política” que ya se utiliza expresamente en algún caso como el Art. 88 LOPDyGDD para referirse a las políticas de desconexión digital. La política de empresa puede comprender el marco, los objetivos, principios, compromisos, evaluaciones, protocolos, planes que la empresa adopte y sería conveniente que una futura norma legal lo describiera.

Algunas de las medidas que deben contener estas políticas ya se establecen en el Art. 48 LO 3/2007 respecto al acoso sexual y por razón de sexo. Podría darse en estos casos una concurrencia de políticas de distinto signo: las políticas de prevención, las de igualdad y las de protección de datos. A este respecto, tanto la Comunicación de la Comisión de 10.01.2017 como la Guía del SLIC y el Criterio Técnico 104/2021 sobre riesgos psicosociales señalan la necesidad de tener en cuenta la igualdad por razón de sexo, edad, origen, etc., en las evaluaciones de riesgo psicosocial.

Hay que hallar fórmulas para conjuntar todas las políticas de forma complementaria evitando en cualquier caso todo tipo de fronteras y de supuestos terrenos exclusivos para cada una de ellas.

17 Ley 73/2017 que modificó el Código de Trabajo, Art. 127.1.k)

18 <https://www.anti-bullyingalliance.org.uk/all-together-hub/user-guides/audit-tool-user-guide>

19 <https://publications.parliament.uk/pa/cm200607/cmselect/cmeduski/85/6112210.htm>

Esta exclusividad sería incluso contraria al espíritu de algunas de esas normas como las relativas a la igualdad ya que el principio de igualdad debe ser un valor cuya aplicación se extienda a todo el ordenamiento jurídico y no estrictamente a las normas que lo regulan.

Por último, solo cabe añadir que hasta ahora ha habido un exagerado énfasis sobre el proceso y los métodos de evaluación de estos riesgos descuidando un aspecto más sustancial como es el de su integración en la gestión ordinaria de la empresa.

Cuando en una empresa se pretende realizar un cambio organizativo como, por ejemplo, los que se han implementado durante la pandemia (el teletrabajo, la distancia social en el lugar de trabajo, etc.), la valoración de los riesgos psicosociales que implican estas decisiones debe tenerse en cuenta antes de su adopción o incluso en su proceso de aplicación pero no mediante la simple evaluación de riesgos psicosociales después de su ejecución.

Siguiendo uno de los principios generales de la prevención, que está presente en el Art. 16.1 LPRL, la prevención de los riesgos psicosociales debe estar integrada en la gestión ordinaria de la empresa y no debe ser un elemento aparte o incluso disfuncional respecto a dicha gestión.

7. La intervención ante situaciones de acoso y violencia

Las obligaciones de las empresas no solo deben cubrir la prevención del acoso y la violencia sino también la obligación de actuar e intervenir en cuanto se tenga conocimiento cierto de situaciones de violencia y el acoso en la forma prevista por el Art. 10. b) del Convenio.

Señala este artículo que todo Estado que ratifique el Convenio “deberá adoptar medidas apropiadas para garantizar un fácil acceso a vías de recurso y reparación apropiadas y eficaces y a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces” y entre ellos describe la posible adopción de unos mecanismos internos en las empresas así como otros que trascienden este ámbito y que precisan del apoyo de los gobiernos o de la negociación colectiva de los agentes sociales.

Los mecanismos internos serían los procedimientos para la investigación de quejas o denuncias por acoso y violencia en el lugar de trabajo, que es lo que en términos generales se ha venido en llamar “protocolos”.

El art. 48 y 62 de la LO 3/2007 ya prevén estos mecanismos pero solamen-

te para las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo. Con una futura ley estos procedimientos o protocolos podrían ampliarse a los demás supuestos de acoso o bien simplemente ser indicados como una de las posibles medidas a adoptar por la empresa, ya que también podría ser admisible adoptar otras que se consideren más efectivas.

El problema que puede plantearse en estos casos es el de la diversidad de distintos protocolos ante situaciones que en principio podrían merecer una calificación inicial cuando se denuncian los hechos y otra posterior una vez finalizado el protocolo de intervención. Este problema se agudiza aún más cuando esa calificación inicial solo se deja en manos de la propia persona denunciante y no de un órgano de decisión de carácter técnico y neutral dentro del propio procedimiento puesto que la percepción y valoración de ambos puede ser diferente.

Por otro lado, exigir a la persona que denuncia la calificación de los hechos como acoso tiene ya de por sí un efecto disuasorio en la utilización de estos procedimientos y también un efecto de estigmatización para la persona denunciada. As lo demuestra una práctica reiterada en la que muchos de estos procedimientos, una vez elaborados y publicados en cada empresa, nunca han llegado a utilizarse o han producido a su vez un nuevo conflicto de difícil solución.

