

ANA RUBIO & JUANA MARÍA GIL

DIGNIDAD E IGUALDAD EN DERECHOS. EL ACOSO EN EL TRABAJO



protección: sólo un 10 ó un 15% de las mujeres que han sufrido acoso sexual muy grave acuden al superior. Las víctimas de acoso sexual «tienden a afrontarlo en solitario, ocultar lo ocurrido y circunscribirlo a la esfera personal, aunque a medida que aumenta la gravedad del mismo se incrementa la búsqueda de apoyo en el entorno cercano» (...) «sólo un 25% de las trabajadoras que han vivido alguna situación de acoso reconocen haber comentado esta situación con alguien de su entorno» (...) «los consejos que reciben son altamente conservadores y escasamente proclives a un enfrentamiento con la situación. De hecho, dos de cada tres consejos recibidos tienen un componente de evitación, frente a una tercera parte que recomienda adoptar acciones para solucionar el problema» (...) «el papel que juega la empresa en la actualidad en la prevención y erradicación del acoso sexual es muy reducido» (...) «La actuación más habitual por parte de las empresas es inhibirse del problema, es decir, no hacer nada al respecto» (49,8% de los casos); Con menos incidencia se banaliza la situación o se intenta ocultar y, en algún caso, «la empresa ha decidido cambiar a la víctima de centro de trabajo, con el consiguiente perjuicio», o se puede incluso producir la «toma de partido... por el acosador, que puede desembocar incluso en el despido de la trabajadora afectada»⁶⁶. Desde luego, en estos casos se deberá exigir la correspondiente responsabilidad empresarial.

La valoración de la situación dependerá de las pruebas, cuya objetivación —que algunos autores demandan o ponen en duda— se puede lograr con un buen informe psicológico del estado emocional en el que se encuentra la víctima e informes médicos sobre las posibles somatizaciones o secuelas físicas que está padeciendo. La valoración de las pruebas en juicio será distinta, como más adelante veremos, en función de la jurisdicción elegida para remediar la situación de acoso sexual.

La gravedad de las agresiones o violencias, esta vez infligidas por los actores sociales, peritos forenses médicos y psicólogos, la empresa, los operadores jurídicos en general, y el Poder Judicial en particular, obliga y les obliga a una necesaria y adecuada formación en género que les permita reconocer la situación de acoso y dirigirla lo más adecuadamente posible evitando que la víctima padezca una segunda forma de violencia, pero esta vez institucional (victimización secundaria).

⁽⁶⁶⁾ INMARK-IM, 2006, pp. 15 y ss.

II. MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

1. LA IGUALDAD: UN PRINCIPIO JURÍDICO EN CONSTANTE EVOLUCIÓN

No podemos comprender la evolución jurídica experimentada, en España, en materia de acoso sexual y por razón de género, sin mostrar la evolución del principio de igualdad y de no discriminación. En el 2000, hace tan sólo unos pocos años, el Consejo General del Poder Judicial español reconocía la gravedad de la violencia de género y la incapacidad del Estado para proteger a toda su ciudadanía, mujeres y hombres, por igual. Este reconocimiento público mostraba la naturaleza política y estructural de la violencia de género y la responsabilidad compleja del Estado en su erradicación. Una afirmación que desvelaba la evolución experimentada a nivel internacional en el contenido del principio de igualdad como consecuencia del reconocimiento de la violencia contra las mujeres como discriminación, en la Recomendación General 19, de 1992, realizada por Naciones Unidas¹. Los efectos más relevantes a

⁽¹⁾ RECOMENDACIÓN GENERAL N.º 19 (11.º período de sesiones, 1992). La violencia contra la mujer. Antecedentes. 1. La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. 2. En 1989, el Comité recomendó que los Estados incluyeran en sus informes información sobre la violencia y sobre las medidas adoptadas para hacerle frente (Recomendación general N.º 12, octavo período de sesiones). 3. En el décimo período de sesiones, celebrado en 1991, se decidió dedicar parte del 11.º período de sesiones al debate y estudio del artículo 6 y otros artículos de la Convención relacionados con la violencia contra la mujer, el hostigamiento sexual y la explotación de la mujer. El tema se eligió en vista de la celebración en 1993 de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la Asamblea General en su resolución 45/155, de 18 de diciembre de 1990. 4. El Comité llegó a la conclusión de que los informes de los Estados Partes no siempre reflejaban de manera apropiada la estrecha relación entre la discriminación contra la mujer, la violencia contra ellas, y las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La aplicación cabal de la Convención exige que los Estados Partes adopten medidas positivas para eliminar todas las formas de violencia contra la mujer. 5. El Comité sugirió a los Estados Partes que al examinar sus leyes y políti-

nivel jurídico del reconocimiento de la violencia contra las mujeres como discriminación son: por un lado, situar la igualdad entre mujeres y hombres en el centro de la agenda política mundial uniendo a la comunidad internacional en torno a este objetivo y, por otro, hacer recaer la responsabilidad en la lucha contra la violencia de género en los Estados, al presentar esta violencia como un grave atentado a los derechos humanos. Este cambio respecto a la responsabilidad permitía presentar a la violencia de género como un grave problema de naturaleza política y social y no como un mero problema individual.

Esta evolución conceptual tuvo un impacto relevante en los sistemas jurídicos de los Estados, al exigirse, para garantizar la igualdad de mujeres y hombres, el desarrollo de nuevos instrumentos normativos que pusieran fin a la violencia de género. Entre ellos hay que destacar el derecho antidiscriminatorio, al que responden tanto Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en lo sucesivo, LO 1/2004 o Ley Integral), como la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (Ley de Igualdad o LOIEMH), en España. Estos cambios jurídico-políticos no ha sido pacíficos, ni en modo

cas, y al presentar informes de conformidad con la Convención tuviesen en cuenta las siguientes observaciones del Comité con respecto a la violencia contra la mujer. Observaciones generales. 6. El artículo 1 de la Convención define la discriminación contra la mujer. Esa definición incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente de la violencia. 7. La violencia contra la mujer, que menoscaba o anula el goce de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales en virtud del derecho internacional o de los diversos convenios de derechos humanos, constituye discriminación, como la define el artículo 1 de la Convención. Esos derechos y libertades comprenden: a) El derecho a la vida; b) El derecho a no ser sometido a torturas o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; c) El derecho a protección en condiciones de igualdad con arreglo a normas humanitarias en tiempo de conflicto armado internacional o interno; d) El derecho a la libertad y a la seguridad personales; e) El derecho a igualdad ante la ley; f) El derecho a igualdad en la familia; g) El derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; h) El derecho a condiciones de empleo justas y favorables. 8. La Convención se aplica a la violencia perpetrada por las autoridades públicas. Esos actos de violencia también pueden constituir una violación de las obligaciones del Estado en virtud del derecho internacional sobre derechos humanos u otros convenios, además de violar la Convención. 9. No obstante, cabe subrayar que, de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre (véanse los incisos e) y f) del artículo 2 y el artículo 5). Por ejemplo, en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas. [...]

alguno precipitados; se han necesitado algunas décadas de desarrollo conceptual y de lucha reivindicativa de los movimientos de mujeres en el mundo y del movimiento feminista de la mano de Naciones Unidas, para conseguirlos.

Baste recordar que durante la celebración del Tratado de Roma, en 1948², de los 51 países miembros originarios tan sólo 30 de ellos permitían la igualdad de derechos de mujeres y los hombres. A pesar de esta realidad jurídica fuertemente desigual para las mujeres, la Carta reconoce deliberadamente «la igualdad de derechos de hombres y mujeres» y consagra «La dignidad y el valor de la persona humana», por primera vez en un texto de derecho positivo. Con anterioridad a esta fecha, no existía referencia alguna al sexo como causa de discriminación. Durante los tres decenios posteriores a la Constitución del Tratado de Roma, la labor de Naciones Unidas estuvo centrada en el desarrollo de la igualdad jurídica de mujeres y hombres, una igualdad que pronto se mostró insuficiente para hacer real la igualdad en derechos de mujeres y hombres, dándose paso a un compromiso político mucho más fuerte que concluyó con la resignificación del principio de igualdad que acabamos de exponer. En la primera Conferencia Internacional sobre la Mujer desarrollada en México, en 1975, se identifican tres objetivos claves: la necesidad de lograr la igualdad plena de la mujer y la eliminación de la discriminación por razón de sexo; la integración y plena participación de la mujer en el desarrollo y la necesidad de que las mujeres se integraran en la construcción y fortalecimiento de la paz mundial. Cinco años más tarde, en la segunda Conferencia Mundial sobre la Mujer, en Copenhague, en 1980, se demuestra la disparidad existente entre el nivel formal de reconocimiento de los derechos entre mujeres y hombres y el ejercicio real de los mismos. Esto es, la disparidad entre la igualdad formal y la igualdad efectiva, lo que mostraba la existencia para las mujeres de una titularidad de derechos sin ejercicio. Este diagnóstico condujo al establecimiento de los siguientes objetivos: profundizar en la igualdad jurídico-formal, para eliminar de los ordenamientos jurídicos las situaciones de desigualdad existentes entre mujeres y hombres, pero además emprender cambios en las instituciones encargadas de la socialización, para erradicar los estereotipos y prejuicios sexistas fuertemente arraigados en las sociedades y así ajustar la realidad a los mandatos de la Ley. En otras palabras, lograr que la igualdad legal sea además real y efectiva.

En la tercera Conferencia Mundial, en Nairobi, para el examen y la evaluación de los logros del decenio de Naciones Unidas para la Mujer: igualdad, desarrollo y paz, en 1985, se logró alcanzar un consenso internacional en materia

(2) El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tras este acto histórico, la Asamblea pidió a todos los Países Miembros que publicaran el texto de la Declaración y dispusieran que fuera «distribuido, expuesto, leído y comentado en las escuelas y otros establecimientos de enseñanza, sin distinción fundada en la condición política de los países o de los territorios».

de igualdad de mujeres y hombres, que se ha mantenido hasta el día de hoy. Este consenso político en materia de igualdad a nivel internacional lo hicieron posible los datos desagregados que fueron recopilados en la última década, y que mostraban la gravedad de la situación de discriminación padecida por las mujeres en el mundo. Ante los datos se concluyó que los programas y actuaciones llevados a cabo por los Estados en materia de igualdad y de no discriminación sólo habían alcanzado a un número reducido de mujeres y en modo alguno habían tenido el impacto social previsto. De ahí que fuera necesario establecer como objetivo de futuro un cambio de enfoque en la lucha por la igualdad de mujeres y hombres, así como el desarrollo de nuevas fórmulas desde las que afrontar la discriminación y la desigualdad social. La Conferencia concluyó con un catálogo de medidas que los Estados habían de realizar: cambios constitucionales y políticos, desarrollo de la igualdad en la participación social y política e incremento de la presencia de las mujeres en todas las instancias de decisión. Lo más relevante de lo establecido en 1985, es que la igualdad de mujeres y hombres entra a formar parte en la agenda política internacional y de las agendas de los Estados como una cuestión de política general, no sectorial. Esto derivaría más tarde en la declaración de transversalidad del principio de igualdad de mujeres y hombres.

El nuevo enfoque, el enfoque de género en la lucha contra la discriminación, desarrolló toda su potencialidad en la cuarta Conferencia Internacional de la Mujer, en Beijing, en 1995. Los acuerdos de esta Conferencia Mundial, aún hoy de máximos, no se hubiesen obtenido sin dos hechos de gran trascendencia, que le precedieron: la Conferencia Mundial de Naciones Unidas en materia de derechos humanos, en 1993, en Viena, y la inclusión de la violencia contra las mujeres en el concepto jurídico de discriminación, a la que anteriormente hemos aludido y que posteriormente desarrollaremos con detenimiento.

En la conferencia de Viena sobre la Protección de los Derechos Humanos se reconoce, por primera vez en la historia, que los derechos de las mujeres forman parte inalienable de los derechos humanos y que las violaciones a los derechos de las mujeres son graves violaciones a los derechos humanos. Esto significaba incluir por primera vez a las mujeres, en la categoría de «lo humano», y exigir a los Estados que la protección de los Derechos Humanos fuese igualitaria para uno y otro sexo. Un hecho que venía a demostrar que la igualdad jurídica predicada hasta el momento no integraba a las mujeres como sujetos plenos e iguales en derechos.

A partir de estos acontecimientos, la lucha por la igualdad de mujeres y hombres llevada a cabo por los Estados no pudo limitarse al reconocimiento de la igualdad jurídico-formal, debiéndose avanzar en la línea de la igualdad

efectiva, es decir, igualdad en el uso y disfrute de los derechos humanos para mujeres y hombres. Estos cambios conceptuales y políticos tienen además el valor de someter a los Estados al control externo de la Comunidad Internacional en materia de igualdad entre mujeres y hombres. En otras palabras, la protección de los Derechos Humanos en pie de igualdad para mujeres y hombres está sometida al control constitucional y al control de la Comunidad Internacional a través de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

A la resignificación del principio de igualdad de mujeres y hombres hay que añadir la incorporación del término género al principio de igualdad, una adjetivación que se realiza en Beijing y que Europa incorporó en el IV Programa de Acción Comunitario para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (1996-2000). Introducir la categoría de género y la perspectiva de género en el principio de igualdad de mujeres y hombres y en la lucha contra la discriminación por razón de sexo significa incorporar a todos los cambios normativos sobre la materia un cambio de perspectiva, tanto epistemológica como metodológica, que exige al Derecho estatal una constante interrelación con la realidad social en la que nace y sobre la que se aplica. Es en este nuevo marco, en el que cobra valor y protagonismo los análisis jurídicos sobre la eficacia normativa en materia de igualdad de género y se sitúa en la mesa de debate la incapacidad del Derecho para llevar a cabo cambios sociales radicales. Esta será una tensión a la que siempre estará sometido el Derecho en materia de igualdad de género. En resumen, al Derecho se le pide que sea el motor del cambio social para avanzar en la erradicación de la discriminación por razón de sexo, pero al mismo se desconfiará de él por su androcentrismo y responsabilidad en la permanencia del orden patriarcal. Cumplir los objetivos establecidos en Beijing a los Estados, en materia de igualdad y en la lucha contra la discriminación por razón de sexo, exigía un fuerte compromiso político de todos los grupos políticos y de la ciudadanía; y al mismo tiempo el desarrollo de un sistema detallado de recogida de información con datos desagregados por sexo, que pudiera dar cuenta de los cambios de mujeres y hombres a nivel cuantitativo y cualitativo, como resultado de las nuevas normativas y políticas públicas desarrolladas en materia de igualdad de género. Estas demandas implicaban desde el punto de vista jurídico: desechar la idea de neutralidad en el Derecho y en las Políticas Públicas; analizar el impacto diferenciado en mujeres y hombres que tienen las políticas y actuaciones institucionales; conocer las diferencias sistémicas y estructurales que existen entre mujeres y hombres en las actuales sociedades; hacer visibles las necesidades específicas de ambos sexos en materia de igualdad y en la lucha contra la discriminación y, por último, la necesidad de combinar políticas generales con políticas específicas, para avanzar en la igualdad efectiva de mujeres y hom-

bres³. Junto a estas exigencias, se demostró la importancia de la formación en género en operadores sociales y jurídicos para evitar que las medidas legislativas y políticas adoptadas no quedaran impedidas, obstaculizadas o aminoradas por una deficiente interpretación de su contenido y potencialidad. Esto significaba que el género debía de estar presente en el momento de creación del Derecho, pero también en el momento de su interpretación y aplicación. En resumen, en Beijing y en 1995 se consensuaron las bases en materia de igualdad de género y se establecieron los objetivos jurídicos y políticos de los Estados para las siguientes décadas. Unos compromisos a los que España da cumplimiento, como se ha señalado, mediante dos leyes de gran relevancia en materia de igualdad de género y lucha contra la discriminación: la Ley Orgánica Integral 1/2004 y la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva 3/2007. Como esta última recoge en su Exposición de Motivos, se pretenden superar los límites que «la igualdad formal ante la ley» tiene en las sociedades actuales. Ante una

(3) En este sentido, tiene interés recordar algunas de las afirmaciones contenidas en el Informe balance, presentado por el Ministerio de Igualdad, el 4 de marzo de 2009, dos años más tarde la entrada en vigor de la Ley de Igualdad, en España. «En este informe se sostiene que la acción del Gobierno ha ido más allá en las políticas de género y, sin abandonar la igualdad de oportunidades, ha incorporado la acción positiva y la transversalidad como estrategias orientadoras de las políticas de género. Desde la perspectiva del sistema de género, y para que exista cohesión social es importante abordar dos temas complementarios: corregir la desigualdad entre las mujeres y los hombres y revisar la estructura básica de ámbito público/privado de la sociedad moderna. Las políticas de igualdad impulsadas con gran fuerza en las dos últimas décadas, forman parte de la primera de ellas. En cuanto a la segunda, para poder abordarla ha sido necesario comenzar por hacer visible la importancia del ámbito privado para la cohesión social. Para alcanzar los objetivos necesarios en materia de igualdad es imprescindible señalar cuáles son las nuevas estrategias que se quieren impulsar en el futuro. La acción pública en materia de igualdad tiene tres grandes estrategias generales: la igualdad de oportunidades; la acción positiva; y la búsqueda de cambios estructurales. La igualdad de oportunidades busca el acceso de las mujeres al mundo público y su objetivo son las personas. Intentan corregir la «ausencia» de las mujeres. La acción positiva busca el reequilibrio entre mujeres y hombres en el mundo público. Finalmente, la estrategia de cambios estructurales propone la reorganización del modelo dicotómico de la sociedad moderna. Su objetivo es que la «presencia» de las mujeres sea asumida por toda la sociedad y que se supere la división sexual del trabajo tradicional, incorporando a los hombres a los roles antes definidos como femeninos. Estas tres estrategias son todas necesarias y se articulan entre sí; no existe una jerarquía entre ellas. Es por ello que en la aplicación de la Ley de Igualdad busca la ejecución de programas y medidas que se enmarquen en los tres tipos de estrategias. Al mismo tiempo, desde el Gobierno, se propone continuar impulsando la transversalidad y su importancia como principio rector de las políticas de género». «El Estado de Bienestar, que aún estamos construyendo en este país, ha tenido una dimensión de género implícita. En esta estrategia de cambio estructural hay que situar la lucha contra el acoso sexual y por razón de sexo». Continúa el informe: «Las leyes por sí solas no cambian la realidad social, pero son muy importantes para fijar los marcos de actuación y abrir las puertas de las reformas necesarias. Los cambios que se deberán impulsar son de gran envergadura y requerirán de mucho tiempo para su consecución. Para ello es importante la puesta a punto de las instituciones del Estado que deberán implementar las políticas públicas necesarias». El Título VIII, en sus artículos 76, 77 y 78, dispone tres órganos con un papel clave para el desarrollo y el cumplimiento de la Ley: la Comisión Interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres, las Unidades de Igualdad y el Consejo de Participación de la Mujer.

realidad fuertemente marcada aún por la discriminación, la Ley de Igualdad propugna: «la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella perfecta igualdad», que no admite «poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros». Pero, dado que esta situación ideal no existe, es necesaria «una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla». Con estas palabras, se está definiendo el contenido complejo que tiene la expresión igualdad efectiva y cómo la ley trata de superar el androcentrismo tradicional existente en el Derecho como resultado de asimilar los derechos de las mujeres a los derechos conquistados históricamente por los hombres. Es en este esfuerzo por superar el androcentrismo, donde cobra sentido que la LOIEMH anuncie, desde su Exposición de Motivos, que se desarrollarán nuevos instrumentos y derechos, con el fin de modificar el sempiterno reparto de tareas y responsabilidades entre mujeres y hombres, para lograr que ambos se integren en igualdad en los diferentes contextos y ámbitos de la vida, promoviéndose la corresponsabilidad en el cuidado, la igualdad en las relaciones entre particulares y la paridad en los espacios públicos de decisión y gestión.

