

Día Internacional para Eliminación de la Violencia contra la Mujer

**Reflexiones sobre el tratamiento legal del acoso sexual, el acoso
por razón de sexo y la concreción de los derechos laborales de las
trabajadoras víctimas de violencia de género**



25 de noviembre de 2014

INTRODUCCIÓN

La Plataforma de acción de Pekín aprobada en la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas de 1995, recoge que la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad.

Siguiendo la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la ONU de 1993, La Plataforma de Pekín de 1995, define la violencia contra la mujer como “todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

Añade así mismo, que impide el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, y viola, menoscaba o impide el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las mujeres.

La violencia contra las mujeres constituye una de las más graves consecuencias de las desigualdades económicas, sociales, políticas y culturales que existen entre hombres y mujeres, cuya permanencia ha sido el resultado de la permisividad de sistemas legales y políticos que han discriminado a la mujer a través de la historia.

En el momento actual, a pesar de existir un marco jurídico internacional tendente a proteger los derechos humanos de las mujeres, que insta a los Estados miembros que han ratificado sus instrumentos, a adoptar las medidas preventivas y sancionadoras eficaces para la erradicación de cualquier forma de violencia contra la mujer en todos los ámbitos en los que pueda producirse, la violencia de género sigue persistiendo en todos los países del mundo y en todos los ámbitos; el privado, el público, el doméstico, el social y el laboral.

Centrándonos en el ámbito laboral, la violencia de género ha sido definida por la doctrina como “conducta abusiva, ejercida en el lugar de trabajo tanto por superiores jerárquicos como por iguales que crea un ambiente laboral intimidatorio, hostil, humillante para la víctima y pone en peligro su puesto de trabajo o condiciona su carrera profesional”.

La violencia de género en el trabajo constituye una de las manifestaciones de la violencia contra la mujer imperante, cuyo reflejo en este ámbito se muestra a través de las conductas de acoso sexual y de acoso por razón de sexo o acoso sexista (acoso moral por razón de género).

Es por ello que este fenómeno ha sido objeto de regulación legal por parte del Derecho del Trabajo.

En la normativa española, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo han recibido tratamiento desde distintos órdenes del derecho, y especialmente el primero, siendo la regulación por excelencia más desarrollada hasta el momento la efectuada por la legislación laboral.

Pero no sólo nuestro Derecho del Trabajo se ocupa de intentar combatir la violencia de género en las relaciones laborales, sino que también participa en la lucha contra la violencia de género en las relaciones no laborales, en cuanto que ésta última tiene repercusiones en el ámbito laboral y se hace necesaria la aplicación del principio de transversalidad para alcanzar una efectiva y real igualdad entre mujeres y hombres.

De ahí que nuestra normativa laboral haya regulado determinados derechos dirigidos a la protección de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género (en las relaciones de pareja).

En este sentido, hay que recordar que la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, supuso un importante avance desde el punto de vista jurídico para combatir la discriminación de género y para la consecución de la igualdad consagrada en el art. 14 de nuestra Constitución como un derecho fundamental.

Así mismo, la Ley Órgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, aunque ceñida al tratamiento de la protección de las mujeres víctimas de violencia de género en el ámbito de las relaciones de pareja, también supuso un punto de partida significativo para avanzar en la eliminación de la discriminación de la mujer, y en concreto contra la violencia de género.

No obstante, y a pesar de que la entrada en vigor de estas Leyes, supuso un punto de inflexión en la andadura hacia la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres, era necesario que su posterior desarrollo y aplicación hubieran seguido las mismas pautas de impulso hacia la igualdad para conseguir los objetivos que en las mismas se fijaron. Sin embargo, tras casi ocho y diez años después, respectivamente, de la entrada en vigor de las mismas, no podemos afirmar que este hecho sea una realidad.

A partir de 2008 y especialmente a partir de 2011, se ha producido no sólo un grave estancamiento del avance de la igualdad, sino que incluso nos encontramos ante un retroceso en la materia.

En relación con el tratamiento de la violencia de género en el ámbito laboral, resulta evidente su paralización, entre otros, del instrumento legal, que aun contando con buenos puntos de partida, como los mencionados, no ha tenido un desarrollo posterior adecuado.

Tanto la Ley para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, como la Ley de Violencia de Género, no han sido objeto durante este largo periodo de tiempo, posterior a su nacimiento, de una revisión para la mejora de sus contenidos y aplicación práctica por parte de los poderes públicos, pese a que desde otros estamentos, comprometidos verdaderamente con la consecución de la igualdad, se han realizado análisis y valoraciones sobre sus carencias y se han propuesto mejoras.

Es por ello que este informe trataremos de recordar algunas de las deficiencias que la legislación vigente presenta y que podrían ser objeto de mejora en torno a la materia que nos ocupa; el tratamiento normativo legal de la violencia contra las mujeres en el ámbito laboral.

El informe recoge reflexiones y observaciones sobre la regulación legal vigente tanto de la violencia ejercida en el ámbito de las relaciones laborales, como son el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, también denominado éste último acoso sexista, como de los derechos recogidos en la normativa laboral dirigidos a la protección de las mujeres trabajadoras víctimas de violencia de género sufrida, fuera de las relaciones laborales y más concretamente, en el ámbito de las relaciones de pareja.

TRATAMIENTO LEGAL DEL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO POR RAZON DE SEXO O ACOSO SEXISTA EN EL TRABAJO

El acoso sexual y el acoso sexista en el trabajo, constituyen otra manifestación de la violencia que se ejerce sobre las mujeres; testimonio de la desigualdad de poder existente entre hombres y mujeres y de la infravaloración de éstas.

