



PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES Y TRABAJO DE LA MUJER

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Transcurridos ya más de diez años desde que comenzara su andadura la Ley de Prevención de Riesgos Laborales con los nuevos aires dados por la reciente Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, caracterizado por su carácter transversal, resulta más que conveniente introducir un enfoque de género en la práctica preventiva y en las políticas de seguridad en las empresas.

Asistimos al segundo gran salto cualitativo en la tutela preventiva de la trabajadora, pues si la Ley de Prevención supuso el paso de una tutela prohibitiva general a una específica centrada en la maternidad ahora el viraje ha de producirse a una garantía global o integral de su salud, sin descuidar, lógicamente, la especial sensibilidad a los riesgos y la protección intensiva que demandan las situaciones de embarazo, parto y lactancia.

Si bien los avances aportados por el nuevo texto legal son aún bastante tibios, se ponen los cimientos para una aplicación de nuestra normativa en la materia más acompasado a su espíritu y a algunos de principios inspiradores, entre otros, la adaptación del trabajo a la persona o la adopción de aquello más favorable desde el punto de vista preventivo.

Sin lugar a dudas, la diversidad dimanante de la condición de mujer repercute en las condiciones de trabajo y, más en concreto, en los riesgos laborales por lo que ha de ser tenida en cuenta desde el mismo momento de la gestación de la política de seguridad, con la evaluación de riesgos laborales y la planificación, instrumentos clave de la gestión preventiva.

A mayor abundamiento, son precisos mayores avances en la lucha contra todo género de acoso y violencia, aunque sólo muy tímidamente y en el ámbito de las políticas públicas se reconoce ahora el carácter de riesgo laboral del acoso sexual y por razón de sexo y, de manera especial, debemos insistir en la trascendencia de la prevención de los riesgos psicosociales que afectan de manera preponderante a las trabajadoras.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. DE UNA TUTELA PROHIBITIVA Y EXCLUYENTE A LA PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO, PARTO Y LACTANCIA
 - 2.1 Hacia una protección que gira en torno a la maternidad
 - 2.2 Un repaso por los rasgos principales del sistema específico de tutela previsto en el artículo 26 LPRL
 - 2.2.1. La evaluación de riesgos
 - 2.2.2. La adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo
 - 2.2.3. El cambio de puesto de trabajo o funciones
 - 2.2.4. La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo
 - 2.3. Los principales avances de la LOI: hacia el fin de la desprotección de la lactancia
3. UN PASO MÁS EN LA PROTECCIÓN DE LA SALUD LABORAL DE LA MUJER: UNIFORMIDAD *VERSUS* DIVERSIDAD
 - 3.1. Hacia un entendimiento global de la salud laboral de la trabajadora
 - 3.2. Primeros pasos hacia la introducción de la perspectiva de género en la salud laboral
 - 3.3. Género y evaluación de riesgos
4. EL TÍMIDO ACERCAMIENTO A UNA CONCEPCIÓN DEL ACOSO SEXUAL COMO RIESGO LABORAL
5. UNA REFLEXIÓN FINAL: PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES Y ESPECIAL INCIDENCIA SOBRE LAS TRABAJADORAS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La aprobación de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹ (en adelante, LOI) nos brinda una magnífica ocasión para hacer una reflexión pausada acerca de un tema en cierto modo olvidado o minusvalorado en los ámbitos tanto científico como práctico que no es otro que el necesario reflejo de las diferencias sean biológicas, sociales y/o en el desarrollo del trabajo debidas a la condición de mujer en una política preventiva que venga centrada en los principios de eficacia y adecuación, dimanantes de nuestro actual marco normativo en la materia.

Hasta ahora el tratamiento dado a la protección de la trabajadora, en buena medida motivado por la necesidad de huir de enfoques con cierto olor a caduco y discriminatorio, se ha centrado de forma exclusiva en la superior exigencia de tutela en los momentos de mayor sensibilidad a los riesgos laborales en atención al estado de embarazo, parto y puerperio. Es más, con la aprobación de la LPRL (Ley 31/1995, 8 noviembre) parecía lógico desterrar los viejos fantasmas del pasado, en forma de prohibiciones, exclusiones y restricciones², sin más, a la actividad laboral de la mujer y sustituirlos por una tutela específica, más intensiva, que girara en torno a la maternidad.

¹ BOE 23 marzo. Unas primeras aproximaciones de la doctrina laboral a la Ley en DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres», *RL* núm. 8, 2007, pág. 65 ss; MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral de la “Ley de igualdad de sexos”: lo que queda después de vender el “humo político”», *RTSS*, CEF núm. 290, mayo 2007, pág. 99 ss; PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación para el debate», *RDS* núm. 37, 2007, pág. 223 ss; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007», *RL* núm. 8, 2007, pág. 1 ss.

² No obstante, desde épocas tempranas a las mismas se acompaña el reconocimiento de determinados derechos específicos, algunos de los cuales se mantienen hasta nuestros días, *vid.* MONTROYA MELGAR, A., «Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales», *AS* núm. 13, 2000, BIB 2000/1506, pág. 3.

No obstante, transcurrido ya más de un decenio del comienzo de su andadura y pese al tortuoso camino para su eficaz aplicación, el enfoque debe cambiar y, sin bajar la guardia en relación con la tutela del embarazo, situación que, como es bien sabido, condiciona, en todos los sentidos, la vida laboral y la carrera profesional de las trabajadoras³, debe ir orientada a la búsqueda de una tutela «integral» de la mujer⁴ en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. No obstante, seguramente vamos a encontrar dificultades para hallar el correcto equilibrio entre protección diferenciada y no discriminación, a lo que se une la necesidad de evitar el indeseado efecto boomerang.

Desde luego, a simple vista, las novedades que aporta el texto de la LOI afectan sobre todo a la tutela de la maternidad y, más en concreto, de la lactancia materna, colmando al fin determinadas lagunas de transposición que brindaban una protección incompleta, pero también se pone la primera piedra a nivel interno para una concepción de la prevención de riesgos en la que el sexo⁵ sea también tenido en cuenta a la hora de poner en marcha el complejo sistema de prevención de riesgos laborales en las empresas⁶. Sin lugar a dudas, ello compagina bien con las tendencias europeas, dado que la Unión aparece cada día más preocupada por la necesidad de valorar los factores diferenciales del hombre y la mujer también en el ámbito que ahora nos ocupa.

Ciertamente, como tendremos ocasión de precisar con más detalle, este enfoque puede también extraerse de algunos de los principios y elementos clave de nuestra normativa preventiva, pero no está de más poner el acento en esta cuestión y hacer un llamamiento a los poderes públicos a fin de «activar» las iniciativas en este sentido, hasta ahora bastante escasas. Esto es, la tutela de la trabajadora más allá de la maternidad, enlaza directamente con principios de inspiración comunitaria presentes en el texto de la LPRL: adaptación del trabajo a la persona, valoración de los riesgos de forma ajustada a las características personales del sujeto y otros análogos. Y ello porque en la LPRL late un espíritu de tutela amplia, general, omnicomprendensiva pero también «individualizada», subjetiva, que mira a cada individuo y a su especial propensión al riesgo.

Otro tema que, sin duda, despierta nuestro interés, por el que la LOI va a pasar casi de puntillas, sin darle el necesario y deseable espaldarazo definitivo, es la concepción, avanzada tanto por la jurisprudencia como por un sector doctrinal⁷, del acoso sexual y por ra-

³ Puede verse, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada», *TL* núm. 79, 2005, pág. 11 ss.

⁴ Vid. PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer trabajadora: carencia de una efectiva protección», <http://wzar.unizar.es/siem/articulos/Premios/salud.pdf>.

⁵ Sobre las diferencias entre los términos sexo y género, las connotaciones culturales que este último añade y la conveniencia de su uso, aspecto en los que no hemos de entrar, nos permitimos remitirnos a PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad...», *op. cit.*, págs. 224-5.

⁶ A estas alturas no es dudoso que el sexo es un factor determinante clave de la salud, así se subraya la necesidad de aumentar esta conciencia entre la población en general y entre los profesionales sanitarios en el punto 6 de las Conclusiones del Consejo sobre la salud de las mujeres (2006/C 146/02) (DOUE C 146/4, de 22.06.2006). También se invita a los Estados Miembros (punto 20) a fomentar la salud y prevenir la enfermedad teniendo en cuenta, cuando proceda, las diferencias entre los sexos. En el Plan de Trabajo para la igualdad entre mujeres y hombres [COM (2006) 92 final] se destaca que es preciso investigar más la dimensión de género en el ámbito de la salud. Vid. también el art. 27 LOI.

⁷ Por todos, CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F., «El acoso sexual como riesgo laboral [Comentario a la STSJ Galicia 24 enero 2000 (AS 2000,60)]», *AS* núm.1/2000, pág. 30 ss [BIB 2000/154].

zón de sexo como riesgo laboral que, por tanto, el empresario viene obligado a evitar, evaluar y controlar. Aspecto que es particularmente importante habida cuenta que estadísticamente parece quedar acreditado que es un riesgo que afecta de manera particular a las mujeres⁸.

Con estas premisas, podemos ya centrar el objetivo de este trabajo que pasa por exponer las distintas fases en la evolución de la tutela de la mujer en materia de seguridad y salud en el trabajo, haciendo especial hincapié en la protección brindada por la LPRL, hasta alcanzar la fase actual donde se vislumbra ya claramente la necesidad de un enfoque diversificado de situaciones que son claramente distintas (la del hombre y la mujer) en el mundo del trabajo y su fiel reflejo en el campo de la salud laboral. Llegados a este punto, trataremos de exponer nuestra visión de esta exigencia de una tutela de la trabajadora que vaya más allá de la maternidad, acompañada de un necesario entendimiento equilibrado de la misma que no pueda llevar, en ningún caso, ni a la imposición de cargas innecesarias al empresario ni a la generación de nuevas trabas para el acceso al empleo de la trabajadora. Y todo ello en la medida en que simplemente se trata de ajustar más los comportamientos preventivos, de seguir los principios inspiradores de la LPRL y, con ello, de realizar sólo aquellas actuaciones necesarias, adecuadas y eficaces, huyendo de comportamientos tipo, de actuaciones meramente formales y de cubrir el expediente, auténticas lacras de la práctica preventiva en nuestro país⁹, para pasar a una contemplación de los riesgos de manera individualizada, ajustada a cada trabajador y centrada en la necesidad de adaptar el trabajo a la persona.

2. DE UNA TUTELA PROHIBITIVA Y EXCLUYENTE A LA PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO, PARTO Y LACTANCIA

2.1. Hacia una protección que gira en torno a la maternidad

Uno de los grandes avances de la LPRL fue la definitiva separación de la protección de la trabajadora respecto a la de los menores, quedando ceñida a la tutela de los riesgos laborales en relación con la maternidad¹⁰. En aquel momento se pasó de un tratamiento

⁸ In extenso, *vid.* VALLEJO DACOSTA, R., «El acoso sexual y el acoso por razón de sexo: riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *RL* núm. 5, 2007, pág. 15 ss.

⁹ El cumplimiento meramente formal o documental está a buen seguro en la base de los escasos resultados que la implantación de la normativa preventiva está arrojando sobre nuestros índices de siniestralidad laboral, aspecto destacado en distintos lugares, por todos, *vid.* «Orientaciones para facilitar la integración de la prevención de los riesgos laborales en el sistema general de gestión de la empresa», en http://empleo.mtas.es/insht/practice/c_integración.htm, pág. 4.

¹⁰ La bibliografía sobre esta materia es muy abundante, entre otros, LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección por maternidad», en LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), *Nuevos escenarios para el derecho del trabajo: familia, integración y noción de trabajador. Homenaje a Máximo D'antona*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 69 ss; LOUSADA AROCHENA, J.F., «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia», *AL* núm. 38, 1998; «El riesgo durante el embarazo» (I) y (II), *AL* núm. 27, 2001, pág. 561 ss y 583 ss; MELLA MENDEZ, L., «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social», *AS* 1999-V, pág. 1211 ss; MORENO GENÉ, A., ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEA, A., «La protección

generalizado que prohibía de forma absoluta a la mujer la realización de determinadas actividades laborales a una tutela centrada en el concreto momento de la gestación, el parto y la lactancia. Ahora bien, una mirada retrospectiva nos hace darnos cuenta de que en aquel momento primó la necesidad de «librar» a la trabajadora del lastre arrastrado históricamente de ser considerada un sujeto especialmente débil, que adolecía de escasa capacidad, al que había de excluir indiscriminadamente y sin mayores matizaciones de determinadas actividades. Por ello quizás fuimos poco críticos y escasamente exigentes con las previsiones legales. Ahora, sin embargo, aquella concepción empieza a parecernos algo timorata y limitada puesto que la salud de la trabajadora demanda, sin lugar a dudas, algo más.

No debemos olvidar que ya el TC había tenido que enfrentarse a esta cuestión y había estimado inconstitucional la prohibición del trabajo de la mujer en la mina contenida en el Decreto de 26 de julio de 1957. De esta forma, en la Sentencia 229/1992, 14 diciembre¹¹, hizo equilibristo entre dos necesidades igualmente imperiosas: la de introducir determinadas diferencias basadas en el orden biológico natural y la de no incluir trabas que pudieran afectar a la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres. Así, la tutela parecía quedar estrictamente constreñida a la maternidad en aras a la igualdad¹². Para el Alto Tribunal aunque no son contrarias a la Constitución las disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, en otros casos, la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente pueden tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres. A mayor abundamiento, viene a estimar que «el mandato de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE... exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una visión sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo».

Seguramente este rígido planteamiento y esta «desconfianza» de los que hacía gala el Tribunal han contribuido a un enfoque intencionadamente «neutro» de la prevención de riesgos laborales. Pero, en la práctica, es una neutralidad sólo aparente puesto que, generalmente, las investigaciones, los estudios y las políticas preventivas han tomado como

de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales», AS núm. 15, 1997, pág. 19 ss; MUÑOZ MOLTÓ, F.M. y GARCÍA GARCÍA, «La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales», TS núm. 74, 1997, pág. 41 ss; NORES TORRES, L.E., «Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», AL 1998-I, pág. 301 ss.

¹¹ RTC 1992/229.