Es en esta línea de compromiso con la transversalidad de género que, el estudio que aquí se presenta, no sólo persigue desarrollar buenas prácticas y mostrar los problemas interpretativos existentes en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo, sino que pretende reflexionar sobre las funciones del Derecho en la sociedad actual e insistir en la responsabilidad de los múltiples actores sociales e institucionales en la consecución de la igualdad efectiva de género, combatiendo toda forma de violencia contra las mujeres.

2. LOS DERECHOS HUMANOS Y EL GÉNERO

2.1. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Retomando el hilo conductor ya expuesto, la clave para diagnosticar debidamente la magnitud del problema de la desigualdad descansa en el mismo concepto de Violencia de Género y en su asimilación a una forma de discriminación⁴, que permitiría desde el Derecho, poder impulsar una acción positiva

(4) Recientemente, el Coordinador Residente de la ONU en México, Magdy Martínez-Solimán, manifestó que «la peor expresión de la discriminación contra las mujeres es la violen-

capaz de volatilizar la subordinación estructural, y conseguir la eliminación de cualquier manifestación de la discriminación. Clarificar legalmente el concepto de discriminación se dibuja como el primer paso obligado y ello remite ineludiblemente a la redacción ofrecida por la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la(s) Mujer(es)⁵ (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979; a saber:

«A los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

Esta definición, como señala Alda Facio⁶, es triplemente importante como instrumento de lucha jurídica, sin duda, porque está partiendo de otra concepción del principio de igualdad ante la ley, resignificándolo, y superando el planteamiento igualitario clásico-aristotélico que consistía en que «Los iguales deben ser tratados como iguales y los desiguales deben ser tratados como desiguales».

Reparemos en ella:

Según la definición de la CEDAW, una ley será discriminatoria no sólo por su objeto, sino si *generare como resultado* de su aplicación (aunque fuere formalmente igualitaria) un menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de sus derechos. De este modo, podría considerarse discriminatoria toda ley que siendo formalmente igualitaria generase «*cercenación real de derechos de las mujeres*», o toda aquella que, incluso siendo promulgada con la intención de «proteger» a la mujer o de «elevantarla» a la condición del hombre la recolocase, en su resultado final, en una posición de subordinación.

Asimismo, esta definición resulta de extraordinaria importancia porque, al haber sido la CEDAW ratificada por buena parte de los países del globo

cia, y la peor expresión de esa violencia, el feminicidio»; vid. Boletín de Prensa de la ONU, Comunicado n.º 11/47, de 7 de marzo de 2011. Para más información, vid. <http://www.cinu.mx>

⁽⁵⁾ La matización del plural en el texto —mujer(es)— hace referencia a la poco rigurosa traducción del inglés al español. De este modo, el término *women* fue traducido por «mujer» en singular, y no «mujeres». Este pequeño, pero severo matiz, esconde las múltiples diferencias existentes entre las mujeres, quienes no configuran un grupo humano homogéneo (ya que está reatrasado a su vez por etnias, clases, orientación sexual, religión...). No obstante, y pese a las múltiples diferencias, lo cierto es que las mujeres —como ciudadanas del mundo, que no colectivo—, comparten experiencias de violencia estructural.

⁽⁶⁾ FACIO MONTEJO, A., *Cuando el Género suena, cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, San José, CR, ILANUD, 1992, pp. 13 y ss.

terráqueo (en España el 16 de diciembre de 1983), viene a conformar nuestra legislación, resignificando y definiendo legalmente lo que debe entenderse por discriminación. De este modo, debe rechazarse por poco o nada rigurosa cualquier otra definición más restrictiva del término discriminación.

Por último, la CEDAW determina claramente que la discriminación no sólo puede practicarse en la esfera pública —ya sea política, económica, social, cultural y civil—, sino también en cualquier otra esfera, incluyendo pues las discriminaciones que se manifiestan en la esfera doméstico-privada.

En definitiva, lo que la definición de la CEDAW aporta es una concepción nueva de la igualdad entre los sexos, que se fundamenta en que mujeres y hombres somos igualmente diferentes. La definición no dice que se debe tratar a la mujer igual que al hombre para eliminar la discriminación. Todo lo contrario, dice que «*es discriminatorio TODO trato que tenga por RESULTADO la desigualdad, lo que quiere decir que si a una mujer se le da un trato idéntico al del hombre y ese trato la deja en una posición inferior, ese trato en sí es discriminatorio aunque su objetivo haya sido la igualdad*»⁷. La definición de la discriminación evidencia que la aspiración jurídico-política debe ser la igualdad de los sexos en el goce de los derechos humanos que cada cual necesite —no en la asimilación a los derechos de los hombres como plantilla de lo humano— y para arribar a la igualdad efectiva, en el respeto a las diferencias, se requieren medidas correctivas de toda índole, incluidas —cómo no— las legislativas.

En este sentido, la CEDAW incorpora un programa de acción para los Estados parte, que garantice el goce de los derechos humanos de las mujeres, incluyendo medidas apropiadas al efecto; a saber: «*Los Estados partes —ordena el artículo 3— tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre*». Asimismo, y tal y como se desprende del artículo 4, los Estados podrán adoptar medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer, no pudiendo ser consideradas discriminatorias. Son las conocidas como medidas de acción positiva diferenciadora.

El legislativo español retoma, pues, el compromiso internacional con la igualdad adquirido al ratificar la CEDAW y, dando un paso más, reconoce y asimila a la Violencia de Género como manifestación de la discriminación en el artículo 1 de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. La propia Propuesta originaria de Ley Orgánica Integral presentada por el PSOE a finales de 2001 —propuesta que en su momento no

⁽⁷⁾ *Ibidem*, p. 16.

prosperó— anunciaba: «*Constituye violencia de género todo acto de violencia, basado en la pertenencia de la persona agredida al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada. Este tipo de violencia se extiende también a los hijos e hijas menores de edad. Su objetivo último es el sometimiento de la mujer*». La Violencia de Género incluye, pues, todas aquellas agresiones sufridas por las mujeres como consecuencia de los condicionamientos socioculturales que actúan sobre los géneros masculino y femenino, y que se manifiestan —y se han manifestado históricamente— en cada uno de los ámbitos de relación de la persona, públicos o privados, situándola en una posición de subordinación al hombre.

Este reconocimiento y asimilación de la violencia de género como forma de discriminación no es una cuestión menor, sino la clave para poder activar todo el moderno Derecho Antidiscriminatorio. Se trata de un primer paso en la lucha por erradicarla gracias en buena medida al esfuerzo realizado en este sentido por las organizaciones de mujeres. Ni tan siquiera la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 hacía alusión a ella, y habrá que esperar hasta 1992 para que la Recomendación General n.º 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer de la ONU constataste que «*La violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre*». Este significativo cambio conceptual⁸ se acompañó del reconocimiento de la violencia contra las mujeres como un grave atentado a los derechos humanos, en la II Conferencia Mundial sobre la Protección de los derechos humanos, celebrada en Viena, en junio de 1993, elevando el pleno disfrute por la mujer de todos los derechos humanos a «prioridad para los gobiernos y para las Naciones Unidas» y señalando que la igualdad de la mujer y sus derechos humanos «deben integrarse en las principales actividades de todo el sistema de Naciones Unidas»⁹. Seguidamente, la Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial sobre la condición jurídica y social de la mujer de Beijing de 1995 reconoció que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

⁽⁸⁾ Esta inclusión expresa de la violencia contra la mujer entre las formas de discriminación, no es de relevancia menor, sino que convulsionará la construcción clásica de la discriminación. Al respecto, véase BARRÈRE, M. A., «Género, discriminación y violencia contra las mujeres», en LAURENZO, P., MAQUEDA, M. L., RUBIO, A. (Coord.), *Género, violencia y derecho*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 27-47.

⁽⁹⁾ Vid. párrafos 36 y 37 de la Declaración y el Programa de Acción de Viena, ubicados en el rótulo dedicado a «La igualdad de condición y los derechos humanos de la mujer», en el marco del vasto epígrafe sobre «Igualdad, dignidad y tolerancia».

Pero este trabajo, apenas si acaba de plantearse en el Derecho¹⁰, y no con pocos esfuerzos, por parte de los movimientos feministas, en su diversidad, ya vengan del ámbito asociativo, académico o institucional, y especialmente por las teóricas feministas del Derecho. Y exige, en una vuelta de tuerca más en esta tarea titánica, romper con una estructura de trabajo primitiva y desfasada, aunque dogmáticamente incorporada, de funcionamiento del fenómeno jurídico, y de los criterios básicos de igualdad —tradicional desde Aristóteles en el pensamiento occidental, y de discriminación¹¹, centrada en un contexto individual, que no estructural y grupal—, que manipula.

De este modo, la respuesta legislativa española —Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género de 28 de diciembre de 2004— resulta rompedora con respecto a la anterior reforma de 2003, al asimilar la violencia de género a una forma de discriminación, resaltando su carácter intergrupal basado en una relación de dominio y subordinación de un género (el masculino) sobre el otro (el femenino). La reacción legislativa sólo puede ir, pues, en la línea de una acción positiva capaz de volatilizar la subordinación estructural, y de conseguir la eliminación de cualquier manifestación de la discriminación en sentido amplio.

La correcta definición y conceptualización de discriminación, visibiliza, además, que es ésta la que genera vulnerabilidad en los seres humanos y no que las mujeres ostenten el título de seres vulnerables. El legislativo actual es consciente de ello, e insiste en diferenciar la violencia doméstica de la violencia de género. Si en la primera se protege la situación objetiva de vulnerabilidad del sujeto pasivo, proveniente de una particular naturaleza de la relación familiar, en la segunda se protege a las mujeres de la situación de discriminación y desigualdad social real existente contra ellas, por el mero hecho de haber nacido mujeres, ya sea en la esfera privada o pública. No podemos, pues, dejar de valorar estos esfuerzos legislativos¹², constatando la complejidad que encierra introducir en el ordenamiento jurídico español este nuevo contenido del principio de igualdad, más allá del tradicional y aristotélico conte-

⁽¹⁰⁾ Vid. GIL RUIZ, J. M., *Las nuevas técnicas legislativas en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

⁽¹¹⁾ Al respecto, remito a los trabajos de BARRÈRE, M. A., no sólo para conocer el origen del Derecho antidiscriminatorio, y los errores conceptuales graves existentes al trasladar la tradición jurídico-política norteamericana a los ordenamientos europeos, sino para entender las limitaciones de los modelos tradicionales de «igualdad de trato y de oportunidades», como válidos para redefinir éste, al no partir del axioma de la subordinación estructural-grupal de las mujeres. En ningún caso puede desconocerse de la autora, su monografía *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.

⁽¹²⁾ La Ley Integral ya ha sido sometida a valoraciones por parte de la experticia. Merece destacarse, entre otros, LAURENZO COPELLO, P. (Coord.), *La violencia de género en la ley. Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010.

nido formal del mismo¹³, y que tantas antipatías¹⁴ ha levantado¹⁵ y está levantando.

Por lo tanto, el paso de la «simple protección jurídica de las víctimas» a la necesidad de combatir y erradicar la violencia de género no es casual ni azarosa, sino que implica romper con la idea de seres vulnerables¹⁶, débiles, necesitados de protección, con el consiguiente tratamiento paternalista de amparo, y remplazarla por el reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres, visibilizando —en caso de desprotección— la incapacidad del Estado de garantizar

(13) De cualquier modo, y precisamente porque el pensamiento jurídico tradicional en España sigue anclado en una noción de igualdad que no entiende como discriminación las formas más modernas de discriminación, como es la discriminación sexual, una discriminación estructural e intergrupala, que supera el marco individual desde el que ha sido tradicionalmente pensada la discriminación, —salvando los recientes (conatos) esfuerzos legislativos en pro de la Igualdad efectiva, a nivel estatal y autonómico—, algunas autoras, como E. Bodelón, se plantean si la Ley Integral consigue desplazar las cuestiones que ya se han demostrado claramente discriminatorias para las mujeres, como el concepto básico liberal de igualdad formal. «En este contexto, —se pronuncia Bodelón— creemos que la ley de violencia de género, es un intento de ampliar la noción misma de igualdad y de desarrollar políticas de derechos para las mujeres, un intento que se está encontrando con las dificultades que surgen de no haber cuestionado en profundidad algunos instrumentos y conceptos jurídicos». Vid. BODELÓN, E., «La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo», en LAURENZO, P., MAQUEDA, M. L. y RUBIO, A. (Coord.), 2008, p. 295.

(14) Al respecto merecen destacarse las doscientas cuestiones de inconstitucionalidad que la Ley Integral ha suscitado, de las cuales sólo 127 fueron aceptadas a trámite por el Tribunal Constitucional. La resolución tardía de las mismas, en 2008, ha generado un reseñable nivel de desconfianza en buena parte de la ciudadanía y en la justicia. Asimismo, la proliferación de cuestiones de inconstitucionalidad ha constatado la llamada «judicialización de la política», pese a la aprobación unánime por todas las fuerzas políticas de la L.O.1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la Violencia de Género. Véase la Sentencia del TC 59/2008, de 14 de mayo de 2008, que desestima la consulta planteada por la jueza n.º 4 de Murcia, la Ilma. María Poza, que cuestionó la nueva redacción del artículo 153.1 del Código Penal, en cuanto agrava la conducta para el hombre maltratador que no para la mujer. Para el Tribunal, las agresiones del varón hacia la mujer «tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras», porque corresponden a «un arraigado tipo de violencia (que es) manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». Esa mayor gravedad exige «una mayor sanción, que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas». Al respecto, véase el análisis realizado por MARÍN LÓPEZ, P., «La constitucionalidad de la respuesta penal de Ley Integral frente a la violencia machista», en *Aequalitas*, n.º 24, enero-junio 2009, pp. 39-49.

(15) Esta polémica se acrecienta en el contexto penal por encontrarnos ante un ámbito esencialmente represivo y punitivo, y no propiamente en un ámbito de garantía de protección de los derechos.

(16) Al respecto, véase PITCH, T., *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003, especialmente el último capítulo.

a éstas el pleno ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, integridad, igualdad, libertad y seguridad.

Del concepto de violencia de género se infiere de manera automática el deber de diligencia del Estado, en tanto que garante del orden y de la paz social, y ello implicaría, como bien reza el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁷, establecer «medidas de protección integral cuya finalidad (sea) prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas».

Si junto a esta acepción de violencia de género en sentido estricto, aportamos un concepto de violencia en sentido amplio, entendiendo por violencia la fuerza que limita o anula el libre ejercicio de la voluntad, limitando la capacidad de realización del ser humano, habrá que plantearse de manera crítica y reflexiva, enfocando a las mujeres y mirando al ámbito laboral —en tanto que nos ocupa—, si se ejerce violencia de género en nuestros días, o si por el contrario, desde lo público se establecen las condiciones necesarias para que la autonomía individual pueda ser ejercida por todas las personas y no sólo por unas pocas. Haciendo mías las palabras de Marcelo Sain, «(s)i en un contexto democrático, el principio de autonomía, tal y como fue definido, configura el eje estructurante de la seguridad pública, la «inseguridad» debe ser entendida como aquellas situaciones en la que ciertos factores políticos y sociales vulneran o cercenan, de alguna manera, aquel principio, esto es, impiden que las personas puedan determinar sus condiciones de vida»¹⁸. Si es cierto que el valor «libertad» es el mínimo de ética pública exigido, el Estado Social y Democrático de Derecho deberá centrar todos sus esfuerzos en asegurar que ésta exista para toda la ciudadanía, sin distinciones ni niveles, y ello activará la exigencia previa de igualdad de autonomía, eliminando todo tipo de discriminación. Y más aún cuando la libertad —en palabras de Stang Dahl— «tiene un sentido y un significado particular para las mujeres, para quienes ésta se configura como libertad de autodeterminación y auto-realización»¹⁹.

Pues bien, si detectamos y aceptamos que hay violencia y, en consecuencia, desprotección de los derechos de más de la mitad de la ciudadanía tendre-

(17) Y en esta misma línea el artículo 1 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género en Andalucía, «Será objeto de esta Ley la adopción de medidas para la erradicación de la violencia de género mediante actuaciones de prevención y protección integral a las mujeres que se encuentren en esa situación, incluidas las acciones de detección, atención y recuperación».

(18) Vid. SAIN, M., «Seguridad pública y derechos humanos», en SORIANO, R., ALARCÓN, C. y MORA, J. (Ed. y Coord.), *Diccionario crítico de los derechos humanos I*, Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, 2000, p. 235.

(19) Vid. DAHL, T.S., «Building Women's Law», *International Journal of the Sociology of Law*, Academic Press, United Kingdom, 1986, p. 244.

mos que retrotraernos a nuestro pasado ilustrado, recordar la máxima recogida en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y admitir que: «*Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución*». Claro que esta referencia histórica nos llevaría a desvelar uno de los secretos mejor guardados —aun hoy— en las escuelas y libros de texto: que la Declaración (francesa, que no universal) de 1789 era, ciertamente, de derechos del hombre y del ciudadano; a saber: del varón, blanco, adulto y propietario, y que no pensaba ni en las mujeres ni en otros excluidos. Urgiría romper el viejo Contrato Social, y firmar uno nuevo, ahora sí inclusivo de todos los seres humanos.

Por lo tanto, reconocer la exclusión de las mujeres del estatus de ciudadana, y detectar las numerosas violencias que padecen éstas tanto en la esfera privada como en la pública, requería una respuesta inmediata del Estado Constitucional que arbitrara medidas concretas de erradicación de las mismas, ahora sí partiendo de las necesidades y prioridades de las mujeres. No olvidemos que apostar en serio por erradicar la Violencia de Género, vincula a los Estados partes —releyendo el artículo 2 de la CEDAW— sin olvidar que en caso de no hacerlo o hacer dejación de ello, la Resolución 45/1994 de la Comisión de los Derechos Humanos asigna —por primera vez— responsabilidades a los Estados por actos de violencia contra las mujeres *ya fuere por acción u omisión*.

2.2. LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO: UNIVERSALIDAD E INTEGRACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Si el reconocimiento expreso de la violencia de género como una forma de discriminación, permite desde el Derecho activar un todo un complejo mecanismo de Derecho antisubdiscriminación (como discriminación estructural grupal), dirigido a minar, a volatilizar las raíces subordinadoras que maniatan el libre desenvolvimiento ciudadano de las mujeres, —también en el ámbito laboral—, no es menos cierto que el compromiso internacional con la transversalidad de género supone una vuelta más de tuerca a este esfuerzo epistemológico jurídico por erradicar las violencias de género, se realicen en la esfera privada o en la pública, como sería en los casos de acoso sexual y acoso sexista —moral por razón de sexo—, que nos ocupa. No en vano, si la inclusión expresa de la violencia contra la mujer entre las formas de discriminación, permite convulsionar la construcción clásica de la discriminación; la apuesta por la transversalidad de género —como corriente principal— compromete en esta tarea a todos los Poderes Públicos y a todas las ramas del Derecho.

En este sentido, hablar hoy de Igualdad con mayúsculas exige conocer y manejar con rigor el concepto de transversalidad, o mejor dicho, la correcta transposición del principio de *gender mainstreaming* a las legislaciones nacionales²⁰, por sus importantes repercusiones sociales, jurídicas y políticas en la ciudadanía. Sin duda, el principio de transversalidad de género parte del compromiso de la comunidad internacional para lograr la igualdad entre los géneros, así como el desarrollo y la paz para todas las mujeres. Sus precedentes internacionales inmediatos son de sobra conocidos: la Conferencia Mundial de las Mujeres en Nairobi en 1985, la propuesta de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de las Mujeres de Naciones Unidas en 1987, o a nivel europeo, el III Programa de Acción Comunitaria en materia de Igualdad de Oportunidades (1991-1995).