Esta inaceptable, injusta y virulenta expresión de la discriminación de género suele tener unos efectos devastadores sobre la salud física y moral de las mujeres, así como sobre su empleo, y viola no sólo el derecho fundamental a la igualdad, sino también el derecho a la dignidad y el derecho a la salud, consagrados y protegidos por nuestra Constitución.

El tratamiento normativo del acoso sexual y del acoso por razón de sexo o sexista, presentaba notables carencias en la legislación anterior a la vigente, ya que nuestro ordenamiento jurídico laboral recogía una definición muy deficiente del acoso sexual en el trabajo, no distinguía entre los distintos tipos de acoso sexual, como el chantaje sexual y el acoso ambiental, no contemplaba el acoso por razón de sexo o acoso sexista, no mencionaba nada sobre la obligación de prevención de este riesgo laboral, su régimen sancionador en el orden social resultaba insuficiente y carecía de un adecuado procedimiento de tutela.

Por su parte, los Tribunales de Justicia tampoco realizaron una labor notablemente activa en la persecución y sanción de este tipo de violencia de género, que sirviera de impulso para la mejora del tratamiento normativo del acoso sexual y del acoso por razón de sexo o acoso sexista.

Así pues y teniendo en cuenta, por una parte, la necesidad de salvar las deficiencias que presentaba la normativa en esta materia, y por otro, la exigencia de adecuar nuestra legislación interna al derecho comunitario (en concreto a la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006), la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), intentó dar una respuesta más adecuada a la regulación jurídica de este tipo de violencia de género.

No obstante, a pesar de que la LOIEMH introdujo importantes mejoras y novedades en la regulación de la violencia de género en la relación laboral, continúan existiendo aspectos en los que su tratamiento normativo legal resulta aún insuficiente y por tanto susceptible de superación, en cuyo análisis nos centramos a continuación.

1. EL CONCEPTO DE ACOSO SEXUAL Y DE ACOSO POR RAZÓN DE SEXO INTRODUCIDOS POR LA LEY 3/2007 PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

El art. 7.1 y 7.2 de la LOIEMH, siguiendo, aunque no de forma literal, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, incorpora los conceptos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, estableciendo que:

Art. 7.1 LOEIMH (Acoso sexual): *Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual 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.*

Art. 7.2 LOEIMH (Acoso por razón de sexo o acoso sexista): *Constituye acoso por razón de sexo 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.*

Por su parte, la Directiva 2006/54/CE, recoge la definición de acoso sexual y acoso sexista de la siguiente forma:

Art. 2.1.d) de la Directiva 2006/54/CE (Acoso sexual): A efectos de la presente Directiva se entenderá por «acoso sexual» la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo;

Art.2.1.c) de la Directiva 2006/54/CE (Acoso sexista): A efectos de la presente Directiva se entenderá por «acoso» la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo;

Las definiciones establecidas en ambas legislaciones determinan la aplicación práctica de los derechos que recogen, pero ello no exime de la existencia de problemas a la hora de interpretar el significado y el alcance de sus contenidos, como los que a continuación se exponen:

➤ ***La omisión en la LOEIMH de los comportamientos no verbales en el acoso sexual***

En primer lugar, la LOEIMH define el acoso sexual como **cualquier comportamiento**, de naturaleza sexual, **verbal o físico**, de forma que podría interpretarse que quedarían excluidas las conductas no verbales sin agresión física.

Sin embargo, el término “cualquier comportamiento” debe interpretarse de forma que un comportamiento de acoso puede ser cualquiera, entendiendo que “verbal o físico”, son adjetivos explicativos que no excluyen ni agotan la posibilidad de la existencia de otro tipo de comportamientos que también pueden ser constitutivos de acoso.

Además este problema interpretativo de la norma, quedaría resuelto en último extremo por la aplicación del art. 2.1.c) de la Directiva 2006/54/CE, en el que se incluye en la definición de acoso sexual “cualquier comportamiento verbal, **no verbal** o físico..”.

No obstante, hubiera sido deseable que con el fin de evitar la problemática que se puede derivar de la interpretación de la norma en el momento de ponerla en práctica, la técnica jurídica hubiese afinado un poco más.

✚ Es por ello que **la redacción del art. 7.1 de la LOIEMH debería recoger de forma expresa también los comportamientos “no verbales”, ajustándose, por otra parte, a lo dispuesto en el art. 2.1.d) de la Directiva 2006/54 en su correcta transposición.**

➤ ***La interpretación legal sobre la necesidad de existencia de reiteración en las conductas de acoso sexual***

El término “**cualquier comportamiento**”, recogido tanto en el art. 7. 1 de la LOIEMH, debe interpretarse, así mismo, como **contrario a la exigencia de la reiteración de conductas** para que se entienda que existe acoso sexual, ya que dicho requisito no es necesario para que el acoso sexual se dé tanto de hecho, como en términos legales, como así lo han entendido algunas sentencias judiciales.

Cualquier otra interpretación distinta y tendente a exigir la reiteración de este tipo de comportamientos, significaría volver al pasado en el que la discriminación contra las mujeres, incluida cualquier forma de violencia contra las mismas, se banalizaba y se consideraba poco grave, y por ello se exigía la reiteración, habitualidad o permanencia de la conducta de violencia.

