



Revista Latinoamericana de Derecho
Social

ISSN: 1870-4670

revistaderechosocial@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de
México
México

TREVIÑO GHIOLDI, Susana

DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD EN EL EMPLEO Y ACOSO SEXUAL

Revista Latinoamericana de Derecho Social, núm. 4, enero-junio, 2007, pp. 175-201

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640259009>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD EN EL EMPLEO Y ACOSO SEXUAL

Susana TREVIÑO GHIOLDI*

Resumen: En Argentina, las modificaciones legislativas han ido restringiendo los derechos de las trabajadoras en relación con el periodo de embarazo y la maternidad. Tanto la normativa internacional como los tratados y convenciones con jerarquía constitucional permiten a las trabajadoras, ante esta discordancia entre normas internas e internacionales, acudir a la jurisdicción invocando derechos que las amparan, y eventualmente reclamar al Estado argentino por incumplimiento de obligaciones asumidas frente a la comunidad internacional. Por su parte, el acoso sexual constituye un grave acto de intimidación, coacción y violencia que ignora y desprecia la voluntad de las personas afectadas, por lo que es necesario que se sancione una norma que prevea las formas, posibilidades y ámbitos en los cuales pueda tipificarse el acoso sexual y se establezcan mecanismos tendentes a proteger a las víctimas de estas formas de violencia y discriminación repudiadas por la sociedad.

El porvenir de la humanidad, cuya preparación es lo más inteligente que podemos hacer, exige, pues, que la mujer sea considerada como la igual al hombre. Igual en derechos, en oportunidades, en tarea, en responsabilidad. Cuanto antes se llegue a esa igualdad —que es social, no biológica o psíquica— antes se alcanzará un estado superior de entendimiento y armonía entre los grupos humanos.

Alicia MOREAU DE JUSTO

Liberar el polo del otro —el nuestro (el femenino)— perdido bajo un discurso y una ley pretendidamente universales, ¿no es precisamente devolver la posibilidad de descubrir su singularidad a un sujeto que se ha erigido en absoluto?

Luce IRIGARAY

* Vicepresidenta del Instituto de Derecho del Trabajo y Seguridad Social del Colegio de Abogados de Rosario (Argentina); miembro de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



El imperio que ejercemos sobre ellas (las mujeres) es una verdadera tiranía. Ellas nos lo han permitido porque tienen más dulzura que nosotros y, por consiguiente, más humanidad y razón. Estas ventajas, que debieran darle superioridad sobre nosotros si fuésemos razonables, las hicieron perder la partida porque nosotros no lo somos.

MONTESQUIEU

La mujer es una palabra larga como un gemido con un hombre adentro.

Erica JONG

La opresión sexual de las mujeres es la más radical de todas y, además, la más difícil de denunciar y destruir.

Françoise COLLIN

La mujer pertenece a un sexo en este país, desgraciado, expuesto a la miseria y la desnutrición, a los horrores del hambre y el estrago de las enfermedades que de ella se originan: expuesto a la prostitución, de donde emanan considerables males a la sociedad.

Manuel BELGRANO

La pobreza y las políticas de ajuste impactan de manera directa en la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. La crisis implica una creciente oferta de trabajadoras de baja calificación y con poca experiencia laboral, que salen a buscar trabajo como recurso para compensar una situación familiar de carencia extrema.

En la mayoría de los países en desarrollo, las mujeres constituyen la mayoría de los pobres, fenómeno conocido como “feminización de la pobreza”.

En Argentina, las estadísticas oficiales (INDEC), a pesar de dar un panorama parcial, muestran que: *a*) las mujeres constituyen el 51.1% de la población total (17 millones sobre 33); *b*) a fines de los años ochenta y principios de los noventa, aumentaron los hogares con jefatura femenina en todo el país; este aumento es general e involucra sectores pobres y no pobres, pero en el primer sector ha aumentado 44%, y *c*) del total de jefas de hogar, más de la mitad corresponde a trabajadoras marginales.

I. ANTECEDENTES INTERNACIONALES

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) propuso la primera norma universal en la materia al adoptar, en 1919, el Convenio sobre la Protec-

ción de la Maternidad (CIT núm. 3), destinado a proteger a las trabajadoras antes y después del parto. El Convenio fue revisado por primera vez en 1952, y actualmente prevé una licencia mínima de 12 semanas, aunque se recomiendan 14. En cuanto a los países que conceden prestaciones en efectivo en virtud de los sistemas de seguridad social, el Convenio establece que éstas no deberán ser inferiores a dos tercios de los ingresos asegurados anteriores, sin perjuicio del pleno goce de las prestaciones médicas.

En la actualidad, 119 países cumplen la disposición relativa a las 12 semanas; de éstos, 62 otorgan licencias de 14 semanas o de duración superior. Sólo en 31 países la licencia legal de maternidad es inferior a 12 semanas.

Entre los países que otorgan las licencias retribuidas de maternidad más prolongadas figuran la República Checa (28 semanas), Eslovaquia (28 semanas), Croacia (6 meses y 4 semanas), Hungría (24 semanas), la Federación Rusa (20 semanas) e Italia (5 meses). Dinamarca, Noruega y Suecia prevén, asimismo, largas licencias pagadas que pueden tomar la madre o el padre, si bien una parte de la licencia está reservada a la madre.

II. NORMATIVA INTERNACIONAL E INTERNA ARGENTINA

En el Convenio Internacional de Trabajo (CIT) núm. 103 (Convenio sobre Protección de la Maternidad), de 1952, el término “mujer” comprende “toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad, nacionalidad, raza o creencia religiosa, casada o no”, y el término “hijo” comprende “todo hijo nacido de matrimonio o fuera de matrimonio”. Al definir así a la mujer, el CIT núm. 103 establece el principio de no discriminación con respecto a todas las trabajadoras, por lo que el instrumento se aplica sin reserva a todas las mujeres. Su ámbito de aplicación es bastante amplio, incluyendo a las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas, comprendidas las mujeres asalariadas que trabajan en su domicilio.

Aunque las trabajadoras a tiempo parcial ya están implícitamente incluidas en el Convenio núm. 103 (si están empleadas en los sectores u ocupaciones a los que se aplica este instrumento), el Convenio sobre Trabajo a Tiempo Parcial, de 1994 (núm. 175), estipula específicamente que los países ratificantes deberán asegurarse de que los trabajadores a tiempo parcial disfruten de condiciones equivalentes a la de los trabajadores a tiempo completo en relación con la protección de la maternidad.