¹² La doctrina ha sido tajante al defender que con la consagración constitucional del principio de igualdad y no discriminación... toda norma protectora de la mujer «salvo las impuestas por la maternidad» debe desaparecer, ALONSO OLEA, M., «El trabajo de la mujer», RMTAS núm. 13, 1998, pág. 109; también LÓPEZ RUBIA, E., «Suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo: nueva redacción del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», TS núm. 115, 2000, pág. 29 ss. Destacan cierto resquemor al exceso de protección de la maternidad que puede originar efectos discriminatorios indeseados para la trabajadora MORENO GENÉ, J. et altri, «La protección de la maternidad...», *op. cit.*, pág. 479.

modelo estereotipado el masculino¹³, punto de partida erróneo que es denunciado por distintos autores¹⁴ y documentos¹⁵.

2.2. Un repaso por los rasgos principales del sistema específico de tutela previsto en el artículo 26 LPRL

Una aproximación al texto de la LPRL lleva a alcanzar la conclusión de que la única norma dedicada a la protección de la mujer trabajadora es la contenida en su art. 26 dedicado a la protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia¹⁶. No obstante, es posible extraer de sus preceptos, como luego analizaremos, una concepción más avanzada de la prevención de riesgos laborales en tanto la norma está presidida por los principios de adaptación, adecuación y eficacia.

Junto al anterior, encontramos el enigmático artículo 25 LPRL, necesitado, tal y como se desprende del art. 6.1 f) de la misma norma legal, de un desarrollo reglamentario, en el que se contempla a la par que la protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos, donde las mujeres se muestran más propensas a algunos de ellos, una escueta referencia a la protección de la salud reproductiva. En este caso la protección incluye dentro de su ámbito subjetivo tanto a los hombres como a las mujeres, pero, evidentemente, los riesgos que les afectan son distintos y los problemas reproductivos también. Esta cuestión debería recibir más atención del legislador que ha desaprovechado la

¹³ Tampoco cabe ignorar que el Derecho del Trabajo tuvo, desde sus inicios, un claro sesgo de género (masculino) y desarrolló buena parte de su cuerpo doctrinal teniendo como figura central... a un trabajador masculino, del sector industrial, a tiempo pleno..., responsable del mantenimiento económico de una familia, CASAS BAAMONDE, M.E., «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *RL* 1998-I, pág. 90 ss.

¹⁴ VOGEL, L., «La dimensión de género en salud laboral. Primeras conclusiones de una encuesta europea», en <http://ugt.es/slaboral/documentos/informes/doc2.pdf>, pág. 1 para quien las políticas de salud laboral y la práctica preventiva siguen estando construidas en base a un modelo de neutralidad en cuanto al género de «los trabajadores», siendo su referente implícito el masculino. También se ha criticado que los equipos de protección están pensados para hombres o que los umbrales de tolerancia a sustancias químicas han sido definidos a partir de estudios y pruebas basados sólo en cohortes masculinas, AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer: más allá de la salud reproductiva», en LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo...*, *op. cit.*, pág. 188. Esta investigación en clave masculina ha invisibilizado las diferencias y las necesidades de las mujeres y los riesgos específicos, DELGADO PÁEZ, D.L. y RODRÍGUEZ ORTIZ DE SALAZAR, B., «Riesgos laborales desde la perspectiva de género: revisión de la literatura», *Revista Medicina y Seguridad del Trabajo*, núm. 202, marzo 2006, pág. 48.

¹⁵ Puede verse la nota informativa núm. 42 de la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo «Las cuestiones de género en relación con la seguridad y la salud en el Trabajo. Resumen de un informe de la Agencia», <http://agency.osha.eu.int>, donde se afirma que «La adopción de un enfoque de género neutral en las estrategias y la legislación ha llevado a disminuir la atención y los recursos dirigidos a los riesgos laborales y su prevención». La versión íntegra del documento («Gender issues in safety and health at work. A review»), en http://osha.europa.eu/publications/reports/209/index.htm?set_language=en.

¹⁶ La STC 62/2007, 27 marzo (BOE 26 abril) contiene una interpretación de estas reglas de tutela como manifestación del derecho a la vida y a la integridad física y moral contenidos en el art. 15 CE, destacando la faceta preventiva del derecho, dado que «no será preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, lo que convertiría la tutela constitucional en una protección ineficaz ex post, bastando por el contrario que se acredite un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse».

oportunidad brindada por la LOI que, dado su carácter transversal¹⁷, hubiera sido un lugar idóneo para ello. Nos estamos refiriendo no sólo a la necesidad de investigar¹⁸, evaluar y valorar los riesgos que inciden en la fertilidad sino también a la introducción de ciertas «facilidades» laborales, normas encaminadas a posibilitar el sometimiento a tratamientos de fertilización, a adaptar las condiciones de trabajo a las especiales circunstancias en que se encuentra la trabajadora cuando se halla en tales situaciones o a introducir nuevas interrupciones y suspensiones del contrato imprescindibles a tales fines. Y ello, no debemos olvidarlo, en un país como el nuestro con unos escasos índices de natalidad, solo remediados en los últimos tiempos por la presencia cada vez más importante de inmigrantes dentro de nuestras fronteras y en el que, por diversos motivos, relacionados tanto con el acceso masivo de la mujer al mercado de trabajo y a los estudios superiores como con las enormes dificultades laborales y profesionales a que debe enfrentarse, la maternidad se retrasa cada vez más, dando origen a que se presenten con frecuencia problemas de fertilidad. No obstante, este tipo de medidas podrían arrojar un efecto boomerang indeseado para el colectivo de mujeres ya bastante castigado por las dificultades de acceso al mercado de trabajo¹⁹, el empleo precario²⁰, la discriminación salarial y un largo etcétera.

Centrándonos ya en las prescripciones contenidas en el art. 26 LPRL, con origen en la Directiva 92/85, 19 de octubre²¹, desde el comienzo fue objeto de aceras críticas por sus lagunas de transposición²², creando situaciones de inseguridad y desprotección. Problema que ha ido solventándose por etapas, primero, por medio de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas traba-

¹⁷ Una aproximación a este concepto, de factura comunitaria, por todos, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género», *RL* núm. 19, 2001, pág. 1 ss; PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad...», *op. cit.*, pág. 226 ss.

¹⁸ La nueva estrategia comunitaria (2007-2012), Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y al Comité de las Regiones «Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo (2007-2012), Bruselas, 21.2.2007, COM (2007) 62 final, insiste (punto 7.1) en la necesidad de considerar prioritaria la investigación, entre otros campos como las cuestiones psicosociales, en el conocimiento de los riesgos para la reproducción. Una relación ejemplificativa de factores de riesgos para la reproducción puede consultarse en PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, La Ley, Madrid, 2000, pág. 46 ss.

¹⁹ La constatación de las cuotas de desempleo femenino todavía muy elevadas en nuestro país, entre otros, en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», *RL* núm. 8, 2006, pág. 1 ss; también CASAS BAAMONDE, M.E., «Transformaciones del trabajo...», *op. cit.*, pág. 95; MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 130.

²⁰ Las nuevas formas y relaciones de trabajo o modalidades atípicas de contratación afectan de manera singular a las mujeres, CASAS BAAMONDE, M.E., «Transformaciones del trabajo...», *op. cit.*, pág. 94.

²¹ Relativa a la puesta en práctica de medidas dirigidas a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que acaban de dar a luz o en período de lactancia. Sobre la doble fundamentación de esta Directiva: garantizar la salud de la trabajadora embarazada o lactante en el marco del contrato de trabajo, y garantizar que el embarazo, el parto o la lactancia no fuesen motivos de diferenciación discriminatoria perjudicial para las mujeres trabajadoras que se encontrasen en ese estado, *vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Protección antidiscriminatoria y prevención...», *op. cit.*, pág. 18.

²² Por todos, esta defectuosa adaptación en LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección...», *op. cit.*, pág. 85 ss. In extenso, ORELLANA CANO, A.M., «Medidas para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de las Directivas Comunitarias 92/85 y 96/34 y lagunas en su transposición al ordenamiento interno español», *RMTAS* núm. 37, 2002, pág. 61 ss.

jadoras²³ (en adelante, LCVLF) y, más recientemente, con la LOI en los términos que se analizarán infra.

La protección de la situación de embarazo, post-parto y lactancia puede sintetizarse en una tutela que parte de la evaluación de riesgos, verdadero núcleo duro del sistema preventivo, cuyos resultados determinarán la necesidad de adoptar medidas preventivas que pasan de forma secuencial o escalonada desde meras adaptaciones de las condiciones de trabajo y tareas hasta la suspensión del contrato de trabajo.

Aunque es una cuestión que ha resultado ser harto problemática, la tutela debe desplegarse a instancias del propio empresario desde el mismo momento en que tenga conocimiento, por cualquier medio, del estado de la trabajadora, en tanto el precepto legal no condiciona la protección a suerte alguna de comunicación formal por parte de esta última. Sin embargo, no conviene olvidar que seguramente sobre la trabajadora pesa la obligación de informar al empresario de su estado, algo que queda de forma natural comprendido en el tenor del art. 29.2.4.º LPRL que le exige dar cuenta de cualquier situación que pueda suponer un incremento de riesgo para su salud y seguridad. Ahora bien, el incumplimiento de la mencionada obligación conllevará, en su caso, la pertinente sanción disciplinaria al amparo de lo dispuesto en el art. 58 ET, que no debiera, a nuestro juicio, alcanzar al despido, por la implicación del derecho a la intimidad y en tanto el miedo al mismo es lo que, en la mayor parte de los casos, va a mover a la trabajadora a ocultar su estado. Ahora bien, la omisión de la trabajadora en modo alguno exonera al empresario, en tanto que, como es bien sabido, el incumplimiento por parte de los trabajadores de sus obligaciones en materia preventiva en ningún caso exime al empresario de su deuda de seguridad (art. 14. 4 LPRL).

De todas formas, es preciso que la trabajadora sea consciente de la trascendencia de informar al empresario de forma inmediata de su estado para evitar cualquier riesgo a su salud o al futuro hijo. Especial cuidado que deriva de que si bien el empresario viene obligado a desplegar la tutela en el momento en que tenga conocimiento de su estado, cuando éste derive de la «notoriedad» del mismo, seguramente será tardía, ya que son los primeros meses del embarazo los que concentran el mayor peligro para el feto. Esta conveniencia de informar al empresario se ve reforzada dado que siguiendo las tendencias jurisprudenciales más recientes para ella constituye un auténtico pasador de seguridad el dar a conocer su estado, puesto que para el Alto Tribunal el conocimiento por parte del empresario es requisito indispensable para que opere la discriminación²⁴.

²³ BOE 12 noviembre. CRUZ VILLALÓN, J., «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS* núm. extr. 1999, pág. 71 ss; BALLESTER PASTOR, M.A., *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; GARCÍA MURCIA, J., «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *JL* núm. 1, 2000; GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La reciente Ley 39/99, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *RL* núm. 24, 1999, pág. 10 ss; MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001; PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas para el debate», *TL* núm. 52, 1999, pág. 39 ss.

²⁴ Lo anterior sin perjuicio de que nos parezca más acertado el planteamiento de un sector doctrinal que estima que el legislador va buscando una mayor tutela de la trabajadora que se resumiría en una prohibición ab-

A ello debe añadirse que seguramente la diligencia de la trabajadora a la hora de comunicar el embarazo va a verse reforzada si el empresario cumple con su obligación ex art. 18 LPRL de adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias sobre los riesgos para su seguridad y salud en el trabajo y, en concreto, toda trabajadora debe conocer los posibles riesgos específicos de su puesto de trabajo o de la actividad productiva caso de estar embarazada.

A juzgar por la escasez de pronunciamientos judiciales en este ámbito, la aplicación del precepto no parece estar siendo excesivamente problemática, aunque también puede denotar que, en muchos casos, las situaciones se sigue resolviendo al modo tradicional con bajas por incapacidad temporal que actúan como cobertura de un problema de prevención de riesgos laborales mal solucionado. De todas formas, se sigue apreciando cierto confusionismo entre las situaciones de riesgo durante el embarazo y de embarazo de riesgo, placenta previa, riesgo de aborto y otras situaciones similares, incompatibles normalmente con todo tipo de actividad, que sí deben ser canalizadas, por su origen «común», a través de la incapacidad temporal. A efectos de Seguridad Social de forma expresa el art. 14.2 RMA²⁵ especifica que «no se considera situación protegida la derivada de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la trabajadora o del feto, cuando no esté relacionada con agentes, procedimientos o condiciones del puesto de trabajo desempeñado».

2.2.1. *La evaluación de riesgos*

Al decir del precepto legal, la evaluación de riesgos debe comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto recientes a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en su salud o la del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. No estamos sino ante la necesidad de que la evaluación contemplada de forma general en el art. 16 LPRL como instrumento esencial del sistema preventivo a implantar en las empresas, preste especial atención a los riesgos que pudieran derivar de cada puesto de trabajo para la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Y ello con independencia de quién ocupe en ese momento inicial el puesto de trabajo. Con ello se busca que todos los puestos gocen de un análisis de los riesgos concretos que se «activan» o «incrementan» en tales situaciones, evitando que dicha tarea deba realizarse cuando la trabajadora comunica el embarazo o el empresario conoce su estado por cualquier otra vía.

soluta de despedirla de forma injustificada si está embarazada, con independencia del conocimiento previo de su estado por parte del empleador, y ello porque las razones de la protección van más allá de la tutela antidiscriminatoria y valoran las notables dificultades para la mujer de acceder a un nuevo empleo, tanto durante el embarazo como en un momento posterior, debido a su tradicional dedicación al cuidado de los hijos, que hace temer al empresario un menor rendimiento, mayores faltas de asistencia y otros análogos. *Vid.* el interesante trabajo de Molina Navarrete, C., «La garantía de indemnidad de la trabajadora embarazada frente a los despidos injustificados», *Diario La Ley* núm. 6615, 22 diciembre 2006, en especial, pág. 7 ss.

No obstante, resulta más que conveniente, cuando la situación se materializa, completar aquella evaluación inicial a fin de valorar y medir no ya sólo en abstracto la presencia de riesgos para el embarazo sino la posibilidad de que los mismos se vean agravados o modificados en atención a las concretas características o circunstancias de la trabajadora embarazada que ocupa el puesto en cuestión. En este sentido, el propio Reglamento de los Servicios de Prevención (RSP)²⁶ en su art. 4.2 establece que deberán volver a evaluarse los puestos de trabajo que puedan verse afectados por la incorporación de un trabajador cuyas características personales o estado biológico conocido lo hagan especialmente sensible a las condiciones del puesto.