✚ Aunque por fortuna la interpretación descrita tendente a exigir la reiteración en el acoso de género sólo ha sido seguida por una minoría jurisprudencial, no estaría de más que **la LOIEMH, recogiera expresamente en relación a su art. 7.1 la no necesidad de reiteración en los comportamientos de acoso sexual y de acoso sexista para que se entienda la existencia de los mismos.**

➤ ***La interpretación de “el comportamiento no deseado por la víctima” presente en la Directiva comunitaria 2006/54 en la regulación del acoso sexual y no recogido intencionadamente por nuestra legislación***

La Directiva 2006/54/CE, al definir en su art. 2.1.c) el acoso sexual, hace referencia a un **comportamiento “no deseado” por la víctima**, con el propósito o el efecto de atentar

contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

El concepto de acoso sexual regulado por la Directiva, recoge la mezcla de los elementos tenidos en cuenta para determinar la existencia de este tipo de violencia de género, el objetivo y subjetivo.

Si se toma como referencia el elemento objetivo, los supuestos de acoso sexual vendrían definidos por lo que socialmente fuera considerado en cada momento como razonablemente atentatorio de la dignidad de la persona.

Mientras que con el elemento subjetivo, la determinación de la existencia de acoso sexual quedaría en manos de la decisión de la víctima y su percepción subjetiva, permitiendo así una protección más amplia respecto de las personas más susceptibles, que con la aplicación del modelo teórico que emplea sólo el elemento objetivo.

El término “no deseado”, responde a las reminiscencias del modelo teórico subjetivo, que a cambio de ofrecer esa protección más amplia respecto de las víctimas, al no dejar restringidos los supuestos de acoso sexual a los supuestos del modelo objetivo, **exigía a la víctima expresar su negativa** al acosador ante el acto de acoso sexual, **y probarlo**, dejando impunes las conductas de acoso sexual anteriores a la expresión de su negativa y aquellas otras en las que la mujer no expresa su negativa al asumir como un peaje de su trabajo el tener que soportar dichas conductas.

Una interpretación rígida del “carácter no deseado” del acoso sexual, llevaría a la absurda conclusión, como así ocurrió en la interpretación dada por una parte de la doctrina, de que las conductas de acoso sexual pueden ser deseadas por la víctima, es decir que a las mujeres les gusta ser ofendidas, e incluso que está justificado que los hombres les ofendan ante la supuesta provocación de las mujeres, y es por ello por lo que debe exigírseles la expresión de su negativa y la prueba de dicha expresión para que nos encontremos ante un supuesto de acoso sexual.

Resulta evidente que esta interpretación es discriminatoria en sí misma.

Por fortuna las decisiones judiciales, tanto en el ámbito comunitario como en el nacional, han ido mejorando el tratamiento del acoso sexual en el trabajo y la interpretación de su regulación normativa en coherencia con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, de forma que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como nuestro Tribunal Constitucional, han atemperado el requisito relativo a la necesidad de que la víctima de acoso sexual tenga que expresar su negativa

ante este tipo de comportamientos, de forma que en el elemento subjetivo se presume prácticamente el carácter indeseado del comportamiento sexual ofensivo.

Es por ello que hay que entender que la eliminación en el art. 7.1 de la LOIEMH de la referencia a “no deseado”, que sí ha mantenido la Directiva 2006/54/CE, al definir en su art. 2.1.c) el acoso sexual, no constituye un incumplimiento de transposición de la normativa comunitaria por parte de la normativa española, como podría llegarse a argumentar por parte de un sector de la doctrina más rígida, sino una mejora, más acorde con la jurisprudencia comunitaria y española vigente y con el significado y alcance actual del principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo.

2. EL TRATAMIENTO DEL ACOSO DESDE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES.

Nuestra regulación legal, sin dejar de recoger la obligación de prevención frente a los comportamientos de violencia de género en el trabajo, como un riesgo laboral, no ha desarrollado de forma suficiente y específica la misma.

➤ ***La omisión de medidas específicas frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo o acoso sexista en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales***

La **LOIEMH** establece en su **art. 27.3.c)** que las Administraciones públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los órganos competentes en cada caso, desarrollarán, de acuerdo con el principio de igualdad de oportunidades, entre otras actuaciones, *“la consideración, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo”* .

Así mismo, la **Disposición Adicional Octava** de la **LOIEMH**, modifica el art. 18.9 de la Ley General de Sanidad, en el que se recoge como objetivo de la política de salud *“la protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”*.

Y por su parte, el **art. 48 de la LOIEMH** dispone que *“las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”*, y que, *“con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores”* , al mismo tiempo que señala que *“los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el*

acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo”.

De esta forma, la LOEIMH establece la obligación para las empresas de prevenir el riesgo de acoso sexual y de acoso por razón de sexo y de crear procedimientos de queja y reclamación a favor de las víctimas de este tipo de violencia de género.

Por su parte, el **art. 4.2.d) del ET** reconoce el derecho de todo trabajador a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene y el art. 19 del mismo texto legal, reconoce el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en dicha materia.

Sin embargo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, no contiene normas específicas sobre la prevención de la violencia de género en el trabajo, aunque la doctrina viene defendiendo, ante tal carencia, que los criterios a tomar en cuenta en estos supuestos deben ser los que la LPRL establece como generales frente a cualquier tipo de hecho susceptible de crear un riesgo para el trabajador o la trabajadora en el ámbito empresarial, siendo suficiente en ese caso, lo contenido en los arts. 14 y 15 de la LPRL para entender que existe la obligación de la empresa de adoptar las medidas suficientes y eficaces para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y trabajadoras, de forma que la inexistencia de una normativa específica sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo, en la que se recojan medidas concretas sobre detección, prevención y tratamiento, no exonera a la empresa de responsabilidad en materia de seguridad y salud laboral, si ésta no ha adoptado las medidas preventivas para prevenirlo y eliminarlo.