La única exigencia que se formula en el CIT núm. 103, al igual que antes en el CIT núm. 3 (1919), es la presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha prevista para el parto. La obligación de informar al empleador es también la única condición que contempla la Directiva 92/85 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la aplicación de Medidas para Promover la Mejora de la Seguridad y de la Salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia después de haberse reintegrado al trabajo, para que la trabajadora pueda ejercer su derecho a un licencia de maternidad sin correr el riesgo de perder su empleo, y pueda gozar además de las demás medidas de protección que se prevén.

1. *Principales artículos del CIT núm. 183 sobre la Protección de la Maternidad (2000)*

Artículo 1o. A los efectos del presente Convenio, el término mujer se aplica a toda persona de sexo femenino, sin ninguna discriminación, y el término hijo a todo hijo, sin ninguna discriminación.

Licencia por maternidad

Artículo 4o. Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante la presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos 14 semanas.

Protección del empleo y no discriminación

Artículo 8o. 1. Se prohíbe al empleador que despid a una mujer que está embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4o. o 5o., o después de integrarse al trabajo, durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

Artículo 9o. 1. Todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2o.

2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un exámen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

Artículo 13. El presente Convenio revisa el Convenio sobre la Protección de la Maternidad de 1952.

2. Trabajo de las mujeres en la Ley 20.744 (Ley interna argentina, TO 1974)

El trabajo de la mujer es considerado en el texto de la ley en un título especial que regula los aspectos importantes del mismo. En este sentido, la ley tuvo como antecedentes, disposiciones anteriores que rigieron durante muchos años.

Así, la Ley 5291, sancionada el 14 de octubre de 1907, reglamentó el trabajo de mujeres y menores, hasta ser derogada y reemplazada por la Ley 11.317, sancionada el 30 de septiembre de 1924 y promulgada de acuerdo con el artículo 70 de la Constitución —no producida su devolución al Congreso dentro de los diez días de recibida— y que fue modificada diez años después por la Ley 11.932, promulgada el 15 de octubre de 1934. Además se ha tenido en cuenta en este capítulo el proyecto que dio origen a la Ley 13.383, que prohibió el despido por causa de matrimonio, tal como fue sancionada por el Congreso, sin el veto impuesto a la presunción establecida por el Poder Ejecutivo. Lo mismo por lo que se refiere a la Ley 11.933, promulgada el 15 de octubre de 1934 y modificada por la Ley 12.339, promulgada el 29 de diciembre de 1936, que prescribió la prohibición del empleo de mujeres antes y después del parto y la organización del seguro de maternidad.

Se relaciona también con este capítulo lo que impone la Ley 11.357 de Derechos Civiles de la Mujer, que estableció la igualdad jurídica con el hombre, y asimismo las prescripciones de la Ley 11.544.

La ley reconoce a la mujer, en general, la posibilidad de celebrar cualquier tipo de contrato de trabajo sin que ninguna norma legal o convencional pueda hacer discriminaciones fundadas en el sexo o estado civil de la misma, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral. Se cumple en este capítulo el principio, oportunamente incorporado al Tratado de Versalles, reconocido en el artículo 187 (Ley 20.744), segunda parte, de que tanto en las

convenciones colectivas como en las tarifas de salarios se garantizará la plena observancia del principio de que a igual trabajo igual remuneración.

3. *Protección de la maternidad (Ley 20.744 de 1974)*

Modificados los términos, este problema comenzó a ser resuelto por la antigua Ley 11.317 y determina el establecimiento de un periodo de estabilidad en el contrato de trabajo, pero estabilidad relativa. La ley prescribe, en primer lugar, que queda prohibido el trabajo de la mujer 45 días antes y 45 días después del parto, los que pueden convertirse en no menos de 30 días antes y 60 después, a decisión de la interesada.

La maternidad deberá comunicarse al empleador con la presentación del certificado médico, en el que deberá constar que el parto debe producirse presumiblemente en el plazo anticipado; o requerir su comprobación por el empleador, para que éste efectúe el control que considere pertinente con el médico que designe; de no realizarse esto, se estará a lo que especifique el certificado presentado por la trabajadora.

La ley determina especialmente que se garantizará, durante el periodo de la gestación, la estabilidad en el empleo, teniendo el carácter de derecho adquirido a partir del momento de la concepción cuando acontece en el curso de la relación laboral, o a partir del momento de la iniciación de la misma. Durante todo ese periodo, la mujer gozará de las asignaciones que le otorgan los sistemas de seguridad social, los que le garantizan la percepción de una suma igual a la retribución que corresponda al periodo de estabilidad.

Pero para el caso de que deba permanecer ausente de su trabajo durante un lapso mayor a consecuencia de una enfermedad derivada del embarazo o del parto, y no pueda reintegrarse al trabajo, será acreedora de los beneficios que la ley acuerda en el artículo 225, establecidos para el caso de accidentes o enfermedades inculpables.

Pero, en definitiva, la mujer que fuese despedida durante los plazos fijados, esto es, durante el periodo de maternidad o de enfermedad derivada del embarazo o del parto, tendrá derecho a percibir una indemnización que consistirá en el equivalente a un año de sueldo o remuneración.

Pero aunque el texto no ofrece toda la claridad debida, debe presumirse que si el despido se produce dentro de los plazos señalados, esto es, 45 días antes y 45 después del parto —o la alternativa que la ley ofrece a la mujer—, éste obedece al estado de embarazo de la trabajadora, sin admitir prueba en

contrario; en cambio, se presume, salvo prueba en contrario, que el despido de la mujer trabajadora obedece a la causal de maternidad cuando fuese dispuesto dentro del plazo de seis meses anteriores a la fecha en que debió comenzar el periodo de licencia establecido en el artículo 193, primera parte, o posteriores a la finalización del mismo. Es decir, que se determinan dos periodos perfectamente definidos: el primero, limitado por los 45 días anteriores y posteriores al parto, dentro del cual el despido se considera que es por causa del embarazo, no admitiéndose prueba en contrario. En cambio, si se produce en el periodo de los seis meses anteriores o posteriores, se presume que es por la misma causa, pero salvo prueba en contrario de que no lo es.

En caso de ser despedida la mujer durante estos plazos, tendrá derecho a percibir una indemnización doble de la que determina el artículo 198, esto es, dos años de remuneración.

Por último, toda madre trabajadora dispone de dos descansos de media hora cada uno para amamantar a su hijo, en el transcurso de la jornada de trabajo. El empleador deberá habilitar salas maternales y guarderías para niños hasta la edad y condiciones que oportunamente se establezcan, en aquellos establecimientos en que presten servicios un número de trabajadoras que fije la reglamentación.