Pero sin duda, es la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing, en 1995, la que renueva el compromiso con la igualdad y proclama la transversalidad y el triunfo de lo que podríamos calificar «Feminismo de Estado». En la Declaración de Beijing, los Gobiernos participantes adoptaron y se comprometieron «a aplicar la siguiente Plataforma para la Acción, garantizando que en todas nuestras políticas y programas quede reflejada la perspectiva de género» e invita a todos los gobiernos y a los demás agentes a «integrar la perspectiva de género (*gender mainstreaming*)—como corriente principal— en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos²¹, con el objetivo de analizar sus posibles consecuencias para las mujeres y los hombres, respectivamente, antes de tomar decisiones vinculantes. Posteriormente, este compromiso ha sido reconfirmado en numerosas ocasiones, persiguiendo y analizando los mecanismos para incrementar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento del mandato que figura en la Plataforma de Acción.

Ya no hablamos pues, de un principio de igualdad limitado, que parte de una visión sectorial del mismo, esto es, en relación a sí mismo, sino desde una visión más compleja y rica, desde una dimensión universal, que pone el principio en relación con el resto de las normas jurídicas. Para ser más exactos, a partir de ahora el Derecho no se sustentará en una Razón Universal (neutra respecto al sexo-género), sino que responde a una manifestación de Poder (patriarcal, según la lógica de la Teoría Crítica Feminista del Derecho). De este modo, no bastará con equiparar los derechos de mujeres y hombres, ni la

⁽²⁰⁾ Vid. GIL RUIZ, J.M., «El derecho Internacional de los derechos humanos y su apertura al principio del *gender mainstreaming*: el caso español», *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de La Puebla*, vol. 5, n.º 28, México, 2011, pp. 243-277.

⁽²¹⁾ La Declaración de Beijing y Plataforma para la Acción, elaboradas en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995), se han publicado en la Serie Documentos del Instituto de la Mujer, 1996.

solución a tanta desigualdad descansa en leyes de igualdad sectoriales, incapaces de desactivar el componente masculino del Derecho. Se pretende integrar la dimensión de la igualdad en la elaboración y en la aplicación de la totalidad de las normas jurídicas y de las políticas públicas, es decir, apostar por el principio de transversalidad de la dimensión de género.

Europa no ha quedado al margen de este compromiso con la igualdad efectiva inter-géneros pasando a formar parte de una de las prioridades de su agenda política. No en vano, se trata de «un principio firme y creciente, en el seno de la Unión Europea. En efecto, ha sido reconocido por el art. 3 del Tratado de Ámsterdam, que ha incluido, como de una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de Políticas Europeas, la promoción de la Igualdad de mujeres y hombres en todas las políticas y la eliminación de las discriminaciones. Se incluye como objetivo de la Unión, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres (hasta el punto de condicionar) el conjunto de las Políticas Comunitarias al objetivo de la consecución de esa igualdad»²². De este modo, el fin de la igualdad no se alcanza a través de una o varias acciones específicas, sino integrándolo en todas las acciones.

El artículo 3.2 del Tratado de Ámsterdam explicita claramente el objetivo de la Unión Europea: «En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad». El reciente Tratado de Lisboa se pronuncia en idénticos términos en su artículo 8: «En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad».

En este sentido, «la Comisión de la Unión Europea ante la constatación de que decisiones políticas que, en principio, parecen no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara, aprobó (en 1996) una Comunicación²³ sobre la transversalidad *mainstreaming*—introduciéndola en el Tratado de Ámsterdam (1997)— como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias y elaboró una *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género*²⁴ diseñada para proyectarse en el seno de la

(22) Vid. REY MARTÍNEZ, F., «Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 14, 2.º semestre 2004, pp. 500-523.

(23) Comunicación «Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias», COM (96) 67 final, de 21 de febrero de 1996.

(24) *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género*, de la Comisión Europea, 1998.

Comisión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias»²⁵.

De este modo, y como complemento a los objetivos de la acción comunitaria prevista para la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, merece destacarse la aprobación de la Decisión del Consejo²⁶ 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria (V Programa Marco) sobre la estrategia (COM 2000, 335 final) que debe seguirse en materia de igualdad de mujeres y hombres (2001-2005), sustentándose en los principios derivados de la transversalidad y en la Hoja de ruta para la igualdad entre hombres y mujeres 2006-2010. Este Programa Marco, de enfoque dual, «es uno de los instrumentos necesarios para la puesta en práctica de la estrategia global comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres, que abarca todas las políticas y todas las acciones comunitarias encaminadas a alcanzar dicha igualdad, incluidas las políticas de integración de la igualdad de los sexos y las acciones específicas dirigidas a las mujeres», y destaca por conceder un especial protagonismo a la evaluación del impacto de género en todos los ámbitos de intervención (vida económica, social, política, vida civil, roles y estereotipos,...) que tengan repercusiones directas o indirectas en las mujeres o en los hombres, «como una de las acciones a emprender para el logro de los objetivos mencionados en el referido programa»²⁷. Ello explica el sentido de la transversalidad y exige que «en el diseño y aplicación de todas las políticas hay(a) que tener en cuenta las preocupaciones, las necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres»²⁸.

(25) Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

(26) No obstante, el principio de transversalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario se consolida en la Decisión del Consejo 95/593/CEE, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000).

(27) Decisión del Consejo 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000, relativa a un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005). El texto de la Decisión del Consejo se transcribe literalmente en la Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración de impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. BOE n.º 246, de 14 de octubre de 2003, pp. 36770-1.

(28) Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a una Estrategia Marco Comunitaria sobre igualdad de hombres y mujeres (2001-2005).

Y esto es así, porque de sobra es conocido que el modelo de políticas públicas existente en el mundo, y por supuesto en Europa, no ha sido pensado con la idea de garantizar la equidad de género. Por el contrario, las mujeres acceden en menor medida que los varones a la educación. De hecho, más de dos tercios de las personas analfabetas del planeta son mujeres. Asimismo, las personas son titulares de importantes derechos sociales en función de su posición en el mercado de trabajo, y ello implica —en tanto que la vinculación de las mujeres es menor y sus condiciones de precariedad son mayores que la de los compañeros varones—, una penalización, o mejor dicho, una *discriminación* en el acceso a los derechos sociales derivados del empleo, como las pensiones de jubilación, entre otros.

El legislativo español, en esta línea de trabajo e impulsado por las demandas internacionales (Beijing, 1995) y europeas (Tratado de Ámsterdam y Tratado de Lisboa), ha apostado recientemente, por un nuevo *Derecho antisubordinación* que debe incorporar la perspectiva de género, de manera transversal y principal. Esta integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la totalidad de los procesos normativos —elaboración, interpretación y aplicación— de la totalidad de las normas y en la totalidad de las políticas públicas —se manifiesten a través de normas o de actos administrativos no normativos—, se denomina transversalidad, traducción del neologismo inglés *gender mainstreaming*.

Sin duda, el artículo 2.k) de la Ley Integral²⁹, y con mayor amplitud, el artículo 15 de la Ley de Igualdad, han supuesto la consagración expresa del principio de transversalidad, con la asunción lógica de todas sus consecuencias: la universalidad de la Igualdad y la integración de la dimensión de género.

En cuanto a la primera, la Universalidad de la Igualdad, hablamos en una doble dimensión, a cual más importante. Por una parte, la universalidad subjetiva, se dirige y *afecta a todos los Poderes Públicos*. El arriba citado artículo 15 de la Ley de Igualdad establece la vinculación transversal de la igualdad «en la actuación de todos los Poderes Públicos» y esta universalidad subjetiva la ratificará su carácter de norma básica, tal y como se recoge en la Disposición adicional 1.^a de la Ley.

Por otra parte, la universalidad objetiva, reatraviesa *a todas las Ramas del Ordenamiento Jurídico*. La universalidad objetiva se contemplará, siguiendo la lectura del artículo 15 de la Ley de Igualdad, no sólo cuando alude a la «adopción y ejecución de sus disposiciones normativas», sino a «la definición y pre-

⁽²⁹⁾ Artículo 2.k) de la L.O.1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sobre *Principios rectores* de la Ley: «Garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tenga en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género».

supuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y (al) desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

En cuanto a la segunda, la integración de la dimensión de género, en el proceso de elaboración de normas legislativas a propuesta del Gobierno, se modifica el apartado 2 de artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de que «el procedimiento de elaboración de anteproyectos de Ley (...) se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que irá acompañado por (...) un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo». En este mismo sentido, y en cuanto a la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración de normas reglamentarias emanadas del Gobierno, se añade un párrafo 1.b) del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, afirmando que «en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo». Posteriormente, la Ley de Igualdad de 2007, en su artículo 19, ampliará tal exigencia a «los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros».

Ahora bien, la transversalidad de género en su doble dimensión —subjetiva y objetiva—, sin duda, está más que presente en la Exposición de Motivos de la Ley de Igualdad: «De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto». Asimismo, «la complejidad que deriva del alcance horizontal del principio de igualdad se expresa también en la estructura de la Ley. (...) De este modo, la Ley nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres». Y dicha vocación pasa por *integrar el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas*; a saber: el artículo 4 de la Ley de Igualdad eleva «la Igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (a) principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Aquí se aplica la eficacia característica de los principios generales del Derecho según el artículo 1.4. del Código Civil.

La consecuencia directa del artículo 4 de la Ley de Igualdad sobre la tarea de interpretación y aplicación de las normas derivada de la integración de la dimensión de género en la elaboración normativa, sin duda, descansa en la asunción de la transversalidad como finalidad buscada, no sólo por una, sino por todas las normas del ordenamiento jurídico que, deben ser aplicadas, sin distinción alguna, con perspectiva de género. El impacto directo sobre los criterios de interpretación recogidos en el artículo 3.1. del Código Civil, repercute como si fuera un toque de billar preciso, meditado y certero. Los criterios

«antecedentes...legislativos» (en caso de existir Informes de Evaluación de Impacto de Género); el teleológico (en tanto que el espíritu y la finalidad buscada es la Igualdad efectiva) y el sistemático (en tanto que reatraviesa todo el sistema jurídico), conducen irreductiblemente a que la totalidad del ordenamiento jurídico aparezca impregnado de la igualdad de los sexos. O dicho de otro modo, «todas y cada una de las normas jurídicas —no sólo las tradicionales normas antidiscriminatorias, es decir las leyes de igualdad clásicas— se convertirán —y justamente aquí se encuentra la esencia de la ley de igualdad moderna— en mecanismo de consecución de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. Y es que no en vano la universalidad objetiva es exigencia de transversalidad»³⁰.

Ello significa un mandato directo y una consigna legal clara dirigida, muy especialmente, a los órganos judiciales quienes deben someterse al Imperio de la Ley (artículo 117.1 de la Constitución y artículo 1 de la LOPJ), y especialmente a la Constitución, aplicando las leyes y reglamentos conforme a la Constitución, inaplicando los contrarios a ésta, y garantizando la tutela de los derechos e intereses legítimos, en particular los derechos fundamentales (artículos 5, 6 y 7 de la LOPJ). Todo ello deberá ser tenido muy en cuenta, cuando analicemos la actuación del Poder Judicial en supuestos de acoso sexual y acoso —moral— por razón de sexo y la aplicación de lo dispuesto al respecto en la Ley de Igualdad, ya que la actividad judicial deberá, no sólo examinar lo asépticamente jurídico, sino el resultado de la aplicación sobre la realidad del género para erradicar los estereotipos que —estructuralmente— constriñen la libertad (sexual), la igualdad y la seguridad de las mujeres. Una aplicación «automática y aséptica» del Derecho sin la correcta y obligada transversalidad de género, supondrá otra forma de infligir violencia de género, esta vez de manos del Poder del Estado³¹. Ello obliga al operador último del Derecho a entender por qué existe el acoso sexual y el acoso por razón de sexo; cómo se sienten las mujeres que lo sufren y padecen; secuelas de la violencia sexual y sexista en el trabajo; sin olvidarnos de la incompreensión de una sociedad que ha normalizado, en parte, el uso de la misma.

⁽³⁰⁾ LOUSADA AROCHENA, J. F., «El principio de Igualdad entre Mujeres y Hombres en la legislación española». Conferencia impartida en la Facultad de Derecho de Granada, el 10 de octubre de 2011, en el marco de las Jornadas «El lenguaje sexista en el Derecho», organizadas por la Profa. Juana María Gil Ruiz. Accesible en http://www.ugr.es/~filode/Articulo_Lousada_Arochena.pdf.

⁽³¹⁾ Reparemos que la Constitución sólo califica como Poder al Poder Judicial, en su Título VI, frente al Legislativo y al Ejecutivo.

3. EL ACOSO POR RAZÓN DE GÉNERO Y LA OPRESIÓN EN LA SOCIEDAD ACTUAL

Para comprender por qué existe el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, debemos detenemos en cómo funciona el poder en las relaciones sociales hoy, y más concretamente en los sistemas de dominio y opresión. La mayor parte de los obstáculos que hoy encuentran las mujeres y los hombres en el ejercicio y disfrute de sus derechos vienen impuestos por los formalmente iguales. A diferencia del pasado, hoy las luchas por la emancipación humana, en el marco de las sociedades democráticas, se centran en las relaciones cotidianas a través de las cuales se desenvuelve la vida y se usan los derechos. Se trata de unas relaciones marcadas por el dominio sexuado que impone el orden patriarcal vigente en la sociedad. Son estas estructuras de poder, que los individuos —mujeres y hombres— reproducen y mantienen a través de sus prácticas conscientes e inconscientes, las que explican la existencia del acoso sexual y por razón de sexo y su funcionalidad social, a pesar de estar prohibido y sancionado legalmente. La discriminación que representa el acoso sexual cobra sentido en el marco del sistema sexo/género sobre el que se asientan las estructuras y relaciones sociales y en torno al cual se despliega el conjunto metaestable de prácticas individuales y colectivas, que la mayor parte de las personas no identifica como opresivo, aunque lo es, al haberlas interiorizado como normales.

El acoso sexual no puede ser comprendido al margen de la violencia estructural o al margen de la existencia de grupos sociales oprimidos, al que pertenecen las mujeres. En primer lugar hay que decir que la opresión o la discriminación es «una condición de grupos», es decir, que existen relaciones de opresión y de dominio porque existen en las sociedades grupos sociales oprimidos o subordinados³², lo cual nos exige modificar nuestra representación atomizada de la sociedad —sociedad como suma de individuos—, para ver en ella grupos sociales que interactúan y se relacionan entre sí en el marco de múltiples instituciones y estructuras. Esto nos exige pues comprender qué es un grupo social y que influencia tiene en las mujeres y hombres. Los grupos sociales son expresiones de las relaciones sociales, un grupo existe en tanto está en relación con otro³³. Pero no todas las agrupaciones de personas son grupos sociales, sólo lo son las que comparten historia, prácticas y sentido de la vida. En este sentido es un grupo social, el de personas trabajadoras, frente a las y los empresarios o capitalistas; y las mujeres respecto a los hombres.

⁽³²⁾ YOUNG, I.M., *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, 2000, p. 73.

⁽³³⁾ *Ibidem*, p. 77.

Como muy bien aclara Barrère y Morondo³⁴, no todos los grupos están oprimidos, ni se tiene una naturaleza común compartida por el hecho de pertenecer a un grupo social, puesto que al ser el grupo social expresión de una relación social, está continuamente en proceso de ajuste. Por este motivo aclarábamos que el grupo social refleja un sistema meta-estable de prácticas y significados. Al existir el grupo social en relación con otro grupo social, dependiendo de la tensión que exista en ellos, los elementos que conforman a cada grupo se reforzarán, haciéndose más rígidos y dogmáticos, o por el contrario más flexibles y aparentemente no dogmáticos.

Al respecto, Iris Marion Young, al describir las cinco caras de la opresión, elementos que ayudan a identificar a los grupos sociales oprimidos, asevera que no existe una discriminación más importante o más grave que otra, afirmación que no compartimos. Sí existe una discriminación cualitativa y cuantitativamente mayor, y esta es, entendemos, la discriminación contra las mujeres. Y esto es así porque conforma la base discriminatoria sobre la que se asientan los otros tipos de discriminación. Estas precisiones, sin duda, no son menores, en tanto que el abordaje jurídico y jurisdiccional depende de ellas.

Cuando los tribunales de justicia o la inspección de trabajo, o los propios prácticos del Derecho se enfrentan a situaciones de acoso, se enfrentan a un caso particular, a una relación muy concreta, que tratan de calificar conforme a Derecho y para ello proceden a un trabajo previo de delimitación conceptual con respecto a otras situaciones conflictivas en el trabajo. Es aquí donde la o el profesional del Derecho ha de conocer la naturaleza de la discriminación y aplicar el concepto técnico de discriminación jurídica, para establecer si existe o no una situación de acoso discriminatorio o laboral o meramente una situación de conflicto laboral. Esto nos obligaría a las siguientes precisiones conceptuales:

1. Delimitar el acoso, y distinguirlo de lo que es meramente un conflicto laboral.
2. Aclarar si en el acoso siempre existe una situación de opresión o no.

Si la respuesta es negativa, a la segunda cuestión, hablaríamos de una relación entre individuos pertenecientes al mismo grupo social; y en el caso de ser la respuesta positiva, estaríamos hablando de conflicto entre individuos pertenecientes a grupos sociales distintos. Esto es, de un conflicto grupal, aunque el conflicto tenga, a primera vista, la imagen de un conflicto entre individuos.

⁽³⁴⁾ BARRÈRE, M. A., MORONDO, D., «Subordinación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45, Granada, 2011.

3. Diferenciar el acoso no discriminatorio, del acoso que sí lo es; a saber: acoso sexual, acoso moral por razón de sexo o acoso por otro tipo de causa enunciadas en el art. 14 de la Constitución Española (raza, religión, edad, etc.) o por la jurisprudencia constitucional, como es la identidad sexual.
4. Establecer las características que presenta el acoso sexual y por razón de sexo con respecto a las otras tipologías de acoso discriminatorio.

La falta de precisión conceptual respecto a todas estas cuestiones ha ocasionado múltiples problemas de calificación jurídica y una intervención sobre el acoso sexual poco adecuada. Una adecuada actuación jurídica dependerá de llevar a cabo una investigación por parte de todas las personas que intervienen en el proceso, para esclarecer y detectar todos esos aspectos. De ahí que sea necesaria la formación en derecho discriminatorio y en opresión social de los y las profesionales de la psicología, la psiquiatría o sanidad, que más tarde serán quienes elaboren los informes periciales. No puede ignorarse por ningún/a profesional que intervenga en materia de acoso discriminatorio las manifestaciones o aspectos que presenta la opresión —explotación, marginación, exclusión del poder violencia, imperialismo cultural—, pero tampoco la significación que a dichas caras de la opresión otorgan las estructuras, ejes y categorías de la misma³⁵. Porque, ¿cómo definir a los grupos sociales oprimidos ignorando la causa de esa opresión y la especificidad que la misma aporta al fenómeno general? Para Barrère y Morondo no cabe comprender la opresión si se ignora el eje, estructura o categoría que la articula.

Criticán estas autoras a Young en su esfuerzo por situar a toda opresión bajo el mismo concepto, sin reconocer la especificidad de los diferentes grupos sociales oprimidos. Partir «de las caras de la opresión en lugar de hacerlo de las estructuras/ejes/o categorías que la generan, desdibuja una idea importante, como es la de que no todos los sistemas de opresión resultan igualmente estructurantes, tanto en lo que respecta a los ámbitos de lo social (política, familia, trabajo, educación, sexualidad, etc.), como a su universalidad (en su extensión a personas, sociedades o países a escala mundial)»³⁶.