- ✚ Pese a que esta interpretación puede ser correcta, lo cierto es que en la práctica nos podríamos encontrar con auténticos problemas para exigir responsabilidades a la empresa en relación con una inadecuada protección en materia de prevención de riesgos laborales frente al acoso sexual y al acoso sexista en el trabajo, por lo **que sería necesario que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales regulara de forma específica esta materia**, cuya omisión no se entiende, pese a haberse hecho los intentos correspondientes respecto a su inclusión en la misma desde el propio nacimiento de la LPRL en 1995, si no es por prejuicios, una vez más, de carácter discriminatorio y de ausencia de perspectiva de género, que alejan a los poderes públicos en este aspecto de la aplicación del principio de transversalidad de género al que vienen obligados.

3. LA TIPOLOGIA DEL ACOSO SEXUAL: CHANTAJE SEXUAL Y ACOSO AMBIENTAL

- La LOIEMH, al igual que la Directiva 2006/54/CE, no recogen una definición clara y suficiente de los dos fenómenos diferenciados del acoso sexual, como son el chantaje sexual y el acoso sexual ambiental.

- ✚ Si bien, la definición del chantaje sexual puede entenderse implícitamente recogida en el **art. 7.4 de la LOIEMH**, en el que se establece que el *condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo*, lo cierto es que hubiera sido deseable establecer una definición más concreta, y diferenciadora del acoso ambiental, como por ejemplo la que ofrece el **Código práctico encaminado a combatir el acoso sexual en el trabajo, de la Comisión Europea, relativa a la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo**, cuyo contenido, a pesar de carecer de efectos jurídicos vinculantes, hubiera resultado más útil y adecuado desde el punto de vista de la regulación jurídica.

- Así mismo el **art. 2.2 a) de la Directiva 2006/54/CE**, resulta igualmente insuficiente al señalar como incluido en el *concepto de discriminación, además del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo*.

- ✚ En ambos casos, el chantaje sexual aparece de forma indirecta, como referencia de lo que debe entenderse incluido dentro del concepto de discriminación, y de manera menos clara y completa que como se recoge en el mencionado **Código de Conducta**.

4. LA AUSENCIA DEL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO O ACOSO SEXISTA EN LA REGULACIÓN PENAL

El **Código Penal** tipifica como delito el acoso sexual en su **art. 184: 1**. *El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.*

2. *Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla*

pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo

La tipificación como delito del acoso sexual en el Código Penal, se produjo con anterioridad a que nuestra normativa laboral recogiera el supuesto de acoso por razón de sexo o acoso sexista.

Pero una vez incorporado el citado concepto en nuestra legislación en el ámbito laboral, no tiene sentido que el Código Penal recoja la tipificación como delito del acoso sexual y no la del acoso por razón de sexo o acoso sexista.

- ✚ En consecuencia estimamos que las **conductas de acoso por razón de sexo o acoso sexista, deben quedar incluidas en el Código Penal**, al igual que se han tipificado como delito las conductas de acoso sexual.

EL TRATAMIENTO LEGAL DE LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL

Entre los principios rectores de la Ley de Medidas de Protección contra la Violencia de Género (LOPIVG), se encuentra el de garantizar derechos en el ámbito laboral y funcional, que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género. (Art. 2. d), de la LOPIVG).

Con esta finalidad, la LOPIVG recoge una serie de derechos laborales en favor de las “víctimas de violencia de género en las relaciones no laborales”, (*mujeres sobre las que se ejerce violencia por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia*), cuya vocación es la de intentar acomodar razonablemente las obligaciones laborales de la trabajadora y de la empleada pública, a su especial situación personal desde el punto de vista de género, que evite una victimización secundaria en el ámbito laboral, para evitar así una doble discriminación de la trabajadora, la que sufre por la violencia de género y la que se puede derivar de ésta en el ámbito laboral.

Ya mucho antes de la creación y aprobación de la LOPIVG se había puesto de manifiesto la necesidad de crear una normativa que no discriminara a las mujeres que son víctimas de violencia de género en las decisiones relacionadas con sus condiciones de empleo, contratación y desempeño de su actividad laboral.

La LOPIVG, intenta dar respuesta a esta necesidad y adopta una serie de medidas con el objetivo de atenuar o eliminar el impacto que esta situación puede tener en el cumplimiento de la relación laboral, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar la independencia económica de la mujer ya que en estas circunstancias la posibilidad de tener que renunciar a un trabajo o ver extinguida la relación laboral por decisión de la empresa constituiría un doble castigo que agravaría injustamente las consecuencias de su situación.

Es por ello que resulta de indudable valor positivo la regulación que en este sentido recoge la LOPIVG, si bien su contenido es susceptible de mejoras legales frente a ciertas carencias detectadas y a las dificultades de aplicación puestas de manifiesto en la práctica.

1. DERECHO A LA REDUCCION DE JORNADA Y LA REORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

El art. 21.1 de la LOPIVG, establece, con carácter general, que *la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo,.....”*.

El derecho a la reducción y a la reordenación del tiempo de trabajo se encuentra regulado en el **art. 37.7 del Estatuto de los Trabajadores**, en el que se señala que *la trabajadora víctima de violencia de género para hacer efectiva su protección o su*

derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

- En cuanto a la **reducción de la jornada** en los casos de violencia de género, la casuística refleja la importante problemática que se deriva de las partidas y conceptos retributivos que deben tomarse en consideración para calcular la disminución salarial en proporción a la reducción del tiempo de la jornada, no resuelta legalmente, al que van dando respuesta las resoluciones judiciales caso, por caso.
- Pero la mayor conflictividad en esta materia se presenta en relación con el ejercicio del **derecho a la reordenación del tiempo de trabajo**, ya que en la mayoría de estos supuestos la concreción del derecho se remite al acuerdo individual entre la trabajadora y la empresa, en defecto de regulación convencional o de acuerdo con los representantes de los trabajadores, siendo significativo el número de casos en los que la empresa discrepa con la trabajadora en los supuestos de acuerdo individual.