Un análisis conjunto de este artículo y del 14.2 RMA a que nos hemos referido, arroja con meridiana claridad que la tutela de la trabajadora va ligada de modo patente al carácter «profesional» o «laboral» de los riesgos, de forma que debe estar relacionada bien con agentes, con procedimientos o condiciones de trabajo que sean los que provoquen u originen el riesgo o, al menos, que supongan un incremento de un riesgo de carácter genérico²⁷, esto es, que se aprecie algún tipo de incompatibilidad entre el embarazo y la concreta prestación de servicios desempeñada.

Hasta el momento, aunque la LPRL alude expresamente a los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo que puedan afectar negativamente a la trabajadora o el feto, no existe en el ordenamiento interno²⁸ un listado que haga expresa referencia a los mismos, sin perjuicio de que finalmente la LOI prevea la transposición de los anexos de la Directiva comunitaria²⁹, que hasta ahora han venido usándose al menos de forma orientativa, cen-

²⁵ RD 1251/2001, 16 noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo (BOE 17 noviembre).

²⁶ RD 39/1997, 17 enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención (BOE 31 enero).

²⁷ En este sentido se pronuncia la STSJ Cataluña 1 junio 2004 (AS 2312) que estima que si bien hay una causa genérica (embarazo gemelar, de mayor riesgo y con posibilidad de más complicaciones) lo decisivo es que ese riesgo, propio e intrínseco del embarazo, pueda verse acrecentado con la prestación de servicios, acreditada la imposibilidad de reubicar a la trabajadora en otro puesto alejado de dicha situación de riesgos, dada la índole de la actividad de la empresa, al tratarse de una trabajadora oficial tercera metalúrgica que presta sus servicios para empresa dedicada a la fundición de piezas metales, donde existen emanaciones de los hornos en los que se lleva a cabo la fundición del aluminio.

²⁸ No obstante, hay normas específicas que contienen referencias a la especial relación de determinados agentes con el embarazo, así el art. 4.3 f) RD 664/1997, 12 mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo (BOE 24 mayo) considera un factor indispensable a tomar en consideración a la hora de evaluar e identificar los riesgos «el riesgo adicional para aquellos trabajadores especialmente sensibles en función de las características personales o estado biológico conocido, debido a circunstancias tales como patologías previas, medicación, trastornos inmunitarios, embarazo o lactancia». También existen prescripciones de tutela especial durante el embarazo y la lactancia en el art. 10 RD 783/2001, 6 julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes (BOE 26 julio 2001).

²⁹ La DF 3.^a (Habilitaciones reglamentarias) establece que en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la Ley, reglamentariamente, se integrará el contenido de los Anexos de la Directiva 92/85, del Consejo Europeo, de 19 de octubre de 1992, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. El MTAS elaborará, en el plazo de seis meses desde la publicación del RD, unas directrices sobre evaluación del riesgo. Seguramente a imagen de la «Comunicación de la Comisión sobre directrices para la evaluación de los agentes químico-

trados de modo especial en los agentes físicos, biológicos, químicos y determinados procedimientos o procesos industriales, trabajos con exposición a polvo, humo, nieblas o a determinadas condiciones de trabajo.

Pues bien, si los resultados de la evaluación arrojan la existencia de riesgos surgirá la necesidad de adoptar determinadas medidas preventivas sucesivas o escalonadas, esto es, que sólo la imposibilidad de la primera de ellas o su inadecuación da paso a la siguiente, puesto que aparecen ordenadas de menor a mayor intensidad en orden a la afectación del derecho al trabajo y al ejercicio de su profesión por parte de la trabajadora. Orden que debe seguirse de forma escrupulosa para ser lo más respetuosos posibles con el derecho constitucional en liza.

2.2.2. *La adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo*

El empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora afectada, incluyendo, cuando sea necesario, la no realización de trabajo nocturno o a turnos (art. 26.1 LPRL). El precepto está redactado, como es habitual en la LPRL, de forma excesivamente genérica dejando que sea el empresario, a la vista de la evaluación de riesgos y con el asesoramiento técnico de los servicios de prevención, quien decida las concretas medidas necesarias para evitar el riesgo, sin que legalmente se determine la forma de llevarla a cabo ni sus posibles límites. Medidas que seguramente pueden ir desde sencillas adaptaciones del puesto de trabajo, pasando por la eliminación de tareas peligrosas hasta cambios de horario o alteraciones de jornada. La no realización de trabajo nocturno puede conllevar un cambio a un puesto diurno que exista en la empresa y que sea compatible con su estado (previsto con carácter general para los trabajadores nocturnos en el art. 36.4 ET), al que serán de aplicación las reglas de la movilidad funcional. Nótese como se sustituye la fórmula ya tradicional de prohibición del trabajo nocturno a la trabajadora, por su no realización en caso necesario, de resultar peligroso para su seguridad y salud o la del feto.

2.2.3. *El cambio de puesto de trabajo o funciones*

Puede considerarse que existen dos formas de acceso a la movilidad funcional por motivos de protección de la trabajadora embarazada o el feto: la imposibilidad de adaptar las condiciones y/o el tiempo de trabajo y la insuficiencia de la adaptación. Parece que puede aceptarse la interpretación consistente en que si la medida anterior (adaptación) resultara imposible, el cambio de puesto deviene obligatorio sin necesidad de requisitos formales de

cos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia» (Directiva 92/85/CEE del Consejo) (COM/2000/0466 final).

tipo alguno³⁰. De tal manera que el propio empresario, declarada aquella imposibilidad y existente el riesgo, debiera decretar la movilidad funcional de la trabajadora embarazada. Distinto se presenta el procedimiento en aquellos supuestos en que, pese a la adaptación operada, el trabajo desempeñado sigue generando riesgos, pues entonces viene a imponerse un requisito adicional: el certificado médico. De esta forma, el dictamen médico deviene inexcusable en los casos en que pese al estricto cumplimiento empresarial de sus obligaciones de adaptación del puesto de trabajo, siguen existiendo riesgos, por lo que corresponde a la trabajadora demostrar la ineficacia de las medidas si quiere acceder a otras formas de protección³¹.

La emisión de la certificación médica se caracteriza por encomendarse exclusivamente a organismos públicos³² y externos³³ a la empresa. Se distingue entre la fase de informe (preceptivo y no vinculante) que corresponde al médico del Servicio Público de Salud que asista facultativamente a la trabajadora y un certificado propiamente dicho, con carácter decisorio³⁴, que corresponde a las Mutuas o al INSS, en función, aclara ahora la nueva redacción dada al apartado 2 del art. 26 LPRL (DA.12.ª.2 LOI), de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales. Prescripción con la que se despejan las dudas suscitadas sobre el título de actuación de la Mutua³⁵, que no cuadra con su consideración en el ámbito de la Seguridad Social y se reconoce finalmente la naturaleza profesional o laboral del riesgo que ahora nos ocupa, reclamada con insistencia por la doctrina³⁶.

Seguramente hubiera sido deseable la intervención de los médicos del servicio de prevención, al menos, para la emisión del informe, dado que conocen mejor las concretas condiciones de trabajo y los riesgos específicos de la empresa. No obstante, se comprende que la entrada en escena del INSS/Mutua viene motivada por la posibilidad de que la situación de la trabajadora desemboque finalmente³⁷ en una prestación económica a cargo del Sistema de Seguridad Social.

³⁰ Con mayor detalle, nos remitimos a un trabajo anterior, GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGBTUA MIRÓ, M.T., *Las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 106 ss.

³¹ MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Familia y trabajo...*, *op. cit.*, pág. 138; VALLE MUÑOZ, F.A., *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Colex, 1999, pág. 135.

³² Se ha entendido como una forma de garantizar la seriedad y oficialidad de la apreciación médica, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo», *REDT* núm. 99, 2000, pág. 32; en la misma línea, MELLA MÉNDEZ, L., «Situación de riesgo...», *op. cit.*, pág. 1216.

³³ Con mayor amplitud, entre otros, LOUSADA AROCHENA, F., «El riesgo durante... (I)», *op. cit.*, pág. 576.

³⁴ En igual sentido, LOUSADA AROCHENA, F., «El riesgo durante... (I)», *op. cit.*, pág. 579.

³⁵ Se dudaba mayoritariamente entre si intervenía como entidad aseguradora o como servicio de prevención, siendo ambas opciones igualmente insatisfactorias, por todos, GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La reciente Ley 39/1999...», *op. cit.*, pág. 51; LÓPEZ RUBIA, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 33; LOUSADA AROCHENA, F., «El riesgo durante... (I)», *op. cit.*, pág. 578.

³⁶ Entre otros, LÓPEZ RUBIA, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 37; LOUSADA AROCHENA, F., «El riesgo durante... (I)», *op. cit.*, pág. 566; PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 17. Los cambios introducidos en la prestación, por todos, en PANIZO ROBLES, J.A., «Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad Social (a propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 290, 2007, pág. 39 ss.

³⁷ Un sector doctrinal considera por la misma razón que esta intervención resulta bastante precipitada, *vid.* MELLA MÉNDEZ, L., «Situación de riesgo...», *op. cit.*, pág. 1216.

Al informe del facultativo que la trabajadora ha de presentar para solicitar la emisión del certificado correspondiente debe acompañar una declaración de la empresa en la que consten los cometidos efectuados por la interesada en la empresa y que el puesto desempeñado no se encuentra dentro de los puestos exentos de riesgo a efectos de embarazo, en los términos del art. 26.2 LPRL. Relación que ha debido elaborarse de conformidad con los resultados de la evaluación de riesgos³⁸ y con intervención de los servicios de prevención. Asimismo, se exige la consulta previa (preceptiva pero no vinculante ex art. 33 LPRL) con los representantes de los trabajadores.

La expedición del certificado mencionado será de tramitación preferente y constará de original y dos copias (tres si corresponde a la Mutua), entregándose a la trabajadora el original y la copia para la empresa, quedando la otra copia en poder del servicio médico. Resulta criticable que no se haya previsto un plazo para resolver, dados los graves perjuicios que puede ocasionar a la trabajadora una resolución extemporánea.

De momento la LPRL no concreta los agentes o actividades generadores de riesgo³⁹, a diferencia de lo prescrito en la Directiva comunitaria, de inminente transposición, que en su Anexo II contiene una lista no exhaustiva de agentes o condiciones de trabajo que suponen un peligro para la seguridad y salud de la trabajadora o del feto o el lactante y que, por ello mismo, determinan una prohibición absoluta de su desempeño por la embarazada (art. 6). Como acertadamente pone de manifiesto la STSJ Aragón 18 noviembre 2002⁴⁰, no resulta aplicable sólo a riesgos derivados de agentes tóxicos o químicos sino también los derivados de condiciones de trabajo entre los que se encuentran la manipulación manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares, y los movimientos o posturas, desplazamientos, fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora embarazada.

Resulta interesante al menos comentar el supuesto abordado por la STSJ Madrid 8 julio 2002⁴¹, donde, pese a no alcanzarse los niveles de riesgo reglamentariamente permi-

³⁸ Entendemos que esta conexión es clara e indubitada aunque no se mencione expresamente en tanto en el sistema preventivo dimanante de la LPRL, el cumplimiento de todas las obligaciones legales viene primera y primariamente vinculado a la evaluación de riesgos. No es tan evidente para algún autor que critica que no se haya previsto y que se deje en manos del empresario la decisión, reclamando la intervención de la negociación colectiva, LÓPEZ RUBIA, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 31.

³⁹ No obstante, de las sentencias de los TSJ podemos extraer algunos ejemplos de situación de riesgo durante el embarazo: cajera de hipermercado que se ve obligada a realizar actividades de sobre esfuerzo incompatibles con su estado (STSJ Islas Baleares 5 junio 2006 —AS 2351—); trabajadora dedicada a la manipulación manual de cajones de papel entrelazado, dándose además la circunstancia de que el embarazo se ve sometido a un riesgo específico durante la realización de trabajo a turnos, puesto que la trabajadora se ve obligada a realizar (en ocasiones en el de noche) actividades de sobre esfuerzo incompatibles con su estado y bajo un nivel de ruido que... se sitúa en parámetros de un especial significado de riesgo y especial penosidad (STSJ Cataluña 18 noviembre 2004 —AS 3814—); tener que realizar, durante su quehacer laboral, esfuerzos al manipular cargas superiores a 3 Kgs., y estar expuesta durante su tarea al ruido de 85 a 90 decibelios (STSJ Cataluña 13 mayo 2004 —AS 2177—). Muy interesante resulta el supuesto planteado en STSJ Castilla y León (Valladolid) 29 noviembre 2007 (AS 491): trabajadora dedicada a la atención a menores con expediente de protección y/o reforma que presenten graves alteraciones de conducta y a menores o jóvenes infractores.

⁴⁰ AS 3351.

⁴¹ AS 3761.

tidos, se considera evidente que si dentro del mismo centro de trabajo y en el mismo departamento existe un puesto de trabajo en que la mujer deja de estar expuesta a radiaciones, aunque sea en un grado pequeño, lo congruente con los principios inspiradores de toda la normativa de protección de la maternidad, tanto a nivel internacional como nacional, es conceder el cambio de puesto de trabajo, máxime cuando como dice el juzgador de instancia el organismo recurrente no da razón objetiva, fundada en las necesidades de servicios, que justifique no atender la petición de la trabajadora. Estamos ante una interpretación judicial que se ajusta de manera precisa a los principios inspiradores de la LPRL y que supone, entre otras cosas, que si es técnica y objetivamente posible alcanzar una protección mejor, más adecuada y más favorable desde el punto de vista preventivo a lo garantizado de modo expreso en la norma reglamentaria, ésta es la que debe implantarse. Esto es, acoge un planteamiento dinámico, técnico y máximo de la diligencia exigible al empresario que supone alcanzar el máximo nivel de protección posible, incluso más allá de las concretas exigencias normativas. Y ello en plena coherencia con el derecho del trabajador a la protección eficaz frente a los riesgos laborales o a principios de la acción preventiva (contenidos en el art. 15 LPRL) como el de la evitación del riesgo o la sustitución de lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro. Este tipo de interpretación, acorde con el tenor literal de la norma pero más aún con su espíritu, determina también, como veremos, la necesidad de una protección más integral de la trabajadora, buscando lo más eficaz desde el punto de vista preventivo.