Resumiendo, la Ley de Contrato de Trabajo en su redacción original (Ley 20.744 de 1974), establecía que el despido de la trabajadora dentro del plazo de 45 días antes del parto y 45 días después del mismo (con la posibilidad de reducir el periodo previo a 30 días, acumulando los 15 restantes al posterior), se presumía, *sin admitir prueba en contrario*, que el mismo obedecía al estado de embarazo de la trabajadora. Durante un periodo de 6 meses anteriores o 6 meses posteriores a la fecha de comienzo o finalización, respectivamente, de la licencia por embarazo o maternidad, la presunción era *iuris tantum*.

La Ley 21.297 (Decreto 390/76) modificó el criterio de la Ley 20.744, estableciendo un periodo de siete meses y medio anteriores y posteriores al parto, durante el cual rige una *presunción simple*, esto es, de aquellas que admiten la prueba en contra por parte de aquel sobre el que pesa el *onus probandi*, por el efecto de la inversión de la carga de la prueba establecida por la ley.

En 1991 se dictó la Ley 24.013, denominada Ley de Empleo, a la que en 1995 (Ley 24.465) se le sumaron las modalidades temporarias contractuales, afectando preaviso, indemnización, aportes previsionales y asignaciones familiares, y excluyendo casamiento, embarazo, o enfermedad durante el contrato de aprendizaje y el primer empleo.

Mediante la Ley 24.465 se crearon además contratos a plazo fijo para trabajadores mayores de 40 años, veteranos de Malvinas, discapacitados y mujeres sin límite de edad, a las que se ubicó dentro de aquellas categorías.

La Ley 25.250 de septiembre de 1998, más conocida como Ley de Reforma Laboral (actualmente derogada), eliminó los contratos temporarios creados por leyes anteriores.

La Constitución nacional (reformada en 1994), en su artículo 75, inciso 22, otorga jerarquía constitucional a tratados y convenios internacionales, los cuales, a través de su articulado, protegen los derechos de las trabajadoras, incorporando normas antidiscriminatorias y de protección a la maternidad.

4. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)*

Derecho de igualdad ante la ley

- Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni alguna otra (artículo 2o.).
- Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella (artículo 6o.).
- Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales (artículo 7o.).

5. *Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948)*

- Toda persona goza de todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2o.).
- La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social (artículo 25).

6. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (12 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978)*

Artículo 1o. Obligación de respetar los derechos.

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

7. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19 de diciembre de 1966)*

Los Estados parte se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en este Pacto (artículo 3o.).

8. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (19 de diciembre de 1966)*

Artículo 2o. Cada uno de los Estados partes se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

9. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (18 de diciembre de 1979)*¹

- Define las conductas constitutivas de discriminación contra la mujer (artículo 1o.).
- Establece como obligación de los Estados partes seguir políticas encaminadas a eliminar la discriminación contra la mujer (artículo 2o.).

¹ Ley interna 23.1799, sancionada el 8 de mayo de 1985, promulgada el 27 del mismo mes y año y publicada en el *Boletín Oficial* el 3 de junio de 1985.

- Establece medidas que aseguren el pleno desarrollo y adelanto de las mujeres para que gocen de sus derechos en igualdad de condiciones con el hombre (artículo 3o.).
- Señala a la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y desarrollo de sus hijos (artículo 5o.).
- Establece la igualdad de derechos en materia de empleo: derecho al trabajo, a las mismas oportunidades, a elegir libremente profesión y empleo, al ascenso, a la estabilidad, al acceso a la información profesional, a igual remuneración e igualdad de trato, a la seguridad social y a la protección de la salud, incluso la salvaguardia de la función de reproducción; así como protecciones especiales para impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad (artículo 11).
- Derecho a la igualdad en el acceso a la atención médica (artículo 12).
- Se refiere expresamente a las acciones positivas cuando dispone como competencia del Congreso la de “legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (artículo 75, inciso 23).

La reforma de 1994 habilita, asimismo, la garantía del amparo contra “cualquier forma de discriminación” (artículo 43 de la Constitución).

10. *Declaración Sociolaboral del Mercosur (10 de diciembre de 1998)*

Derechos individuales

Artículo 1o. No discriminación.

1. Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo u orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

2. Los Estados partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo.

Artículo 3o.

Los Estados partes se comprometen a garantizar, a través de la normativa y prácticas laborales, la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

Las mujeres deben luchar por conciliar las tareas fuera del hogar con sus papeles tradicionales. No pueden participar plenamente en la vida económica y pública, y tienen un acceso limitado a las posiciones de influencia y poder, con opciones más estrechas en cuanto a su ocupación, y obteniendo ingresos notoriamente inferiores que los hombres. Esas faltas de equidad deben ser subsanadas para que las mujeres puedan ejercer sus derechos y para posibilitar que los países avancen hacia un desarrollo sostenible.

Juan Bautista Alberdi, ya en 1837, afirmaba que la emancipación de la mujer es la primera condición de la nueva sociabilidad. Acerca de la posición de la mujer en aquella época, expresó que “la mujer es niña, nada más entre nosotros. No es ella misma; no tiene personalidad social. La dejan los padres, cuando la toma el marido”.

III. LICENCIAS PARENTALES

Hasta la fecha, sólo 36 países, casi todos ellos industrializados, han promulgado leyes que regulan los permisos parentales. Los países nórdicos se han dotado de las políticas más ventajosas para los padres que trabajan, entre las que figuran el pago de indemnizaciones por la pérdida de ingresos y la concesión de subsidios familiares. Cabe destacar la legislación aprobada recientemente en los Estados Unidos, pues si bien las licencias previstas en ésta no son remuneradas, tienen derecho a ellas tanto la madre como el padre, sin distinción.

La madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener un permiso de ausencia sin perder su empleo y conservando los derechos que se deriven de él:

- En un periodo que venga inmediatamente después de la licencia de maternidad.
- En los casos de enfermedad de un hijo.

Cabe destacar que Argentina no contempla en su plexo normativo licencias de estas características. No obstante ello, existen proyectos de ley al respecto, que se encuentran en trámite parlamentario.

IV. ACOSO SEXUAL

Uno de los aspectos más polémicos relacionados con mujer y trabajo es el acoso sexual.

El acoso sexual no es un tema específico de los ámbitos académicos. Todo lo contrario, es una grave realidad que diariamente afecta a una cantidad cada vez mayor de personas, que en su abrumadora mayoría son mujeres.