Para la concreción del ejercicio de estos derechos, el art. 37.7 del ET remite a dos sistemas distintos de determinación de la reducción de jornada y de la reordenación del tiempo de trabajo:

- *en primer lugar **el acordado con la empresa en los convenios colectivos_o en los acuerdos** entre la empresa y la representación de los trabajadores y en su caso, por **acuerdo individual**,*
- *y en segundo lugar y, en defecto de acuerdo, **el que decida la trabajadora afectada**, remitiendo en este último supuesto a la aplicación del **art. 37.6 ET**, en el que se recoge la necesidad de preavisar con 15 días de antelación a la empresa o con el periodo de tiempo establecido en convenio y la resolución de las posibles discrepancias entre la empresa y la trabajadora a través del procedimiento judicial previsto en el **art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social**.*

Ello implica que para el ejercicio de los derechos de reordenación del tiempo de trabajo se estará a lo establecido en los convenios colectivos o en los acuerdos de empresa, quedando el acuerdo individual para aquellos supuestos en los que el convenio o acuerdo colectivo no lo regule o para los casos en los que el acuerdo individual mejore lo establecido en los colectivos.

En defecto de acuerdo, por tanto, será la trabajadora, víctima de violencia de género, quien determinará la concreción del derecho de reducción de jornada o de reordenación del tiempo de trabajo, preavisando al empresario a fin de que pueda organizar su actividad.

Se trata, por tanto de un derecho indisponible por el empresario, por lo que no podrá impedir su ejercicio. Sin embargo la fórmula técnico jurídica empleada en esta regulación, suscita importantes problemas que dificultan en gran medida la eficacia del ejercicio del derecho a la reordenación del tiempo de trabajo.

En primer lugar, la reordenación del tiempo de trabajo, no se constituye con carácter absoluto, de forma que las discrepancias que surjan entre la trabajadora y la empresa tendrán que ser resueltas por la jurisdicción social a través de un procedimiento especial preferente y sumario que finaliza con sentencia firme.

Respecto a la regulación del procedimiento judicial, pese a que el derecho de concreción se atribuye a la trabajadora, la legitimación (activa) para comenzar el procedimiento no se otorga a la empresa, como sería lógico, al poderse ver perjudicada por la decisión de la trabajadora, sino a la propia trabajadora, quien tendrá que realizar la reclamación por no estar de acuerdo la empresa con la decisión de la trabajadora en relación con la concreción del derecho que le corresponde; y todo ello a pesar de que se trata de un derecho indisponible para la empresa, como ya hemos señalado.

Resulta por tanto evidente, que aunque la Ley atribuye el derecho de concreción a la trabajadora, deja abierta la posibilidad de que la empresa se oponga, restringiéndose así en la práctica el uso de este derecho, ya que en caso de discrepancia con la empresa, no se faculta a la trabajadora para que ejerza el mismo contra la voluntad de la empresa hasta que el conflicto se haya solucionado en los Tribunales de Justicia, sino al revés, ya que será la trabajadora la que tendrá que esperar a la resolución judicial para poder ejercer este derecho.

Por otra parte, la regulación legal vigente tampoco concreta las posibles causas por las que la empresa puede oponerse a la decisión de la trabajadora, lo que contribuye a que el abanico de la conflictividad sea aún más amplio.

En este sentido, hay que señalar que el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental que recoge la Directiva 2010/18/UE, establece en su cláusula 3.1 c) y d) que *los Estados miembros podrán..... definir las circunstancias en que se permite que un empleador, previa consulta conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, posponga la concesión del permiso parental por razones justificables, relacionadas con el funcionamiento de la organización, así como*

autorizar acuerdos particulares para responder a las necesidades de funcionamiento y organización de las pequeñas empresas.

En materia de reordenación del tiempo de trabajo, debemos también recordar que aunque las sentencias de los tribunales son cada vez más flexibles, han fijado una doctrina ante el vacío legal, en virtud de la cual el ejercicio de este derecho queda condicionado a que se pueda compatibilizar con la organización del proceso productivo de cada empresa en concreto.

Por último, en la regulación legal de los derechos de reducción de jornada y reordenación del tiempo de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género, el art. 37.7 del ET hace un importante llamamiento a la negociación colectiva para concretar el ejercicio de los mismos a través de los convenios colectivos o de los acuerdos de la empresa con la representación de los trabajadores y trabajadoras. Sin embargo, la actual problemática situación de la negociación colectiva, tras el debilitamiento experimentado con las sucesivas reformas laborales, y el reforzamiento de la potestad discrecional del empresario, operado legalmente por las mismas en paralelo, hacen aconsejable la inclusión en la legislación de unos mínimos sobre la concreción del ejercicio de los derechos incluidos en el art. 37.7, sin perjuicio de su tratamiento por los convenios colectivos o acuerdos, sobre todo si se tiene en cuenta que lo está en juego es la protección de derechos fundamentales tan trascendentes como el derecho a la vida y a la integridad de la mujer y el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de género.