Por consiguiente, clarificar las diferentes tipologías de acoso es importante para la intervención. Esto no significa, y la práctica así lo desvelará, que las categorías construidas a partir del establecimiento de los distintos tipos de acoso sean compartimentos estanco, sin embargo es imprescindible su construcción para delimitar situaciones y regularlas conforme a su especificidad. Por este motivo, aunque el trabajo se centra en el sistema de opresión sexo/

⁽³⁵⁾ *Ibidem*.

⁽³⁶⁾ *Ibidem*.

género, será necesario detenernos también en otros tipos de opresión, especialmente en aquellos ámbitos jurisdiccionales, como es el ámbito contencioso administrativo, en los que parece que no existe la opresión sexo/género, o al menos se oculta por las víctimas, bien porque no sean conscientes de este tipo de opresión o bien porque lo eluden de forma consciente, ante lo embarazoso de tener que relatar ciertos hechos.

Todo lo expuesto, nos permite afirmar que no sólo las y los profesiones del Derecho deben estudiar los aspectos psicológicos o sanitarios del acoso, para comprender este fenómeno socio-laboral, cultural y sanitario y actuar en consecuencia; también los equipos profesionales que emiten un informe pericial sobre la salud física y mental de la persona acosada debe conocer la naturaleza social y discriminatoria que tienen ciertos tipos de acoso, en atención a ciertas categorías, ejes o estructuras de opresión. Si se desconoce cómo funciona la opresión en los individuos pertenecientes a grupos sociales oprimidos, se calificará de forma incorrecta ciertas reacciones o decisiones de las víctimas de acoso discriminatorio, reflejando en el informe de forma inadecuada algunos aspectos importantes o bien ignorando otros datos relevantes para la calificación jurídica. No debe olvidarse que el informe pericial ha de recoger todos aquellos aspectos médicos y psicológicos que son relevantes para la calificación jurídica, y no meramente un diagnóstico médico o psicológico. Este esfuerzo intelectual y técnico resulta prescriptivo para la elaboración de un correcto peritaje.

3.1. LAS IDENTIDADES INDIVIDUALES Y EL VALOR DEL GRUPO SOCIAL DE REFERENCIA

Pero determinar el nivel de impacto que el acoso sexual y por razón de sexo produce en las víctimas y en las mujeres como grupo social, es obligado detenerse en el análisis de las identidades individuales, especialmente en cómo se construyen en las sociedades actuales las femeninas.

La identidad individual está determinada por los grupos sociales de referencia, en este sentido, el grupo de los iguales que representan las y los compañeros y jefas y jefes en el trabajo tiene un impacto privilegiado en la percepción que el sujeto tiene de sí mismo y de las relaciones con los iguales y superiores. A través del trabajo el ser humano expresa su potencialidad y desarrolla su capacidad y personalidad. Cuando estas expectativas de desarrollo y de reconocimiento son frustradas u obstaculizadas, como ocurre en el acoso sexual y por razón de sexo, la identidad de la persona se ve gravemente afectada, así como su autoestima, pero a través de ella también el grupo al que pertenece.

En ocasiones, a la sociedad le resulta difícil comprender el grave daño individual y social que el acoso sexual y por razón de sexo genera. Cuando esto

ocurre, es porque los hechos relatados se comprenden como hechos inconexos, que tan sólo responden a puntuales conflictos o a tensiones personales en un momento determinado, y sin mayor relevancia a nivel social. Los conflictos siempre existen, y además se producen en todas las organizaciones y relaciones humanas, se comenta. Es este proceso de minimización del dominio y del control lo que lleva a pensar que quizá la persona que dice estar siendo sometida a una situación de acoso, lo que hace es sobrevalorar ciertos comentarios inapropiados y asignarles una intencionalidad que no tienen. Las mujeres les dan demasiadas vueltas a las cosas, es el comentario empleado para restar valor y credibilidad a la opinión de las mujeres. Es este enfoque de minimización de la violencia en el trabajo, el que convierte a la víctima en el centro de la observación y del interés de todos, tratando de descubrir qué es lo que le pasa o falla en ella. Para encontrar la falla presupuesta se investiga su vida, sus relaciones y sus problemas médicos, con el fin de hallar algo en su carácter o en sus dificultades para afrontar con normalidad los conflictos y tensiones que explique el sin sentido de su valoración de los hechos. «No estaba bien», «se hallaba deprimida», «tiene problemas en casa», «ya en otros momentos sufrió crisis de ansiedad o depresión», son algunas de las expresiones utilizadas por compañeras/os o jefas/es de la persona acosada, cuando son preguntados sobre la situación que ésta padece. Incluso, en lo que al ámbito judicial se refiere, hemos encontrado alguna sentencia donde sorprendentemente el tribunal responsabiliza a la víctima de acoso, por su falta de diligencia laboral al no haber querido realizar un curso de formación en informática.

Si la identidad es un sentido socializado de la individualidad, una organización interna de autopercepción del sujeto con las relaciones y las categorías sociales; y si la identidad individual de las mujeres ha sido construida a partir de la interconexión constante con las otras y otros, e incorpora las visiones que las demás personas tienen sobre la mujer y las formas en que se relacionan con ella, no es difícil deducir, a la luz de todo lo expuesto hasta el momento, que la identidad de las mujeres está sometida a un permanente proceso de devaluación.

La naturaleza relacional que posee la identidad la hace depender de los compromisos y de los significados sociales. Por mucho esfuerzo que el individuo —mujer u hombre— realice para construir su identidad con autonomía, de forma incontaminada, en el sentido de no dependiente de la mirada y el valor que las y los otros proyectan, éste será un proyecto inútil. Es más, en las actuales sociedades de la información, la presión social sobre la identidad y la imagen es aún mayor de la que existía en el pasado. Prueba de ello es la necesidad que hoy sienten las mujeres y hombres de proyectar a través de las redes sociales nuevos roles o caracteres a través de los cuales tratan o creen poder construir ese yo incontaminado y más propio que anhelan o desean ser.

Aunque la conexión identidad/ trabajo, en la actualidad ha variado con respecto al pasado, así como es diferente en mujeres y hombres³⁷, continúa siendo el trabajo un factor determinante en la identidad y en la autoestima de las personas. Haremos algunas reflexiones generales sobre estos aspectos, que nos ayudaran a comprender la relevancia del contexto laboral en la identidad y dignidad de las mujeres y el impacto negativo que el acoso sexual y por razón de sexo, así como las malas relaciones de trabajo tienen sobre su identidad y autoestima.

Los prejuicios y los estereotipos sexistas y la discriminación por razón de sexo que subyacen en el ámbito laboral, no pueden ser comprendidos si se tiene una imagen individualista de la sociedad. Las relaciones de dominio y de opresión que la discriminación contra las mujeres muestra no pueden afrontarse sin tomar en consideración las identificaciones grupales. Por consiguiente, la lucha contra la discriminación no resultará eficaz ignorando la existencia de grupos sociales oprimidos o subordinados³⁸, a pesar de las leyes de igualdad.

Aunque en las sociedades modernas se declara el debilitamiento de los vínculos estrechos y de las identidades adscritas, éstas existen y las diferencias grupales siguen estando muy presentes tal y como lo demuestran las situaciones de discriminación. Se trata de una discriminación, en ocasiones, múltiple³⁹ porque en las sociedades complejas, como es el caso de la sociedad española, las personas tienen identificaciones grupales múltiples, lo que explica el carácter heterogéneo que tienen las identidades individuales.

El hecho de que las normas sociales y las leyes españolas expresen hoy un compromiso fuerte con la igualdad, no erradica el sexismo que aún perdura en las estructuras profundas de las relaciones sociales. Por este motivo es posible sostener que en la sociedad española las ideologías sobre la inferioridad natural de las mujeres y la dominación de los hombres sobre las mujeres tienen influencia, aunque la mayoría de la ciudadanía crea que tales ideologías han sido ya desterradas.

Si tomamos la teoría de la subjetividad a tres niveles de A. Giddens para comprender cómo penetran estas creencias en las relaciones sociales y cómo

⁽³⁷⁾ Estas diferencias se observan muy bien cuando las mujeres y los hombres pierden el trabajo. Las mujeres concentran toda su energía e identidad en la familia, los hombres sienten debilitado su valor profesional y familiar. Incluso cuando para ambos el trabajo es muy importante para su autoestima, la pérdida de él produce reacciones diferentes. Algunas películas y series de televisión han descrito muy bien estos sentimientos dispares. Entre ellas cabe destacar: *Los lunes al Sol*, *Mujeres de Manhattan*, *Mad Men*.

⁽³⁸⁾ YOUNG, I.M., 2000, pp. 83-84.

⁽³⁹⁾ La discriminación múltiple ha sido recogida y definida en el artículo 7 del malogrado Anteproyecto de Ley Integral para la igualdad de trato y la no discriminación, 2010.

se producen, se constatará que éstas penetran a través de la conciencia práctica. La acción y la interacción humanas implican una conciencia discursiva, una conciencia práctica y un sistema básico de seguridad, que facilitan y hacen posible la comunicación y la interacción. La conciencia discursiva se refiere a aquellos aspectos de la acción y la situación que han sido verbalizados en fórmulas verbales explícitas o son fácilmente traducibles a formas verbales. La conciencia práctica se refiere a aquellos aspectos de la acción y la situación que conllevan un control reflexivo, a menudo, complejo del cuerpo del sujeto, con los cuerpos de los otros sujetos y el entorno, que está al margen de la conciencia de los sujetos, no siendo centro de atención discursiva. La conciencia práctica representa al conocimiento presupuesto, rutinario y habitual, que capacita a la persona para la acción directamente intencionada y focalizada. Cuando el sexismo es inconsciente, es alimentado desde la conciencia práctica y el sistema básico de seguridad. En las sociedades como la española en la que se apuesta por la igualdad de trato y la no discriminación, el sexismo está presente sobre todo en las reacciones inconscientes, aunque sabemos que los individuos pueden realizar prácticas sexistas tanto conscientes como inconscientes. Lo que generan las prácticas inconscientes cotidianas, individuales y sociales, son sentimientos de menosprecio, desconfianza y en algunas situaciones graves, de misoginia, hacia las personas que pertenecen a los grupos devaluados socialmente. En las prácticas inconscientes, estos sentimientos no son percibidos por quienes exhiben una conducta discriminatoria.

La devaluación que sufren las personas pertenecientes a los grupos sociales subordinados se ejerce tanto dudando de su capacidad moral como intelectual. Y en este proceso de menosprecio interactúa, en el ámbito del trabajo, tanto el modelo de profesionalidad como la semiótica.

La profesionalidad ligada a la respetabilidad, tan importante en el mundo del trabajo, se une una idea concreta de orden. Un orden en el que no se expresan los deseos, en el que no cabe la espontaneidad, en el que el control y los límites a la conducta y a la postura corporal son constantes. Esto significa que se ha impuesto un modelo de respetabilidad social ligado al decoro y a la imagen. Pero no sólo la persona está sometida a control, también lo está el lenguaje que emplea. Aunque se podrían poner numerosos ejemplos de comportamientos corporales o lingüísticos negativos, cabe con carácter general afirmar que el correcto comportamiento corporal y lingüístico está ligado a la decencia, la contención y a la limpieza⁴⁰.

Si recordamos lo expuesto al inicio, las mujeres originariamente fueron identificadas con la corporalidad y la sexualidad y los hombres con la razón, el control y el dominio. Aunque estas representaciones se han modificado

⁽⁴⁰⁾ YOUNG, I.M., 2000, p. 231.

lógicamente, los cambios no han logrado desterrar de la identidad femenina el estereotipo sexual y corporal. Basta poner como ejemplo la publicidad, para comprobar hasta qué punto la valoración social de las mujeres continúa estando estrechamente ligada a su belleza e imagen; y los actuales neomitos machistas y sexistas que reproducen una imagen malvada y vengativa de las mujeres frente a los hombres, legitima la duda y el cuestionamiento de su palabra y, por tanto, la veracidad de sus denuncias. Las dicotomías claras entre cuerpo/razón, control/sexualidad, disciplina/afectividad, se desdibujan hoy o al menos no se construyen tanto a partir de los grupos de referencia; pero es porque hoy conviven junto a una nueva estratificación social basada en: la profesionalidad, la calidad de la persona trabajadora, la experticia.

Cuando a la persona profesional se le pide que elimine cualquier rasgo de expresividad, las mujeres tienen serios problemas para satisfacer esta exigencia. No porque no puedan reprimir sus emociones u ocultar su corporalidad, sino porque cuando lo hacen este esfuerzo es sancionado, al considerarlas extrañas o poco femeninas, y cuando no realizan este travestismo y defienden su feminidad, son criticadas como no profesionales. En resumen, con base en estas exigencias y sin erradicar los prejuicios es imposible que la mujer satisfaga el ideal de profesional que se propone. Es esta tensión entre la realidad y el prejuicio lo que obliga a las mujeres a tener que probar de forma continua su respetabilidad y profesionalidad, pero también la que explica el cuestionamiento que subyace siempre a la valoración sobre ellas.

Decíamos que el control de profesionalidad pesa sobre la corporalidad y la expresión, por consiguiente, la opresión contra las mujeres está estructurada por reacciones de aversión que se encuentra también en el lenguaje. Las lingüistas feministas se ocuparon de esta cuestión y diferenciaron entre el simbolismo —capacidad de dar significado, para hacer que en el lenguaje un elemento ocupe el lugar de otro que está ausente, la posibilidad de representación, sentido o lógica—, y la semiótica —el aspecto heterogéneo, corporal o material del discurso: los gestos, el tono, la disposición de las palabras—. Esto implica reconocer que todo sujeto hablante, por más racional o profesional que trate de ser, siempre lleva esta sombra de la semiótica. Su cuerpo le acompañará siempre en el habla, no hay habla sin corporalidad. Por consiguiente, si las mujeres son percibidas ante todo como un cuerpo, un cuerpo sexuado, y cuando hablan la semiótica determina los significados y el sentido de su discurso, su profesionalidad se verá siempre contaminada. Esto produce en las mujeres perplejidad, no entienden qué ha podido impedir la correcta expresión de sus ideas o criterios, y en los hombres ambigüedad, entre lo que sienten y lo que pueden expresar.

Si la corrección corporal determina la profesionalidad, la estética corporal determinará parte de la percepción laboral que los demás tienen sobre las

mujeres. Las mujeres pueden ser criticadas en el trabajo y cuestionada su profesionalidad, tanto por ser feas como bellas, quedando atrapadas en un círculo irracional del que no pueden salir.

Al presentarse la opresión sexual en el trabajo en España en el discurso informal, no reflexivo, en las prácticas convencionales, en la comunicación y en las valoraciones personales, ésta se ignora hasta el punto de haberse obviado incluso su tratamiento en los estudios sobre igualdad. Esto explica por qué el poder judicial desconoce la relevancia de estos elementos cuando califica los hechos y las actitudes que le llevan a evaluar una situación como acoso o no. Pero al ignorar la opresión que subyace en el discurso informal y no reflexivo de las y los sujetos se corre el riesgo de invisibilizar, o incluso peor, excusar ciertas formas de opresión. En esta línea Charles Lawrence (1986), afirma respecto al Derecho: el modelo intencional de culpa o responsabilidad que hoy impera en el Derecho es demasiado restringido y debería ser ampliado para incluir acciones y políticas cuyo significado social las asocie a la raza, —nosotras añadiríamos al sexo— aun cuando la raza —o el sexo— no sean lo que tienen en mente las y los sujetos cuando actúan. Esto implica entender que los actos discriminatorios pueden ser conscientes o inconscientes.

Ahora bien, esto abre otra cuestión de interés. Si las acciones inconscientes y no deliberadas deben estar sometidas a consideración moral y jurídica y formar parte de la calificación sobre la existencia o inexistencia de acoso, ¿cómo valorarlas con respecto a las conscientes para determinar la responsabilidad? Entendemos que las personas son responsables de sus actos discriminatorios, puesto que si bien no son conscientes del daño que su actuación produce, deberían serlo, sobre todo en sociedades que propugnan y defienden la igualdad entre todas las personas.

Se tiende a excusar a quienes adoptan actitudes sexistas cuando no son conscientes de ellas, también se exime de responsabilidad a quienes adoptan una actitud sexista en una sociedad que lo es. Desde el punto de vista jurídico es preciso distinguir entre culpabilidad y responsabilidad⁴¹. Aún cuando se haya afirmado que en la sociedad española existen relaciones de opresión sexual en el trabajo, esto no exime a la Administración o al empresariado de responsabilidad por actitudes sexistas que potencian o excusan malas relaciones de trabajo que pueden generar en acoso colectivo o favorecer el acoso individual. Si la Administración y las empresas, así como las directivas/ directivos y el personal en general son responsables de sus acciones y decisiones, los tribunales de justicia deben llamar la atención sobre los daños derivados de las mismas y repararlos. En resumen, se discrimina y se genera violencia de género también por omisión.

(41) YOUNG, I., Responsabilidad por la justicia, ed. Morata, Madrid, 2011.

Los tribunales de justicia, como guardianes de la misma, están obligados a implicarse en las relaciones laborales y en los procesos empresariales que sustentan o provocan la opresión por razón de sexo, influyendo en la organización y prácticas empresariales. La cultura empresarial es una práctica social y está sujeta a la elección social. Por este motivo, en ocasiones las sanciones son la llamada de atención que se necesita para generar el cambio necesario. Esto no significa afirmar que el fin de la opresión por razón de sexo en el trabajo se pueda lograr tan sólo a través de la Ley. Sabemos que la Ley tiene limitada su capacidad transformadora cuando las y los usuarios de las normas reciben junto al mensaje de la ley, otros mensajes normativos potentes que neutralizan o limitan el contenido de la norma jurídica. Por este motivo, a las sanciones emitidas por los tribunales deben acompañarles, además, la prevención y la detección precoz de la violencia en las empresas y en las administraciones. Este es el sentido de los protocolos y las líneas diseñadas por el protocolo europeo, como analizaremos al final de nuestra investigación.

4. LAS MUJERES COMO CIUDADANAS LIBRES, IGUALES Y SEGURAS: MARCO CONSTITUCIONAL

A la luz de todo lo expuesto, ¿se puede afirmar que las mujeres, como ciudadanas, son libres, son tratadas como iguales y sus derechos subjetivos están asegurados?; y, en segundo lugar, ¿qué medidas se han desarrollado para enfrentarse a la violencia de género que desvela la opresión social de las mujeres?

En nuestro contexto actual democrático, cuando hablamos de «seguridad pública» de la ciudadanía nos referimos a la situación política y social en la que las personas tienen legal y *efectivamente* garantizado el goce pleno de sus derechos a defender y a ser protegidas en su vida, su libertad, su integridad y bienestar personal, su honor, su propiedad, su igualdad de oportunidades y su efectiva participación en la organización política, económica y social, así como en su igualdad ante la ley y su independencia ante los poderes del Estado, y a *obtener el pleno resguardo de la totalidad de los derechos y garantías emanadas del Estado de Derecho*.

Contestar pues a nuestras preguntas, implica recuperar dos conceptos que deben permanecer vivos e interconectados. Nos referimos a los conceptos Derecho y Ciudadanía (ahora ya universal) que recuperando su significado sociológico y real —no meramente formal— iluminan a su vez cuatro artículos básicos de la Constitución española de 1978; a saber: el artículo 14, el 9.2, el 1.1 y por supuesto, el artículo 1.2.

