

CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

FISCALIZACIÓN LABORAL SOBRE AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA

SUPUESTO CONSTATADO

ACTUACIÓN DE LA INSPECCIÓN LABORAL

Contratación sin contar con la
calidad migratoria habilitante.

Aplicar la infracción muy grave del
artículo 43° de D. S. N° 19-2006-TR.

Trabajo efectivo sin contrato escrito
o sin que éste se haya aprobado.

Aplicar la infracción grave del
artículo 42° de D. S. N° 19-2006-TR.

Trabajador venezolano con calidad
migratoria distinta a la otorgada por el
PTP o APTE-P.

Aplicar lo previsto en
la R. M. N° 176-2018-TR.

Trabajador laborando sin calidad
migratoria habilitante.

Comunicar a la Autoridad Migratoria
competente.

HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL TRABAJO

REVISANDO LOS NUEVOS SUPUESTOS INCLUIDOS EN SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN

CLAUDIA CERMEÑO DURAND/*

INTRODUCCIÓN

El pasado 22 de julio se publicó el D. S. N° 14-2019-MIMP, que aprobó el Nuevo Reglamento de la Ley N° 27942, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual (en adelante "la Ley"). En materia laboral, este dispositivo tiene una gran trascendencia, pues ha modificado sustancialmente las obligaciones de los empleadores frente al hostigamiento sexual. Los cambios y detalles introducidos son sumamente amplios: acciones preventivas, comité de intervención, modificación del procedimiento de investigación y sanción, normas especiales para intermediación y tercerización, entre otros, de modo que es imposible aborarlos en un solo informe; por ello, en esta oportunidad, hemos decidido centrarnos en la nueva regulación del concepto de hostigamiento sexual, para ir delimitando el ámbito de acción de los empleadores en la materia.

ANTECEDENTES

El texto original de la Ley regulaba únicamente al hostigamiento sexual típico o "chantaje sexual", que se caracterizaba por: (i) la relación de autoridad, jerarquía o dependencia entre las partes; y (ii) en que el rechazo o aceptación de la conducta tenía un impacto en la situación laboral de la víctima. Posteriormente, se introdujo el concepto de hostigamiento sexual ambiental que, a diferencia del chantaje sexual: (i) se configura con prescindencia de la jerarquía, nivel o cargo de las personas involucradas; y (ii) crea un clima de intimidación, humillación u hostilidad. Esta misma modificación incorporó a las conductas sexistas (ya no solo las sexuales) como las que potencialmente podrían configurar hostigamiento sexual. Finalmente, en el 2018 se modificó por última vez la definición de hostigamiento sexual. Así, actualmente el concepto de este es el siguiente:

"(...) una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole". Las diferencias entre el concepto actual y los previamente recogidos son evidentes.

Por su parte, el Nuevo Reglamento ha incorporado nuevas disposiciones que concretizan el concepto de hostigamiento sexual, y brindan mayor –aunque no absoluta– claridad respecto a su configuración. En los siguientes puntos abordaremos los elementos que comportan una conducta de hostigamiento sexual.

NATURALEZA DE LA CONDUCTA

La conducta que potencialmente ocasionaría un acto de hostigamiento sexual puede ser una de índole sexual o sexista. Antes de abordar tales conceptos, debe recordarse que tanto la Ley como su Nuevo Reglamento indican que la reiterancia de la conducta no es necesaria para la configuración del hostigamiento sexual. Esta será tan solo un elemento indiciario.

a. Conductas Sexuales

El Nuevo Reglamento las define como los comportamientos o actos físicos, verbales, gestuales u otros de connotación sexual.