Si bien el asedio sexual aparece sólo en los últimos años en el debate público, no es menos cierto que hay testimonios de su anterior existencia, así como de sus “ancestros feudales”, configurados por el “derecho” que los señores ejercitaban en la Edad Media y que les permitía tener acceso sexual sobre sus siervas, la noche anterior a la boda (derecho de pernada; *iure primae noctis*).

La historia demuestra que estas prácticas nunca fueron desconocidas, particularmente en el sector rural, con el “derecho” que ejercían los dueños de fundos con mujeres inquilinas de los mismos. Por lo tanto, el acoso sexual siempre ha existido, con formas y variantes diferentes, y muchas veces protegidas o reguladas por el derecho.

Durante los últimos años, en especial a partir de 1995, varios países adoptaron disposiciones jurídicas para prohibir de manera específica el acoso sexual, o bien mediante leyes generales contra la discriminación.

Diferentes encuestas internacionales han determinado la envergadura del asedio o acoso sexual, constatando que se encuentra muy difundido y que produce consecuencias muy graves en las víctimas.

- Desde un punto de vista normativo, en Argentina, un decreto del 18 de noviembre de 1993 (Decreto 2385/93) reglamenta el hostigamiento o acoso sexual en el servicio público.
- En Costa Rica, la Ley sobre Acoso Sexual en el Trabajo y la Enseñanza (núm. 7476, del 3 de febrero de 1995) ha constituido un instrumento importante para declarar ilegal este comportamiento en los centros de trabajo.
- En Sudáfrica, el aviso oficial núm. 804, de julio de 1996, titulado “Libro verde sobre la equidad en el empleo”, propone prohibir el acoso sexual en el trabajo (artículo 4.1.1).

Entre los numerosos países europeos que han adoptado medidas específicas en esta materia cabe citar los siguientes: Alemania, Austria, Bélgica, Fin-

landia, Irlanda, Italia, Malta, Reino Unido, Suiza, Noruega y Francia, entre otros.

Actualmente, la Argentina es uno de los países con más alta tasa de acoso sexual del mundo. Un Informe de la OIT señala que el 16.6% de las trabajadoras argentinas sufrió agresiones de carácter sexual en los últimos años.

El acoso sexual ha sido definido como una “conducta no bienvenida de naturaleza sexual que tiene un efecto negativo en el lugar de trabajo”, pero comprende también otros ámbitos, por ejemplo educacional, deportivo, y todos aquellos en los cuales existan relaciones humanas y de poder. Puede ser verbal o físico.

Una atención “no bienvenida” incluye cualquier tipo de atención que una persona razonable sabría que no es aceptable o bienvenida. El acoso sexual ocurre, en la casi totalidad de los casos, en situaciones en las cuales el acosador tiene más poder que el acosado(a) (la víctima).

Acoso sexual: aspectos normativos

La Constitución nacional argentina, reformada en 1994, otorgó rango constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en su artículo 3o., establece que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. El artículo 5o. de la citada Declaración estipula que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

El artículo 7o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho del trabajador o trabajadora a “condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto” (inciso a, II) y a “igual oportunidad para todos de ser promovidos dentro de su trabajo a la categoría superior que les corresponda, sin más consideración que los factores de tiempo de servicio y capacidad” (inciso c).

Este último enfoque resulta común a todas las manifestaciones del acoso sexual, por cuanto éste no constituye meramente un abuso de derecho, sino un acto ilícito configurativo de delito del derecho civil.

En efecto, el artículo 1071 bis del Código Civil incluye entre los actos ilícitos la intromisión en la vida ajena mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbe de cualquier modo su intimidad. Asimismo, el artículo 1072 del Código Civil establece que el acto ilícito ejecutado a sabiendas

y con intención de dañar la persona o los derechos de otro se denomina *delito* para este código.

En el ámbito internacional, a través de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), aprobada por Ley interna núm. 24.632, los Estados se comprometen a adoptar todos los medios necesarios para prevenir, sancionar y erradicar toda forma de violencia contra la mujer, incluido el hostigamiento sexual, enmarcándolo dentro de la violencia de género. Establece la obligación de proveer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer víctima de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.

Según la postura de Julio Martínez Vivot, la norma directa aplicable es el artículo 14 bis, “Condiciones dignas y equitativas de labor”, de la Constitución nacional argentina.

Cabe destacar que Néstor Sagües considera esta norma como “operativa”, es decir, no meramente programática, por lo que a su criterio tiene vigencia y exigibilidad por sí misma. Agrega que “la frase constitucional aludida asegura que cualquier vínculo de trabajo debe ser respetuoso de la dignidad del trabajador, sin admitir, por tanto, situaciones de hecho” que puedan “provocar algún desmedro físico o moral” o “atenten contra la calidad humana del trabajador”. De allí concluimos que dadas las circunstancias que acompañan al acoso sexual, según lo hemos tipificado, esta disposición de la Constitución nacional argentina es plenamente aplicable para entender que un hecho tal, importa negar el principio mencionado de “condiciones dignas y equitativas de labor”.

En el mismo sentido se expresa Germán Bidart Campos, afirmando que “el trabajo como actividad humana, empeña la dignidad personal. Sin demasiadas disquisiciones filosóficas, es fácil comprender por qué se exige situar al hombre que trabaja, y a su actividad misma, en un ambiente decoroso, porque quien trabaja es una persona”. Agrega que la cláusula es amplia y comprende, entre otras obligaciones del empleador, el trato respetuoso, y termina diciendo que “lo justo, lo decente, lo decoroso, lo adecuado, eso es lo que prescribe la norma, no sólo durante el tiempo de trabajo y en el lugar de trabajo, sino aún más allá, para asegurar, mediante las aludidas condiciones, la existencia digna de la persona humana”.

En la norma del artículo 75, inciso 23, de la Constitución nacional argentina se confiere al Congreso de la Nación la facultad de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y

de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos por dicha Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (artículo 75, inciso 22). Puede verse, sin duda, en esta disposición la voluntad del Constituyente de que el Congreso Nacional legisle expresamente sobre el acoso sexual para garantizar de tal modo la igualdad real de oportunidades y de trato, así como el pleno goce de los derechos antes mencionados.

A. Legislación general

La Ley 23.592 (conocida como ley antidiscriminación), de 1988, tutela la dignidad de la persona humana como bien jurídico protegido. Sus términos imponen conductas y establecen sanciones para quienes arbitrariamente impidan, obstruyan, restrinjan, o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio, sobre bases igualitarias, de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución nacional (artículo 1o., párrafo 1). En lo atinente al acoso sexual, señala mecanismos tendentes a garantizar la dignidad en el trabajo y los destinados a condenar toda discriminación, o intento de ésta, y a reconocer los derechos de la mujer.