Si el artículo 14 de la Constitución española reconoce explícitamente la igualdad formal entre los individuos sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación (por razón de sexo); el artículo 9.2 recuerda a los Poderes Públicos su doble *obligación* de implicarse para la consecución de la igualdad real. Nos referimos a una primera obligación de *promover las condiciones* para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y *efectivas*; y en segundo término, la obligación de *remover los obstáculos* que impidan o dificulten su plenitud y *facilitar la participación de toda la ciudadanía* en la vida política, económica, cultural y social.

Este contexto de *obligaciones institucionales* (que no recomendaciones) descansa en el ya mencionado artículo 1.1 de nuestra Constitución con el que se inicia el Título Preliminar: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». La palabra *social* no pretende, pues, embellecer nuestro texto constitucional, sino que vincula y obliga a los Poderes públicos a implicarse en la difícil tarea de arribar a la igualdad real; y eliminar este término o apenas revisarlo, obligaría a activar todo el complejo mecanismo de mayorías cualificadas arbitrado por el artículo 168 de la Constitución para la modificación, siquiera parcial, de ésta. Por lo tanto, el Estado social ha de intervenir de manera activa, y para ello debe recuperar a los tres Poderes del Estado como garantes de los derechos constitucionales, tal y como reza el artículo 9.2 en comunión con el artículo 1.2 de la Constitución Española. No podemos olvidar que la soberanía nacional reside en el pueblo español —compuesto por ciudadanas y ciudadanos—, del que emanan los poderes del Estado —el Legislativo, el Ejecutivo y también el Poder Judicial—.

La respuesta —negativa—, pues, a nuestra primera pregunta, la conocen convenientemente el legislativo español y el autonómico y reatraviesa el espíritu y la letra de sus recientes apuestas legislativas en pro de la igualdad efectiva de su ciudadanía. Además de transponer las Directivas antes citadas (la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CE y la 2004/113/CE) las Leyes de Igualdad se alzan como la segunda ronda —normativa— tras la primera respuesta (cronológica) institucional: la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. No intervenir significaría (siendo coherente con lo explicado más arriba), infligir violencia institucional y el Legislativo conoce bien su obligación constitucional tal y como lo explicita en el artículo 1.1 al mencionar el objeto de la Ley de Igualdad: «Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuese su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para,

en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria» y para ello «establece —según especifica en su apartado 2.º— principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo».

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico no sólo recoge medidas de acción positiva diferenciadora específicas dirigidas a las mujeres, encaminadas a alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres, sino que apuesta además por la integración de la perspectiva de género en todas las acciones y ámbitos de intervención. Esto es, junto al mandato del art. 11.1 de la Ley de Igualdad, que arbitra acciones positivas⁴², nuestro ordenamiento apuesta por la transversalidad del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, el principio de presencia equilibrada de los sexos en los nombramientos y designaciones de los Poderes públicos, el Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades, la elaboración por el Gobierno de informes periódicos sobre la igualdad efectiva de género, los informes de impacto de género, la adecuación de las estadísticas y estudios, así como la creación de la Comisión interministerial de Igualdad. Estos son, entre otros, algunos de los instrumentos básicos arbitrados por la Ley de Igualdad, respondiendo al enfoque dual —transversalidad/acción positiva— planteado por Europa⁴³ y que servirán al Estado para arribar a la meta constitucional de la igualdad efectiva.

En este sentido, la Ley de Igualdad enfatiza las demandas ya recogidas con anterioridad en la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, que normativizaba una aplicación fundamental del principio de transversalidad, como es la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración normativa, tanto legal como reglamentaria, ampliando su obligatoriedad, como veremos, a los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros.

Entendemos que es el momento, tras explicar el sentido del nuevo Derecho antidiscriminatorio y antisubordinación —que supera el modelo prece-

dente— y del porqué de la aprobación de las (des)conocidas⁴⁴ Ley Integral y de la Ley de Igualdad, sin olvidarnos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para la incorporación la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas, encabezadas por los artículos 9.2 y 14 de la Constitución española, detenernos en un instrumento fundamental para revisar el Derecho y su funcionamiento: el principio de transversalidad de género, que va más allá de la mera introducción transversal de la perspectiva de género en las políticas públicas.

La complejidad del *gender mainstreaming*. Es, sin duda, desconocida para la ciudadanía en general y para los responsables jurídicos⁴⁵ y políticos, en particular, lo que está generando un daño no menor ni superfluo, sino una violencia institucional añadida.

En un contexto de análisis de la situación de acoso sexual y acoso —moral— por razón de sexo, urge un diagnóstico de partida, basado en datos e indicadores cuantitativos (derivados de los datos estadísticos que se conozcan) y cualitativos (derivados del sistema de valores, creencias, costumbres u opiniones que puedan tener incidencia en el ámbito de aplicación de la norma) desagregados por sexos, para valorar la calidad de la medida arbitrada, los resultados directos e indirectos que se estén generando y su fiscalización por el Poder Judicial. No se trata de volver a generar violencia, esta vez de la mano

⁽⁴⁴⁾ Pese a haber sido sometidas a un importante vapuleo mediático, lo cierto es que la ciudadanía desconoce el sentido de estas leyes, y su especial complejidad. En buena medida, este desconocimiento ha sido alimentado por la filtración interesada —o inconsciente— de alguna información sesgada por parte de los medios de comunicación, y no una información rigurosa del sentido y estructura de estas leyes antidiscriminatorias. Urge, pues, fomentar la sensibilización y formación en género de los y las profesionales de este gremio.

⁽⁴⁵⁾ En esta línea de desconocimiento y de error, sitúo el último pronunciamiento del TJUE que, con fecha de 1 de febrero de 2011, puso fecha de caducidad a la diferenciación entre sexos a la hora de suscribir un seguro para cualquier vehículo. A partir de 2013, las compañías aseguradoras deberán ofrecer una cobertura «unisex» sin beneficios para las conductoras por su ratio menor de accidentes. La Corte comunitaria entiende que diseñar productos en función del género es «discriminatorio» y atenta contra la igualdad. La resolución del Tribunal de la UE, según advirtió la Federación Europea de Seguros (CEA), puede tener un «impacto significativo» en los precios. Aunque la patronal del sector no ha llegado a ofrecer una estimación, ha señalado directamente a las jóvenes automovilistas como el colectivo que puede verse más afectado por la sentencia. En España, de acuerdo a distintos estudios, un hombre paga de media 200 euros más que una mujer por un seguro a todos riesgos. Los analistas estiman que la nueva normativa puede elevar hasta un 30% las primas femeninas y reducir un 10% las de carácter masculino. Siguiendo el concepto legal de discriminación acuñado por la CEDAW y arriba explicado, esta decisión del TJUE sí puede llegar a ser discriminatoria, en tanto que medidas aparentemente neutras con respecto al sexo puede tener como resultado el menoscabo de derechos, en este caso, el de las mujeres más jóvenes. Si las condiciones de partida de la ciudadanía, en atención a su sexo, son distintas, la aplicación de un Derecho formalmente igualitario mantendrá las diferencias asignadas a su sexo, sin ápice de cambio.

⁽⁴²⁾ «Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso».

⁽⁴³⁾ Véase el Programa de Acción Comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), de la Decisión del Consejo 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000.

del Derecho, de sus operadores o de las Políticas Públicas en general, sino de poder corregir cualquier tipo de discriminación estructural que reatrase a las mujeres en la esfera pública, (y también en la privada), en tanto que violencia de género, «*elevando el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres a la categoría de principio rector de la actuación de los Poderes Públicos*»⁴⁶.

En las últimas décadas, el acoso sexual en España ha pasado de no tener una tipificación propia y abordarse judicialmente en vía penal como falta, a ser reconocido como un tipo penal autónomo y a ser contemplado explícitamente como infracción laboral muy grave, tanto en el ámbito social como contencioso. Hoy, desde un punto de vista jurisdiccional puede abordarse el problema desde diferentes perspectivas: constitucional, social, administrativa, civil o penal.

En primer lugar, a través de las conductas de acoso sexual, la víctima ve vulnerados varios de sus derechos fundamentales: la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), la libertad sexual, la integridad física y moral (art. 15 CE); la intimidad (art. 18.1 CE), además de otros derechos constitucionales, como la dignidad (art. 10) y el derecho al trabajo (art. 35.1).

El artículo art. 53.2 CE establece que «*Todos los ciudadanos pueden recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y sección 1.ª del capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*»⁴⁷. El art. 12 de la LOIEMH insiste sobre este particular y dispone que ese derecho de tutela persiste incluso tras la terminación de la relación laboral en que supuestamente se ha producido la discriminación, regulando además la legitimación activa en los procesos judiciales sobre defensa del derecho a la igualdad, que en el caso de litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo, corresponderá únicamente a la persona acosada, en los términos que analizaremos.

⁽⁴⁶⁾ Vid. Informe de impacto de género que acompaña a los Presupuestos en tramitación parlamentaria relativos al ejercicio de 2011.

⁽⁴⁷⁾ Véase Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen; Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; L. 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado; Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

5. BIENES JURÍDICOS AFECTADOS EN EL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO: DIGNIDAD E IGUALDAD, PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Quisiéramos detenernos aquí sobre uno de los derechos a los que de forma continuada aluden todas las normativas analizadas en materia de acoso moral y acoso sexual, la dignidad. El acoso se define habitualmente en la legislación tanto europea como española, como un grave atentado contra la dignidad humana, que pone en riesgo el valor y la autoestima de una persona con el objetivo de ejercer poder o control sobre ella. Para comprender todo el significado que aporta esta fundamentación, es preciso analizar la evolución que el término dignidad ha experimentado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y cómo se valora su relevancia actualmente por la doctrina.

La dignidad se ha convertido en los últimos años en un concepto clave a nivel jurídico al vincularse a ella la idea del valor intrínseco que posee todo ser humano en sociedad. En sociedades en las que todo se ha mercantilizado, incluyendo también a las personas que las conforman dados sus talentos e inteligencias, la dignidad humana viene a recordar que esta mercantilización tiene límites, unos límites morales que trascienden los límites jurídicos.

El concepto de dignidad se asocia por primera vez a la igualdad en derechos, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, aunque puede afirmarse que éste está intrínseco en el propio reconocimiento del sujeto con derechos. La dignidad recoge y protege la autonomía personal que hace posible la igualdad de derechos. Desde el punto de vista jurídico, la dignidad tiene como fin impedir que el ser humano sea considerado un medio para el logro de determinados objetivos⁴⁸. Pero no se limita la dignidad a este contenido, la dignidad está sirviendo, en la actualidad, de fundamento a nivel jurisprudencial para proteger a las personas de riesgos impredecibles, para desvelar condiciones sociales insoportables; lo que permite la extracción con-

⁽⁴⁸⁾ Aunque se habla de derechos humanos antes que de dignidad —recordemos la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y la de la mujer y de la ciudadana de 1791—, fue el contexto histórico del Holocausto el que puso de relieve que la idea de los derechos humanos estaba imbuida de la idea de dignidad humana. A partir de este origen, Habermas afirma que aunque como concepto histórico el término dignidad es posterior al nacimiento de los derechos humanos, estos derechos tienen implícito el concepto de dignidad humana y de autonomía personal. De hecho se observa como los tribunales recurren a la dignidad para proteger a las personas de los riesgos impredecibles y cuando se desvelan situaciones sociales de vida insoportables. HABERMAS, J., «La idea de la dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 44, Granada, 2010, p. 109.

tinuada de contenido normativo de los derechos fundamentales garantizados, así como el descubrimiento y la construcción de nuevos derechos. En este sentido, la dignidad ha permitido tanto el desarrollo heurístico del contenido normativo de los derechos fundamentales tradicionales, como la fundamentación de la naturaleza indivisible de todos los derechos.

Tras más de doscientos años de desarrollo constitucional en Europa, se reconoce que la dignidad es «el portal a través del cual el contenido universal igualitario de la moral se importa al derecho. La idea de dignidad humana es la bisagra conceptual que ensambla la moral del respeto igualitario a cada sujeto con el derecho positivo y la producción jurídica democrática»⁴⁹. Por este motivo, las teorías modernas de la moral racional y del derecho racional se apoyan en el concepto fundamental de la autonomía del individuo y en el principio de igual respeto para todas las personas. Esta base común entre la moral racional y el derecho racional obliga a revisar la diferenciación que tradicionalmente se ha efectuado entre moral y derecho. La moral impone deberes que abarcan a todos los ámbitos de la acción humana, el derecho, por el contrario, diseña espacios de libertad para el ámbito privado y la vida individual. Por este motivo, el tránsito de la moral racional al derecho racional requiere de un cambio de perspectiva, para ir desde el simétrico respeto y valoración de cada persona, a las pretensiones de reconocimiento del otro y valoración de la propia autonomía.

Las demandas jurídica y política que impone la dignidad, a diferencia de las demandas que implica su dimensión y exigencia moral, no consisten en la mera reciprocidad en el respeto y valoración, sino el reconocimiento social de esta idea de igual valor. La dignidad no se agota en el mero respeto en lo privado a la persona, sino que demanda para su protección que la persona sea objeto de reconocimiento social. Si trasladamos esta argumentación al tema objeto de nuestro estudio, el acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo, cabe afirmar que la dignidad de la persona acosada es dañada porque se está lesionando el estatus profesional y personal de la misma en el entorno laboral, pero también son víctimas indirectas todas aquellas personas trabajadoras que observan la violencia psicológica que se ejerce contra una de ellas. Por consiguiente, el acoso no sólo daña la dignidad de la persona directamente acosada, también daña a todo el colectivo cuando el mismo es consciente de la situación, y a la imagen de la empresa, a través del deterioro de la organización empresarial o administrativa, que se ve afectada toda ella, por esta violencia. Diferenciar entre víctimas directas o indirectas del acoso es importante a la hora de diseñar las medidas para la prevención, detección y erradicación.

⁽⁴⁹⁾ HABERMAS, J., 2010, p. 111.

Como afirma Jeremy Waldron, el concepto igualitario de la dignidad humana resulta de la universalización de las dignidades particulares⁵⁰. En resumen, y en palabras de Habermas: el valor de los derechos humanos radica en que protege la dignidad humana, la cual cobra sus connotaciones de autoestima y reconocimiento social de un estatus existente en el espacio y en el tiempo, en concreto, en el de la ciudadanía de un estado democrático⁵¹. La protección de la dignidad humana y su reconocimiento a través de la garantía de los derechos fundamentales es una utopía positiva y realista. Cuando el art. 10.1 CE proclama que la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, junto con el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y la paz social, está resumiendo la base moral sobre la que se asientan todas las relaciones en una sociedad democrática. Una moralidad ante la que no caben excepciones.

No obstante la importancia fundamental de la dignidad y aun cuando el concepto de dignidad se encuadra en la rúbrica «De los derechos y deberes fundamentales», concretamente en el artículo 10 de la CE, lo cierto es que no disfruta del específico régimen jurídico de protección y garantías de los derechos fundamentales, no siendo susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. La STC 136/1996 afirma que tal queja sobre la dignidad es «ajena a los derechos fundamentales susceptibles de protección a través de este proceso constitucional». Ciertamente el art. 10.1 CE contempla la dignidad de la persona, pero el contraste aislado de las decisiones impugnadas con lo dispuesto en dicha norma no puede servir de base para una pretensión autónoma de amparo, por impedirlo los art. 53.2, 161. 1 b) CE, 41.1 LOTC (SSTC 101/1987 y 57/1994 y ATC 241/1985). Esto significa que el garante último de la dignidad de la persona es el Tribunal Supremo.

A diferencia de lo que ocurría en el pasado, cuando la mayoría de los procesos ligados a la protección de la dignidad estaban conectados con temas de titularidad de derechos, contenido de los derechos fundamentales, control de leyes, etc., ahora la referencia a la dignidad se encuentra de forma reiterada en la jurisprudencia. Esto significa que aunque la dignidad no encuentre reconocimiento constitucional como derecho fundamental autónomo, motivo por el cual se hace referencia a ella como fundamento último de otros derechos fundamentales y como valor cristalizado en los derechos fundamentales, es habitual encontrar en la jurisprudencia del TC referencias a ella, cuando trata conflictos relacionados con la igualdad, la prohibición de

⁽⁵⁰⁾ WALDRON, J., «Dignity and Rank», *European Journal of Sociology*, august 2007, vol. 48, pp. 201-237.

⁽⁵¹⁾ HABERMAS, J., 2010, 117.

discriminación, la integridad física, prohibición de tratos inhumanos o degradantes, integridad moral, libertad religiosa, tutela judicial efectiva, entre otras. En todos estos contextos, la dignidad aparece como la traducción normativa, la emanación o el fundamento último de la igualdad, la no discriminación, la prohibición de abusos degradantes, aunque se cuide mucho el Tribunal Constitucional de no identificar derecho fundamental y dignidad personal⁵², pues no todos los derechos fundamentales están conectados con la dignidad de la persona, así como tampoco toda restricción de un derecho fundamental supone un atentado a la dignidad. En este sentido declara el TC que el hecho de establecer la dignidad como fundamento último de los derechos fundamentales no significa que a «todo derecho le sea efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. Piénsese, precisamente en la restricción de la libertad ambulatoria, y conexas que padecen quienes son condenados a una pena privativa de libertad» (STC 120/1990, 27 de junio).

Desde un punto de vista negativo la dignidad funciona como un límite a las injerencias ajenas. El art. 10.1 CE proyectado sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia, «un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven el *menosprecio para la estima que en cuanto ser humano, merece la persona*» (STC 57/1994, de 28 de febrero).

En sentido positivo también se encuentran afirmaciones respecto a la dignidad. La dignidad se considera un valor jurídico fundamental, íntimamente vinculado al desarrollo de la personalidad (STC 53/1985). En la misma línea pero dando un paso más, en 2000 se argumenta por el alto Tribunal: «*la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás*» (STC 91/2000, 30 de marzo). También ha sido definida como la *ratio decidendi* en la resolución constitucional. Este es el caso de la STC 53/1985, en la que se argumenta que la dignidad de la mujer impide ser reducida a un mero instrumento, motivo por el cual el consentimiento de ella es necesario para asumir cualquier compromiso u obligación⁵³.

⁽⁵²⁾ JIMÉNEZ, G. y DE LA CUEVA, I., «La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española», Ponencia presentada en el IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal, en octubre de 2007. Accesible en <http://www.tribunalconstitucional.es/fr/actividades/Pages/artic046.aspx>.

⁽⁵³⁾ Máxime cuando la obligación tratada era el hecho de dar vida a un ser humano y asumir su cuidado y educación. Una obligación que afectaría a la mujer de por vida.

Junto al valor de la dignidad como el mínimo moral a nivel individual, que tanto el Estado como los particulares deben respetar, está la dignidad como límite que debe respetar toda resolución judicial para que pueda considerarse fundada en derecho. Existe una sentencia paradigmática en este sentido, la STC 192/2003, de 27 de octubre. La dignidad personal se definió en esta sentencia como el criterio decisorio de un recurso de amparo, al considerar que una resolución judicial que se sirve de una interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria, cuando vulnera la dignidad no puede considerarse que esté fundada en Derecho. El núcleo de la cuestión debatida en esta sentencia llevó al TC a sostener que la tutela judicial efectiva «*no consiente respuestas judiciales, como las que son objeto del presente recurso de amparo, por desconocer la dignidad personal del trabajador y su libre desarrollo, que es fundamento del orden político y de la paz*». El tema objeto de debate era la consideración de la persona del trabajador y su tiempo de vacaciones como «*mera reposición de energías para la reanudación de la prestación laboral*», lo que impedía que una persona trabajadora utilizara ese tiempo para realizar tareas para otra empresa, al entenderse vulnerada la buena fe contractual. Estima el TC argumenta que la reducción de la persona trabajadora a mero factor de producción, resulta incompatible con los principios constitucionales establecidos en el art. 10.1 CE, donde se protege la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad.