Es por ello aconsejable que, por un lado, el ámbito de los procedimientos sea lo suficientemente amplio para permitir la entrada de cualquier queja o denuncia sin necesidad de obligar al denunciante a calificar a priori los hechos como acoso o violencia y sin que la entrada de una queja o denuncia pueda implicar la estigmatización de la persona denunciada. Es conveniente, por tanto, recurrir a otras definiciones más amplias del ámbito del protocolo como el de conductas inapropiadas, inadecuadas, irregulares o causantes de riesgo psicosocial.

Por otra parte, estos procedimientos solo pueden seguirse con cierto grado de neutralidad y objetividad en organizaciones que tengan un cierto tamaño. No cabe utilizarlos, por regla general, en las pequeñas empresas ni tampoco en las empresas grandes en las que la alta dirección esté implicada en los hechos que se denuncian.

Es por ello conveniente poner en marcha mecanismos extrajudiciales de resolución externa de las quejas o denuncias de este tipo como los que ya existen en países como Irlanda, Reino Unido o la provincia canadiense de Quebec.

Cabría la aplicación de estos sistemas bien mediante la negociación colectiva sectorial o de empresa o la creación de unos mecanismos públicos de actuación bien recurriendo a los servicios de conciliación laboral de las Comunidades Autónomas o bien a un sistema de intervención y mediación de una instancia pública como la Fundación ACAS en el Reino Unido o el prud'homme previsto en la legislación francesa.

En España se está haciendo algún intento a este respecto en el Consejo de Relaciones Laborales de Galicia, comunidad en la que hay un principio de acuerdo para incluir este asunto dentro de su sistema de mediación y arbitraje en relaciones laborales.

8. La mejora en las acciones inspectoras de control y vigilancia de la legislación

Por último, se examinan las consecuencias de las previsiones del Convenio 190 sobre la acción inspectora de control y vigilancia de la legislación laboral. De hecho, las contenidas en los Art. 4 y 10 del Convenio ya se encuentran presentes en la legislación española vigente.

La Inspección de Trabajo y Seguridad Social está facultada para actuar por la Ley Ordenadora 23/2015 y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en caso de violencia y acoso en el mundo del trabajo y para dictar órdenes de paralización en los supuestos de riesgo grave e inminente y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) ya prevé sanciones para los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo tal y como prevé el Convenio 190 cuando se vulneren los derechos previstos en la legislación ordinaria sin que sea preciso considerar la vulneración de derechos fundamentales que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional tienen un rango y exigencia superiores.

Por otra parte, la Inspección ya tiene aprobados Criterios Técnicos que son de acceso público por Internet sobre acoso y violencia en el trabajo (CT 69/2009), el riesgo de atraco (CT 87/2011) y riesgos psicosociales (CT 104/2021).

Hay infracciones previstas en la actual Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) respecto a la falta de gestión preventiva de riesgos, incluidos los psicosociales (evaluación, planificación) en el Art. 12.1 LISOS y una tipificación expresa de las conductas de acoso sexual y acoso discriminatorio en los Art. 8.13 y 8.13 bis LISOS.

Sin embargo, cabría realizar algunas mejoras con motivo de la ratificación del Convenio 190 para establecer una mejor tipificación de algunas infracciones.

En concreto, cabría mejorar la tipificación de infracciones por la falta de medidas reactivas o de intervención ante una situación de acoso y violencia. Podría considerarse que estas medidas están dentro de la LPRL y en consecuencia habría que añadirlas al listado del Art. 12.16 LISOS que actualmente no las incluye. Aunque este artículo tenga un carácter abierto y ejemplificativo, un uso extensivo del mismo podría ser contrario a los principios de legalidad y tipicidad establecidos por la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho administrativo sancionador.

También cabría, de forma alternativa a la anterior, la consideración de que estas medidas tienen mejor encaje en las normas que regulan las relaciones laborales y en consecuencia podría proceder la mejora de la tipificación del Art. 7.10 LISOS sobre las conductas que suponen una violación de la garantía de protección ante la violencia y acoso aunque no haya llegado a constatarse la comisión de tal conducta.

En ambos casos, se trataría de la estimación de una infracción por no haber establecido políticas, procedimientos, protocolos o medidas preventivas como las previstas en el Art. 48 de la LO 3/2007 u otras similares que resultaran bien de la gestión de la prevención de riesgos laborales o de otras obligaciones que en su caso estableciera la norma legal que desarrollara el Convenio 190.

Por último, sería necesario y conveniente incluir expresamente en el texto del Art. 8.11 la mención específica al acoso moral o psicológico y a la violencia mejorando la actual redacción que solo hace referencia genérica a la violación del derecho a la consideración debida a la dignidad de la persona que, en efecto, comprende esas conductas pero también otras que no reúnen la calificación de acoso o violencia, lo que ha supuesto en alguna ocasión, y de forma aislada, la anulación de las actuaciones sancionadoras propuestas por la Inspección por algunos órganos jurisdiccionales considerando una supuesta ausencia de tipicidad ante estas conductas.