El cambio de puesto, en primera instancia, ha de producirse dentro del grupo profesional o entre categorías equivalentes con aplicación de las reglas del art. 39 ET al que la LPRL se remite expresamente, en especial, los límites en relación con las titulaciones exigidas, el respeto de la dignidad y los derechos de promoción y formación profesionales. Por definición, se trata de una medida temporal, en tanto dure la situación de riesgo o hasta que su estado de salud le permita volver al puesto de origen⁴². No obstante, si no existiese puesto de trabajo o función compatible, la trabajadora podrá⁴³ ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente (movilidad extraordinaria, tanto ascendente como descendente). En este segundo caso, existen dos grandes diferencias con la movilidad regulada en el texto estatutario. La primera, la causa justificativa (razones organizativas o técnicas o necesidades perentorias o imprevisibles) es sustituida por la situación de riesgo para la trabajadora unida a la inexistencia de un puesto compatible con su estado de su mismo grupo o categoría equivalente. La segunda radica en que, frente a la configuración de la movilidad como facultad integrante de las genéricas potestades organizativas y directivas del empresario, a fin de permitir el ajuste de la prestación de servicio a sus necesidades empresariales, aquí nos encontramos ante una verdadera obliga-

⁴² Circunstancia que seguramente deberá ser acreditada por el propio médico de la Seguridad Social, idea a la que apunta SÁNCHEZ TRIGUERO, C., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 35.

⁴³ La utilización del término podrá da lugar a ciertas dudas interpretativas, entendemos que está autorizando al empresario a salir de las fronteras del grupo o la categoría, aun en ausencia de las causas que legitiman la movilidad extraordinaria en el texto del Estatuto pero no que esté convirtiendo en potestativa la movilidad, de forma que el empresario sea libre para decidir entre recolocarla en estas circunstancias o transferir el coste a la Seguridad Social. En sentido contrario, mantienen esta interpretación, PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, *op. cit.*, pág. 57.

ción del empleador, que forma parte de su genérico deber de protección de la seguridad y salud del trabajador.

No aporta la LPRL criterios para determinar si la imposibilidad deriva exclusivamente de la inexistencia de un puesto de trabajo compatible en la empresa o también de que esté ocupado en ese momento, aunque lo más lógico, en base a los motivos inspiradores de la medida y su duración, es inclinarse por la primera solución. No obstante, con esta opción estaríamos traspassando el problema a un tercero ajeno al mismo.

Un tema que no queda resuelto es si cabría admitir que al cambio de puesto acompañara también la movilidad geográfica (cambio a un centro de trabajo distinto de la misma empresa que exija cambio de residencia). En principio parece inadmisibile⁴⁴ y habría de reservarse a la movilidad pactada, contando con la anuencia de la interesada, pues en su estado no parece lo más adecuado modificar su residencia. Si, por el contrario, estuviéramos hablando de ir a otro centro sin cambio de residencia, habría que valorar la distancia entre ambos centros, las posibilidades de desplazamiento, hasta qué momento resulta segura la conducción para la trabajadora y que no se cree con tal medida un riesgo mayor que el que se trata de evitar.

En lo relativo a la retribución, la LPRL es bastante parca y se limita a señalar que si la trabajadora es destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Regla que será de aplicación si la trabajadora es trasladada a un puesto de inferior categoría, pues en caso contrario, acudiremos al ET que reconoce el derecho a percibir lo correspondiente al puesto que efectivamente desempeña. Seguramente la alusión legal al «conjunto de retribuciones» debe entenderse referida a la conservación también, en su caso, y frente a las tesis jurisprudenciales en relación al precepto estatutario, de los complementos ligados a su puesto de trabajo, dada la naturaleza de la causa que motiva la movilidad y la necesidad de que la trabajadora no se vea perjudicada por su situación de embarazo. Puesto que «en otro caso, la carga de la maternidad habría de ser soportada económicamente por la mujer, y la Ley se dirige, no sólo a liberarle de los posibles riesgos que para ella o su hijo entrañara la realización de su trabajo, sino también a que no se vea gravada en ningún otro aspecto por el hecho de ser madre»⁴⁵.

⁴⁴ Así lo entiende la mayoría de la doctrina, LÓPEZ RUBIA, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 32, quien refleja la posición de RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y PÉREZ BORREGO, G., «Grupos especiales de riesgo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales», en AA.VV., OJEDA AVILÉS, A. et altri (Coords.), *La prevención de riesgos laborales. Aspectos clave de la Ley 31/1995*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 425; PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, *op. cit.*, pág. 58.

⁴⁵ STSJ Cataluña 11 diciembre 2003 (AS 2004/1171) que reconoce el derecho a conservar todas las retribuciones que viniera percibiendo, sin excepción alguna, incluyendo el plus de turno, de relevo y de nocturnidad, aunque pasa a prestar servicios en otra sección donde no había que cumplir aquellos turnos. Así lo sostuvo el mismo Tribunal en Sentencia de 20 julio 2000 (AS 3700) que estimó que la actora (técnico especialista en radiodiagnóstico) conserva el derecho al percibo de las guardias que le hubieren correspondido y que no efectuó al haber sido liberada de las mismas por razón de su estado de gestación, a fin de evitar un mayor tiempo de exposición a los rayos ionizantes a los que está expuesta en el desempeño de su trabajo, sin cambiarla de puesto de trabajo ni modificarle sus funciones. De otra forma, al decir del Tribunal, no se hace plenamente efectivo el derecho reconocido en el precepto legal.

2.2.4. *La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo*

Como ya hemos señalado, la transposición de la Directiva se había producido de forma «incompleta» en la medida en que la LPRL nada preveía para el supuesto de que la trabajadora no pudiera ser cambiada a ningún puesto compatible con su estado. En el texto comunitario, sin embargo, se recogía la dispensa del trabajo durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o su salud (art. 11). Esta laguna vino a cubrirse por el art. 10 LCVFL, que dio nueva redacción al art. 26 LPRL al que añadió un apartado 4 relativo a la «suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo»⁴⁶. Con esta medida, la trabajadora viene emplazada en situación suspensiva caracterizada, como es sabido, por el mantenimiento del vínculo laboral pero acompañado de la exoneración «de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo» (art. 45.2 ET). Se crea, además, una nueva contingencia o situación protegida en el ámbito de la Seguridad Social y la retribución de la trabajadora es sustituida por una prestación económica por riesgo durante el embarazo (art. 14 LCVLF)⁴⁷.

La suspensión del contrato viene configurada como una medida de aplicación subsidiaria⁴⁸ que aparece condicionada, además de a la existencia de riesgos para la trabajadora o el feto derivados de su actividad, a la concurrencia de una de las dos condiciones siguientes:

1. El cambio de puesto no resulta técnica u objetivamente posible, por ejemplo, porque no existe puesto de trabajo exento de riesgos o la trabajadora no reúne los requisitos de titulación o capacitación para el nuevo puesto o situaciones análogas.
2. El cambio no puede razonablemente exigirse por motivos justificados. Esta segunda posibilidad amplía bastante el campo de actuación de la suspensión del contrato, dando entrada a la posibilidad de valorar no sólo la imposibilidad técnica sino el excesivo coste económico de la medida, dando prioridad a las necesidades organizativas de la empresa frente a la tutela de la seguridad y salud en el trabajo. La genérica formulación legal, que impone una interpretación restrictiva, deja en manos del empresario la decisión sobre la imposibilidad o la inexigibilidad del cambio de puesto. No obstante, la negativa al cambio de puesto, deberá ampararse en motivos empresariales suficientes que no la hagan exigible⁴⁹, bien sean

⁴⁶ De «ultima ratio» ha calificado la doctrina esta medida, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Protección antidiscriminatoria y prevención...», *op. cit.*, pág. 48.

⁴⁷ Este artículo crea un nuevo capítulo (IV ter) que se incluye en el Título II de la LGSS. El régimen jurídico de esta prestación fue desarrollado por el RD 1251/2001, 16 noviembre, ya citado. In extenso, GORELLI HERNÁNDEZ, J. e IGARTUA MIRÓ, M.T., *Las prestaciones por maternidad...*, *op. cit.*, pág. 94 ss. También MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., «La prestación por “riesgo durante el embarazo” tras la Ley 39/1999», AS 1999-V, pág. 1187 ss.

⁴⁸ Muy interesante resulta la opción (voluntaria para el trabajador) brindada en algún convenio colectivo de transformar el trabajo en teletrabajo en los supuestos de imposibilidad de ser trasladado a otro puesto para evitar la suspensión del contrato, *vid.* LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección...», *op. cit.*, pág. 90. Con ello se logra en determinados casos la garantía plena de los dos derechos en juego: la salud y la integridad y el derecho al trabajo y a no ver mermadas sus condiciones laborales de la trabajadora.

⁴⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La reciente Ley...», *op. cit.*, pág. 30.

organizativos, técnicos o productivos⁵⁰. Entre otros, que resulte extremadamente gravoso el cambio a un puesto en el que su rendimiento o su productividad sean escasos o, cuando el exiguo número de trabajadores de la empresa, origine importantes dificultades de reubicación del personal para que la trabajadora pudiera ocupar un puesto exento de riesgo. Se trataría de evitar que el empresario sin motivo justificado, aunque éste se sitúe en los costes excesivos, obligue a la trabajadora a separarse temporalmente de la actividad laboral. Lógicamente serían deseables mecanismos de control más incisivos de la existencia de circunstancias que justifican el traspaso del coste de la medida preventiva a la Seguridad Social, aunque se exige al empresario una declaración sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora, con el informe sobre este particular emitido por los servicios de prevención presentes en la empresa, que la trabajadora debe presentar a efectos de solicitar la correspondiente prestación de Seguridad Social, cuestión sobre la que no nos corresponde incidir más en este lugar.

La referencia legal contenida en el art. 26.3 LPRL a que, existente la situación anterior, «podrá» declararse el paso a la situación de suspensión por riesgo durante el embarazo, suscita nuevos interrogantes. Lejos de hallarnos ante una declaración a cargo de terceros, es el propio empresario el que adoptará la decisión de suspender el contrato siempre que se aprecie una situación de riesgo y hayan «fracasado» las medidas anteriores. La negativa empresarial o su falta de actuación ponen a la trabajadora en una situación ciertamente difícil que un sector doctrinal soluciona acudiendo a la aplicación del art. 21 LPRL sobre riesgo grave e inminente que legitimaría a la trabajadora a interrumpir su actividad⁵¹. No obstante, se sitúa a la trabajadora en una situación hartamente insegura, dado que posiblemente tendrá que hacer frente a la respuesta disciplinaria del empleador que cuestionará la corrección de su actuación, aspecto que debe quedar completamente despejado si ha obtenido el correspondiente certificado médico. Estas y otras dificultades pueden provocar que las trabajadoras sigan acudiendo a la vía más fácil y expedita de la incapacidad temporal.

Por otro lado, aunque la utilización del término «podrá» plantea dudas sobre el carácter potestativo de la suspensión, no se trata de una mera facultad sino de un deber empresarial integrante de la tutela de la trabajadora embarazada⁵², quien también viene obligada al paso a la situación suspensiva pues se busca además proteger al futuro hijo. Obviamente, este carácter no impide una posible reclamación de la trabajadora frente a una decisión empresarial infundada, esto es, si estima que la imposibilidad del cambio de puesto es inexistente o los motivos alegados no justifican la inexigibilidad⁵³.

La medida es, como las anteriores contenidas en el art. 26 LPRL, de carácter temporal, en concreto, por el tiempo necesario para la protección de su seguridad o su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compati-

⁵⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 40.

⁵¹ Entre otros, PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 15; TARANCÓN PÉREZ, E., «La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción y acogimiento», en RUIZ PÉREZ, E. (Coord.), *Mujer y Trabajo, Bomarzo*, Albacete, 2003, pág. 63.

⁵² En este punto existe unanimidad doctrinal, por todos, *vid.* LOUSADA AROCHENA, F., «El riesgo durante... (I)», *op. cit.*, pág. 581; TARANCÓN PÉREZ, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 63.

⁵³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La reciente Ley...», *op. cit.*, pág. 30.

ble con su estado. De todas formas, como máximo, podrá durar hasta el día en que se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica (art. 48.5 ET), de modo que podrá prolongarse hasta el mismo momento del parto⁵⁴.

2.3. Los principales avances de la LOI: hacia el fin de la desprotección de la lactancia

Uno de los aspectos en relación a la protección de la seguridad y salud de la trabajadora que mejor deben ser recibidos de los incluidos en la LOI es que pone fin a la situación de desprotección que se había creado durante la lactancia, contraria a los dictados comunitarios. Algo que había recibido críticas doctrinales, pues resulta patente que existen situaciones en que los riesgos del puesto de trabajo (en especial en relación con sustancias tóxicas y peligrosas inhaladas o absorbidas por la piel de la trabajadora) pueden afectar al hijo a través de la lactancia materna⁵⁵.

La redacción del precepto legal no es un dechado de claridad, porque, entre otras cosas, no se ha intentado, siquiera, corregir su defectuosa redacción, que parece dar a entender que cualquier actuación empresarial en orden a la tutela de la lactancia viene condicionada al certificado médico. Y ello porque expresamente dispone que lo dispuesto en los números 1 y 2 (adaptación y cambio de puesto, en los términos analizados) será de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifiquen los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo. Sin embargo, seguramente una interpretación de este apartado en coordinación con aquéllos y la idéntica necesidad de proteger ambos supuestos, lleva a pensar que el certificado médico resulta preciso en los mismos términos⁵⁶ analizados en páginas anteriores, en tanto el apartado 1 en modo alguno condiciona la adaptación a la intervención de un tercero externo, de forma que esta primera actuación preventiva básica deriva, de suyo, de los propios resultados de la evaluación que determina la existencia de riesgos para la salud de la trabajadora o del feto durante el período de lactancia. Por supuesto, también aquí el paso a la situación suspensiva, normalmente tras el término de la suspensión por

⁵⁴ GARCÍA MURCIA, J., «La Ley 29/1999...», *op. cit.*, pág. 31.

⁵⁵ En igual sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La reciente Ley...», *op. cit.*, pág. 31. Puede verse, SÁNCHEZ CASTILLO, M., «Lactancia y salud laboral: crónica de una situación insuficientemente protegida», *RL* núm. 12, 2003, pág. 13 ss; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 40. De «eterna olvidada» la calificaba LOUSADA AROCHENA, F., «El riesgo durante... (I)», *op. cit.*, pág. 565. También FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Protección antidiscriminatoria y prevención...», *op. cit.*, pág. 57; LÓPEZ RUBIA, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 34; PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 19. Sobre las inadecuadas soluciones que se le brindaban a la trabajadora de darse el supuesto de hecho que comentamos, PANIZO ROBLES, J.A., «Igualdad de género, conciliación...», *op. cit.*, pág. 63.