✚ Por todo ello, consideramos que sería necesario abordar la modificación legal de la **LOPIVG** en esta materia, de forma que:

- ✓ En la **Ley reguladora de la Jurisdicción Social (art. 139)**, se atribuyera la legitimación activa a la empresa, y no a la trabajadora, en los casos en los que la primera no estuviese de acuerdo con la decisión tomada por la trabajadora respecto de la concreción del ejercicio de estos derechos, de forma que no quedase paralizado el ejercicio de los mismos para la trabajadora hasta la obtención de la solución judicial, siendo recomendable, dada la especial situación en la que se encuentra la trabajadora víctima de violencia de género y la necesidad de garantizar su protección integral, la asistencia social y evitar situaciones de riesgo, que la legislación recogiera de forma expresa la inmediata ejecutividad de la decisión de la trabajadora en la concreción de estos derechos, sin perjuicio de la posterior resolución judicial de las discrepancias entre la empresa y la trabajadora.

- ✓ Se recogieran en el **art. 37.7 del ET**, los supuestos en los que el empresario pueda razonable y justificadamente oponerse a la concreción elegida por la trabajadora para el ejercicio de los mencionados derechos, teniendo en cuenta que en el caso que nos ocupa, la gran relevancia del bien jurídico protegido, y la especial vulnerabilidad y debilidad de la víctima, deberían sobrar para demandar a la empresa un esfuerzo razonable de adaptación (no siendo suficiente la comisión de algún trastorno a la misma o perjuicio leve de sus intereses en relación con la organización del trabajo o el puesto que ocupe la trabajadora víctima de violencia de género).

2. DERECHO A LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA Y EL CAMBIO DE CENTRO DE TRABAJO

El art. **21.1 de la LOPIVG** recoge que *“la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo,”*

El **Estatuto de los Trabajadores** al desarrollar esta disposición, establece en su **art. 40.3 bis** , que *las víctimas de violencia de género, que se vean obligadas a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo.*

Se trata de un derecho de movilidad geográfica frente al que el empresario no podrá negarse, pero sí solicitar a la trabajadora víctima de violencia de género, que acredite su situación mediante la orden judicial de protección y excepcionalmente a través del informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la trabajadora es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección.

La norma exige a la trabajadora que además de acreditar su condición de víctima de violencia de género, en virtud del Art. 23 de la LOPIVG, el hecho de que “se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo”, restringiendo aún más el ejercicio de este derecho y sin aclarar a quien corresponde valorar la obligación de abandono de puesto de trabajo y si es exigible la necesidad de acreditar o no dicha obligación. Lo lógico es que debiera bastar la decisión de la víctima.

A estas restricciones se añade otra más al concretarse este derecho en una mera preferencia para ocupar una vacante de su mismo grupo profesional o categoría equivalente en cualquier otro centro de trabajo de la empresa, y no en un derecho de reubicación como hubiera sido deseable, lo que evitaría los conflictos derivados del posible incumplimiento de la empresa de comunicar a la trabajadora víctima de

violencia de género las vacantes existentes o las que se pudieran producir en el futuro, frente al que para hacer valer su derecho tendrá que reclamar a la empresa en vía judicial, mediante el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

- + En consecuencia consideramos que:
 - ✓ Debería sustituirse en el **art. 40.3 bis ET** “..... Que se vean obligados a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestado sus servicios...”, por “Que estimen conveniente abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venían prestando sus servicios”
 - ✓ El derecho de preferencia para ocupar una vacante en cualquier otro centro de trabajo de la empresa, debería sustituirse por un **derecho de reubicación**.

3. DERECHO DE SUSPENSION DE LA RELACION LABORAL CON RESERVA DEL PUESTO DE TRABAJO

El **art. 21.1 de la LOPIVG**, establece, con carácter general, que *“la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores,, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo”*

Y, a su vez, el **art. 45.1 n)** establece como causa de suspensión del contrato de trabajo, *la decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.*

Nuevamente se exige a la trabajadora víctima de violencia de género que además de acreditar su condición de víctima de violencia de género (Art. 23 de la LOPIVG), se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo.

Reiteramos lo ya expuesto respecto del requisito relativo a que la víctima “se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo”.

Por su parte el **art. 48.6 del ET**, dispone que *el periodo de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso el juez podrá prorrogar la suspensión en periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses.*

Así pues, este derecho cuya opción le corresponde exclusivamente a la trabajadora, tiene una duración máxima de seis meses, prorrogable por el juez por periodos de tres mensualidades hasta un máximo de dieciocho, siempre y cuando de las actuaciones de la tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección integral de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión.

De esta forma el primer periodo de seis meses quedará sometido a la sola voluntad de la trabajadora, mientras que el resto, referido a las prórrogas de la suspensión, deberán ser decididas por el juez competente a la vista del desarrollo de las actuaciones judiciales y a solicitud de la trabajadora o de las personas o instituciones que tengan legitimación para ello.

La duda sobre esta norma legal surge respecto a que juez es el que debe considerarse competente, si el de violencia de género o el de lo social, o los dos. Lo lógico es que se esté refiriendo al juez de violencia de género, pero lo cierto es que no lo aclara.

✚ Es por ello, que para la mejora de la vigente regulación legal:

- ✓ Debería sustituirse en el **art. 45.1 n) del ET** “..... Que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo ...”, por “ Que estime conveniente abandonar el puesto de trabajo”.
- ✓ El **art. 48.6 del ET** debería aclarar expresamente a que juez se refiere con la expresión “tutela judicial”.