EPÍLOGO: LAS VIOLENCIAS DEL TRABAJO

EPILOGUE: WORKPLACE VIOLENCES

María Gema QUINTERO LIMA
Profesora TU de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid.
mariagema.quintero@uc3m.es
orcid.org/0000-0002-0014-2709

Resumen: En el marco del Seminario Internacional del que surge esta obra colectiva se han identificado los principales elementos del Convenio 190 como herramienta potente para la eliminación de la violencia y el acoso en el trabajo. Por eso se ha de volver sobre algunas ideas recurrentes; que no resultan redundantes en realidad; porque ahondan en los puntos articulares de la necesaria protección contra las distintas violencias. En marco mas amplio, necesario, de Transformación Humana para un Futuro del Trabajo libre de todas esas violencias.

Palabras clave: Violencias, Objetivos de Desarrollo Sostenible, Trabajo Decente, Diálogo Social

Abstract: In the framework of the International Seminar from which this collective work arises, the main elements of Convention 190 have been identified as a powerful tool for the elimination of violence and harassment at work. That is why it is necessary to return to some recurring ideas; that are not really redundant; because they delve into the articular points of the necessary protection against different types of violence. In a broader, necessary framework of Human Transformation for a Future of Work free of all these violence

Keywords: Violence, Sustainable Development Goals, Decent Work, Social Dialogue.

Sumario: 1. Un panorama Multidimensional. 2. Las violencias. 3.- La protección en España contra la violencia en el trabajo. Las queiebras. 3.1. Respetto de la violencia sexual y por razón de género. 3.2. Respetto de las violencias psicológicas y sus consideración como riesgos laborales. 4. Las posibles inspiraciones para cambios de paradigma: el valor del convenio 190 y de la Agenda 2030.

1.Un panorama Multidimensional

La prestación de servicios del sujeto trabajador, el sujeto empleador, el

contrato, y el dúo lugar-tiempo de trabajo, son los cuatro elementos que definirían el contorno intuitivo de la violencia como patología laboral. Pero ese contorno no es idéntico en todos los contextos geográficos, ni socioeconómicos, de modo que se ha de partir de un panorama multidimensional. Y seguramente los síntomas de esa patología en España no coincidan con la fenomenología fuera de España.

Sin embargo, a la luz de las aportaciones que se han hecho en los capítulos dedicados a las experiencias nacionales de España, Francia, Uruguay, Argentina o Perú¹, se observa que sí hay elementos comunes a la violencia en el trabajo. En la descripción de las situaciones *de facto*, y en la concreción de las soluciones jurídicas previas, y posteriores al Convenio 190. Esos elementos compartidos se podrían anclar en tres ideas fuerza: 1) la necesidad de definir un centro de imputación extenso (objetivo, subjetivo y circunstancial), al que referir consecuencias jurídicas eficaces. 2) la necesaria perspectiva de género, en la medida en que el trabajo de las mujeres pueda presentar particularidades esencialmente proclives a la violencia en el trabajo (tipos, intensidades, efectos); 3) el protagonismo renovado a la salud física y mental como marco conceptual, más allá de las consideraciones imbricadas con la prohibición de discriminación.

Es evidente que, junto a los ejemplos nacionales contemplados en esos capítulos, se echan en falta otros más radicales, en dos direcciones opuestas. De una parte, faltarían paradigmas de fórmulas de erradicación de la violencia en el trabajo y, de otra, testimonios de fórmulas más o menos institucionalizadas de violencia extrema, física y psíquica en el trabajo.

En todo caso, la diversidad de violencias en el trabajo no deja de ser sino la consecuencia obvia de los distintos estándares de protección del trabajo en el mundo globalizado.

De ahí que el convenio 190, aprobado en el marco de la celebración del Centenario de la OIT, puede entenderse que constituye un nudo de consenso renovado respecto de cómo se ha de entender el Futuro del Trabajo. Porque la violencia en el Trabajo seguro que se puede demostrar que tiene orígenes prehistóricos, pero se evidencia que sigue presente en formas totalmente actuales y renovadas. Y se trata de un fenómeno inagotable, a medida que las nuevas formas de trabajo, las nuevas herramientas de trabajo, los nuevos sistemas de organización del trabajo se desarrollan ininterrumpidamente. De suerte que, por mas que solo cuatro países lo hayan ratificado, se trata de tex-

1 Capítulos 4,5,6, 7 y 8 de esta obra.

to convencional llamado a servir de marco para eventuales desarrollos normativos ajustados a las distintas realidades. Especialmente en España.