Es interesante también señalar la afirmación realizada en la STC 215/1994, de 14 de julio, en la que se considera que «una vigilancia constante» sobre una persona resulta contraria a la dignidad (art. 10.1 CE) y a la integridad moral (art. 15CE). La dignidad es utilizada, en este supuesto, para motivar la impugnación esgrimida por los recurrentes respecto a la esterilización de personas con discapacidades psíquicas. Por último, la jurisprudencia del TC se ha centrado en los límites que la dignidad establece en el ejercicio de determinadas actuaciones de los poderes públicos que inciden en los derechos fundamentales y que sólo son constitucionalmente legítimas si, entre otros condicionantes, se respeta en su ejecución la dignidad de la persona cuyo derecho fundamental se ve lesionado parcialmente en beneficio de otros bienes o intereses constitucionalmente protegidos. Este es el caso de las inspecciones y registros corporales, comportamientos impuestos en establecimientos penitenciarios y en el ámbito de las relaciones laborales. En estos últimos casos, el TC ha dicho que la dignidad personal del trabajador constitucionalmente garantizada constituye el límite a la modulación, que no supresión, del ejercicio de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales que puede resultar justificada en determinadas circunstancias (SSTC 98/2000, 186/2000, de 10 de julio). La dignidad pues constituye el muro de protección del individuo frente a otros intereses que pudieran ser impuestos o reclamados por parte del

Estado o de los agentes sociales. El actual protagonismo de la dignidad en la jurisprudencia encuentra su origen en esta dimensión de la dignidad.

En la actualidad, los ataques al libre ejercicio de los derechos y libertades fundamentales del individuo —mujer u hombre— derivan no tanto del Estado como de los grupos y actores sociales. Por este motivo la dignidad personal ha recobrado su dimensión originaria como salvaguarda de la autonomía y de la subjetividad individual. El acoso simboliza, en este sentido, un ataque a la identidad y autoestima⁵⁴ de una persona, y por este motivo se afirma que es un claro ejemplo de violación a la dignidad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

Tampoco está sometida la dignidad a la reserva de ley orgánica que se establece en el art. 81.1 CE. Así lo estableció la STC116/1999, de 17 de julio, cuando sostuvo que «la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 de la Constitución, ha de entenderse referida a los derechos y libertades públicas regulados en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, entre los que obviamente no se encuentra la dignidad de la persona».

Una vez analizado el contenido que el Tribunal Constitucional le otorga a la dignidad en el trabajo y cómo la jurisprudencia del Constitucional afronta el acoso sexual y el acoso, el paso siguiente es exponer qué otros bienes jurídicos además de la dignidad se resienten o lesionan en los supuestos de acoso. Molina Navarrete, sostiene que el acoso como violencia en el trabajo tiene un carácter multiofensivo, al atentar contra la dignidad, el honor y la intimidad personal, además de la integridad moral y la igualdad, según el tipo de acoso al que nos referimos.

Para un sector de la doctrina es preferible fundamentar el acoso moral en la integridad moral, mientras que en los supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo los bienes jurídicos lesionados son la dignidad y la intimidad personal. No es un mero debate teórico optar por una u otra fundamentación: si se opta por la dignidad como hace la mayor parte de la legislación, tanto internacional como europea y nacional, lo que se protege es el valor intrínseco que todo ser humano debe tener reconocido socialmente, con independencia del grupo social de referencia al que pertenezca. Si por el contrario se

⁽⁵⁴⁾ La protección de la individualidad y de su autonomía y dignidad personal es un eje social estratégico desde el liberalismo. Pero, en estos momentos, debe afirmarse que su protección obedece a intereses políticos y sociales, y sobre todo económicos. El nuevo modelo económico sitúa la propiedad intelectual en el centro del desarrollo, adquiriendo el talento en el trabajo una dimensión sin precedentes. Es en este contexto en el que debe ser comprendido todo el esfuerzo legislativo y político que se está desarrollando para erradicar las situaciones de acoso en el trabajo. Pues cuando el acoso ataca a las personas ataca a los talentos que ellas representan, reduciendo la productividad y la optimización de los recursos humanos empresariales.

opta por la integridad moral lo que es objeto de protección es ante todo el individuo. Pero, como ya hemos afirmado, la discriminación existe porque existen grupos sociales oprimidos, con lo que el respeto y la protección a la integridad moral individual no actúa en la dimensión grupal que el acoso sexual y por razón de sexo posee y que la dignidad sí recoge. Igual afirmación cabría hacer respecto a la intimidad personal. Este argumento nos lleva a afirmar que al reivindicar la protección de la dignidad, lo que se protege es el valor intrínseco de cada ser humano y su reconocimiento social a través de la igualdad en el uso y disfrute de los derechos. Por esta conexión entre dignidad e igualdad en derechos, se puede decir que el acoso sexual y acoso por razón de sexo en el trabajo ataca a la dignidad de la mujer y a su reconocimiento social, al igual que atenta contra la igualdad en derechos que le corresponde, con independencia del grupo social al que pertenece, en este caso las mujeres.

En definitiva, la consecuencia más directa del acoso en el empleo sobre la mujer es la violación de sus derechos humanos fundamentales, pues se está atacando a los valores, núcleo esencial y fundamentos de los mismos, como es el caso de la igualdad y la dignidad⁵⁵. Asimismo, también resultan violados los derechos humanos fundamentales de la mujer en su condición de persona trabajadora, sin olvidar el grave riesgo para su seguridad y salud laboral, pues de transformarse en realidad, las consecuencias del acoso pueden derivar en accidente de trabajo.

⁽⁵⁵⁾ Véase MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUEROS PÉREZ, L. A., «El derecho a la seguridad y salud en el trabajo desde la perspectiva de género. Acoso sexual y moral en el empleo», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J. L., *Género y derechos fundamentales*, editorial Comares, Granada, 2010, pp. 411-439.

III.

FUENTES INTERNACIONALES: UN PRINCIPIO JURÍDICO EN CONSTANTE EVOLUCIÓN

1. FUENTES INTERNACIONALES RELATIVAS AL ACOSO SEXUAL

Uno de los textos internacionales relevantes, para el encuadre que defendemos, es la Resolución 48/104 de la Asamblea General relativa a la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 1993. En ella se define la violencia contra la mujer, en su artículo 2, como:

- a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;
- b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;
- c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

Continuando en el Art. 4, se debe:

- d) Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación

- nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos;
- e) Considerar la posibilidad de elaborar planes de acción nacionales para promover la protección de la mujer contra toda forma de violencia o incluir disposiciones con ese fin en los planes existentes, teniendo en cuenta, según proceda, la cooperación que puedan proporcionar las organizaciones no gubernamentales les, especialmente las que se ocupan de la cuestión de la violencia contra la mujer;
- f) Elaborar, con carácter general, enfoques de tipo preventivo y todas las medidas de índole jurídica, política, administrativa y cultural que puedan fomentar la protección de la mujer contra toda forma de violencia, y evitar eficazmente la reincidencia en la victimización de la mujer como consecuencia de leyes, prácticas de aplicación de la ley y otras intervenciones que no tengan en cuenta la discriminación contra la mujer;

Con anterioridad, tal y como recogimos en epígrafes anteriores, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW) definía el concepto universal de discriminación contra la mujer, en su artículo 1, y en el resto de su articulado fijaba los deberes que la lucha contra la Discriminación impone y exige a los Estados:

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Artículo 2

Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) *Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;*
- b) *Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;*

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Artículo 3

Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

En el párrafo 1 del artículo 11 de la Convención se establece que los Estados que la hayan ratificado «adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo». Sobre esta base general, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, establecido en virtud de la Convención, aprobó en enero de 1992 la Recomendación General núm. 19 sobre la violencia contra la mujer. Aunque las recomendaciones generales de este tipo no son vinculantes para los Estados que han ratificado la Convención, la definición de acoso sexual efectuada por el indicado Comité es digna de mención con el fin de poner de manifiesto su utilidad para los tribunales nacionales que tengan que conocer denuncias en casos en que las leyes nacionales quizás no sean claras. Dicha recomendación dice lo siguiente:

[...]

17. *La igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando se somete a las mujeres a violencia dirigida concretamente a ellas, por su condición de tales, por ejemplo, el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo.*

18. *El hostigamiento sexual incluye conductas de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía, y exigencias sexuales ya sea verbales o de hecho. Ese tipo de conducta puede ser humillante*

y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa le podría causar problemas en relación con su trabajo, incluso con la contratación o el ascenso, o cuando crea un medio de trabajo hostil.

[...]

24. A la luz de las observaciones anteriores, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomienda que:

j) los Estados incluyan en sus informes datos sobre el hostigamiento sexual y sobre las medidas adoptadas para proteger a la mujer del hostigamiento sexual y de otras formas de violencia o coacción en el lugar de trabajo;

[...]

t) los Estados adopten todas las medidas jurídicas y de otra índole que sean necesarias para prestar protección eficaz a las mujeres contra la violencia dirigida a ellas, incluidas entre otras:

i) medidas jurídicas eficaces, incluidas sanciones penales, recursos civiles y disposiciones de indemnización para proteger a la mujer contra todo tipo de violencia, incluida la violencia y los malos tratos en la familia, el ataque sexual y el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo;

ii) medidas preventivas, incluidos programas de información pública y de educación para modificar las actitudes relativas a las funciones y la condición del hombre y de la mujer¹. No se puede ser más claro sobre esta cuestión. Ahora bien, los informes presentados por los Estados al Comité ponen de relieve el incumplimiento de los gobiernos a incluir esta información en sus informes. Por otro lado, está el hecho de las pocas observaciones que las personas expertas del Comité realizan respecto al acoso sexual en los centros de trabajo.

Junto al interés mostrado por los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados respecto al acoso sexual, sus comisiones orgánicas, sobre todo la Comisión de Derechos Humanos, se han ocupado de esta cuestión, si bien indirectamente. En su 50.º período de sesiones, la indicada Comisión aprobó una Resolución en la que decidió nombrar, por un período de tres años, un relator especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias. En su informe preliminar a la Comisión de Derechos Humanos, la relatora especial sobre la violencia contra la mujer destacó el problema del acoso sexual contra las mujeres, dedicándole una sección independiente. En su segundo informe se centró en la violencia doméstica

(1) Naciones Unidas, *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, 11.º período de sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 38, A/47/38 (Nueva York, 1992), págs. 1-6.

contra la mujer y por este motivo la referencia al acoso sexual en el trabajo versó principalmente sobre la violencia sufrida por las empleadas del servicio doméstico.

Entre los organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo se encuentra a la vanguardia en la lucha contra la discriminación que sufren las trabajadoras, en especial desde los años ochenta.

A continuación mencionaremos algunos ejemplos del tipo de referencias que se suelen hacer, por parte de los gobiernos, cuando presentan al Comité el informe del Estado para el examen sobre su legislación y políticas desarrolladas en materia de no discriminación por razón de sexo². Al examinar las memorias presentadas por los Estados acerca del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, que suele tomar nota con interés de los progresos registrados en la erradicación del acoso sexual en el trabajo, en su *Estudio general* de 1988 sobre el citado Convenio enumera diversos ejemplos de acoso sexual en el trabajo. Entre ellos cita insultos, observaciones, chistes, insinuaciones y comentarios inadecuados sobre la manera de vestir de una persona, su físico, edad o situación familiar, actitudes arrogantes o paternalistas contrarias a su dignidad, invitaciones o peticiones impertinentes, implícitas o explícitas, acompañadas o no de amenazas, miradas lascivas u otros gestos relacionados con la sexualidad, y contactos físicos innecesarios, por ejemplo, tocamientos, caricias, pellizcos o agresiones. La Comisión pone de relieve que, para que una acción de este tipo pueda calificarse de acoso

(2) Naciones Unidas, *Informe del Comité para la Eliminación de la discriminación contra la Mujer*, 30.º período de sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 38, A/49/38 (Nueva York, 1994), párrafos 371, 465, 213, 612 y 768, respectivamente. 17 Resolución 1994/45 de 4 de marzo de 1994, titulada «Cuestión de la integración de los derechos de la mujer en los mecanismos de derechos humanos de las Naciones Unidas y de la eliminación de la violencia contra la mujer». Véase Naciones Unidas, Informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre su 50.º período de sesiones, 31 de enero a 11 de marzo de 1994, E/CN.4/1994/132, Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 1994, Suplemento núm. 4, E/1994/24 (Nueva York, 1994), págs. 151-155. 18 Naciones Unidas, Informe preliminar de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer a la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1995/42, 22 de noviembre de 1994 (Ginebra, 1994), párrafos 190 a 204. La relatora especial cita algunos ejemplos de medidas legislativas y judiciales relativas al acoso sexual en general, pero también específicamente en el trabajo, y esboza otras estrategias, en especial por parte de organizaciones no gubernamentales femeninas, para luchar contra el hostigamiento sexual. 19 Naciones Unidas, Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, relatora especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1996/53, 5 de febrero 1996 (Ginebra, 1996), párrafos 77-85.

sexual, también tiene que constituir una condición necesaria para tener un empleo o una condición previa para conseguirlo, influir en las decisiones adoptadas en esta esfera o perjudicar el rendimiento laboral, o humillar, insultar o intimidar a la persona que la sufre. En pocas palabras, la Comisión aboga en favor de que se considere acoso sexual toda acción impropia cuyo autor no pueda llamarse a engaño. La misma Comisión de Expertos en un *Estudio general sobre el Convenio*, cita también ejemplos de lo que constituye acoso sexual en el trabajo, destacando que el elemento de discriminación sexual que se prohíbe en virtud del artículo 1 del Convenio reside en el carácter impropio de dicha conducta y en sus consecuencias directas o indirectas sobre la relación laboral.

La OIT también se distingue por ser el único organismo internacional que ha adoptado disposiciones protectoras contra el acoso sexual. En el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), se establece lo que los gobiernos deberán para evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que los trabajadores pertenecientes a estos pueblos gocen de igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres, logrando que entre el 20 al 30 de junio de 1996, el Convenio núm. 111 se ratificara por 120 Estados Miembros. La atención prestada por la OIT a esta cuestión también resulta evidente en varios instrumentos no vinculantes: la resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1985 sobre la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo; las conclusiones de la Reunión de expertos de la OIT de 1989 sobre medidas especiales de protección de la mujer e igualdad de oportunidades y de trato, que consideran que la seguridad personal de los trabajadores (sobre todo el acoso sexual y la violencia en el trabajo) constituye un problema de seguridad e higiene; las conclusiones del Coloquio tripartito sobre la igualdad de oportunidades y de trato para hombres y mujeres en el empleo en los países industrializados —relativas específicamente al acoso sexual—, así como la resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1991 sobre la acción en favor de las trabajadoras, en la que se pide que la Oficina Internacional del Trabajo elabore orientaciones y material de capacitación y dé información sobre las cuestiones que revisten una importancia específica y considerable para las trabajadoras, tales como el hostigamiento sexual en el lugar de trabajo. A nivel interno, en el decenio de 1980 la Oficina Internacional del Trabajo preparó un proyecto de guía sobre directivas prácticas en pro de la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo, que recomendaba medidas para proteger a los trabajadores contra todo acoso o presión debidos a su pertenencia a un grupo o sexo determinado, en cualquier aspecto referente a sus condiciones de contratación y de trabajo. La

Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT recomendó que se elaboren documentos de promoción de este tipo aunque no se publiquen para su distribución general. También es interesante señalar que el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo distribuyó a los funcionarios una circular (núm. 6/543, de 2 de noviembre de 1995) sobre la política y procedimientos internos en materia de acoso sexual. De todos modos, esta nota no sirvió de base para ninguna decisión de los órganos internos.

Hasta octubre de 1996 se habían recibido once ratificaciones de este Convenio, pero las primeras memorias enviadas a la Oficina Internacional del Trabajo y examinadas por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones no informaron sobre ninguna resolución judicial o arbitral que hubiese aplicado dicho artículo.

En el Boletín Oficial (Ginebra), vol. LXVIII, Serie A, núm. 2, 1985, se indica en el párrafo 6 lo siguiente: «Los hostigamientos de índole sexual en el lugar de trabajo perjudican las condiciones de trabajo y las perspectivas de ascenso de los trabajadores. Por lo tanto, las políticas que promuevan la igualdad deben traer consigo la adopción de medidas destinadas a luchar contra tales hostigamientos y a impedirlos».

Como todos estos textos demuestran el esfuerzo durante la década de los ochenta y noventa fue intenso. Y como ya hemos comentado, fueron décadas en las que la lucha por la igualdad de mujeres y hombres inspiraba gran parte de la agenda de Naciones Unidas y de los organismos internacionales en materia de derechos sociales y especialmente respecto a las condiciones de trabajo; además de imponer cuotas importantes de responsabilidad a los Estados en materia normativa, política, judicial y cultural.

En la Conferencia de Beijing, en 1995, se recogieron todos los avances legislativos y políticos realizados desde los años setenta en materia de igualdad y de no discriminación contra las mujeres, pero también las recomendaciones y propuestas que en materia de derechos humanos de las mujeres se habían establecido en la Conferencia Mundial sobre Protección de los Derechos Humanos en Viena, en 1993. Esto explica que la Declaración y la Plataforma de Beijing, pese a los años transcurridos, continúen siendo documentos emblemáticos en materia de derechos humanos de las mujeres y en la lucha contra la discriminación por razón de sexo.

En Beijing se establecen los cambios estructurales más relevantes que los Estados debían realizar en materia de igualdad y de no violencia contra las mujeres para promover desarrollo socio-económico y la paz social. Se trata de dos exigencias que el nuevo modelo económico, basado en el potencial de negocio que encierra la investigación y la innovación tecnológica, declara necesarias para incrementar la productividad y la competitividad económica

de los Estados. Es en este marco en el que debe comprenderse el objetivo estratégico 5, de la plataforma de Beijing, donde se declara la necesidad de los Estados de eliminar la segregación en el trabajo y todas las formas de discriminación de las mujeres en el empleo.

Entre las amplias medidas —en el marco del basto eje estratégico— que han de adoptar los Gobiernos, las empresarias y empresarios, las y los empleados, las organizaciones sindicales y las organizaciones de mujeres, destacan en lo que al acoso sexual y sexista se refiere:

— Promulgar y hacer cumplir las leyes e introducir medidas de aplicación que incluyan mecanismos de recurso y de acceso a la justicia en caso de incumplimiento, a fin de prohibir la discriminación directa e indirecta por razón de sexo, incluido todo lo referente al estado civil o situación familiar en relación al acceso y las condiciones de empleo, que tengan en cuenta la formación, la promoción, la salud y la seguridad, así como en relación con los despidos y la seguridad social de las y los trabajadores, que contemplen la protección legal contra el acoso sexual y racial.

— Promulgar y hacer cumplir leyes y elaborar políticas aplicables en el lugar de trabajo contra la discriminación sexista en el mercado de trabajo, —con especial consideración a las trabajadoras de más edad—, en lo relativo a las contrataciones y los ascensos y en la concesión de las prestaciones de empleo y seguridad social, así como en las condiciones de trabajo discriminatorias y el acoso sexual. Se deben establecer mecanismos para revisar y vigilar periódicamente estas leyes.

— Eliminar las prácticas discriminatorias de empresarias y empresarios basadas en las funciones reproductivas de las mujeres, como por ejemplo la denegación de empleo y el despido de mujeres debido al embarazo o la lactancia.

Aunque la alusión al acoso se recoge en el párrafo 178, apartado b, hemos de destacar que la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo se inserta en el diseño de las condiciones de trabajo, ya sean sociales, como las propias del centro de trabajo, que se recogen en todo el eje estratégico.