⁵⁶ También para PÉREZ DEL RÍO, T y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, *op. cit.*, pág. 59 el régimen jurídico es el mismo y el certificado es necesario en el mismo momento.

maternidad, sólo se va a producir si el cambio de puesto resulta imposible o no es razonablemente exigible.

La tutela queda ceñida al carácter natural de la lactancia materna, si las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo, como habían defendido la mayoría de los autores⁵⁷. Aunque pudiera pensarse en circunstancias excepcionálísimas en las que es posible que el riesgo (sustancia o agente) pasa al recién nacido a través de la piel por el simple contacto materno, con independencia del origen de la lactancia, entonces estaríamos ante una circunstancia que podría darse también en caso de hijos no lactantes y, además, habría de dar cabida al hombre en el ámbito subjetivo de la protección, camino que ha sido definitivamente desechado por el legislador. Ahora bien, es de suponer que el carácter «natural» se determina por el origen de la alimentación del lactante, a la que pueden pasar sustancias tóxicas o peligrosas, y no tanto por el modo utilizado para dar de comer al recién nacido, dando cabida a supuestos como el de lactancia a través de biberón de hijo prematuro que debe permanecer en la incubadora siempre previa extracción de la leche por parte de la madre y que posteriormente continúa con esta forma de alimentación.

El precepto viene a terminar con las dudas acerca de la duración del período de lactancia, acogiendo el legislador el de los nueve meses, que venía siendo considerado el aplicable, por analogía con lo previsto en el art. 37.4 ET, por un sector de la doctrina⁵⁸. Se ha optado, por tanto, por la opción menos problemática, fijación de un tope máximo inamovible, con independencia de que la lactancia se prolongue más allá del mismo. Aunque resulta llamativo que en el ámbito de la función pública se alargue hasta los doce meses. Como dispone la nueva redacción dada por la LOI⁵⁹ al art. 48.5 ET, la suspensión del contrato finalizará el día en que... el lactante cumpla nueve meses o... cuando desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior (lo que podría ocurrir bien por el fin, por cualquier motivo, de la lactancia natural bien por la desaparición del riesgo) o a otro compatible con su estado.

En cuanto al momento de inicio de la suspensión, si bien parece evidente que comenzará al término del período de suspensión por maternidad, no queda tan clara la posible coordinación de esta situación con el ejercicio de otros derechos vinculados a la maternidad, en particular, permiso de lactancia o disfrute por el otro progenitor de parte de la suspensión por maternidad cedida. Aunque la introducción de la nueva causa de suspensión no puede merecer más que una acogida favorable, resulta llamativo el escaso interés mostrado por el legislador por regular de manera completa el supuesto y por resolver este tipo de cuestiones que, a buen seguro, van a plantearse en la práctica, con mayor intensidad si efectivamente logra extenderse la corresponsabilidad y un mejor reparto de las cargas familiares.

⁵⁷ Por todos, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 176.

⁵⁸ Entre otros, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, pág. 175. En contra, MORENO GENÉ, J. et altri, «La protección de la maternidad...», *op. cit.*, pág. 35, para quienes la aplicación de esta regla prevista para el período de lactancia suponía una reducción temporal no recogida en la LPRL.

⁵⁹ DA 10.^a, 10.

En cuanto a si resulta factible el disfrute simultáneo de la suspensión por riesgo durante la lactancia por parte de la madre y de lo que reste del descanso por maternidad por parte del otro progenitor cuando aquélla le hubiera cedido este derecho en los términos legales, la respuesta es bastante insegura. En principio, cabría afirmar que nada obsta esta posibilidad, no obstante, una atenta mirada a la nueva redacción del art. 48.4 ET que de forma expresa ha previsto exclusivamente el disfrute por el otro progenitor de parte del descanso inicialmente cedido si la madre no puede reincorporarse a su trabajo en el momento previsto por encontrarse en situación de incapacidad temporal, nos hace inclinarnos por una respuesta negativa. Y ello porque tratándose de una previsión excepcional impone una interpretación restrictiva, que hace difícil su extensión a supuestos diversos, máxime cuando estamos ante dos situaciones protegidas claramente diferenciadas y la madre se encuentra en estados también claramente diversos. Incidiendo en esta idea, resulta patente que en el supuesto de incapacidad temporal, la madre, normalmente por enfermedad, esté o no conectada con el embarazo o la lactancia, ve afectada su salud, algo que la incapacita para trabajar y, seguramente también, para el adecuado cuidado y atención del recién nacido, tarea que, a buen seguro, retrasará su recuperación y la posibilidad de reincorporarse a su actividad laboral. Siendo esta probablemente la motivación que ha llevado al legislador a permitir la compatibilidad de ambas situaciones, de forma que el otro progenitor pueda encargarse del cuidado del menor. Circunstancia que, evidentemente, no se da en el caso del riesgo durante la lactancia natural, donde no existe afectación de la salud de la trabajadora ni situación incapacitante sino una decidida incompatibilidad entre el desarrollo de la concreta prestación laboral de la madre, sin posibilidad de adaptación o movilidad funcional, y la lactancia natural. Esta notable diferencia nos parece hace inviable la aplicación analógica de aquella regla legal. No obstante, algún autor ha considerado que esta interpretación, que puede apoyarse en la literalidad de la ley, conduce en la práctica a un resultado paradójico y absurdo dado que se estaría dando un trato más ventajoso a la incapacidad temporal que al riesgo durante la lactancia, situación que se ha extraído de la incapacidad temporal precisamente para darle un mejor tratamiento y una mayor protección⁶⁰.

En relación con el permiso de lactancia, derecho de disfrute indistinto, como es bien sabido, por el padre o la madre en caso de que ambos trabajen, la respuesta bien puede ser otra distinta. Evidentemente, el disfrute es incompatible con la suspensión si aquel es asumido por la madre pero no si es el otro progenitor el que pretende hacer uso del mencionado derecho. Si tenemos en cuenta que la finalidad originaria del permiso (atención a la lactancia) se ha diluido en buena medida, en gran parte por la inutilidad a tales efectos de un lapso temporal tan reducido (dos fracciones de media hora cada una), que en la mayoría de las ocasiones no son suficientes ni siquiera para llegar al domicilio, afirmación que se ve reforzada una vez admitida la posibilidad no sólo de sustituirlo por una reducción de media hora sino también de acumularlo en jornadas completas, no parece que exista obstáculo jurídico ni objeción legal alguna para mantener una posición afirmativa en este caso⁶¹, favorable al posible disfrute del permiso por el otro progenitor aunque la madre se halle en situación de suspensión durante la lactancia.

⁶⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Dimensión laboral de la Ley Orgánica...», *op. cit.*, pág. 87.

⁶¹ Así se pronuncia DE LA PUEBLA PINILLA, A., «Dimensión laboral de la Ley Orgánica...», *op. cit.*, pág. 87.

En otro orden de consideraciones, no cabe ignorar que las modificaciones operadas en el campo de la Seguridad Social, en especial la eliminación de los 180 días de carencia previa⁶² para el percibo a la prestación (por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural) viene a reforzar la tutela preventiva de la salud y seguridad de la trabajadora y el futuro hijo en tanto que el carácter obligatorio de la medida podía originar situaciones suspensivas carentes de cobertura económica y, además, hacía recaer de forma contraria a los dictados legales (art. 14.5 LPRL) el coste de las medidas preventivas sobre las trabajadoras⁶³. Con ello se elimina un importante obstáculo y las posibles reticencias de la trabajadora a una tutela efectiva de los derechos afectados.

Para terminar, y aunque no vayamos a entrar en esta cuestión con mayor detalle, llama la atención que la previsión de la nulidad del despido durante la suspensión por riesgo durante la lactancia natural, notable refuerzo al ejercicio efectivo por parte de la trabajadora de su derecho a la salud, no se haya llevado a sus últimas consecuencias. Esto es, resulta cuanto menos llamativo que cuando se contempla (en la nueva redacción de los arts. 43.5 y 55.5 ET) la nulidad después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad no se incluya la situación de la trabajadora tras el riesgo durante la lactancia. Lógicamente, la referencia al riesgo durante el embarazo resulta innecesaria o reiterativa pues si se produce la reincorporación estará embarazada y, por tanto, tutelada o lo hará tras la suspensión por maternidad. Evidentemente, dado que la tutela queda condicionada a que «no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo» sería incompatible con la protección de la lactancia si ésta se prolonga hasta el máximo legal, pero hubiera sido más que conveniente una protección específica en este sentido.

3. UN PASO MÁS EN LA PROTECCIÓN DE LA SALUD LABORAL DE LA MUJER: UNIFORMIDAD *VERSUS* DIVERSIDAD

3.1. Hacia un entendimiento global de la salud laboral de la trabajadora

Como hemos apuntado, no estamos ante una temática que hubiera recibido, hasta la fecha, atención alguna por parte del legislador ni formado parte de los temas prioritarios en el interés de la doctrina, aun cuando, lógicamente, no faltan interesantes aproximaciones desde esta perspectiva⁶⁴. En la Unión Europea, aunque las actuaciones normativas tam-

⁶² La doctrina ha sido muy crítica con esta exigencia, MELLA MÉNDEZ, L., «Situación de riesgo durante...», *op. cit.*, pág. 1221; TARACÓN PÉREZ, E., «La suspensión del contrato...», *op. cit.*, pág. 65.

⁶³ También PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 17.

⁶⁴ AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 179 ss; GIL PÉREZ, M.E., «Mujer y salud laboral», en RUIZ PÉREZ E. (Coord.), *Mujer y Trabajo*, *op. cit.*, pág. 129 ss; PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, *op. cit.*; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Igualdad de género y salud laboral: propuestas institucionales, realidad normativa y práctica convencional», *RMTAS* núm. 53, 2004, pág. 149 ss; DELGADO PÁEZ, D.L. y RODRÍGUEZ ORTIZ DE SALAZAR, B., «Riesgos laborales desde la perspectiva...», *op. cit.*, pág. 47 ss.

bién han sido escasas, se ha despertado cierto entusiasmo por este enfoque⁶⁵, caracterizado por un entendimiento más global⁶⁶ de la seguridad y salud de la trabajadora, más allá de la tutela reproductiva, ciertamente necesario y que ha de favorecer una mayor eficacia de las políticas preventivas.

Así, en la estrategia comunitaria de seguridad y salud en el trabajo (2002-2006)⁶⁷ se expresaba la necesidad de tomar en consideración los cambios producidos en la composición de la población activa como consecuencia, entre otros factores, de la feminización del mercado de trabajo así como la incidencia de estos factores en cuanto a la evaluación y prevención de riesgos de accidentes y de enfermedades⁶⁸. Profundiza en este sentido la nueva estrategia comunitaria (2002-2007) que refleja la ineludible conexión entre lucha por la igualdad y mejora de la salud laboral y la calidad de la vida profesional⁶⁹, a lo que viene a añadir que «la participación de las mujeres en el empleo sigue aumentando, y en muchos casos va acompañada de una segregación entre los sexos en el mercado laboral. Por consiguiente, es preciso tener más en cuenta los aspectos de salud y seguridad específicos de las mujeres» (punto 2). Para profundizar en esta materia, sobre la que queda un arduo camino por recorrer, se pide a la Agencia Europea que, a través de su observatorio de riesgos, elabore un análisis de los retos específicos que plantea, en materia de seguridad y salud, una mayor integración de las mujeres... en el mercado laboral. Dicho análisis facilitará la identificación y el seguimiento de las tendencias y de los nuevos riesgos así como de las medidas indispensables.

De esta forma, se consagra lo que podemos llamar el principio de «especificidad» por razón de sexo en las políticas preventivas. Esto es, que resulta necesario huir de la neutralidad mal entendida, a la que hemos aludido, que ha llevado a la homogeneidad a ultranza y a minusvalorar o despreciar la diversidad, para insistir en la valoración particularizada de posibles factores de riesgos que afectan de mayor modo o simplemente de forma dife-

⁶⁵ VOGEL, L., «La dimensión de género en salud laboral...», *op. cit.*, pág. 1 ss.

⁶⁶ En esta línea, entre otros, LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección...», *op. cit.*, pág. 90.

⁶⁷ Comunicación de la Comisión «Cómo adaptarse a los cambios en la sociedad y en el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad» (2002-2006), Bruselas 11.03.2002, COM (2002), 118 final.

⁶⁸ Otros aspectos de cierta trascendencia en la estrategia residen en la «necesidad de mejorar la comprensión de los factores humanos y de conducta para traducir mejor el conocimiento de los riesgos y de la prevención de acciones concretas», en lo que sin duda juegan importantes diferencias por razón de sexo y la de «reforzar, mediante la cooperación, los vínculos entre la nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad y la estrategia en materia de salud pública». En el contexto de la estrategia se conocen algunas actuaciones a nivel interno, si bien escasas, donde se introduce la dimensión de género en salud laboral, así pueden consultarse las NTP 657 y 658 del INSHT dedicadas a «Los trastornos músculo-esqueléticos de las mujeres: exposición y efectos diferenciales», http://empleo.mtas.es/insh/ntp/ntp_657.htm. En la primera de ellas se afirma (p. 1) que «Se trata pues de reflexionar sobre si a la hora de hacer prevención tenemos en cuenta todas estas diferencias, o si por el contrario una visión excesivamente «universal» nos impide dar respuesta a la diversidad de realidades en el mundo del trabajo, partiendo de una pretendida homogeneidad».

⁶⁹ «Si se quiere mejorar la aptitud para el empleo de hombres y mujeres y la calidad de la vida profesional, también es preciso progresar en el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres. Las desigualdades, tanto dentro como fuera del mundo laboral, pueden afectar a la salud y seguridad de las mujeres en el trabajo y, en consecuencia, influir en su productividad. Sin embargo, también ha de prestarse toda la atención necesaria a las cuestiones específicas relativas a la salud y la seguridad de los hombres en el trabajo» (punto 1).

renciada a hombres y mujeres⁷⁰. Téngase en cuenta que, como es bien notorio, las diferencias no son sólo biológicas⁷¹ o corporales, que también, sino también de roles sociales, así como de las concretas tareas desempeñadas, el puesto de trabajo y las específicas condiciones (normalmente peyorativas respecto al hombre) en que la prestación laboral se desenvuelve.

Factor trascendental lo constituye la necesidad de luchar contra las constatadas discriminaciones por razón de género en el mundo laboral que repercuten de forma indudable en la salud y seguridad de las trabajadoras, pero, entretanto, habrá de poner los medios necesarios (evitación, evaluación, disminución y control) para que tales factores no incidan negativamente en los derechos de la trabajadora a su integridad física y moral.