Pues bien, la ley en mención permite, a pedido del damnificado, requerir que se deje “sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados” (artículo 1o., párrafo 1). La amplitud de estas normas debe destacarse en nuestra materia, particularmente en cuanto expresamente prevén la posibilidad de suprimir el acto lesivo, como lo pretendemos, sin necesidad de considerarse despedido y comprometer uno de los bienes más valiosos en este tiempo, como es el empleo.

El artículo 1o. de la citada ley, donde se inserta el texto referido, se complementa con un párrafo 2, en el que se expresa que “se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados” —entre otros motivos— por razón de sexo. En los artículos siguientes eleva la pena de todo delito, reprimido por el Código Penal o leyes complementarias, cuando sea cometido por razones raciales, de nacionalidad, religiosos o de ideas políticas.

B. Legislación laboral

Respecto a la legislación laboral, la Ley de Contrato de Trabajo (Ley 20.744 y modificatorias) establece:

- a) Prohibición de discriminar (artículo 17).
- b) Obligación genérica de las partes (artículo 62).
- c) Principio de la buena fe (artículo 63).
- d) Facultad de dirección (artículo 65).
- e) Facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo (artículo 66).
- f) Modalidades de su ejercicio (artículo 68).
- g) Modificación del contrato de trabajo. Su exclusión como sanción disciplinaria (artículo 69).
- h) Deber de seguridad (artículo 75).
- i) Reintegro de gastos y resarcimiento de daños (artículo 76).
- j) Igualdad de trato (artículo 81).
- k) Capacidad. Prohibición de trato discriminatorio (artículo 172).
- l) Justa causa (artículo 242).

V. PROYECTOS LEGISLATIVOS

1. *Decreto 2385/93. Tipificación de Conductas de Acoso Sexual en la función pública*

El acoso sexual constituye una conducta reproachable que se puede manifestar en el ámbito laboral, tanto dentro como fuera de la administración pública nacional, afectando tanto a mujeres como a hombres.

Que la aludida conducta suele exteriorizarse fundamentalmente en aquellos ámbitos de la actividad humana en los que existe una relación jerárquica, la que puede llevar a un abuso de la posición del superior sobre el inferior.

Que sobre el particular, la Organización Internacional del Trabajo sostiene que el acoso sexual representa un problema de salud de los trabajadores, requiriendo una particular atención las políticas que promueven la igualdad, las que deben traer consigo la implementación de las medidas destinadas a luchar contra tal hostigamiento e impedirlo.

Artículo 1o. Incorpórase como 2o. párrafo del inciso e del artículo 28 de la reglamentación del régimen jurídico básico de la función pública, aprobado por Decreto 1797/80, el siguiente:

Aclárase por coacción de otra naturaleza, entre otros, el acoso sexual, entendiéndose por tal el accionar del funcionario que con motivo o en ejercicio de sus funciones se aprovecha de una relación jerárquica, induciendo a otro a acceder a sus requerimientos sexuales, haya o no acceso carnal. Las denuncias o acciones que corresponda ejercer con motivo de la presunta

configuración de la conducta antes descripta podrán ejercitarse conforme el procedimiento general vigente o, a opción del agente, ante el responsable del área de recursos humanos de la jurisdicción respectiva.

En la provincia de Santa Fe está vigente la Ley provincial núm. 11.948 que modifica el Código de Faltas (fecha de sanción: 8 de noviembre de 2001; fecha de promulgación: 27 de noviembre de 2001; fecha de publicación en *BO*: 5 de diciembre de 2001). Se incorpora a la Ley 10703 (Código de Faltas de la Provincia de Santa Fe) el artículo 78 bis, que trata el tema de acoso sexual tanto en el sector privado como público de las relaciones laborales. En su articulado esboza una definición de acoso sexual; establece un procedimiento para estas situaciones; designa a la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, mediante el Centro de Asistencia a la Víctima y al Testigo del Delito, como organismo de contralor y estadística.

2. Proyecto de la diputada Irma Roy

Fundamentos

Esta ley tiende a establecer el respeto a la intimidad y a la dignidad del trabajador, quebrados por la actitud hostil del acosador y en algunos casos por la actitud pasiva del empleador. Si bien generalmente por ocupar puestos de inferior jerarquía a los del hombre son las mujeres las que sufren esta situación, no quedan excluidos por la redacción el acoso de mujer a hombre y, eventualmente, de hombre a hombre o de mujer a mujer.

Artículo 1o. El acoso sexual es toda presión de naturaleza sexual, sea física o verbal, ejercida por un superior, no deseada por quien la sufre, que surge en la relación de empleo y que arroja como resultado, desde un ambiente de trabajo hostil hasta la pérdida total del trabajo.

Artículo 2o. El acoso sexual será castigado con una indemnización de 1 a 20 sueldos percibidos por la actora.

Artículo 3o. Los requisitos necesarios para ejercer la acción son el previo requerimiento al acosador para que cese en su accionar y al empleador para que tome las medidas conducentes al cese de la situación.

Artículo 4o. Si el empleador debidamente notificado no tomase tales medidas para terminar la hostilidad, será considerado responsable solidariamente de las sanciones que en esta ley se establecen junto al acosador.

3. *Proyecto de la diputada Graciela Caamaño*

Fundamentos

El proyecto que se acompaña tiene por objeto introducir la figura del acoso sexual dentro del Código Penal, sin perjuicio de la legislación laboral.

Y el proyecto de declaración de los señores diputados Felgueras y Rodríguez (expediente 1765-D-91), por el que solicita al Poder Ejecutivo disponga las medidas tendentes a incluir la figura del acoso sexual en la Ley de Contrato de Trabajo con el objeto de sancionar la responsabilidad del empleador que incurra en el hecho.

El proyecto de ley que propongo tiene como antecedente las legislaciones de Estados Unidos, Italia y Canadá, que establecen que, una vez probada la denuncia de acoso u hostigamiento sexual, el empleador no sólo es sancionado judicialmente, sino también penalmente. Otro de los países que contempla la posibilidad de prisión para el acosador es Francia.

Las leyes europeas y canadienses que legislan sobre acoso sexual, basan su argumentación de fondo en bienes jurídicos que es imprescindible tutelar, que hacen al derecho natural de la persona humana, y que consisten en la defensa de valores inscriptos en el alma y en el corazón de los hombres, tales como el derecho a la libertad, el derecho a la vida, y, por tanto, a la integridad física y psíquica, al respeto a la intimidad, al honor, a la vida privada, y en fin, a la dignidad de la mujer y del varón hechos a imagen y semejanza de Dios.