Junto a lo anterior, se ha venido haciendo cada vez mas evidente que el trabajo y las condiciones laborales de los hombres y el de las mujeres son menos similares de lo esperado y de lo deseable. Algo que se combina fabulosamente con las disimilitudes entre sectores productivos. El trabajo en el sector de la construcción, en el campo, en la hostelería, en la atención sociosanitaria, en el sector bancario, en el comercio, no se contemplan con parámetros iguales, sino que cada uno se compone de sujetos e interrelaciones subjetivas distintas, con marcos objetivos (normativas heterónomas y autónomas) también diferentes.

Y aunque luego se vuelva sobre ello, quizás conviene llamar la atención sobre el hecho de que la violencia (en el trabajo y fuera del ámbito laboral) tiene una fuerte raigambre cultural. Y así la regulación jurídica es testigo de las percepciones culturales, afloradas o subrepticias, que haya en un determinado territorio, sector productivo, sobre la violencia, sus formas, sus intensidades y sus límites. Y esa idiosincrasia, de nuevo, condiciona las posibles virtualidades del Convenio 190.

2. Las violencias

El convenio 190 *sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo* no asume declaradamente que admite la existencia de distintos tipos de Violencia. Pero, sin embargo, sí deja entrever que no obvia que hay variadas manifestaciones; de ahí que no se pueda obviar la idea de que el convenio tiene por objeto proteger a las personas trabajadoras de las violencias intencionadas². Aunque seguramente no todas.

En el ámbito del trabajo siguen siendo evidente la presencia de nuevas formas de esclavitud y trabajo forzoso (especialmente en las variantes de la trata de personas con fines de explotación sexual o con fines de explotación laboral). En España hay ejemplos, en ciertos sectores sensibles a las condiciones de vulnerabilidad, como el agrario o el del servicio doméstico). Pero más allá de nuestras fronteras se intuyen, a partir de las denuncias internacionales, las violencias institucionalizadas incluso en otros sectores (la construcción, obras públicas, industrias extractivas, por ejemplo). Y eso no dejaría de ser un tipo de violencia ligada al trabajo. Pero no pretende ser englobada en el

2 Y esos contornos se explican en el capítulo 1 de esta obra.

convenio 190, por cuanto tiene su marco general de proyección en los convenios ad hoc³

Además, habría un tipo de situaciones ambiguas, que, sin ser necesariamente incardinables en el trabajo forzoso, son -denominables- violencias *de facto*, en las que, en un marco de precariedad/ economía sumergida/ irregularidad administrativa, una persona es obligada a trabajar en condiciones infralegales, a veces inhumanas. Con distintos grados, según el estatus de la persona trabajadora (persona migrante irregular, persona trabajadora autóctona, en riesgo de exclusión o no, con o sin formación suficiente, etc...)

O dicho de otro modo, la precariedad y la precarización del trabajo, podrían considerarse formas de violencia ligadas al trabajo, en distintas intensidades (trabajo irregular, trabajo en condiciones de trabajo por debajo de los estándares legales (incumplimiento normativo), en condiciones de trabajo en el límite de las habilitaciones normativas (en sectores más sensibles, como la agricultura y ganadería, construcción, trabajo doméstico, restauración...).

Sin duda se trataría, en sentido amplio, de una forma más de violencia sistémica, ligada a las asimetrías de los mercados de trabajo, y de los sistemas de protección social respecto del empleo en sus distintas perspectivas. Pero no es esa la que, tampoco se comprende directamente en el convenio 190. Porque, en realidad, la precariedad no deja de ser un resultado sumativo de incumplimientos jurídicos o de facto de las distintas convenciones que fijan estándares mínimos respecto de las diferentes condiciones laborales.

Podría decirse que considerar la precarización del empleo como una forma de violencia descomprimiría la potencia del convenio 190 y su tutela contra la violencia y acoso en el trabajo. Pero, al mismo tiempo -y eso es un debate que merecería otro formato- es posible que dentro de las conductas de violencia física/psicológica, haya algunas en las que es precisamente el uso/abuso de la regulación/anomía de las condiciones laborales (ausencia o déficits de comportamientos empresariales socialmente responsables), la que puede generar situaciones patológicas.

Ya en un marco laboral regularizado, es decir, el de la económica regular, y el empleo formal y formalizado, cabría deslindar dos tipos de violencias. La violencia física y la psicológica. Que, si lo son ambas, no lo son del mismo modo, ni se manifiestan de la misma manera. La primera, la física, es visible, y es más fácil reconducirla además a otros ámbitos del ordenamiento, como

3 Convenios 29 (1930) y 105 (1957) y su protocolos y recomendación (203 del año 2014, de la OIT

al Derecho penal; pero la psicológica (acoso moral) sigue teniendo perfiles difusos para llevarla a ese ámbito punitivo. Y paradójicamente es la que, en España, por ejemplo, puede generar mayores vicisitudes jurídicas en el trabajo.