3.2. Primeros pasos hacia la introducción de la perspectiva de género en la salud laboral

La recién publicada LOI ya ha recibido críticas doctrinales que lamentan que la discriminación de género y/o sexo no sea considerada directamente como un riesgo profesional, de forma que el enfoque preventivo queda excesivamente diluido, aunque no esté completamente ausente al ser remitido a las políticas de fomento⁷². No obstante lo anterior, se dan unos importantísimos primeros pasos para integrar la perspectiva de género en el ámbito de la salud laboral. En especial, resulta significativo el signo dado a esta temática en la nueva letra g) del apartado 2 del artículo 11 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud que alude a la «Promoción y protección de la salud laboral, con especial consideración a los riesgos y necesidades específicos de las trabajadoras»⁷³.

A nuestro entender, esta es la perspectiva a destacar, esto es, que no estamos tanto ante una cuestión de igualdad⁷⁴ como ante el reto de atender específicamente, en su caso,

⁷⁰ Idea a la que también apunta la doctrina que estima que la protección de la salud no puede articularse de la misma forma para el componente masculino que para el femenino, PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 6; LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección...», *op. cit.*, págs. 80-81; DELGADO PÁEZ, D.L. y RODRÍGUEZ ORTIZ DE SALAZAR, B., «Riesgos laborales desde la perspectiva...», *op. cit.*, pág. 48; GIL PÉREZ, M.E., «Mujer y salud laboral», *op. cit.*, pág. 130. También, incluyendo un análisis de las características específicas del trabajo de la mujer y su repercusión en los riesgos laborales, AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer...», *op. cit.*, en especial, pág. 163 ss.

⁷¹ Por poner sólo un ejemplo, son frecuentes en las trabajadoras los trastornos o alteraciones del ciclo menstrual cuya etiología laboral muchas veces se desconoce aunque en otras queda más que demostrada su relación con situaciones laborales, como el estrés o el acoso, *vid.* GARCÍA TRASCASAS, A., «Vulneración del derecho a la integridad física y moral por acoso psicológico descendente e indemnización por daños materiales y morales» (STSJ Madrid 20 febrero 2006, JUR 2006, 127750), *AS* núm. 9, octubre 2006, pág. 37.

⁷² MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 105.

⁷³ *Vid.* DA 9.ª. 2 LOI. El nuevo art. 21 Ley General de Sanidad hace referencia a «La actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral, que integrará en todo caso la perspectiva de género...» (DA 8.ª.4).

⁷⁴ Sin embargo, para AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 191, «la evaluación de riesgos laborales conforme a la metodología descrita, puede posibilitar el desarrollo de políticas preventivas feminizadas —no discriminatorias— que partiendo de una relectura de los conceptos de salud laboral y de riesgo

a las necesidades de las trabajadoras, en la medida en que se parte de la constatación de que, enfrentados a determinados riesgos, en particular de dolencias y enfermedades, las necesidades de los distintos trabajadores son también diversas y que, entre los factores a considerar no es, ni mucho menos, menospreciable el sexo. No obstante, nos parece conveniente volver a insistir en que la LPRL ya exige atender individualizadamente a las necesidades de cada trabajador y, por tanto, a sus características personales y ello incluye, ya de por sí, valorar su condición de hombre o mujer. Por ello no se trata, en puridad, visión que habría de ser desterrada, de una cuestión cuantitativa, de una «mayor» o «menor» protección, ni de defensa a ultranza de una férrea «igualdad» en la tutela, sino de una cuestión de «adecuación», de «especificidad» y de «eficacia», de adopción de aquellas medidas necesarias y adecuadas a la vista de las situaciones concretas a que nos enfrentamos también, lógicamente, a las especificidades marcadas por el sexo de la persona y las consiguientes divergencias en las condiciones laborales que van a determinar una diferente propensión a verse dañados por determinados riesgos laborales.

De forma ya algo más concreta, aunque todavía ciertamente tímida y manteniéndose, de momento, a nivel de las políticas públicas en materia preventiva, se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 5 de la LPRL⁷⁵ referente a que «Las Administraciones Públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores». No obstante, tampoco cabe perder de vista que estos avances a nivel científico e investigador tendrán que repercutir, aun cuando el proceso puede ser algo lento, en la propia política empresarial, en la medida en que, como es bien sabido, el empresario, dado el carácter dinámico de la obligación de seguridad, no puede permanecer de espaldas a los nuevos riesgos que van haciéndose patentes al compás de la evolución de la ciencia (art. 15 e) LPRL)⁷⁶.

Como ya hemos visto, aunque quizás hubiera sido interesante una actuación más decidida del legislador y una referencia específica a esta cuestión en el capítulo III LPRL, dedicado a las obligaciones empresariales, incluyendo este aspecto en las reglas sobre planificación preventiva⁷⁷, no albergamos dudas de que la necesidad de proteger al trabajador «en todos los aspectos relacionados con el trabajo», la adopción de «todas las medidas necesarias», la «adaptación del trabajo a la persona»⁷⁸ o de atender a las características personales del sujeto, entre otras, obliga a tomar en consideración los posibles riesgos «añadidos» o, simplemente, «específicos» que pueden dimanar del sexo del trabajador.

laboral aseguren —desde la perspectiva de género y diversidad biológica— una igualdad real (art. 9.2 CE) en relación a la salud laboral de la mujer, capaz de superar análisis y actuaciones preventivas ancladas todavía en una perspectiva androcéntrica de la prevención del riesgo profesional».

⁷⁵ DA 12.^a.1.

⁷⁶ En el mismo sentido, *vid.* AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 190.

⁷⁷ En la misma línea, MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 149.

⁷⁸ Así lo destacan también PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 8 y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Igualdad de género y salud laboral...», *op. cit.*, pág. 151.

3.3. Género y evaluación de riesgos

Es, sin duda, la evaluación de riesgos laborales⁷⁹, cuya centralidad en materia de tutela de la trabajadora embarazada es también, como hemos visto, indiscutible, el vehículo más adecuado para la introducción de los necesarios matices diferenciales entre el hombre y la mujer en la política preventiva a implantar en las empresas.

Esta obligación de diversificar la tutela se puede extraer del art. 16 LPRL⁸⁰, sin perjuicio de que no hubiera estado de más una referencia explícita a este tema así como, en general, a la necesidad de evaluar los riesgos psicosociales. Según reza el precepto legal, el empresario habrá de evaluar los riesgos teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo pero también de los concretos trabajadores que deben desempeñarlos [art. 16.2 a)]. Y este aserto, sin más, ya justifica la introducción de un sesgo de género a la evaluación puesto que las características biológicas y los condicionantes sociales y laborales que se encuentra la trabajadora justifican una especial valoración de la posibilidad de que se acentúen/particularicen determinados riesgos. Asimismo, de forma más detallada, el art. 4 RSP cuando describe el contenido general de la evaluación da más pistas sobre esta cuestión, por un lado, por su remisión al amplio concepto de condición de trabajo contenido en el art. 4.7 LPRL y, por otro, porque hace especial hincapié en la necesidad de tener en cuenta la posibilidad de que el puesto de trabajo lo ocupe o vaya a ocuparlo un trabajador especialmente sensible, por sus características personales o estado biológico conocido, a algunas de tales condiciones. De esta forma, resulta necesario, si queremos que la evaluación sirva verdaderamente para adoptar las medidas de seguridad necesarias, eficaces y adecuadas al trabajador, identificar y valorar también aquellos riesgos que pueden afectar de modo particularizado a las mujeres, como se desprende de los hoy todavía escasos estudios científicos realizados. Y ello tanto si vienen motivados por las indiscutibles diferencias biológicas o sociales como si están relacionados con el tipo de trabajo y tareas encomendadas. En este sentido, la conexión con las discriminaciones sociales y laborales de las que es objeto la mujer es evidente, pues mientras éstas se perpetúen hay una serie de circunstancias y riesgos que van a afectar de modo primordial y casi exclusivo a las trabajadoras⁸¹.

⁷⁹ Puede verse la hoja informativa núm. 43 de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo «La inclusión de los aspectos de género en la evaluación de riesgos» (<http://agency.osha.eu.int>), donde se afirma que «La adopción de un enfoque “neutral a los géneros” respecto de la evaluación de riesgos y su prevención puede conllevar el riesgo de que las mujeres trabajadoras sean infravaloradas e incluso ignoradas». También centran la atención en la evaluación, DELGADO PÁEZ, D.L. y RODRÍGUEZ ORTIZ DE SALAZAR, B., «Riesgos laborales desde la perspectiva...», *op. cit.*, pág. 5.º; GIL PÉREZ, M.E., «Mujer y salud laboral», *op. cit.*, págs. 151 y 155; SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Igualdad de género y salud laboral...», *op. cit.*, pág. 53. Sobre la trascendencia de la evaluación en el cumplimiento de la obligación empresarial como punto de partida de toda política preventiva nos permitimos la remisión a un trabajo anterior, IGARTUA MIRÓ, M.T., *La obligación general de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 289 ss.

⁸⁰ En la práctica, sin embargo, se constata cómo en la evaluación y planificación de riesgos no se valora esta incidencia en los riesgos laborales de las diferencias relativas a la forma de incorporación de la mujer al mercado de trabajo, pese a resultar asumible con el actual marco legal, *vid.* AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer...», *op. cit.*, en especial págs. 187 y 190 ss.

⁸¹ «La mejora de la seguridad y salud en el trabajo de las mujeres no puede contemplarse separadamente de aspectos más amplios relativos a la discriminación en el trabajo y en la sociedad...» (hoja informativa núm. 42 Agencia Europea Seguridad y Salud en el Trabajo citada).

No cabe perder de vista que lo que acabamos de señalar tiene particular incidencia en el campo de los factores de riesgo de tipo psicosocial, aspecto en el que incidiremos infra. De nuevo aquí, y aunque sea muy sucintamente, debemos insistir en el desajuste de las políticas de prevención de riesgos laborales, patente en nuestro ordenamiento, puesto que se pone especial (y casi exclusivo) énfasis en los accidentes de trabajo⁸², provocando una importante desatención a aquellos riesgos que afectan de manera más frecuente a las mujeres, que quedan en muchas ocasiones huérfanos de medidas protectoras específicas. Mayor incidencia de este tipo de riesgos que aparece de forma patente directamente conectada al tipo de trabajo que desempeñan así como a las condiciones en que su actividad laboral se desenvuelve⁸³. Por ello mismo, también en las medidas de vigilancia de la salud (art. 22 LPRL) debería incluirse este nuevo enfoque para lograr una tutela más ajustada a las necesidades de las trabajadoras.

A los agentes sociales corresponde un rol de indudable trascendencia en este campo, como se refleja en todo el articulado de la LOI. La negociación colectiva debería insistir en este aspecto, recalcando la necesidad de tener en cuenta la incidencia del sexo en los riesgos laborales y de políticas preventivas que no ignoren esta realidad. No obstante, habida cuenta los escasos éxitos obtenidos por la práctica convencional hasta estos momentos en materia de prevención de riesgos laborales⁸⁴ y de políticas de igualdad de trato⁸⁵, no queremos ser demasiado optimistas en cuanto a los resultados que nos pueda deparar en un futuro.

⁸² DELGADO PÁEZ, D. y RODRÍGUEZ ORTIZ DE SALAZAR, B., «Riesgos laborales desde la perspectiva...», *op. cit.*, pág. 52, ponen de manifiesto cómo según datos estadísticos en los trabajos mayoritariamente desempeñados por hombres predominan los riesgos relacionados con la seguridad y la manipulación de objetos de elevado peso, en definitiva, los accidentes de trabajo. Por el contrario, los trabajos feminizados se caracterizan por presentar principalmente riesgos ergonómicos y psicosociales, NTP 657: Los trastornos músculo esqueléticos de las mujeres, *cit.*, pág. 3. En la misma línea, AREAL CALAMA, I., «Salud laboral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 184; PÉREZ DEL RÍO, T., «Diálogo social, negociación colectiva...», *op. cit.*, pág. 465.

⁸³ Los riesgos derivados de la organización del trabajo suelen aparecer en trabajos poco definidos, con falta de autonomía y control, con ritmos de trabajo excesivamente elevados, poco gratificantes por su monotonía y falta de creatividad, dando lugar a situaciones de ansiedad y de estrés..., *vid.* GIL PÉREZ, M.E., «Mujer y salud laboral», *op. cit.*, pág. 148.

⁸⁴ Más en concreto, en relación con los problemas de salud de las mujeres su atención en la negociación es absolutamente marginal, entre otros, PÉREZ DEL RÍO, T., «Diálogo social, negociación colectiva y género», en RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (Dir.), *Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: Balance y perspectivas para un nuevo Estatuto*. XXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, CARL-Mergablum, Sevilla, 2006, pág. 466. Asimismo, SUÁREZ CORUJO, B., «La protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos en la negociación colectiva de ámbito estatal: un panorama desalentador», en VV.AA., *La Prevención de los Riesgos Laborales en la Negociación Colectiva*, alcor de mgo, *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales* núm. 8, 2007, pág. 82 ss. Con mayor amplitud, puede verse SERRANO GARCÍA, J., «Tratamiento de la mujer trabajadora y del acoso sexual en la negociación colectiva», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 759 ss.

⁸⁵ Por todos, MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 147. La doctrina concluye que «la salud laboral sexual no es, con mucho, la materia más y mejor tratada...No hay, en definitiva, una integración real y efectiva del principio de igualdad de trato por razón de sexo en esta materia», *vid.* SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., «Igualdad de género y salud laboral...», *op. cit.*, pág. 167, siendo el balance de la negociación estudiada sumamente decepcionante e insatisfactorio, pág. 170.

Para concluir, no debemos pasar por alto, dada la trascendencia que la participación de los trabajadores cobra en relación con las políticas preventivas, que, de alguna forma, debiera implementarse el grado de intervención e implicación de las trabajadoras en los órganos de representación especializada (delegados de prevención) y, consiguientemente, en los comités de seguridad y salud, de forma que ellas mismas pongan el acento y promuevan actuaciones o realicen propuestas en relación a temas de salud que específicamente les preocupen y los afecten⁸⁶.

4. EL TÍMIDO ACERCAMIENTO A UNA CONCEPCIÓN DEL ACOSO SEXUAL COMO RIESGO LABORAL

A destacar en la LOI es la «novedosa» consideración del acoso sexual y por razón de sexo como riesgo laboral⁸⁷, aspecto antes ignorado a nivel legislativo aunque fuera defendido en distintos foros⁸⁸. Así, el art. 27 (integración del principio de igualdad en la política de salud) incluye entre las actuaciones a desempeñar por las Administraciones Públicas, «La consideración, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo»⁸⁹. A ello se añaden las previsiones contenidas en el art. 48 LOI referentes a las medidas a adoptar por el empresario.