Artículo 1o. Incorpórase como artículo 127 ter del Código Penal de la nación argentina el siguiente:

Artículo 127 ter. Será reprimido con prisión de seis meses a un año cuando no resultare otro delito más severamente penado al que hostigare o acosare a persona de uno u otro sexo, ejerciendo sobre ella intimidación o coerción con miras deshonestas, no consentidos por la víctima, en los siguientes casos:

1. Cuando el hostigamiento o acoso sexual se cometiere por un empleador respecto de su empleado/a, en el marco de una relación laboral de carácter privado, del que resulta la pérdida del trabajo o la aplicación de sanciones laborales para la persona acosada.

2. Cuando el hostigamiento o acoso sexual se produzca en la administración pública estatal, siendo la víctima persona en relación de dependencia, y el victimario funcionario jerárquico, del que también resulte la pérdida del trabajo o la aplicación de sanciones administrativas para la persona acosada.

3. Cuando la presión con fines sexuales se concreta en el ámbito educativo, siendo la víctima alumno y el autor de la presión docente o personal jerárquico, de la que resulte la aplicación de sanciones disciplinarias y/o académicas para la víctima.²

4. *Proyecto de la Comisión Tripartita de Igualdad de Trato y Oportunidades entre Varones y Mujeres en el Mundo Laboral*

Dra. María José Lubertino, presidenta, dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se elaboró un proyecto de ley contra el acoso sexual. Ministro de Trabajo y Seguridad Social, Alfredo Atanasof (periodo: 1999-2001).

Artículo 1o. A los efectos de la presente ley se entiende por acoso sexual, todo acto, comentario reiterado o conducta con connotación sexual, sexista u homofóbica no consentida por quien la recibe y que perjudique su cumplimiento o desempeño laboral, educativo, político o sindical, o su bienestar personal.

Configura también acoso sexual, todo acto de naturaleza sexual, sexista u homofóbica, que sin estar dirigido a una persona en particular, cree un clima de intimidación, humillación u hostilidad.

Artículo 2o. Se entiende por acto, comentario reiterado o conducta con connotación:

- a) Sexual, cuando tiene por fin inducir a la víctima a acceder a requerimientos sexuales no deseados.
- b) Sexista, cuando su contenido discrimina, excluye, subordina, subvalora o estereotipa a las personas en razón de su sexo.
- c) Homofóbica, cuando su contenido implica rechazo o discriminación de la persona en razón de su orientación o identidad sexual.

Artículo 3o. Se presume que se está en presencia de una situación de acoso sexual cuando:

- a) El o la denunciante hubiera advertido en reiteradas oportunidades al denunciado o denunciada, molestia por sus actitudes o dichos.
- b) Se comprobara la persecución telefónica al domicilio particular del o la denunciante.
- c) Hubieran existido forcejeos físicos entre el o la denunciante y el denunciado o denunciada.

² Dictamen de la Comisión de Legislación del Trabajo, 5 de noviembre de 1991, orden del día núm. 1888.

Cuando la justa causa en que se funda la denuncia del contrato de trabajo fuese la de acoso sexual prevista en el artículo 242.2, la indemnización será del doble de la prevista en los artículos 232, 233 y 245 de la presente ley o en los artículos 7o. y 8o. de la Ley núm. 25.013, según corresponda, sin perjuicio de las previstas en la Ley núm. 25.323.

Sin perjuicio de las indemnizaciones previstas en el párrafo anterior, la persona afectada podrá reclamar además una indemnización que no podrá ser inferior al equivalente de diez (10) veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones percibidas en el último año.

Artículo 7o. El acoso sexual ejercido por un trabajador o trabajadora, configurará justa causa de despido del mismo con los alcances establecidos en los artículos 242 y 243 de la Ley de Contrato de Trabajo, si, intimado a cesar en su actitud, no lo hiciera.

Artículo 8o. Si el trabajador o trabajadora víctima de acoso sexual ejercido por una persona diferente al empleador o empleadora, quien notificada en forma fehaciente de la existencia del acoso no tomare las medidas necesarias para hacer cesar tal acto, y el trabajador o trabajadora optare por conservar su empleo, podrá reclamar la correspondiente indemnización civil, resultando el empleador o empleadora solidariamente responsable de la indemnización que corresponda, la cual no podrá ser inferior al equivalente de diez veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones percibidas por el trabajador o trabajadora en el último año.

Artículo 9o. Ningún trabajador ni trabajadora podrá ver modificadas sus condiciones de trabajo ni ser sancionado o sancionada por denunciar ser víctima de acoso o testimoniar en actuación, funcionaria pública y ciudadana o ciudadana, autoridad de un partido político o sindicato y afiliado o afiliada. Tal circunstancia deberá considerarse como agravante de la figura de acoso sexual al momento de determinarse judicialmente el monto indemnizatorio.

Artículo 12. El autor de acoso sexual es personalmente responsable con los alcances previstos en el Código Civil, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la presente ley.

Actualmente, en la Cámara de Diputados hay tres proyectos que proponen crear la figura del acoso sexual. Los tres tienen en común que fueron presentados por mujeres: las diputadas Margarita Stolbizer, Marcela Rodríguez y María José Lubertino (quien acaba de finalizar su mandato). Los proyectos comparten algo más: plantean que el acoso sexual no debe tipificarse como un delito ni, por lo tanto, resolverse en el ámbito de la justicia penal.

5. *Proyecto Elisa Carrió y Marcela Rodríguez (Bloque ARI), Ley de Prevención y Sanción del Acoso Sexual*

- Artículo 1o. Objeto. “La presente ley prohíbe y sanciona el acoso sexual en el ámbito de las relaciones laborales, educativas, y las que surjan de las prestaciones de los sistemas de salud”.
- Artículo 3o. Definiciones.
- Artículo 4o. Configuración del acoso sexual:

Incorre en acoso sexual toda persona que efectúe o solicite cualquier tipo de requerimiento, favor, acercamiento, condición, presión y/o cualquier otra conducta o manifestación ofensiva, no deseada por quien la recibe, ya sea en forma verbal, escrita, simbólica o física, de naturaleza explícita o implícitamente sexual, cuando concurra además una o más de las siguientes circunstancias:

a) Se formula con anuncio expreso o tácito de causar un perjuicio a la víctima respecto de las expectativas que pueda tener en el ámbito de la relación.

b) El rechazo o negativa de la víctima fuera utilizado como fundamento de la toma de decisiones relativas a dicha persona o a una tercera persona vinculada directamente con ella, adoptadas en el ámbito laboral, académico o del sistema de salud.

c) El acoso interfiera el habitual desempeño del trabajo, estudios, prestaciones o tratamientos del sistema de salud, u otra actividad de la persona acosada y/o provoque un ambiente de trabajo, enseñanza o tratamiento sanitario intimidatorio, hostil u ofensivo.

d) Produzca efectos perjudiciales en las condiciones de empleo, el cumplimiento laboral, las condiciones de docencia y aprendizaje o el cumplimiento y desempeño educativo, las prestaciones sanitarias, o en el estado general de bienestar de la persona acosada. Se considerará que el acoso sexual reviste especial gravedad cuando la víctima se encuentre en una situación de particular vulnerabilidad, por razón de su edad, estado de salud, inferioridad laboral o docente, u otra condición.