Esto es lo que pretende la LOIEMH con los planes de igualdad en las empresas y en la Administración. El fin de los planes de igualdad³ recogido

⁽³⁾ Es importante recordar aquí el contexto en el que los artículos 45 y 46 de la LOIEMH aparecen: el Título IV, en el que se enuncia el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, y el Capítulo I, que habla de la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral.

Artículo 45. Elaboración y aplicación de los planes de igualdad.

1. Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la

en su art. 46 es modificar las condiciones organizativas del trabajo y mostrar, con el necesario diagnóstico previo a la redacción del Plan, la situación real de desigualdad y de discriminación de las mujeres. Sin embargo, los datos disponibles desvelan el escaso interés de las empresas por el desarrollo de planes de igualdad, un desinterés que contrasta con el interés demostrado en la elaboración de protocolos de actuación en materia de acoso laboral, en cualquiera de sus tipologías, aunque no así en las administraciones. Esta disparidad de actuaciones encuentra su causa, además de por resultar más barato, en la función de marketing de modernización que tienen los protocolos. La implantación de protocolos, frente a los planes de igualdad, no exige una auditoría de igualdad de género en la empresa, además de proporcionarle, de forma automática, un blindaje frente a futuras acusaciones de acoso de las que pudieran derivar indemnizaciones por daño moral o profesional. Son lo que posteriormente hemos llamado escudos antirresponsabilidad.

En atención a los deberes y responsabilidades que el Estado español asume internacionalmente, así como los agentes sociales —empresas y sindicatos—, puede afirmarse que sancionar, prevenir y detectar de forma precoz el acoso contra las mujeres, exige desarrollar medidas legislativas, judiciales y

legislación laboral. 2. En el caso de las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las empresas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad cuando así se establezca en el convenio colectivo que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo. 4. Las empresas también elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo. 5. La elaboración e implantación de planes de igualdad será voluntaria para las demás empresas, previa consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras.

Artículo 46. Concepto y contenido de los planes de igualdad de las empresas.

1. Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados. 2. Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo. 3. Los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo.

sociales que pongan fin a todas las formas de discriminación contra las mujeres en cualquier contexto de la vida. De ahí que junto a los cambios legislativos deban realizarse cambios sociales y políticos.

Sólo recientemente encontramos, por parte de la Organización Internacional del Trabajo, el 16 de noviembre de 2009, una definición concreta del acoso sexual como un problema de relaciones de poder, en el que el estrés emocional, la humillación, la ansiedad, la depresión, la ira, la impotencia, la fatiga, la enfermedad física, entre otras, son algunas de las consecuencias que sufren las víctimas del acoso en cualquiera de sus modalidades. La tensión en el trabajo, insuficiente colaboración, imposibilidad de trabajo en equipo, bajo rendimiento, absentismo, disminución de la productividad, imposibilidad para la creatividad, son algunos de los efectos que se producen en la empresa. La diferencia entre este texto y los anteriores es clara, mientras que en los primeros textos encontramos un llamamiento a los Estados para que desarrollen medidas frente al acoso sexual y tipifiquen estas conductas como infracciones graves al principio de igualdad, en este otro existe un diagnóstico claro respecto a las causas, al afirmarse que nos encontramos antes «un problema de relaciones de poder entre mujeres y hombres», poniendo el acento en el daño que el acoso genera a nivel físico y psicológico sobre las víctimas, además de destacarse los costes que el acoso sexual genera a las empresas.

En este último texto se reconoce que los Estados han desarrollado, con más o menos acierto en los últimos años, legislaciones en materia de acoso sexual y por razón de sexo, y aunque las definiciones en ellos contenidas pueden diferir en algunos detalles, en los diversos códigos, leyes, políticas, sentencias de los tribunales y convenios colectivos, se encuentran los siguientes elementos: conducta de naturaleza sexual o conducta basada en el sexo que afecte a la dignidad de mujeres y hombres y resulte ingrata, irrazonable y ofensiva para quien la recibe. Aunque el acoso sexual se presenta de muchas formas, una de las más notorias es el llamado acoso *quid pro quo*, expresión que describe la situación de la empleada obligada a elegir entre acceder a unas demandas sexuales o perder algún beneficio que le corresponda por su trabajo. Dado que estos hechos sólo pueden ser realizados por alguien con el poder de dar o quitar un beneficio derivado del empleo, este acoso «quid pro quo» suma al acoso el abuso de autoridad por parte del empleador (o por el agente del empleador en el que éste ha delegado su autoridad para fijar cláusulas y condiciones). Este chantaje sexual se considera particularmente reprochable, puesto que supone una violación de la confianza y un abuso de poder por parte de quienes deberían garantizar la dignidad y la igualdad en el trabajo.

El interés de los organismos internacionales por el acoso sexual en el trabajo tiene mucho que ver con los cambios necesarios que se deben afrontar en el mercado laboral y en las condiciones y formas de trabajos con el

objetivo de adecuarlos a los retos que impone la tercera revolución tecnológica y la globalización de la economía. Recordemos que durante la década de los ochenta los Estados están negociando la construcción y la puesta en marcha de la Organización Mundial del Comercio⁴, con el fin de poner en funcionamiento un nuevo modelo económico en el que la incorporación de la mujer al mercado de trabajo es una pieza clave. Esta incorporación era imprescindible para poder mantener salarios bajos e índices altos de consumo, sin alterar el nivel de vida de los hogares, de ahí que se conecte la igualdad de las mujeres, el desarrollo económico y la seguridad o paz, entre sí, en los documentos internacionales y europeos de la época. En un momento en el que los Estados industrializados tratan de ajustar sus economías a las exigencias de esta economía globalizada, entre las que hay que destacar el incremento de la mano de obra cualificada y la privatización de los servicios, junto a necesidades de acumulación de capital para la investigación y el desarrollo tecnológico, podría parecer que todos estos esfuerzos en materia de acoso sexual en el trabajo nada tienen que ver. Pero como mostraremos existe entre estos cambios institucionales y la lucha contra el acoso sexual en el trabajo una estrecha relación. Por una parte, es necesario que las mujeres se incorporen al mercado de trabajo y produzcan fuera y dentro de los hogares bienes y servicios, en las mejores condiciones posibles para que puedan ser productivas y eficientes. Las trabas a su productividad están enraizadas en una cultura discriminatoria a nivel social, jurídico y político que impide su plena incorporación y menosprecia sus talentos y contribuciones. En una economía en la que la competitividad está ligada a la productividad y la eficiencia no es posible menospreciar o no poner en valor el cincuenta por ciento de los recursos humanos disponibles. Todo esto explica que la lucha contra la discriminación por razón de sexo discorra en paralelo a los cambios en el modelo productivo y económico de los Estados, y la evolución respecto a los objetivos que se observa en las recomendaciones y propuestas realizadas desde los organismos internacionales y europeos. Si en los años ochenta y noventa preocupaba desarrollar una legislación antidiscriminatoria, a nivel estatal y regional, que removiera los obstáculos que impedían la plena incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, con el comienzo de siglo lo que preocupan son los costes sociales de la discriminación contra las mujeres. No deben desviarse recursos de forma innecesaria a solucionar problemas de discriminación por razón de sexo. Hay que prevenir y detectar el acoso sexual y por razón de sexo antes de que produzca daños a la empresa, al colectivo de personas trabajadoras y derive en altas

(4) Esta organización comienza su funcionamiento, globalizando toda la economía, el 1 de enero de 1995.

indemnizaciones por daño. Tomar en consideración estos datos ayudará a comprender mejor la evolución de las recomendaciones de la comunidad internacional, la legislación desarrollada por los Estados, pero también las actuaciones que deben llevar a cabo las empresas para ajustarse a estas demandas.

2. FUENTES EUROPEAS EN MATERIA DE ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO

El 13 diciembre de 1984, una Resolución del Consejo de Europa pidió a los Estados miembros que tomaran medidas «para velar a favor de la dignidad de las mujeres» en el lugar de trabajo. Igualmente, en la Resolución de 11 de junio de 1986 sobre agresiones a la mujer, el Parlamento Europeo expresa que «[...] el acoso sexual puede ser considerado como violación del principio de igualdad de trato respecto al acceso al empleo y promoción y a las condiciones de trabajo, pide a la Comisión que examine las legislaciones laborales y antidiscriminatorias nacionales con vistas a determinar su aplicación a tales casos y, cuando la legislación existente pueda considerarse inadecuada, proponga una directiva que complete la legislación existente». Fue en 1987 cuando con motivo del Informe Rubenstein⁵ sobre el problema del acoso sexual en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, se constata la gravedad del problema del acoso y la urgencia de tomar medidas. No se hablaba de un fenómeno esporádico que sufría alguna mujer de forma aislada en el lugar de trabajo, sino de un problema de gran magnitud que afectaba más a las mujeres que a los hombres, y más aún a las mujeres con empleos precarios que a quienes gozaban de un empleo estable. Junto al reconocimiento de la magnitud de esta lacra se declaró la necesidad y la urgencia de erradicarlo de los lugares de trabajo en toda Europa⁶.

(5) RUBENSTEIN, M., 1987. El informe Rubenstein define el acoso sexual como «una conducta verbal o física de naturaleza sexual cuyo autor sabe o debería saber que es ofensiva para la víctima». En esta definición, se unifican los dos parámetros, objetivo y subjetivo, en el sentido de que el «autor sabe» puesto que la víctima lo ha manifestado; o «debería saber» sin que la víctima diga nada puesto que el autor es consciente que su actitud o comportamiento es de por sí ofensivo. Señala, además que «el acoso sexual entra en conflicto con el objetivo de la igualdad de trato entre las mujeres y los hombres» y demuestra cómo la legislación existente en los Estados Miembros no está adaptada para responder a esta situación.

(6) Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo: Informe sobre Género y condiciones de trabajo en la Unión Europea, basado en la Segunda Encuesta Europea sobre Condiciones de Trabajo, 1996. Según la misma, un 3% de mujeres habían sido víctimas de acoso sexual, porcentaje que supone una cifra de dos millones de mujeres, y el 4%

Con el objetivo de mejorar las condiciones de trabajo y elevar el nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores, en el marco del artículo 118 A del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, nace la Directiva 89/391/CEE del Consejo de 12 de junio de 1989⁷, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. La Comunidad Económica Europea es consciente de que las y los trabajadores están expuestos en su lugar de trabajo y a lo largo de toda su carrera profesional a la influencia de factores peligrosos, y aunque es a los Estados a quienes corresponde la mejora en sus territorios de la seguridad y la salud de sus trabajadores, ante el número creciente de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, la Directiva pretende incentivar a los Estados a adoptar medidas en esta línea. Entre las medidas planteadas destacan las dirigidas a la prevención, favorecer el diálogo y la información, así como la participación entre todos los actores implicados. Una Directiva a la que nos debemos dirigir para determinar las obligaciones del empresariado en esta materia, pues establece con detalle las obligaciones de todas las partes implicadas: como llevar a cabo la consulta y participación de las y los trabajadores, la formación, la regulación de los informes de aplicación que quinquenalmente los Estados deberán realizar y presentar ante la Comisión, informando sobre de las medidas adoptadas así como proporcionar datos desglosados por sexo.

A consecuencia del Informe Rubenstein se aprobó, dentro del marco del Tercer Programa Comunitario para la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres (1991/1995) la Resolución del Consejo de la Comunidad Europea de 29 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad del hombre y de la mujer en el trabajo, que respecto al acoso sexual afirmaba que corresponde a los jueces nacionales determinar si los casos que se les someten se hallan dentro de esta categoría y pueden ser un delito, o contravenir otras obligaciones impuestas por la ley (salud, seguridad) y pide a todos los actores sociales y sindicales que respeten el Código práctico encaminado a combatir el acoso sexual que se había de desarrollar a raíz de esta Resolución (que,

de discriminación sexual, en los últimos doce meses anteriores a la realización de la encuesta. En el caso de los hombres, el porcentaje que señala haber sido acosado sexualmente es inferior al 1%. En las conclusiones de la encuesta se señala que cuestión tan perniciosa debe ser erradicada de los lugares de trabajo en toda la Unión Europea.

(7) (DO L 183 de 29.6.1989) Esta Directiva viene a completar la Resolución del Consejo de 21 de diciembre de 1987, relativa a la seguridad e higiene en el trabajo, así como las cuatro Resoluciones que el Parlamento Europeo adoptó en 1988, en el marco del debate sobre el establecimiento del mercado interior y la protección en el lugar de trabajo, en las que se invita, en concreto a la Comisión, para que se elabore una Directiva-marco, que establezca las líneas específicas que deben desarrollarse por los Estados para cubrir todos los riesgos relativos a la seguridad y la salud en el lugar de trabajo.

como curiosidad cabe señalar que sólo cita una de las sentencias en el ámbito contencioso administrativo durante el periodo 2008-2009).

La Declaración del Consejo de 19 de diciembre de 1991, relativa a la aplicación de la Recomendación de la Comisión sobre la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluido el Código práctico dirigido a combatir el acoso sexual, con el objetivo central de animar a los Estados miembros a que intensifiquen sus esfuerzos para fomentar la integración de la mujer en el mercado del trabajo, invita a la Comisión a que se fomente el intercambio de información y de buenas prácticas entre los Estados miembros y a que presente al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo el informe previsto en el artículo 4 de la Recomendación de la Comisión, en un plazo de tres años a partir de la fecha de adopción de la Declaración.

Una de las definiciones jurídicas más citada, por la mayor parte de los textos normativos y por los tribunales europeos en materia de acoso sexual, es la que se establece en la Recomendación de la Comisión Europea de 1991, contenida en su artículo 1. Este texto recomienda a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para fomentar la conciencia de que la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, resulta inaceptable si:

a) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma;

b) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o

c) dicha conducta cree un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma.

Esta definición se repite en la Recomendación de 1992 de la Comisión Europea relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, y en el Código práctico⁸. Con base en todos los argumentos teóricos expuestos en los apartados anteriores la misma debe ser objeto de crítica. No sólo por la exigencia subjetiva que impone, también porque considera necesario que dicha conducta discriminatoria tenga efectos presentes y objetivables, cuando como hemos visto en la definición universal de discrimina-

⁽⁸⁾ Diario Oficial L 49 de 24.2.1992.

ción, recogida en la CEDAW, para que exista discriminación el acto debe estar basado en el sexo y tener «*por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer [...] sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica [...]*» (art. 1 CEDAW). Esto significa que aunque los comportamientos incluidos en la definición son amplios su aplicación queda restringida, al tenerse que probar los efectos discriminatorios específicos que dichos actos han producido. Esta exigencia, como más adelante se verá al analizar las sentencias producidas sobre la materia en los diferentes ámbitos normativos, introducirá unas dificultades probatorias que dejan en la impunidad graves actos discriminatorios.

A pesar de la variedad de leyes existentes contra el acoso sexual, sólo la interpretación que les den los tribunales puede dar contenido concreto a la prohibición y prevención de este tipo de conductas en el trabajo. De ahí el interés del trabajo que aquí se presenta y la pertinencia de la siguiente pregunta ¿cómo han reaccionado ante las nuevas leyes antidiscriminatorias los tribunales de las diferentes jurisdicciones, en España?⁹

Aunque las normas internacionales hace décadas que se ocupan del acoso sexual en el marco de la lucha contra la discriminación de la mujer, la mayoría de las sentencias de los tribunales no las citan, si bien parece observarse en los últimos años un cambio y está surgiendo un cierto interés por citar tanto el Derecho Internacional como el Comunitario.

En el Código práctico se propone que la empresa —añadiríamos, también, la Administración— desarrolle una declaración de principios en la que se exprese de forma clara que no se tolerarán este tipo de conductas y que las personas trabajadoras tienen derecho a presentar denuncias si el acoso se produce. Las denuncias se tratarán con seriedad, prontitud y confidencialidad, protegiendo a quien denuncia de las represalias. Se deben de poner en marcha medidas de apoyo a las víctimas y formación para prevenir y detectar.

En 1996, la Comisión adoptó una Comunicación que lanzó una primera fase de consultas a los interlocutores sociales sobre la prevención del acoso sexual en el trabajo. Al mismo tiempo, presentó el Informe de evaluación

⁽⁹⁾ AEBERHARD-HODGES, J., «Jurisprudencia reciente sobre el acoso sexual», *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 115, n.º 5, 1996. Este artículo pretende mostrar la recepción que en los años noventa se estaba haciendo de la primera legislación en materia de acoso por parte de los diferentes tribunales de justicia. Mientras que en Estados Unidos se confirmaba su calificación como discriminación en el trabajo por razón de sexo y se sancionaba, en Francia se consideraba un abuso de poder y autoridad que sólo daba lugar a indemnización. En paralelo, en España se resolvía como un problema de seguridad e higiene en el trabajo, con base en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 y la Ordenanza General de Seguridad en el Trabajo de 1971.

sobre la Recomendación de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, elaborado a partir de la información transmitida por los Estados miembros. La consulta a los interlocutores sociales hizo resurgir, de nuevo, las discrepancias sobre el modo de luchar contra el acoso sexual, ya que las organizaciones patronales querían iniciativas nacionales y las organizaciones sindicales pedían la adopción de un instrumento comunitario vinculante. La Comisión, al constatar el fracaso de las normas nacionales, preconiza la puesta en marcha de una política global de prevención que comprenda normas y procesos adaptados al contexto profesional.

La Comunicación de la Comisión de 19 de marzo de 1997 puso en marcha una segunda fase. Los interlocutores sociales renunciaron a la invitación de pronunciarse sobre los elementos de una política global y a negociar un convenio colectivo a nivel europeo; abriendo la posibilidad de que la Comisión iniciara nuevas vías de prevención del acoso sexual, incluyendo la adopción de un instrumento jurídico vinculante.

Como resultado de una serie de Resoluciones relativas a la modernización de la organización del trabajo y la agenda de política social¹⁰, de las conclusiones de los Consejos Europeos de Niza y Estocolmo y de la información elaborada por la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades de 2001, y considerando que un 8% de las personas empleadas en la Unión Europea dicen haber sido víctimas de acoso moral en el lugar de trabajo en el último año, según la encuesta elaborada a 21.500 trabajadoras y trabajadores, y que estos hechos generan estrés y afectan a la salud y a la seguridad en el trabajo, el Parlamento aprueba la Resolución del Parlamento Europeo sobre acoso moral en el lugar de trabajo de 2001¹¹.

En esta Resolución se recogen estudios estadísticos que desvelan que donde más acoso moral se produce es en aquellos lugares de trabajo en los que existe mucha tensión, «un tipo de trabajo que realizan más frecuentemente las mujeres que los hombres y que aumentó considerablemente en los noventa». Añadiéndose que el acoso moral se produce más en aquellos lugares de trabajo en los que existe un alto grado de competitividad, menor estabilidad y más precariedad (Puntos D y E de la Resolución). Unas condiciones laborales que parecen describir las características del trabajo de las mujeres en Europa. A pesar de ello, y aún cuando se reconoce por el Parlamento Europeo que el acoso moral genera enfermedades ligadas al estrés que esta situación suscita, sostiene que los datos desglosados por sexos no ofrecen una imagen clara sobre el impacto

⁽¹⁰⁾ Resolución de 13 de abril de 1999, relativa a la modernización del trabajo; 24 de octubre de 2000 relativa a las políticas de empleo de los Estados y el informe de empleo de 2000 sobre la Agenda de política social.

⁽¹¹⁾ 2001/2339(INI).

de estas conductas en uno y otro sexo, en función de los datos ofrecidos por la Agencia Europea de Salud y Seguridad en el trabajo.