En el primer caso, estamos, sin duda, ante un mandato a los poderes públicos que han de emprender todo tipo de actuaciones en orden a la mejora de la salud laboral en relación a este riesgo concreto, incluyendo posibles intervenciones legislativas, actividades de fomento, promoción, iniciativas a cargo de organismos especializados, en especial relacionadas con la investigación y la divulgación, y cualquier otra encaminada a la finalidad enun-

⁸⁶ Se ha considerado que «las mujeres no están lo bastante representadas en la toma de decisiones relativas a la seguridad y salud en el trabajo en todos los niveles. Deberían involucrarse más directamente, y las opiniones, experiencias, conocimientos y capacidades de las mujeres deberían reflejarse a la hora de formular y poner en práctica las estrategias de seguridad y salud en el trabajo» (nota informativa núm. 42, Agencia Europea, citada). La creciente participación de las mujeres en el mercado de trabajo no parece corresponderse con su presencia y participación en las organizaciones sindicales y empresariales ni en la negociación colectiva, CASAS BAAMONDE, M.E., «Transformaciones del trabajo...», *op. cit.*, pág. 101.

⁸⁷ Es interesante, por el enfoque desde una perspectiva de promoción de la salud laboral de las mujeres, el trabajo de VALLEJO DACOSTA, R., «El acoso sexual y el acoso...», *op. cit.*, pág. 15 ss. *Vid.* asimismo, PÉREZ DEL RÍO, T. y BALLESTER PASTOR, A., *Mujer y salud laboral*, *op. cit.*, en especial pág. 99 ss.

⁸⁸ Así se muestra tajante VOGEL, L., «La dimensión de género en salud laboral...», *op. cit.*, pág. 7 para quien «A pesar de las evidencias que demuestran que el acoso sexual constituye un peligro para la salud, nunca se le ha considerado como un tema de salud laboral...»; *vid.* LÓPEZ LÓPEZ, J., «Salud laboral y protección...», *op. cit.*, pág. 72. También lo reconocía ya así —el acoso constituye un riesgo para la salud y seguridad— el conocido Código de Conducta europeo sobre el acoso del año 91, entre otros, *vid.* SERRANO GARCÍA, J.M., «Tratamiento de la salud de la mujer...», *op. cit.*, pág. 771. CUBO MAYO, A. y PÉREZ-BUSTAMANTE MOURIER, J.P., «El derecho a la dignidad en el ámbito laboral. Acoso en el trabajo: moral y sexual (estudio jurídico, situación actual y perspectivas). La prevención de los riesgos psicosociales: medidas preventivas. El papel de la Inspección de Trabajo». *RL* 2006-I, pág. 1369, destacan la esencialidad de introducir un sistema de prevención de riesgos psicosociales en las empresas.

⁸⁹ Acompañado de la correspondiente modificación del art. 17.9 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad referente a «La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo» (DA 8.ª. 3).

ciada. Lógicamente, esta vertiente del acoso sexual viene a sumarse, a fin de lograr una mayor efectividad de la tutela, especialmente en el plano preventivo, a su «consideración preeminente como actuación discriminatoria que permite la aplicación de los procedimientos de tutela mucho más elaborados y adecuados que su consideración como acto de violación de cualquier otro de los derechos que simultáneamente se vulnera»⁹⁰.

La actuación emprendida, de momento, es excesivamente tibia⁹¹ y, a simple vista, no augura grandes avances en las políticas preventivas y sistemas de gestión de riesgos laborales de las empresas. Y ello por varias razones. En primer lugar, porque se limita al ámbito de las políticas públicas y se deja de lado a la política empresarial. En segundo lugar, porque, al igual que ocurre en el resto del texto legal, se ponen los cimientos para la prevención del acoso pero se deja la efectiva materialización de los avances a terceros, en concreto también aquí se da un papel esencial a la negociación colectiva. En tercer lugar, resulta sorprendente que no se haya intentado, siquiera, una mínima coordinación entre las nuevas obligaciones que se imponen al empresario en relación con la evitación del acoso sexual y por razón de sexo y la política de prevención de riesgos laborales, en la que se incluye, sin lugar a dudas, la necesidad de evitar, prevenir y controlar los riesgos de naturaleza psicosocial, entre los que cabe encajar de forma evidente cualquier género de acoso.

La lectura del art. 48 LOI dedicado a las medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, y pese al escaso rigor técnico de que hace gala el legislador, no admite otra interpretación que la consistente en entender que todas las empresas, con independencia de su tamaño, vienen obligadas⁹² a promover condiciones de trabajo que eviten este tipo de acoso, así como arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar un cauce adecuado a las denuncias o reclamaciones de quienes fueren objeto del mismo. Medidas que han de negociarse con los representantes de los trabajadores y que, a modo de ejemplo, pueden consistir en la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, realización de campañas informativas o acciones de formación. Ahora bien, de forma específica, la prevención del acoso sexual y por razón de sexo es uno de los posibles contenidos del plan de igualdad de las empresas (art. 46)⁹³, lo que sin duda significa que de existir tales planes estos serán el vehículo negociado adecuado

⁹⁰ PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad...», *op. cit.*, pág. 236.

⁹¹ La doctrina ha destacado la insuficiencia de las reformas emprendidas, en tanto que entre las modificaciones realizadas a la LPRL, no se hace referencia alguna a la prevención de la violencia de género en el trabajo, probablemente debido a la oposición de la patronal, *vid.* PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad...», *op. cit.*, pág. 240. En la misma línea, se valora positivamente que el enfoque de género tenga cabida expresa en el marco de las políticas de salud laboral y de PRL, pero lamentable que no se haya hecho con una mayor claridad y contundencia en el ámbito de las políticas empresariales de PRL, como sí sucede en las públicas, MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 151.

⁹² También para la doctrina, pese a que el enunciado legal es confuso, la regla es clara (la obligatoriedad), *vid.* MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 151; sin diferenciar entre empresas grandes y pequeñas, VALLEJO DACOSTA, R., «El acoso sexual y acoso...», *op. cit.*, pág. 25.

⁹³ Hasta la fecha «los agentes sociales han empezado a hacerse eco en la negociación colectiva del problema que supone el acoso, sin que pueda hablarse de la existencia de un compromiso social adecuado a la importancia del problema», SERRANO GARCÍA, J.M., «Tratamiento de la salud de la mujer...», *op. cit.*, pág. 778. También la nueva estrategia comunitaria (2007-2012) hace hincapié en la importancia de las negociaciones entre los interlocutores sociales en lo que respecta a la prevención de la violencia y del acoso en el trabajo (punto 7.2). En

para su establecimiento. Caso contrario, parece indudable que podrán plasmarse tanto en los convenios colectivos⁹⁴ como en instrumentos negociados de tipo más informal.

Es de suponer, dada la indicación contenida en el art. 27 LOI y las tendencias ya iniciadas, aun cuando tímidamente, en sede doctrinal y en foros especializados en este sentido, que se comenzará a incluir de modo efectivo este tipo de actuaciones preventivas en la política integrada de prevención de riesgos laborales. Parece lógico pensar que la necesidad de arbitrar procedimientos específicos para su prevención, puede satisfacerse de modo adecuado considerando el acoso como un riesgo más a incluir dentro de la obligación empresarial de seguridad, si bien, lógicamente, contemplando sus especificidades a la hora de evaluar, analizar y corregir las situaciones patológicas detectadas⁹⁵. No obstante, no hubieran estado de más ciertos retoques en la LPRL que permitieran articular ambos tipos de obligaciones. Téngase en cuenta, además, que algunas de las medidas que se ejemplifican en el art. 48 LOI coinciden miméticamente con las recogidas en la LPRL, así de forma destacada la información y la formación de los trabajadores (arts. 18 y 19 LPRL). En este tipo de actuaciones, además de en la tolerancia «cero» y en el establecimiento de procedimientos adecuados para abordar el problema insiste el reciente Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo⁹⁶. No obstante, parece huir de manera deliberada y por motivos exclusivamente crematísticos, habida cuenta el posible mayor coste de las medidas a adoptar⁹⁷, de incardinarlas en el campo de la seguridad y salud en el trabajo, ignorando de forma sorprendente que la obligación de seguridad empresarial en su amplia formulación referente a todas las medidas necesarias comprende, como se ha visto,

esta misma línea, PEDROSA ALQUÉZAR, S.I., «La salud integral de la mujer...», *op. cit.*, pág. 22, hacía una llamada a la negociación para regular de forma específica el acoso sexual como factor de riesgo que atenta directamente contra la salud física y psíquica de la mujer.

⁹⁴ No obstante, para MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, pág. 151, son contenido obligatorio del convenio en aplicación del art. 85.1 ET en todos los ámbitos de negociación colectiva. Postura que no parece avalada por la nueva redacción dada al precepto por la LOI (DA 11.ª 17) que sólo incluye las medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres o, en su caso, planes de igualdad. También para VALLEJO DACOSTA, R., «El acoso sexual y acoso...», *op. cit.*, pág. 25 el artículo no predetermina la fuente de regulación de tales medidas; no se establece la obligación de negociación como contenido mínimo de los convenios colectivos, es más, pueden plasmarse en un simple código de buenas prácticas o bien traducirse en una negociación informal.

⁹⁵ Puede verse MONCADA I LLUÍS, S. y LLORENS SERRANO, C., «Aproximación a los riesgos psicosociales y a los métodos de evaluación e intervención preventiva», en AGUSTÍ JULIÁ (Dir.), *Riesgos psicosociales y su incidencia en las relaciones laborales y seguridad social, Cuadernos de Derecho Judicial XII-2004*, CGPJ, Madrid, 2005, pág. 15 ss, quienes denuncian la parálisis de la prevención en este ámbito y la escasez de herramientas disponibles, pese a la evidencia del efecto sobre la salud y el bienestar de estos factores laborales de naturaleza psicosocial. La necesidad de una consideración propia a estos riesgos en los sistemas preventivos de las empresas en CUBO MAYO, J. y PÉREZ-BUSTAMANTE MOURIER, J.P., «El derecho a la dignidad...», *op. cit.*, pág. 1372.

⁹⁶ Suscrito por BUSINESSEUROPE (antes UNICE), UEAPME, CEEP y TUC el 26 de abril de 2007.

⁹⁷ En este sentido, llamativa resulta la justificación dada en un documento resumen sobre el acuerdo marco publicado por la CEOE, mayo 2007, donde fundamenta la opción por un enfoque distinto al de la prevención de riesgos laborales y su ubicación en el ámbito de la gestión de los recursos humanos en que «frente a postulados que defienden costosas actuaciones sistemáticas preventivas (v.g. sistemas de evaluación de riesgos) aplicables en todas las empresas, se ha preferido otro enfoque basado en el establecimiento de cauces discretos de comunicación destinados a posibles trabajadores acosados».

necesariamente, actuaciones también en este ámbito, en especial relacionadas con la organización del trabajo, ampliamente entendida. También de la normativa preventiva se deduce la tolerancia cero, la vigilancia y el uso de la potestad disciplinaria, cuando no existan otras medidas eficaces.

5. UNA REFLEXIÓN FINAL: PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES Y ESPECIAL INCIDENCIA SOBRE LAS TRABAJADORAS

La integración expresa, por primera vez a nivel legislativo, del acoso (sexual y por razón de sexo, aunque debería hacerse extensible a todo género de acoso o violencia)⁹⁸ en el campo de la salud laboral, que acabamos de comentar, debería servir como acicate para abrir definitivamente la senda a una mayor atención y una decidida actuación en relación con el problema de los llamados riesgos laborales emergentes, en concreto, los de tipo psicosocial que se actualizan cada vez con mayor frecuencia, donde, entre otros destacados como el estrés, el burn-out y los trastornos ansioso-depresivos, se incluirían los anteriores.

Ahora bien, aunque seguramente es más que conveniente una intervención legislativa específica en un futuro próximo, resulta patente que pese al clamoroso silencio que guardan la LPRL y la LOI⁹⁹ en este punto, la tutela preventiva de esta clase de riesgos puede extraerse sin demasiadas dificultades de la amplia obligación general de seguridad que pesa sobre el empresario ex art. 14 y concordantes de aquel texto legal, que le imponen la necesidad de evitar, evaluar, disminuir y controlar todo tipo de riesgo relacionado con el trabajo y adoptar todas las medidas preventivas necesarias. Sin duda, la necesidad de una evaluación de riesgos omnicompreensiva, que incluya todas las condiciones de trabajo que, al decir del art. 4.7 d) LPRL, abarcan «todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador»¹⁰⁰, obliga a un análisis y una valoración que incluya los riesgos psicosociales. Algo que viene siendo asumido con naturalidad por algunos pronunciamientos judiciales¹⁰¹ y reclamado constantemente por la doctrina que se ha ocupado de esta temática¹⁰². Tampoco cabe olvidar que el RSP reconoce entre las disciplinas o áreas

⁹⁸ Sobre este tema, *vid.* ROGERS, K.A. y CHAPPELL, D., *Prevención y respuesta a la violencia en el trabajo*, MTAS, Colección informes OIT, núm. 68, Madrid, 2004.

⁹⁹ Para VALLEJO DACOSTA, R., «El acoso sexual y el acoso...», *op. cit.*, pág. 29, aunque el Proyecto de Ley (LOI) trata de eludir la consideración del acoso sexual y por razón de sexo como un riesgo profesional y por tanto tutelable a partir del marco normativo de la PRL, la necesaria conexión con esta última norma deviene imprescindible, tal como se viene entendiendo en el ámbito jurisprudencial y judicial.

¹⁰⁰ La centralidad de este precepto en el campo que nos ocupa es resaltada por la doctrina, CUBO MAYO, A. y PÉREZ-BUSTAMANTE MOURIER, J.P., «El derecho a la dignidad...», *op. cit.*, pág. 1385; DELGADO PÁEZ, D.L. y RODRÍGUEZ ORTIZ DE SALAZAR, B., «Riesgos laborales desde la perspectiva...», *op. cit.*, pág. 57.

¹⁰¹ Entre otras, SSTSJ Madrid 5 y 31 octubre 2005 (AS 2555 y 2006/725). La STSJ Cataluña 9 noviembre 2005 (AS 2006/387) afirma que «Obviamente, sobre la empresa recae un deber de tutela frente a este tipo de peligros... Y esta protección puede y debe llevarse a cabo por cuantos medios se encuentren al alcance de la empresa, y que resulten más idóneos a la naturaleza de los riesgos».