Estas conductas se regularon desde los inicios de la Ley. De ahí que identificarlas no debería presentar mayores problemas. De hecho, todas las manifestaciones de hostigamiento sexual previstas en el artículo 6° de la Ley, están referidas a conductas sexuales.

b. Conductas Sexistas

No existe tanta claridad respecto a las conductas sexistas. Este término se incorpora al concepto de hostigamiento sexual en el 2009. Sin embargo, se define por primera vez en el Nuevo Reglamento, como los *"comportamientos o actos que promueven o refuerzan estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos, roles o espacios propios, que suponen la subordinación de un sexo o género respecto del otro"*.

De hecho, a diferencia de las conductas sexuales, no existen ejemplos claros de qué comportamientos califican como sexistas o qué conductas sexistas podrían configurar hostigamiento sexual.

/* Abogada egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de especialización en Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca. Abogada asociada del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano.

Tradicionalmente tales estereotipos se han gestado en función de: (i) los espacios públicos asociados a lo masculino; y (ii) los ámbitos privados vinculados a lo femenino. Como señala De Barbieri:

*"(...) identificamos el espacio público como el lugar del trabajo que genera ingresos, la acción colectiva, el poder, es decir, el lugar donde se produce y transcurre la historia, y el mundo privado como el de lo doméstico, del trabajo no remunerado ni reconocido como tal, las relaciones familiares y parentales, los afectos, la vida cotidiana. El primero, masculino; el segundo, femenino"*¹.

(El énfasis es añadido).

En base a dicha dicotomía, podemos imaginar diversas situaciones (muchas de la vida cotidiana) que constituyen conductas sexistas. Por ejemplo:

- Frases como: "por el día de la madre, regalemos a las madres trabajadoras una licuadora o una plancha", "no llores, solo las mujeres lo hacen", "se preocupa mucho por su vestir y apariencia, parece mujer", "tiene un carácter fuerte, parece hombre", etc.
- Negarse a someterse a la autoridad o a cumplir las órdenes dadas por una mujer. En la misma línea, desmerecer los logros obtenidos por esta, tales como: títulos, diplomas, ventas, etc. Subestimar su capacidad de poder liderar o enfrentar situaciones difíciles, de alta dificultad técnica o que demanden un elevado esfuerzo físico.
- Atribuir los estados de ánimo de la mujer al nivel de satisfacción que tenga en cualquier aspecto de su vida personal: "ella es así, porque no tiene marido ni hijos", "no le haga caso, seguro el novio la dejó", etc.

Y la lista podría continuar pues la definición de conducta sexista, según el Nuevo Reglamento, es sumamente amplia. Ahora, ¿todas estas conductas constituyen hostigamiento sexual? Evidentemente, no. En los siguientes apartados se abordarán los demás requisitos que deben cumplirse para que este se configure.

CONDUCTA NO DESEADA

La Ley señala que la conducta sexual o sexista debe ser no deseada por la persona contra la que se dirige.

Siguiendo a Balta Varillas, si bien la legislación vigente no precisa en qué consiste lo "no deseado", es claro que el legislador ha querido referirse a las conductas que "no son bienvenidas"². Y, ahora ¿cuándo una conducta no es bienvenida? Como es evidente, se trata de un tema complejo, que deberá evaluarse en cada caso concreto, y en función de los medios probatorios que se aporten en cada situación.

Como indicamos en un trabajo anterior³, uno de los cambios más importantes que introdujo el Dec. Leg. N° 1410, consistió en eliminar al rechazo expreso de la víctima, como elemento de configuración del hostigamiento sexual. En la misma línea, el Nuevo Reglamento añadió que este hecho constituirá tan solo un elemento indiciario.

En este punto, no queda claro cómo considerar la participación voluntaria de la víctima en estas conductas. Creemos que debería seguir la misma suerte, es decir: en la medida que pueda

acreditarse que no fue bienvenida, dicha participación no debería desvirtuar la configuración del hostigamiento sexual. Como podrán apreciar, se trata de un elemento que deberá evaluarse en cada caso en concreto, y según sus propios medios probatorios.