Todos lo anterior, puede matizarse de un modo trascendente si se adopta una perspectiva de género⁴. Y podría hablarse de violencias sin género, y de violencias ligadas al hecho de ser mujer trabajadora. De un lado, la precariedad y la precarización del trabajo tiene distintos contornos para las mujeres trabajadoras (atendiendo a: 1) los sectores más o menos masculinizados/feminizados, 2) a la empleabilidad según niveles formativos y 3) a la existencia o no de cargas familiares). De otro lado, las violencias físicas y psicológicas tienen una deriva sexual histórica, en clave de acoso sexual. Pero, aún más, desde la perspectiva de género hay intersección con repercusiones laborales entre la violencia doméstica, en el hogar, y el trabajo, cuando la violencia de género en los términos de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se acaba traduciendo en el ejercicio de derechos de ausencia en el trabajo y/o afecte al rendimiento laboral de la víctima

Por último, cabría señalar que es posible determinar la existencia de violencias socialmente tolerables/toleradas y violencias socialmente inadmisibles⁵. Y son los umbrales de tolerancia los que predeterminan el potencial lesivo de las conductas concretas en ámbitos/sectores concretos, respecto de distintas categorías de sujetos, así como también predeterminan la intervención normativa, judicial o administrativas más o menos radical.

3. La protección en España contra la violencia en el trabajo. Las quiebras

3.1. Respeto de la violencia sexual y por razón de género

No se puede obviar que los estándares de protección en España contra la violencia sexual y por razón de género en el trabajo han comenzado a ser muy potentes, aun cuando España no ha ratificado aún el convenio 190. Quizás

4 Los capítulos 3 y 10 de esta obra responden a la esta necesidad, la del abordaje de género, como perspectiva, pero como objeto individualizado que presentan violencias particulares.

5 Que un superior jerárquico, un compañero, un cliente, o un paciente grite, empuje, haga insinuaciones de carácter sexual o toque ciertas partes del cuerpo de una persona trabajadora no tiene el mismo reproche, dependiendo de los contextos objetivos y subjetivos. Y eso sería un foco de desprotección, eminentemente de las mujeres trabajadoras.

porque el nivel de tolerancia respecto de las violencias contra las mujeres en general, y en el ámbito laboral en particular, se ha reducido social y políticamente.

De esta manera, sí hay una regulación del acoso sexual y por razón de género, desde una doble perspectiva, como atentado contra la igualdad y, en menor medida aún, como atentado contra la salud física y mental. Los protocolos en los planes de igualdad en la primera esfera, y la organización de la evaluación, planificación y prevención de los riesgos psicosociales en la segunda, son los esquemas diseñados por la normativa interna española. En torno a una garantía múltiple: a) la intervención de Administración Laboral (Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social) y el procedimiento administrativo sancionador, b) la intervención necesaria de la representación de los trabajadores en la empresa en materia preventiva y de igualdad, c) la articulación de formas de reclamación patrimonial de indemnizaciones por daños y perjuicios y, d) como garantía última, la intervención última de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado en los supuestos gravísimos.

Todo lo anterior, sin embargo, encuentra una quiebra evidente cuando la prestación laboral de las mujeres trabajadoras se desarrolla, bien en régimen de informalidad, en cualquier sector, bien en un ámbito propio de la -considerada- esfera privada en la que se prestan, formal o informalmente, los servicios al Hogar familiar o servicios de Trabajo doméstico.

En este ámbito se detectan ciertos peligros en potencia, debido a ciertos ingredientes intrínsecos. Se trata de prestaciones, cuando se formalizan, lo hacen en el marco de una relación laboral especial (Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar). Pero, también, en muchas otras ocasiones ni se formalizan jurídicamente. La regulación legal de las situaciones administrativas en el Derecho de extranjería, es un elemento sensible al empleo en este sector. De forma que las irregularidades administrativas acaban conduciendo a la informalidad laboral. Dentro del estricto ámbito laboral, las especialidades de la prestación (centro de trabajo/hogar familiar, organización del tiempo de trabajo, régimen de interna, pluralidad de sujetos junto al empleador, que son a veces objetos del cuidado (personas menores y mayores dependientes), pueden provocar escenarios cualificados de eventuales formas de violencia física, psicológica, con contenido sexual o no.

Entonces, esos peligros en potencia, se pueden transformar fácilmente en violencias en acto. Unas de esas que se han considerado de facto, ligadas al

(in)cumplimiento de la normativa laboral como consecuencia de la especial vulnerabilidad del colectivo (migrante regular o no, con necesidades económicas en todo caso). Pero también en agresiones físicas, verbales, sexuales, multiformes y multiagente. Algunas que, incluso, podrían ser tipificadas como delitos⁶.