¹⁰² CAVAS MARTÍNEZ, F., «Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales», AS núm. 18, 2005, BIB 2005/2644, pág. 1 ss; MARTÍN CHAPARRO, M.P., VERA MARTÍNEZ, J.J., CANO LOZANO, M.C. y MOLINA

específicas de la organización preventiva a la ergonomía y psicología aplicada, lo que demuestra la relevancia de esta temática. Ahora bien, sin duda, los campos donde se requiere un mayor avance son los de la investigación científica, la adecuada formación de los técnicos y la elaboración de guías, notas técnicas¹⁰³ y orientaciones que aborden de modo especial esta problemática y que puedan ayudar a su efectiva implantación en las empresas. Y ello porque el mayor escollo en la práctica aplicativa es que las medidas y las políticas preventivas en esta materia poco o nada tienen que ver con las tradicionales al uso mucho más centradas en la seguridad en el trabajo, en la lucha contra el accidente de trabajo y en la higiene industrial. Los nuevos riesgos demandan, sin duda, unas nuevas actuaciones que atiendan de modo especial a la organización del trabajo en todos sus aspectos. Sin dejar atrás por supuesto el tema de la formación, la información y, en el caso concreto del acoso y la violencia, la toma de conciencia de la magnitud del problema y la necesidad de abolir esta lacra social, especialmente cuando la víctima es la trabajadora por su condición de mujer, en todos los niveles jerárquicos de la empresa e, incluso, en la sociedad en su conjunto. Tarea ésta del necesario incremento de la cultura preventiva que está resultando especialmente ardua y estéril dentro de nuestras fronteras.

A nivel comunitario, la prevención de los riesgos psicosociales ha recibido algo más de atención que a nivel interno. Por citar sólo algunos ejemplos encontramos una referencia a los mismos en la lista europea de enfermedades profesionales¹⁰⁴, aunque fuera del anexo, donde se alude a que los Estados miembros promuevan la investigación en el ámbito de las enfermedades relacionadas con la actividad profesional, en especial para los trastornos de carácter psicosocial relacionados con el trabajo (art. 1.7).

La preocupación por esta cuestión se refleja también claramente en la estrategia comunitaria de seguridad y salud (2002-2006) ya citada, puesto que uno de los puntos fuertes del programa viene constituido por la emergencia de nuevos riesgos, especialmente de carácter psicosocial (estrés, depresión, ansiedad, violencia en el trabajo, acoso e intimidación, entre otros) que requieren una prevención específica. Para ello se parte de la base de que su aparición no se debe tanto a la exposición a un riesgo específico como a un conjunto de factores (la organización del trabajo, las modalidades de ordenación del tiempo de trabajo, las relaciones jerárquicas, la fatiga asociada al transporte y el grado de aceptación de la diversidad étnica y cultural en la empresa) que deben inscribirse dentro de un contexto global que la OIT define como «bienestar en el trabajo», en línea con el ya clásico en-

NAVARRETE, C., «Nuevos retos de las políticas de salud laboral en las organizaciones de trabajo: una aproximación al estrés laboral y al “burn out” en clave psicosocial», *TL* núm. 75, 2004, pág. 187 ss; CUBO MAYO, A. y PÉREZ BUSTAMANTE MOURIER, J.P., «El derecho a la dignidad...», *op. cit.*, pág. 1383. *La obligación preventiva en relación al mobbing en Agra Viforcós*, B., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. y TASCÓN LÓPEZ, R., *La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo*, Laborum, Murcia, 2004, pág. 121 ss; CES GARCÍA, E.M., «El mobbing, un nuevo riesgo laboral a prevenir en la Unión Europea. La sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de enero de 2002», *RMTAS* núm. 37, 2002, pág. 205 ss; GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ALVÁREZ, T., «El acoso moral: perspectivas jurídico-laborales», *RGDTSS* núm., en <http://www.iustel.com>, pág. 9 y 11 ss.

¹⁰³ Puede verse NTP 443 (INSHT): Factores psicosociales: metodología de evaluación, http://mtas.es/insht/ntp/ntp_443.htm.

¹⁰⁴ Recomendación de la Comisión 2003/670/CE, 19 septiembre 2003, relativa a la lista europea de enfermedades profesionales (DOUE 25 septiembre 2003).

tendimiento de la salud por la Organización Mundial de la Salud (OMS) como bienestar físico, mental y social y no como simple ausencia de enfermedad. Hasta tal punto se considera relevante que la Comisión estima conveniente el estudio de una posible intervención normativa en este campo, aunque aún no se ha producido.

Insiste de nuevo en este campo, porque sigue siendo una importante asignatura pendiente, la nueva estrategia (2007-2012) que considera que «algunos tipos de enfermedades profesionales están aumentando (trastornos osteomusculares y alteraciones derivadas de presiones psicológicas). La naturaleza de los riesgos profesionales cambia al ritmo del incremento de las innovaciones, del desarrollo de nuevos factores de riesgo (violencia en el trabajo, incluido el acoso moral y sexual, adicciones) y de la transformación del trabajo (vida profesional más fragmentada). Estos cambios exigen comprender mejor el fenómeno a través de una investigación especializada, con objeto de definir medidas de prevención eficaces (punto 2)».

Dado el carácter no vinculante de estos instrumentos, no estarían de más otras intervenciones en este campo, en tanto estamos ante un importante problema de salud laboral, escasamente atendido, situación de clara inseguridad jurídica que se perpetúa en el ámbito de la Seguridad Social, respecto al trabajador aquejado de alguna de las enfermedades o dolencias aparejadas a aquellos riesgos, si acaso subsanada por la labor de los Tribunales del orden social¹⁰⁵. Baste ahora con señalar que en la reciente lista de enfermedades profesionales aprobada por RD 1299/2006, 10 noviembre¹⁰⁶, el legislador se ha «olvidado» de incluir cualquier referencia a este tipo de dolencias. Y ello porque la lista, y aunque ajustada a la lista europea, se mantiene en un plano muy clásico, en el que las únicas novedades apreciables, sin ánimo de exhaustividad, son la inclusión de determinados trastornos músculo-esqueléticos y enfermedades provocadas por posturas forzadas y movimientos repetitivos en el trabajo o los nódulos en las cuerdas vocales a causa de esfuerzos sostenidos por la voz por motivos profesionales, algo especialmente reclamado desde colectivos, por ejemplo, como el de profesores. Se aprecia en el cuadro de enfermedades un excesivo apego a la «industria», a los procesos industriales, a los elementos y sustancias que, lógicamente, tienen una notable importancia en este ámbito, pero se prescinde de otros procesos productivos, de innumerables actividades en el ámbito de los servicios y de las dolencias relacionadas con la organización y la carga del trabajo, entre otras. Muchas de ellas de especial incidencia en el colectivo de mujeres, al tratarse de sectores con un alto grado de presencia femenina. A mayor abundamiento, existe un mutismo absoluto en relación con cualquier tipo de enfermedad de tipo psicológico o psicosomático que no se contemplan, ni siquiera, en el anexo 2 (o lista complementaria, que recoge enfermedades cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el anexo 1 podría contemplarse en el futuro).

En este sentido, debe ser bien recibido que entre los objetivos de las políticas públicas de lucha contra la siniestralidad laboral contenidos en la Estrategia Española de Seguridad

¹⁰⁵ Por todas, SSTSJ Navarra 30 abril, 18 mayo y 15 junio 2001 (AS 1878 y 1821 y JUR 230916); Andalucía (Granada) 27 enero 2004 (JUR 80894); Principado de Asturias 19 marzo 2004 (JUR 127848). In extenso, entre otros, RIVAS VALLEJO, P., «Seguridad Social y riesgos psicosociales: su calificación como contingencia profesional», en AGUSTÍ JULIÁ, J. (Dir), *Riesgos psicosociales...*, op. cit., pág. 239 ss.

¹⁰⁶ Por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (BOE 19 diciembre).

y Salud en el Trabajo 2007-2012 (aprobada el 27 junio 2007) cobren un especial protagonismo los riesgos psicosociales. Aunque habrá que esperar un poco para ver el tipo de actuaciones que se ponen en marcha y su reflejo en la práctica cotidiana de las empresas.

El necesario avance en materia de prevención de riesgos psicosociales resulta evidente en la medida en que su frecuencia y su gravedad aumenta a una velocidad impactante y, además, en lo que ahora más nos interesa, parece contrastado que afectan de manera especial a las mujeres. Sin lugar a dudas, en tanto no se superen las numerosas condiciones discriminatorias a las que se ven sometidas las trabajadoras, unidas a la doble jornada¹⁰⁷ debida al desigual reparto de las obligaciones familiares y domésticas¹⁰⁸, que suelen depararle mayores situaciones de estrés y mayor carga tanto física como mental, habrá que actuar en el campo de la prevención de riesgos y, de entrada, tener muy en cuenta la posibilidad de que puedan darse este tipo de daños y valorarlos a fin de evitar o disminuir sus efectos.

Por ejemplificar solamente un caso, téngase en cuenta que muchas de las condiciones o características objetivas de desarrollo de la prestación laboral que según diferentes estudios están asociadas a la génesis de trastornos como el *burnout*, se dan con mayor frecuencia en las trabajadoras. Así, la sobrecarga de trabajo, presión laboral, las malas condiciones de trabajo (incluida la baja remuneración), inadecuado liderazgo, falta de implicación, escasa autonomía, poca participación en la toma de decisión y entrenamiento insuficiente y así sucesivamente, aunque también viene asociado con excesivas e inadecuadas expectativas sobre el trabajo y con las propias características del individuo¹⁰⁹. Tampoco cabe olvidar que aparece de modo patente asociado a determinadas profesiones como las sanitarias, cuidadores, terapeutas, en la enseñanza y otras análogas, caracterizadas por la trascendencia del contacto personal con otros sujetos, la implicación emocional y el rol de asistente o de ayuda que asume quien las desempeña. Profesiones todas ellas, como es bien

¹⁰⁷ La doctrina no pasa por alto que la doble presencia, doble carga o doble jornada es uno de los factores que más influye en el trabajo de la mujer y, consecuentemente, también en la salud laboral, entre otros, MONCADA I LLUÍS, S. y LLORENS SERRANO, C., «Aproximación a los riesgos psicosociales...», *op. cit.*, págs. 35 y 42; PÉREZ DEL RÍO, T., «Diálogo social, negociación colectiva...», *op. cit.*, pág. 466.

¹⁰⁸ Como se ha señalado, «El reparto más armónico de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres es una premisa necesaria para corregir el sexismo en la división del trabajo, pero no es un problema cuya solución incumba al Derecho del Trabajo, pero éste puede ayudar a solucionarlo, facilitando la conciliación del trabajo y tareas familiares», RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», *op. cit.*, pág. 5. Sobre el difícil y lento camino hacia la corresponsabilidad que con cierto retraso ahora se inicia con la LOI tras el desenfoco de la Ley 39/1999, por todos, PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad...», *op. cit.*, pág. 228 ss. La novedad que supone el cambio de enfoque de la LOI, tendente a la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, aunque todavía caracterizada por su estrechez de miras y su insuficiencia, es destacada por MOLINA NAVARRETE, C., «El impacto laboral...», *op. cit.*, págs. 133 y 144.

¹⁰⁹ Con mayor detalle, *vid.* DA SILVA RODIO, F. *Drogas, ética y transgresión*, Montevideo, Psicolibros, 2001, págs. 64-5. En un sentido muy similar, CASTELLANO ARROYO, M., «Descripción, análisis, diagnóstico y tratamiento de las patologías psiquiátricas de etiología socio laboral», alcor de mgo, *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales* núm. 0, pág. 47. El mayor riesgo que acecha a las mujeres de ocupar una posición marginal en el mercado de trabajo y la afirmación de que las tareas feminizadas son menos atractivas, están peor remuneradas, más concentradas en categorías inferiores y tienen menos posibilidades de promoción puede encontrarse en RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «El Derecho del Trabajo y el empleo de la mujer», *op. cit.*, págs. 9-10.

sabido, claramente feminizadas¹¹⁰. Todas estas circunstancias y estas grandes diferencias, más algunas otras que a buen seguro se han quedado en el tintero, entre las condiciones sociales, laborales y familiares de hombres y mujeres guardan, sin lugar a dudas, relación con la salud y, como se ha señalado, «la prevención de riesgos laborales no puede plantearse eficazmente de espaldas a estos hechos»¹¹¹.

Baste terminar con unas líneas para insistir en la más que conveniente adopción de un «nuevo enfoque» más avanzado y también más ajustado al espíritu de una norma que ha cumplido ya más de un decenio y de la que no hemos exprimido, ni mucho menos, todo su potencial. Si han de ser aplaudidos, lógicamente, los tímidos avances de la LOI hacia una protección integral de la salud de la mujer y, por qué no, también hacia una tutela diversificada en caso del hombre, adaptada a sus condiciones de trabajo, pero también a sus características personales y biológicas, no se puede evitar reclamar nuevos pasos en este sentido. Si la LOI, como ya ha señalado autorizada doctrina, es un punto de partida y no de llegada¹¹², no iba a ser la excepción la materia que ahora nos ocupa en la que las iniciativas adoptadas son acertadas pero, sin duda alguna, necesitan una tarea ulterior, quizás no sólo o no tanto normativa, sino de investigación, divulgación, información, formación y un largo etcétera. Así sería necesaria la elaboración de nuevos criterios por parte del INSHT u otros organismos especializados acerca de la introducción del género en la evaluación de riesgos, así como su especial interrelación con los factores de riesgo psicosocial, en especial el acoso y la violencia del tipo que sean.

¹¹⁰ Como se ha constatado, determinados trabajos se han asociado tradicionalmente a las mujeres, en tanto que prolongación externa de las actividades que venían desempeñando en el ámbito doméstico, ajeno al mercado: tareas relacionadas con la salud y el cuidado de enfermos, la guardería infantil y la educación básica, el servicio doméstico, actividades de limpieza, cocina, etc., CASAS BAAMONDE, M.E., «Transformaciones del trabajo...», *op. cit.*, pág. 96.

¹¹¹ MONCADA I LLUÍS, S. y LLORENS SERRANO, C., «Aproximación a los riesgos...», *op. cit.*, pág. 36.

¹¹² In extenso esta cuestión en PÉREZ DEL RÍO, T., «La Ley Orgánica de igualdad...», *op. cit.*, pág. 231 ss.