4. JUSTIFICACION DE LAS AUSENCIAS O FALTAS DE PUNTUALIDAD MOTIVADAS POR LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Si bien el art. 21.1 de la LOPIVG no recoge el derecho de la trabajadora víctima de violencia de género a una protección eficaz frente al despido motivado por circunstancias derivadas de su situación, el **art. 21. 4 de la LOPIVG** considera como *faltas justificadas las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.*

Sin embargo, el desarrollo de esta disposición, incluido en la Disposición Adicional Séptima de la LOPIVG, a los efectos de reforma del ET, se limita tan sólo a excluir las faltas a las que se refiere el art. 21.4 de la LOPIVG a los efectos del despido objetivo (art. 52 d) del ET).

Y pese a que, por su parte, el art. 55.5 b) del ET incluye entre los supuestos de nulidad del despido disciplinario, el de las *trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral*, no hubiera estado de más que se hubiera introducido de forma expresa la mención de la exclusión de las faltas del art. 21.4 de la LOPIVG a los efectos de la aplicación del art. 54.2.a del ET, en el que se considera causa justificada de despido disciplinario *“las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”*

Así mismo, el defecto de desarrollo correlativo de la LOPIVG en el ET en relación con este derecho, pone de manifiesto alguna carencia de protección, como la no regulación específica como permiso retribuido de las ausencias y/o faltas de puntualidad al no preverse su inclusión en el art. 37.3 del ET, por lo que estará permitido el descuento de los salarios correspondientes a las mismas, imponiendo así una penalización económico laboral a la trabajadora víctima de violencia de género derivada de su situación personal, que se suma a la que ya padece como víctima de violencia.

✚ Por ello, consideramos necesario:

- ✓ Incluir la salvedad expresa, en el **art. 54.2.a del ET**, en el que se considera causa justificada de despido disciplinario *“las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo”*, de aquellas faltas o ausencias que se encuentran recogidas en la ley con la consideración de justificadas, entre las que se encuentra las ausencias y/o faltas de puntualidad de las trabajadoras víctimas de violencia de género.
- ✓ Incluir en el **art. 37.3 del ET**, como permiso retribuido las ausencias y/o faltas de puntualidad de las víctimas de violencia de género a las que se refiere el art. 21.4 de la LOPIVG. (Con independencia de que se pudieran arbitrar otras medidas para neutralizar el efecto negativo que pudiera tener el hacer recaer el coste económico de este permiso exclusivamente sobre la empresa).

5. DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL INTEGRAL DE LOS MENORES

El **art. 19. 5 de la LOPIVG** establece que *“También tendrán derecho a la asistencia integral a través de estos servicios sociales los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida. A estos efectos”*.

Sin embargo, la trabajadora no puede solicitar las medidas señaladas para garantizar el derecho a la asistencia social de los menores, y poder acompañarlos por ejemplo a recibir atención psicológica, en caso de necesitarla, ya que la norma legal sólo prevé la garantía del ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social de la propia trabajadora de forma exclusiva.

✚ Sería conveniente por todo ello:

La inclusión en **art. 19. 5 de la LOPIVG** la garantía del ejercicio del derecho a la asistencia social de los menores que estén bajo la patria potestad o guarda y custodia de la trabajadora víctima de violencia de género mediante el correspondiente reconocimiento de un permiso específico a efectos de su inclusión en el art. 37.3 del ET.

6. MEDIDAS DE FOMENTO DEL EMPLEO VINCULADAS A LAS NORMAS PROTECTORAS SOBRE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El **art. 21.3 de la LOPIVG**, establece que “ *las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el periodo de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo.....*”

Esta medida está dirigida a atenuar los efectos negativos que pueden generar los derechos de las trabajadoras víctimas de violencia de género sobre las empresas.

Sin embargo hubiera sido deseable que los incentivos económicos de los contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género, se hubieran equiparado a los de los casos de contratos de interinidad para sustituir a quienes se encuentren disfrutando de un permiso de maternidad, adopción, acogimiento o riesgo durante el embarazo, de forma que la exención del 100 por 100 de la cuota empresarial abarcase a la totalidad de las contingencias por las que tiene que cotizar la empresa, incluyendo en consecuencia, las cuotas por riesgos profesionales y las de recaudación conjunta, además de la previstas por contingencias comunes.

Por otra parte, la norma no especifica la necesidad de que la persona a contratar sea desempleada y tampoco se dirige únicamente a los casos de sustitución por suspensión de la relación laboral, sino también a aquellos otros en los que la mujer abandona su puesto de trabajo haciendo uso de la movilidad geográfica o cambio de centro de actividad, supuestos éstos en los que hubiera sido deseable bonificar también la cotización de la trabajadora víctima de violencia de género en el nuevo destino, por todas las contingencias.

Por ello, entendemos que sería adecuado:

- ✚ Establecer en el **art. 21.3 de la LOPIVG** la bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por todas las contingencias, de las mujeres desempleadas contratadas en interinidad para la sustitución de las trabajadoras víctimas de violencia de género, así como la bonificación del 100 por 100 en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por todas las contingencias, de la trabajadora víctima de violencia de género en los casos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo.

7. DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LAS TRABAJADORAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El **art. 21.2 de la LOPIVG**, establece como *situación legal de desempleo*, a los efectos de poder acceder a la correspondiente prestación por desempleo, en su caso, *los supuestos de suspensión y extinción del contrato de trabajo de la trabajadora víctima de violencia de género*.

Sin embargo no incluye la posibilidad de acceso al desempleo en caso de reducción de jornada, que generaría, en su caso, un derecho a prestaciones de desempleo parcial.

Así mismo el art. 203.3 de la Ley General de Seguridad Social sólo contempla el desempleo parcial para los supuestos de reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor, pero no por violencia de género.