CONSECUENCIAS DE LA CONDUCTA

La Ley indica que la conducta sexual o sexista, no deseada, "puede": (i) crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o (ii) afectar la situación laboral o de cualquier otra índole de la víctima. A ello, el Nuevo Reglamento añade que para la configuración del hostigamiento sexual "no necesariamente se requiere de dichas consecuencias".

La pregunta es inevitable, ¿qué papel juegan tales consecuencias en la configuración del hostigamiento sexual? Creemos que, si bien no se exige que tales situaciones se materialicen, sí es necesario que la conducta sexual o sexista tenga la potencialidad de ocasionarlas. Esto ocurre por lo siguiente:

- a. En efecto, por economía legislativa, no puede incluirse dentro de la regulación aspectos que no tengan ninguna utilidad. Si el legislador hubiese querido prescindir de tales consecuencias, no las habría regulado o, de hacerlo, habría negado de plano su presencia.
- b. En adición, el hostigamiento sexual es por definición una forma de violencia, que se proscribe a todo nivel por el daño que ocasiona. Desde una óptica preventiva, se entiende que tales consecuencias no deban materializarse para que recién se intervenga. Sin embargo, la conducta que se proscribe y sanciona, sí debe tener la potencialidad de ocasionar tales consecuencias, pues de lo contrario dejaría de ser una forma de violencia.

Cabe señalar que la conclusión previamente señalada coincide con la definición de violencia y acoso que se recoge en el Convenio 190 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) que, si bien no ha sido ratificado por el Perú, es un referente autorizado en la materia. En efecto, este instrumento indica que la violencia o el acoso en el mundo del trabajo deben tener por objeto, causar o ser susceptibles de causar un daño físico, psicológico, sexual o económico.

ÁMBITO DE LA CONDUCTA

El artículo 6° del Nuevo Reglamento indica que "*El hostigamiento sexual se configura independientemente de (...) si el acto de hostigamiento sexual se produce durante o fuera de la jornada educativa, formativa, de trabajo o similar; o si este ocurre o no en el lugar o ambientes educativos, formativos, de trabajo o similares*". Tal y como está regulado, el dispositivo citado parece sugerir que cualquier conducta que tenga lugar entre dos o más trabajadores de una empresa, incluso fuera del horario de trabajo y del centro de labores, podría calificar como hostigamiento sexual en el trabajo.

¹ DE BARBIERI, M. Teresita. 1991. "Los ámbitos de acción de las mujeres". En: *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 53, N° 1. (Ene. - Mar., 1991), pág. 203.

² BALTA VARILLAS, José. *Acoso sexual en las relaciones laborales privadas*. Ara Editores, Lima, 2005, pág. 73.

³ CERMEÑO, Claudia. "En camino a nueva regulación del hostigamiento sexual en el trabajo". En: *Revista Análisis Laboral*, N° 501, marzo de 2019, AELE, págs. 52 y 53.

Sin embargo, consideramos que este dispositivo debe leerse conjuntamente con el artículo 3° del Convenio 190 de la OIT que, como ya indicamos, es un referente autorizado en materia laboral. Este instrumento indica que la violencia y el acoso en el mundo laboral es el que ocurre durante la jornada de trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo, tales como:

- a. En el lugar de trabajo.
- b. En los lugares donde se paga al trabajador, donde este 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.
- f. En los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo. Si bien no se precisa, queda claro que esto aplica siempre que el empleador proporcione el transporte.

A MODO DE REFLEXIÓN

Definir los alcances del hostigamiento sexual es vital pues de ello dependen las acciones preventivas, de protección, investigación y sanción que las empresas deberán emprender en esta materia. Una inadecuada verificación de sus alcances, podría llevarlas a excluir situaciones de hostigamiento sexual que, posteriormente, las expongan a multas administrativas, pago de indemnizaciones, entre otros.

**INFORMACIÓN
ÚTIL Y
PRECISA
PARA LA EMPRESA
DE HOY**


480 0626



Análisis Laboral **Análisis Tributario**