- Artículo 5o. Causal de despido con justa causa y de exoneración.
- Artículo 7o. Alcances de la protección. Toda persona que reporte actos de acoso sexual goza de la protección de esta ley.
- Artículo 8o. Obligaciones del empleador o autoridad educativa o sanitaria.
- Artículo 9o. Responsabilidad solidaria.

- Artículo 10. Indemnización y restitución. “El acoso sexual debidamente acreditado dará lugar a una indemnización por los daños patrimoniales y morales a cargo del acosador, y cuando corresponda del empleador o institución educativa o sanitaria en forma solidaria”.
- Artículo 11. Difusión y asesoramiento.
- Artículo 12. Implementación de consejeros en el ámbito de los ministerios de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; de Educación, Ciencia y Tecnología, y de Salud para casos de acoso sexual, los que informarán, orientarán, asesorarán y prestarán servicios y asistencia profesional en forma gratuita a todas aquellas personas que hayan sido víctimas, testigos o denunciantes de acoso sexual y así lo soliciten.

6. *Expediente núm. 0652-D-2006. Proyecto de Gustavo Bossert y Ricardo Gil Lavedra*

Artículo 119. Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cinco años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

Fundamentos del Proyecto Bossert-Gil Lavedra

Los medios de coerción del acosador son, por ejemplo, amenazas de despido, traslado, modificaciones perjudiciales de las condiciones laborales, así como la concreción de las amenazas. Tales conductas representan actos ilícitos, ya que violan el derecho del empleado a gozar de salud física y psíquica en su trabajo y condiciones laborales estables —sin perjuicio de las modificaciones que los superiores pueden introducir por necesidades o conveniencia del servicio— y configuran también perturbaciones en la intimidad de la víctima (artículo 1071 bis del Código Civil). *En cambio, no invisten el carácter de acoso los intentos de seducción que no se acompañan de ninguna forma de coerción*, aun cuando resulten rechazados, intentos que entran en el vasto campo de los *simples actos lícitos, sin trascendencia jurídica*. Diversas disposiciones legales prevén, en el orden nacional y provincial, sanciones que pueden llegar a la cesantía o exoneración del funcionario o empleado público que incurre en acoso sexual. La jurisprudencia ha reconocido, en numerosos casos, el derecho de la víctima a considerarse despedida y ser indemnizada no sólo por el despido sino también

por el daño material y moral sufridos, extendiendo la responsabilidad del acosador a la empresa empleadora. Consideraciones similares pueden hacerse respecto de quien sufre acoso sexual en el ámbito de otras relaciones jerárquicas. Entre los proyectos presentados podemos mencionar los siguientes: S-182/02 de la senadora Miriam Culletti; 3175-D-03 de la diputada María José Lubertino; S-38/03 de la senadora Sonia Escudero y 1595-D-05 de la diputada Irma Roy. No obstante las consecuencias que el acoso puede acarrear en el plano civil, administrativo y laboral, para enfrentar y reprimir el acoso sexual consideramos conveniente incorporarlo, además, como tipo al Código Penal. *El efecto disuasorio de la amenaza de castigo penal puede contribuir a la disminución de los hechos*, teniendo en cuenta particularmente el nivel de mayor responsabilidad que, por su jerarquía en la relación laboral, docente o de otra índole, ostentan quienes cometen el ilícito. Si bien el acoso es una forma del ilícito de coacción, contemplarlo especialmente favorecerá los efectos preventivos señalados anteriormente. Además, es conveniente establecer una escala penal más flexible que la prevista en el artículo 149 bis, segundo párrafo, para la coacción, a fin de sancionar más adecuadamente las distintas hipótesis que se presenten. Este proyecto se diferencia del abuso sexual coactivo en función de una relación de dependencia, autoridad o poder prevista en el artículo 119 del Código Penal, pues en estos últimos casos el autor utiliza la relación de poder y efectúa actos corporales o tocamientos de naturaleza sexual. En el acoso, en cambio, el delito se consuma con la sola amenaza del autor, con independencia de que la víctima acceda o no al requerimiento que se le formula. Ahora bien, a fin de armonizar la escala penal del delito que aquí se proyecta con el abuso sexual simple, proponemos aumentar levemente el máximo de la pena fijada para este último.

La Argentina, al ratificar la Convención Interamericana de Bélem do Pará, asumió ante la comunidad internacional la obligación de dictar leyes y adoptar políticas de combates contra el acoso sexual. La consagración legislativa del tipo penal respectivo se adecua a tal compromiso.

Al redactar este proyecto hemos tenido a la vista las normas penales de otros países como Francia, Brasil, España y Portugal, y también la jurisprudencia que en ellos se ha ido elaborando.

Debate parlamentario

Comentarios. Obsérvese que sólo se contempla la coacción sexual con abuso de poder, lo que excluye, cuestión suscitadora de polémica, el acoso entre

iguales. Y asimismo, obsérvese, apreciación esta otra de crítica muy positiva, la construcción del delito sobre el abuso de poder, no necesariamente en una relación laboral, sino en cualquiera, como la docente.

La senadora Vilma Ibarra, informante del proyecto, aseguró que no hay riesgos de que se fomente el empleo en negro. Como tipo penal, la figura se dirige al acosador. Ya existe en el ámbito laboral, público y privado, jurisprudencia que defiende al acosado en el ámbito laboral. En ese ámbito son claras las indemnizaciones que se contemplan. Incluso si el superior no es solvente, las empresas concurren en la indemnización.

Esto apunta al acosador, ya que la responsabilidad penal es personal.

En la presentación del proyecto, Ibarra había destacado el alto nivel de consenso que tuvo el tratamiento de la iniciativa. También hizo público su reconocimiento a los juristas Gustavo Bossert y Ricardo Gil Lavedra. Luego de precisar que no será el Código Penal el que termine con los casos de acoso sexual, Ibarra reivindicó la modificación incorporada en la sesión de ayer. La mendocina Marita Perceval destacó que el tema “cruza a todas las clases sociales y estamentos”.