Todo lo anterior se ha intensificado seguramente en tiempo pandémicos. En efecto, el COVID19 y la emergencia sanitaria han podido agravar los peligros y las violencias en el trabajo. Sirvan algunos ejemplos de situaciones plausibles, en las que no hay normativa laboral eficazmente aplicable que prevenga o repare a las mujeres trabajadoras de Servicio Doméstico: en el marco del confinamiento general, y las distintas fases de desescalada, han podido ser retenidas en el hogar o expulsadas, sin posibilidad real de ejercer derechos laborales ligados al trabajo, y sin posibilidades reales de ser protegidas por los mecanismos de mantenimiento del empleo y/o de las rentas (desde los esquemas de protección por desempleo) en el contexto pandémico.

O, dicho en otros términos, la emergencia sanitaria producida por la pandemia ha evidenciado la existencia de fallas sistémicas en la regulación del trabajo doméstico, en las que las violencias en el trabajo (agresiones, acosos, vulneración de derechos laborales) pueden permanecer invisibilizadas. Sirva dejarlo apuntado.

3.2. Respeto de las violencias psicológicas y sus consideración como riesgos laborales.

Habría también otro ámbito en el que se pueden detectar quiebras de protección. Es el caso del tratamiento de las violencias físicas, pero sobre todo psicológicas, dentro del ámbito de la prevención de riesgos laborales. Salvo algunas excepciones que resultan casi anecdóticas⁷, no es habitual que se analicen y evalúen posibles conductas constitutivas de violencia ligadas a la prestación laboral, con carácter genérico. De ahí el valor de los protocolos de acoso ligados a la normativa de igualdad. Pero en la medida en que no se

6 Delitos de detención ilegal, secuestro, coacción y amenazas, del Título VI y delitos contra la libertad e indemnidades sexuales del Título VIII, Libro II del Código Penal.

7 El caso por ejemplo de las prestaciones laborales de atención al público (comercio, entidades bancarias o análogas), en las que es plausible un episodio violento perpetrado por un tercero, bajo la forma de delito o falta de robo; el de los centros penitenciario, o recientemente en el sector sociosanitario.

cubre a toda la plantilla con independencia del género, son parcialmente ineficientes. Y además excluyen la violencia física y moral si no guarda relación directa con el género.

Además, mediante el uso de las nuevas aplicaciones tecnológicas, cabría identificar nuevas formas de violencia *de facto*, de esas que aparentemente no se pretenden incardinar en el convenio 190, pero que pueden ser herramientas aparentemente inocuas que si pueden servir para lesionar a los trabajadores. En efecto, los dispositivos de comunicación, de vigilancia y control, las aplicaciones de medición del desempeño, por ejemplo, pueden ser herramientas para actuar formas de violencia psicológica sobre los trabajadores⁸. En los lugares de trabajo, pero también en aquellos otros lugares donde se desarrollan prestaciones laborales en régimen de teletrabajo. Y si en España aún los riesgos psicosociales no se protegen de modo generalizado, no cabe ni prevenir ni reparar esas situaciones de violencia psicológica ligadas a sistemas de organización o control del trabajo en un contexto además de digitalización.

4. Las posibles inspiraciones para cambios de paradigma: el valor del convenio 190 y de la Agenda 2030

La violencia en el trabajo no es una cuestión baladí, porque afecta no solo al marco económico-productivo, haciéndolo insostenible; sino también al bienestar individual y colectivo de las sociedades. Y está pendiente la Gran transformación humana de la Agenda 2030.

En efecto, entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, se encuentran el 5 (Igualdad de Género), el 8 (Trabajo Decente), el 3 (Salud y el bienestar), el 10 (reducción de las desigualdades), y el 17 (alianza multiactor). Que encuentran en la violencia en el trabajo, cada uno desde su ángulo, un auténtico anatema⁹. Sirvan algunas de las materializaciones de lo anterior. La meta 5.2 se concreta en la eliminación *de todas las formas de violencia*

⁸ Algo en lo que se ahonda en el capítulo 9 de esta obra.

⁹ Pero, en un sentido inverso, en la Agenda 2030 hay posibles líneas de inspiración para actuar contra la violencia en el trabajo; si no directamente, sí de modo indirecto. Así, por ejemplo, la meta 10.7 prevé una que se ha de *facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas*. Algo que ofrecería un marco de eliminación de la informalidad como coadyuvante de esas que se han denominado más arriba situaciones de peligro.

contra todas las mujeres y las niñas en los ámbitos público y privado, incluidas la trata y la explotación sexual y otros tipos de explotación. Y esta meta deviene de cumplimiento imposible si se mantienen los reductos de violencia (multiforme) en el trabajo. La meta 3.4 contempla que, para el 2030, se habría de reducir en un tercio la mortalidad prematura por enfermedades no transmisibles mediante la prevención y el tratamiento y promover la salud mental y el bienestar. Y en la meta 8.8 se programa proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y sin riesgos para todas las personas trabajadoras, incluidas las migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios.