Con el fin de prever una solución ante los efectos discriminatorios de carácter económico que se pueden derivar de esta situación, la LOIEMH introdujo un nuevo párrafo 5º en el art. 211 de la Ley General de Seguridad Social, en virtud del cual, en los casos de reducción de jornada por violencia de género, entre otros supuestos, las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial.

Así mismo, el art. 21.2 de la LOPIVG establece para los casos de suspensión del contrato de trabajo por violencia de género, que el tiempo de dicha suspensión, *“se considerará como periodo de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo”*.

Sin embargo, al modificarse la LGSS para desarrollar lo dispuesto en la disposición mencionada 21.2 de la LOPIVG, ésta se limitó, en su nuevo apartado 5 del art. 124, a considerar como periodo cotizado, el periodo de suspensión por violencia de género, a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente muerte o supervivencia, maternidad y desempleo, dejando fuera la incapacidad temporal y el riesgo durante el embarazo.

Con el fin de ofrecer una adecuada protección social a las trabajadoras víctimas de violencia de género, se debería:

- ✓ Incluir en el **art. 21.2 de la LOPIVG** como situación legal de desempleo, la de reducción de jornada por violencia de género.
- ✓ Incluir en el **art. 21.2 de la LOPIVG** que el tiempo de suspensión por violencia de género se considerará como periodo de cotización efectiva a

efectos de todas las prestaciones de Seguridad Social y desempleo, incluidas las de incapacidad temporal y riesgo en el embarazo.

8. RESTRICCIONES DE DERECHOS A LOS CONDENADOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO

La **Disposición adicional primera de la LOPIVG** establece la pérdida del derecho a la pensión de viudedad a quien fuera condenado por un delito doloso de homicidio o de lesiones, así como el abono de la pensión de orfandad de la pudieran ser beneficiarios sus hijos.

Así pues, la pérdida de estos derechos se vincula a la existencia de condena en sentencia firme, por lo que mientras que la sentencia no sea firme el beneficiario podrá disfrutar de la pensión de viudedad sin obligación de devolución, incentivándose así la vía de agotamiento de los recursos penales para alargar lo más posible el periodo de percepción de la pensión. Igualmente esto mismo es aplicable a abono de las pensiones de orfandad.

Es por ello que sería conveniente que se realizara la correspondiente modificación legal estableciendo que el derecho al percibo de estas prestaciones quedará en suspenso desde el momento en que el perceptor es imputado o procesado por un delito de violencia de género.

Por otra parte, la disposición adicional primera exceptúa de la aplicación de la pérdida de estos derechos al agresor, en caso de que hubiera mediado reconciliación entre la víctima de violencia de género y su agresor.

En el caso de reconciliación entre víctima y agresor entendemos que no debería ser suficiente con la mera reconciliación para dejar sin efecto la sanción prevista por esta disposición, sino que deberían mediar otras circunstancias como por ejemplo, el cese efectivo y prolongado de cualquier acto de violencia contra la mujer, sea cual fuere la relación que las partes mantengan en el futuro.

Así mismo, habría que reflexionar sobre la conveniencia de restringir el derecho de percepción de otras prestaciones sociales en caso de violencia de género, como puede ser el de las prestaciones por paternidad.

✚ En coherencia con lo expuesto, estimamos conveniente:

Modificar la **Disposición adicional primera de la LOPIVG** restringiendo el derecho al percibo de las prestaciones por viudedad y orfandad de la que pudieran ser beneficiarios los hijos de las partes, de forma que quedara suspendido desde el momento en que el perceptor es imputado o procesado por un delito de violencia de género.

9. LA ACREDITACION DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO EJERCIDA SOBRE LAS TRABAJADORAS

El **art. 23 de la LOPIVG**, establece que *“las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección”*.

Para poder acceder a los derechos laborales y de la Seguridad Social reconocidos en la LOPIVG (Capítulo II) es necesario acreditar la condición de víctima de violencia de género mediante la preceptiva orden judicial de protección en favor de la víctima o, en su defecto el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de haber sufrido violencia de género.

Es evidente que tal previsión se realiza con el fin de evitar posibles abusos e incentivar indirectamente a las víctimas de violencia de género para que denuncien y utilicen los medios jurídicos previstos para luchar contra esta situación, pero deja sin protección aquellas situaciones en las que la trabajadora es víctima de violencia de género pero no denuncia, ya que, aún en el mejor de los casos, cuando la empresa sea conocedora de dicha situación y acuerde con la trabajadora la concesión de derechos laborales, ésta no podrá acceder a la protección de los derechos reconocidos en Seguridad Social.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que las órdenes de protección requieren ser otorgadas por el Juez quien no las concederá si no llega a la convicción de que concurren indicios de la comisión del delito o falta denunciada y no meras sospechas, así como el riesgo de reiteración y por consiguiente un peligro para la víctima, lo que no siempre es fácil de probar. Lo mismo se puede decir del Informe del Ministerio Fiscal, previsto para los casos de demora de la obtención de la orden de protección.

Pero además, la existencia de indicios de violencia de género puede conllevar la emisión del Informe favorable del Ministerio Fiscal sobre la condición de víctima de violencia de género, pero ello no garantiza que a posteriori se obtenga la orden judicial de protección, con lo que se plantearía el problema de determinar cuál es la eficacia retroactiva de las medidas laborales adoptadas.

- ✚ Por todo ello, sería aconsejable reflexionar y revisar en profundidad sobre la exigencia de este requisito en cada uno de los casos para el acceso a los derechos laborales y de Seguridad Social, atemperando dicha exigencia en la medida de lo razonablemente posible.