El socialista Rubén Giustiniani recordó en el recinto las definiciones que Bossert entregó en la Comisión de Justicia, cuando se comenzó a discutir el proyecto: “partimos de la base de que todo acoso sexual se da en una relación jerárquica”, dijo Giustiniani, citando a Bossert.

La sanjuanina Marina Riofrío, del Frente para la Victoria, preguntó por qué motivo no figuraban en el proyecto las ocasiones en las que algún superior ofreciera una mejora laboral, de cualquier tipo, a cambio de alguna reciprocidad sexual. Fue la porteña Ibarra quien le respondió que ese caso es diferente y no constituye un acoso. La legisladora porteña explicó que en este punto bastaba una negativa. Ibarra definió como acoso las situaciones en las que hay una represalia, una violencia, una coacción.³ La senadora Adriana Bartolozzi de Bogado (PJ) dijo que votó en contra de la aprobación de la ley que reprime el acoso sexual aprobada por el Congreso por considerar que ya existe legislación al respecto. Dijo que como el tema reprime también a docentes supuestamente abusadores, esto podría dar pie a que los jóvenes establecieran demandas sin sentido. Señaló que la sanción de esta ley favorecería el trabajo en negro de las mujeres.

Han tocado el Código Penal sacando la armonía de la graduación de las penas del mismo y con una acción que ya está penada en el artículo de coac-

³ Página Web www.ctera.org.ar.

ción y han incluido una pena de hasta 4 años de prisión al que abusando de una relación de superioridad jerárquica laboral, docente o de índole similar, efectuara un requerimiento de carácter sexual, indicó la legisladora en Radio Uno Formosa.

Se quejó porque “nunca hemos podido hacer aprobar una ley en el ámbito laboral de este tipo y resulta que ahora venimos con una entelequia así, quitando la armonía del Código Penal”.

“Ya está la figura de coacción, no hacía falta esta ley. Es un cosa de moda, todo el mundo tiene miedo de pasar por acosador, y no nos damos cuenta que estamos imponiendo una inseguridad jurídica a profesores, empleados”, indicó la legisladora.

El radical formoseño Luis Naidenoff brindó estadísticas de la Unión de Personal Civil, según las cuales el 47.4% de las mujeres fueron acosadas, y sostuvo que el objetivo del proyecto no es lograr la reparación del daño sino el cese de esta actitud. No se busca una cuestión económica vinculada a la industria del juicio.⁴

VI. CONCLUSIONES

- 1) En Argentina, las sucesivas y cambiantes modificaciones legislativas fueron restringiendo, de manera notoria, los derechos de las trabajadoras, con referencia al periodo de embarazo y maternidad.
- 2) La normativa internacional, como asimismo los tratados y convenios con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional) permiten a las trabajadoras, ante esta discordancia entre normativa interna e internacional, acudir a la jurisdicción invocando derechos que las amparan, y eventualmente reclamar al Estado argentino por incumplimiento de obligaciones asumidas frente a la comunidad internacional.
- 3) La Ley 20.744 contenía principios protectorios más amplios con referencia al estado de maternidad de las trabajadoras, especialmente en cuanto a requisitos para acreditar el estado de embarazo y despido.
- 4) La Ley 20.744 establecía sanciones más severas tendentes a restringir los despidos de las trabajadoras embarazadas.

⁴ Página Web www.FormosaYa.com.ar.

- 5) El acoso sexual constituye un grave acto de intimidación, coacción y violencia que ignora y desprecia la voluntad de las personas afectadas; niega el derecho de las mismas a la integridad física y psíquica, y crea daños graves a la salud de las víctimas.
- 6) Es necesario que se sancione, a la brevedad, una norma que prevea todas las formas, posibilidades y ámbitos en los cuales pueda tipificarse el acoso sexual, y se establezcan mecanismos tendentes a proteger a las víctimas de esas formas de violencia y discriminación, repudiadas por la sociedad.
- 7) El proyecto que se debate actualmente en sede legislativa no contempla toda la amplia gama de conductas que configuran situaciones de acoso sexual, por lo tanto, limita, restringe y disminuye notoriamente la figura del acoso sexual y, por ende, las posibilidades de la víctima para accionar contra el acosador(a). En el supuesto de las trabajadoras, la circunstancia de radicar denuncias e iniciar acciones de índole penal desmoralizan y constituyen impedimentos muy difíciles de sortear, atendiendo a las formalidades y las particularidades de este fuero penal.

Es decir que mediante este proyecto se retira a la víctima (trabajadora o trabajador) de su ámbito habitual de la acción de reclamar. Asimismo, no debemos soslayar que, a través de este proyecto, se produce “otra huida” de un instituto propio, por sus características y su historia, del derecho del trabajo a otra rama del derecho: el derecho penal. Por ello, se debe legislar contra el acoso sexual en el marco del derecho del trabajo, y debiéndose crear el derecho penal del trabajo, atendiendo la evidente distorsión entre la norma y la realidad.

VII. FUENTES

- BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan, *Derecho penal del trabajo*, Madrid, Trotta, 1997.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo *et al.*, *El acoso sexual en la empresa. Análisis de la Ley 20.005*, Santiago, Lexis Nexis, 2005.
- Condiciones de Trabajo. 7. Recopilación. La lucha contra el acoso sexual en el trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, 1995.
- Conditions of Works Digest. Combating Sexual Harassment at Work*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1992.

- DRAPEAU, Maurice, *Le harcèlement sexuel au travail. Le régime juridique de protection*, Quebec, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1991, col. Études et Documents de Recherche Sur les Droits et Libertés.
- ERMIDA URIARTE, Óscar y RACCIATTI, Octavio Carlos, *Derecho internacional del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, 2003.
- FERNÁNDEZ PASTORINO, A., *Lineamiento del contrato de trabajo*, Buenos Aires, Astrea, 1983.
- GONZÁLEZ, Elpidio, *Acoso sexual*, Buenos Aires, Depalma, 1996.
- LÓPEZ, Justo *et al.*, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Madrid-Buenos Aires, Ediciones Contabilidad Moderna, 1978.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando, *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Comares, 1996.
- MARTÍNEZ VIVOT, Julio J., *El acoso sexual en las relaciones laborales*, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- PUYESKY, Fany, *El acoso sexual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999.
- Trabajo decente*, Memoria del director general, Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 87a. Reunión, Oficina Internacional del Trabajo, 1999.
- Sexual Harassment. An ILO Survey of Company Practice*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1999.