En ese escenario, entonces, el convenio 190 se presenta como un potencial convenio fundamental *de facto*, ligado al Trabajo Decente. Porque no habría nada más antagónico que un trabajo prestado en circunstancias violentas.

Sirva dejar simplemente apuntadas algunas de las oportunidades que el convenio ofrecería.

a) Hay una llamada a la construcción normativa multiactor., a partir de la idea de que, si bien el convenio vincula a los Estados Miembros que son los obligados a cumplirlo, éstos no obstante también están obligados a “reconocer las funciones y atribuciones diferentes y complementarias de los gobiernos, y de los empleadores y de los trabajadores, así como de sus organizaciones respectivas, teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance variables de sus responsabilidades respectivas.”

b) Se ha de considerar necesario la visión holística del colectivo de personas trabajadoras protegidas por el convenio, lo que obliga a ir más allá de la formalidad laboral, de la tipicidad contractual y de los estándares habituales de protección referidos a la persona asalariada en activo, con especial atención a los grupos vulnerables (art 6).

c) En la medida en el lugar de trabajo se observa desde una óptica ampliada en la definición del ámbito de aplicación objetivo, las esferas privadas, dejan de estar excluidas.

d) Se hace especial énfasis en la necesidad, no solo de prohibir la violencia y el acoso (art 8), a través de una legislación imperativa¹⁰, que sea controlada,

¹⁰ *Que exija a los empleadores tomar medidas apropiadas y acordes con su grado de control para prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluidos la violencia y el acoso por razón de género, en particular, en la medida en que sea razonable y factible: a) adoptar y aplicar, en consulta con los trabajadores y sus representantes, una política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso;*

sino también de adoptar medidas apropiadas para prevenirla, así como para reparar los efectos¹¹. Y es en esa vertiente de la prevención donde se pone un especial énfasis en la orientación, formación y sensibilización, en el entorno laboral, pero también en el entorno de la sociedad y la ciudadanía en su conjunto¹².

e) Entre los métodos de aplicación se hace una especial llamada a la negociación colectiva (art 12), como coadyuvante de la legislación nacional. Lo que permite un nuevo redimensionamiento del papel de los interlocutores sociales en esta dimensión, en el ámbito empresarial y supraempresarial. Ahora bien, siempre que haya esquemas solventes de articulación de las relaciones

b) tener en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo; c) identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos, y d) proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes, inclusive sobre los derechos y responsabilidades de los trabajadores y otras personas concernidas (art 9 del Convenio 190)

11 Se hace una llamada al diseño de medidas apropiadas de control y reparación (art 10), para : *a) hacer un seguimiento y controlar la aplicación de la legislación nacional relativa a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo; b) garantizar un fácil acceso a vías de recurso y reparación apropiadas y eficaces y a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces, tales como: i) procedimientos de presentación de quejas e investigación y, si procede, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo; mecanismos de solución de conflictos externos al lugar de trabajo; iii) juzgados o tribunales; iv) medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias, y v) medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para los querellantes y las víctimas;*

12 Es esencial llamar la atención sobre el art. 11, en el que se prevén que todo estado Miembro, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores,, *deberá esforzarse por garantizar que: a) la violencia y el acoso en el mundo del trabajo se aborden en las políticas nacionales pertinentes, como las relativas a la seguridad y salud en el trabajo, la igualdad y la no discriminación, y la migración; b) se proporcionen orientaciones, recursos, formación u otras herramientas sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, incluyendo la violencia y el acoso por razón de género, a los empleadores y a los trabajadores y a sus organizaciones respectivas, así como a las autoridades competentes, en forma accesible, según proceda, y c) se emprendan iniciativas al respecto, con inclusión de campañas de sensibilización .*

colectivas. Lo que exigiría un desarrollo, por ejemplo, de esquemas de este tipo en el sector del trabajo doméstico, y en aquellos otros donde por razones económicas o sociológicas no los haya

f) Por último, no cabe obviar el potencial inexplorado que la Recomendación 206 ofrece, como contenidos de una eventual Nueva Responsabilidad Social de las Empresas sustentada en-con- por formas de dialogo social.

En suma, el convenio 190 resulta ser una nueva oportunidad, con una imbricación de herramientas preexistentes, de resolver una patología antigua, para construir una nueva realidad en clave de Sostenibilidad Social.

Listado de Abreviaturas

AGE: Administración General del Estado
AAPP: Administraciones Públicas
CE: Constitución Española de 1978.
CEDAW: Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, 1979
CEDS: Comité Europeo de Derechos Sociales
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
CP: Código Penal
CT: Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social
EBEP: Estatuto Básico de Empleo Público
EM: Estados Miembros
EU-OSHA: Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo
ITSS: Inspección de Trabajo y Seguridad Social
INSST: Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo
LOIEMH: Ley Orgánica 3/007 de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres
LOPDGDD: Ley Orgánica 3/2018, de protección de datos y garantías de derechos digitales
LPLR: Ley de Prevención de Riesgos Laborales
NTIRC: Nuevas Tecnologías de la Información, Relación y Comunicación
NTP: Nota Técnica Preventiva
NNUU: Naciones Unidas
OIT: Organización Internacional del Trabajo
RD: Real Decreto
RDL: Real Decreto-ley
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TIC: Nuevas Tecnologías de Información y Comunicación
TC: Tribunal Constitucional
TCT: Tribunal Central de Trabajo
TS: Tribunal Supremo
TTSSJ: Tribunales Superiores de Justicia

PROGRAMA

SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE LA VIOLENCIA Y ACOSO EN EL TRABAJO: SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL CONVENIO N° 190 OIT EN EL MARCO DEL TRABAJO DECENTE (ODS 3, 5, 8 DE LA AGENDA 2030). 10 y 11 de diciembre de 2020. On line

COMITÉ ORGANIZADOR

D. Manuel Correa Carrasco

Dña. María Gema Quintero Lima

Comité CIENTIFICO

Loïc Leroux

Cristóbal Molina

Sofía Olarte

María Teresa Alameda

Sonia I. Pedrosa

Rosa San Segundo

PROGRAMA

Día 10

16.30 Inauguración: Joaquín Nieto (Director de la Oficina de la OIT en España) y Rosa San Segundo (Directora del Instituto de Estudios de Género. Universidad Carlos de III de Madrid)

Primera ponencia. *Presentación del Convenio 190 de la OIT: Antecedentes, gestación y significado en el contexto del I Centenario.* Doña NATALIA DIAZ SANTIN. Consejera OIT.

Segunda ponencia. *La ratificación por la Rep. De Uruguay del Convenio 190. Contextos normativos y de estructura sindical.* Prof. Dr. FEDERICO ROSENBAUM CARLI. Universidad Católica del Uruguay.

Tercera Ponencia: *La ratificación por la República Argentina del Convenio 190.*

Análisis normativo y de la realidad del acoso y la violencia en el trabajo. D. RODRIGO MÉNDEZ FILLEUL (Universidad Católica de Córdoba).

DEBATE.

Día 11

(Mañana)

9.30 Cuarta Ponencia: *El contenido del Convenio nº 190 OIT: Definiciones y ámbito de aplicación.* Prof. Dra. ANA CRISTINA RIBEIRO COSTA (Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Oporto).

10.00. Quinta Ponencia: *Los Principios Fundamentales del Convenio nº 190 OIT: un análisis desde la perspectiva de género. La novedosa inclusión del trabajo de servicio doméstico*” Prof. Dra. SOFÍA OLARTE ENCABO (Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada).

10.30 sexta Ponencia: *Las medidas de control aplicativo en el Convenio 190 OIT: luces y sombras*”. D. MANUEL VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ (Inspector de Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro del Observatorio Vasco de Acoso y Discriminación)

DEBATE

PAUSA

11:30 MESA REDONDA. *El convenio 190 en el ordenamiento español: el papel de los agentes sociales y la negociación colectiva.*

Modera: Prof. Dra. MARIA PONS CARMENA. Universidad de Valencia.

Intervienen:

Doña ELENA BLASCO. CCOO,

Doña MIRIAM PINTO, CEOE

13.00 Clausura: conferencia doble: *One to one: Dos Perspectivas de futuro: el convenio 190 en Francia, versus el convenio 190 en España.* Prof. Dr. LOÏC LE-ROUGE (Director del COMPTRASEC. Universidad de Burdeos) y Prof. D. CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE (Catedrático de la Universidad de Jaén, Director del Observatorio de Riesgos Psicosociales del IAPRL. Junta de Andalucía).

INSCRIPCIONES: <https://bit.ly/2JufxbN>

CONTRIBUCIONES: Se prevé la posibilidad de que los asistentes al Seminario puedan realizar contribuciones por escrito, que podrán ser publicadas en el libro de actas. Las propuestas de contribuciones se habrán de remitir, en formato Word o pdf, antes del día 10 de diciembre de 2020 (Enviar a: redeselfuturodeltrabajo@gmail.com), previa inscripción formal en los términos concretados más arriba. Una vez aceptadas, los textos definitivos habrán de ser enviados antes del 31 de diciembre de 2020.

EVENTO FINANCIADO EN EL MARCO DE LA *CONVOCATORIA 2020 DE AYUDAS PARA ORGANIZACIÓN DE CONGRESOS INTERNACIONALES Y REUNIONES CIENTÍFICAS Y WORKSHOPS (MODALIDAD A: Congresos internacionales) POR LA UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID*. Código de proyecto 2020/00205/001)

COLABORA: Instituto Universitario de Estudios de Género. Universidad Carlos III de Madrid.