La Resolución de 2001 se mueve todo el tiempo en una gran ambigüedad, por una parte parece querer demostrar que el acoso moral es un problema de todos, pero al mismo tiempo el Parlamento Europeo se ve obligado a reconocer que son las mujeres quienes sufren con mayor frecuencia que los hombres esta situación, en cualquiera de sus modalidades: acoso vertical, descendente o ascendente, de acoso horizontal o mixto (punto 4 de la Resolución). Otro dato a destacar es que, aunque se habla tan sólo de acoso moral, no de acoso sexual, se alude también a las falsas acusaciones de acoso, preocupación que, como se mostrará, siempre está presente cuando aflora la violencia de género en cualquier contexto.

Merece reseñarse también que esta Resolución sobre acoso de 2001 recuerda a los Estados los efectos negativos que para las y los empleadores tiene el acoso moral, en materias relacionadas con la eficacia económica de la empresa, la rentabilidad, el absentismo o la reducción de la productividad como resultado de la confusión mental o la falta de concentración que se pueda producir. Se promueve incluso que se respalden las redes y organizaciones de voluntarios contra el acoso, exhortando a la Comisión a ofrecer, para el 2002, un libro verde, en el que se ofrezca a los Estados información detallada sobre el estado actual del acoso moral y respecto a las medidas que puedan resultar más eficientes. Como se verá a continuación todo este esfuerzo concluirá con el Acuerdo Europeo de 2007.

El Acuerdo Marco Europeo de 2007 sobre acoso y violencia en el trabajo, alcanzado el 15 de diciembre de 2006, fue fruto de años de negociación. El 23 de diciembre de 2004 la Comisión decidió iniciar la primera fase de consulta a los interlocutores sociales sobre la violencia en el lugar de trabajo y sus efectos en la salud y la seguridad en el trabajo, en el contexto del propio programa de la Comisión en ese ámbito, en el marco de la estrategia comunitaria sobre salud y seguridad en el trabajo establecida para 2002-2006.

Los interlocutores sociales europeos intersectoriales comunicaron a la Comisión que organizarían un seminario, en el que se exploraría la posibilidad de negociar un acuerdo autónomo, ajustado al programa de trabajo del diálogo social para 2003-2005. Tras el seminario, las organizaciones prepararon sus mandatos de negociación y emprendieron oficialmente negociaciones el 6 de febrero de 2006. Las negociaciones duraron más de diez meses y finalizaron con éxito el 15 de diciembre de 2006. Tras la aprobación por los órganos rectores internos de las cuatro organizaciones de interlocutores sociales implicadas en las negociaciones, el acuerdo se firmó oficialmente el 27 de abril de 2007 en presencia del Comisario responsable de empleo, asuntos sociales e igualdad de oportunidades, Vladimír Špidla, y se presentó a la prensa.

El Acuerdo aspiraba a prevenir y, en caso necesario, a gestionar problemas de intimidación, acoso sexual y violencia física en el lugar de trabajo. Este acuerdo condenaba toda forma de acoso y de violencia e insistía en la obligación que tienen los empresarios de proteger a los trabajadores contra tales situaciones. Se pedía además a las empresas de Europa que adoptasen una política de tolerancia cero frente a este tipo de conductas, desarrollando procedimientos específicos adecuados. En estos procedimientos se distingue entre una fase informal, tenida información sobre presuntas conductas de acoso o violencia, en la que intervendrá una persona en quien confíe tanto la dirección como los trabajadores, y una fase formal una vez presentada y formalizada la denuncia. Las denuncias deben examinarse y tratarse rápidamente, respetándose los principios de dignidad, confidencialidad, imparcialidad y trato equitativo. Se tomarán medidas apropiadas contra los autores de estos actos, que irán desde la sanción disciplinaria al despido, y las víctimas recibirán apoyo para su reintegración, en caso necesario.

El Acuerdo debe ser aplicado por las partes signatarias, es decir, las organizaciones nacionales de interlocutores sociales, según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, según la primera alternativa del artículo 139, apartado 2, del Tratado CE, en el plazo de tres años desde su firma. Al cuarto año, el Comité del Diálogo Social elaborará un informe sobre su aplicación. Este año 2011 es el año en que debe emitirse dicho informe. Habrá que esperar a los datos para comprobar qué efectos ha tenido.

Una vez descrito el proceso de negociación que ha precedido al establecimiento del Acuerdo Marco Europeo y de sus ejes centrales, analicemos a continuación los objetivos que pretende alcanzar y las formas de acoso que recoge.

En cuanto a los objetivos se afirma que:

«El acuerdo aspira a prevenir y, en caso necesario, gestionar problemas de intimidación, acoso sexual y violencia física en el lugar de trabajo. Este acuerdo condena toda forma de acoso y de violencia e insiste en la obligación que tienen los empresarios de proteger a los trabajadores contra tales situaciones. Se pide a las empresas de Europa que adopten una política de tolerancia cero [...]. Deben respetarse los principios de dignidad, confidencialidad, imparcialidad y trato equitativo. Se tomarán medidas apropiadas contra los autores de estos actos, que irán de la sanción disciplinaria al despido, y las víctimas recibirán apoyo para su reintegración, en caso necesario».

El documento continua:

«El respeto mutuo de la dignidad a todos niveles en el lugar de trabajo es una de las características esenciales de las organizaciones exitosas. Por eso son inaceptables el acoso y la violencia, que BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CIEP y la CES (y el

comité de enlace EUROCADRES/CCE) condenan en todas sus formas. Consideran que va en interés mutuo de empresarios y trabajadores examinar esta cuestión, que puede tener graves consecuencias sociales y económicas. Tanto el Derecho de la UE¹² como el nacional establecen el deber de los patronos de proteger a los trabajadores contra el acoso y la violencia en el lugar de trabajo.

En el lugar de trabajo pueden presentarse diversas formas de acoso y de violencia, que pueden:

- ser de carácter físico, psicológico o sexual,*
- constituir incidentes aislados o comportamientos más sistemáticos,*
- darse entre colegas, entre superiores y subordinados o provenir de terceros como clientes, usuarios, pacientes, alumnos, etc.*
- ir desde casos poco importantes de falta de respeto hasta actos más graves, como infracciones penales que requieren la intervención de las autoridades públicas.*

Los interlocutores sociales europeos reconocen que el acoso y la violencia pueden aparecer en cualquier lugar de trabajo y afectar a cualquier trabajador, con independencia del tamaño de la empresa, el campo de la actividad o el tipo de contrato o de relación de trabajo. Sin embargo, algunos grupos y sectores pueden tener más riesgo que otros».

Cabe destacar en este texto que se reconoce que el acoso puede tener diversas formas —físico, psicológico y sexual—, darse en cualquier lugar de trabajo y afectar a cualquier persona trabajadora. Este reconocimiento de la complejidad y diversidad de formas que puede revestir el acoso y la violencia en el trabajo se opone a la idea de que el acoso sólo existe en ciertos lugares y que únicamente algunas personas están en riesgo de padecerlo. Se resalta también que la dignidad ha de estar respetada en cualquier estamento laboral y que este tipo de conductas afectan tanto a las personas trabajadoras como a la productividad y a la eficiencia del sector económico. Por consiguiente, erradicar estas malas prácticas interesa a todas las partes de la relación laboral. Este giro respecto a que el acoso puede darse en cualquier contexto laboral y a cualquier persona trabajadora, pero que no todos están expuestos al mismo riesgo, se explica como consecuencia de

(12) Entre otras, las siguientes Directivas:

- Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.
- Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.
- Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo

considerar ahora a estos problemas como una cuestión de optimización y protección de los recursos humanos, además de un problema de riesgo laboral.

Aunque tradicionalmente el acoso ha sido considerado un tema que debía encuadrarse o afrontarse en la prevención de riesgos laborales, ahora se trata de reubicar con carácter general en el ámbito de los recursos humanos, defendiéndose en este nuevo contexto, frente a las resistencias del pasado, su regulación jurídica. En otras palabras, cuando se afirma que este tipo de conductas pueden producirse en cualquier lugar y a cualquier persona, pero que también no todas las personas o contextos están igualmente expuestos a este riesgo laboral, lo que se trata es de reducir los ámbitos de aplicación de los costosos sistemas de evaluaciones de riesgos. Toda esta argumentación permite comprender los objetivos que el Acuerdo fija:

— aumentar la sensibilización y el entendimiento de patronos, trabajadores y sus representantes sobre lo que son el acoso y la violencia en el lugar de trabajo,

— proporcionar a los patronos, los trabajadores y sus representantes a todos los niveles un marco pragmático para identificar, prevenir y hacer frente a los problemas de acoso y violencia en el trabajo.

Otra cuestión, con respecto al Acuerdo, que entendemos debe abordarse, es el rechazo a elaborar una definición de acoso y violencia, proponiéndose una mera descripción. La descripción, que no definición, dice así:

«El acoso y la violencia son la expresión de comportamientos inaceptables adoptados por una o más personas, y pueden tomar muy diversas formas, algunas más fácilmente identificables que otras. La exposición de las personas al acoso y a la violencia puede depender del entorno de trabajo.»

Se da acoso cuando se maltrata a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, se les amenaza o se les humilla en situaciones vinculadas con el trabajo.

Se habla de violencia cuando se produce la agresión de uno o más trabajadores o directivos en situaciones vinculadas con el trabajo.

El acoso y la violencia pueden provenir de uno o más directivos o trabajadores, con la finalidad o el efecto de perjudicar la dignidad de la víctima, dañar su salud o crearle un entorno de trabajo hostil.»

Para calificar a una conducta como acoso, se considera apropiado establecer un elemento subjetivo y otro objetivo, fundamentada la exigencia de la subjetividad en que los individuos tienen una percepción subjetiva de los com-

portamientos en función de su forma de ser, de su estado de ánimo, además de estar supeditada a elementos personales, culturales, laborales y geográficos. El peso del elemento subjetivo, ha sido objeto de extensas críticas, a las que nos remitimos, y sobre las que más adelante nos detendremos. Se propone como mejor solución para enfrentarse al acoso y a la violencia en el trabajo desarrollar cauces para anticipar, detectar y tratar los casos que se presenten. Los cauces pueden ser formales o informales, no requiriendo procedimientos rígidos o burocratizados. Se propone incluso utilizar los cauces existentes o habituales en las empresas para solucionar los conflictos. En otras palabras, este Acuerdo Marco promueve entre los Estados una justicia negociada en el marco de la empresa y no una justicia reglada.

Esta estrategia es un modo más de ocultar la violencia de género contra las mujeres, presentando el acoso sexual y por razón de sexo como un conflicto más al que pueden estar sometidos tanto los hombres como las mujeres, por igual. Esta aparente neutralidad, es la que justifica que se ubique la lucha contra el acoso en el marco de la igualdad de trato y de oportunidades a mujeres y hombres, ocultándose la discriminación sistémica contra las mujeres, ya expuesta.

Las exigencias que se establecen de reiteración y deliberación, contradicen todo lo que hemos defendido en la parte introductoria de nuestro trabajo y a la que nos remitimos. Existen actos que son, a pesar de la falta de frecuencia, graves atentados a la dignidad de las personas trabajadoras, un valor jurídico tan relevante en materia de igualdad de derechos que no admite graduaciones en su protección o garantía. Todo atentado a la dignidad de una persona lesiona la base moral que todo derecho racional debe tener. Con respecto a la exigencia de intencionalidad, ya se ha reiterado en diferentes partes de este trabajo que la discriminación no puede hacerse depender para su calificación de la intencionalidad, éste será un elemento a valorar cuando se declare el nivel de responsabilidad o de culpabilidad de las personas o instituciones implicada en los actos discriminatorios.

En materia de prevención y para detectar precozmente las situaciones de acoso y violencia se promueven desde el Acuerdo las siguientes medidas:

«Aumentar la sensibilización de todo el personal y darle una formación apropiada puede hacer que disminuya la probabilidad de acoso y de violencia en el trabajo.»

Las empresas deben redactar una declaración de que no tolerarán el acoso y la violencia. En esta declaración se especificarán los procedimientos a seguir en caso de incidentes. Entre estos procedimientos puede figurar una fase informal en la que una persona en quien confían tanto la dirección como los trabajadores ofrece ayuda y asesoramiento».

Junto a los cauces informales se habla de «*procedimientos adecuados para hacer frente al acoso y la violencia*». Un procedimiento se considerará apropiado si:

- «— *Va en interés de todas las partes proceder con la discreción necesaria para proteger la dignidad e intimidad de todos.*
- *No debe revelarse ninguna información a partes no involucradas.*
- *Las denuncias deben investigarse y tratarse sin demoras injustificadas.*
- *Todas las partes implicadas deben ser escuchadas con imparcialidad y recibir un tratamiento justo.*
- *Las denuncias deben ir sustentadas por información detallada.*
- *Las acusaciones falsas no deben tolerarse y pueden dar lugar a una acción disciplinaria.*
- *Una ayuda exterior puede resultar útil.»*

Cada una de estas exigencias merece una reflexión detallada. No cabe duda que la discreción es necesaria, pero esta discreción no debe significar la ocultación en la empresa de que se producen situaciones de acoso y violencia. El conocimiento de estos hechos y de las posibles denuncias, sin desvelarse nombres, pueden hacer aflorar otras situaciones similares, lo que mejorará la igualdad y la productividad en la empresa y erradicará violencia. No debe desvelarse información a partes no involucradas. No obstante, estos límites en la información no deben considerarse extensivos a los comités de empresa o a delegados sindicales. Parece muy apropiado que todas las denuncias se investiguen, y que todas reciban un tratamiento justo e imparcial, pero será difícil que estos objetivos se cumplan si no se posee una adecuada formación en derecho antidiscriminatorio y se desconoce la especificidad que dentro del acoso discriminatorio tiene el acoso sexual y por razón de sexo. Respecto a la ayuda exterior, el Acuerdo hace un llamamiento a la mediación, una figura y un procedimiento de resolución de conflictos, que tendrá más adelante en el trabajo un extenso análisis y reflexión.

Lo que nos preocupa de este texto, elaborado en 2007 tras una larga historia de legislación en materia de acoso sexual y de violencia de género como ya se ha visto, es que todavía imponga condiciones que desvelan el desconocimiento del fenómeno discriminatorio, la complejidad que encierra la discriminación contra las mujeres y, de un modo más concreto, la especificidad que representa el acoso sexual y por razón de sexo frente a otras formas de acoso, incluso también discriminatorias.

Aunque lo que se pretende es prevenir y detectar precozmente el acoso y la violencia para reducir al mínimo los costes personales y empresariales de dichas conductas, lo cierto es que el acoso y la violencia se producen, de ahí que el Acuerdo deba centrarse en determinar qué debe hacerse ante tales supuestos.

«*Si se establece que ha tenido lugar acoso o violencia, se tomarán medidas apropiadas contra sus autores. Estas medidas irán de la sanción disciplinaria al despido. Las víctimas recibirán apoyo y, si es preciso, ayuda para su reintegración. En consulta con los trabajadores o sus representantes, los empresarios establecerán, revisarán y controlarán estos procedimientos para velar por que sean efectivos tanto para evitar problemas como para tratarlos cuando surjan.*»

Todas estas medidas aquí referidas serán revisadas por las partes, según previsión, a los cinco años; esto es en 2012. Para concluir y consciente la Comisión de que las pequeñas empresas siempre tienen más dificultades para llevar a cabo estas medidas, cierra el documento con las siguientes palabras:

«*al aplicar el presente acuerdo, los miembros de las partes firmantes evitarán cargas innecesarias para las PYMES.*

La aplicación del presente acuerdo no justificará reducción alguna del nivel general de protección del que gozan los trabajadores en el ámbito del presente acuerdo.

El presente acuerdo no prejuzga el derecho de los interlocutores sociales a celebrar convenios, al nivel apropiado, incluido el nivel europeo, que adapten o completen sus disposiciones de una manera que tengan en cuenta las necesidades específicas de los interlocutores sociales afectados.»

El interés por la negociación colectiva en materia de acoso y violencia, que también la legislación española recoge, en concreto la LOIEMH, parece ir en contradicción con lo defendido por la OCDE en nuestro país, cuando pretende sacar a las PYMES de la negociación colectiva, para que se autorregulen. La propuesta resulta preocupante, en lo que a prevención de riesgos laborales se refiere, especialmente en un país como el nuestro donde buena parte del tejido empresarial está compuesta por pequeñas y medianas empresas.

Por último, uno de los temas que también preocupa a la Comisión Europea es cómo evitar las denuncias falsas y la previsión de una sanción cuando esto ocurra. Nuevamente asistimos a la sempiterna cuestión de las denuncias falsas en materia de violencia de género, esta vez centrado en el marco del trabajo. Sorprende que no se haya planteado esta cuestión en otros tipos de conflictos, pero si tales denuncias falsas existieran en un número significativo como para que se tratara como un problema, habría que preguntarse: ¿Cómo enfrentarse a ellas de forma adecuada? ¿Qué pretende la estrategia de denuncias cruzadas? ¿Quién emplea más esta estrategia?

Los datos de los que disponemos, confirmados en nuestro análisis jurisprudencial, constatan que es el acosador quien emplea esta estrategia procesal con el objetivo de convertirse en víctima, repeler la sanción y minar la credibilidad de la persona acosada.

Esta estrategia es eficaz, sobre todo cuando las víctimas son mujeres y nos encontramos ante situaciones de acoso sexual y acoso moral. Y esto es así, porque en nuestras sociedades y a pesar del largo camino recorrido, aún existe un trasfondo de incredulidad en cuanto a la realidad de las situaciones cotidianas de violencia y más aún respecto a la palabra de las mujeres. El hecho de que numerosas sentencias tengan que argumentar de forma extensa para aceptar como elemento probatorio la palabra de la víctima, que se insista en investigar si en la declaración de la mujer existen sinsentidos o contradicción alguna, significa que lo común en ellas, lo que se espera de ellas, lo que se les presupone es la irracionalidad o la falta de lógica.

Si comparamos el contenido de este Acuerdo Europeo sobre acoso y violencia, con el Código de Conducta desarrollado a raíz de la Resolución del Consejo de 29 de mayo de 1990, se comprueba que poco se ha cambiado.

Desde la entrada en vigor de la LOIEMH, el plan comunitario para el empleo y la solidaridad social Progress (2007-2013), también ha dedicado un amplio apartado a las condiciones de trabajo igualitarias, al igual que la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones. «Igualdad entre mujeres y hombres, 2009». Esta Comunicación alude a la actual crisis económica y pone de relieve la necesidad de que los Estados inviertan en capital humano y en infraestructura social, para que mujeres y hombres desplieguen todo su potencial. Se destaca que aunque las mujeres se estén incorporando mayoritariamente al mercado de trabajo, sus trabajos son a tiempo parcial, menos valorados y peor pagados; ocupando también puestos de menor responsabilidad a pesar de su cualificación. La Comisión recuerda que la igualdad no es sólo un objetivo, es una condición previa para cumplir «los objetivos globales de la UE. Sin ella no existe crecimiento, empleo y cohesión social, La incorporación de las mujeres al mercado de trabajo es tanto garantía para su independencia económica como una contribución sustancial al desarrollo económico y a la permanencia de los sistemas de protección social». Hay que continuar incorporando «la igualdad de género a las políticas sociales y de empleo», denunciándose la falta de corresponsabilidad, que impide compatibilizar trabajo y familia, y perpetúa los estereotipos sociales sexistas.

El análisis de todas estas fuentes permite mostrar la evolución de las medidas y estrategias desarrolladas en los últimos años en materia de acoso y violencia en el trabajo. Una evolución que permite valorar en su justa medida el contenido y el alcance de la LOIEMH.

3. FUENTES NACIONALES EN MATERIA DE ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO

3.1. INTRODUCCIÓN

La regulación española sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo se ha visto fuertemente influida por el derecho comunitario, especialmente en lo que a su conceptualización se refiere. De este modo, la L.O. 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH) transpone el contenido en esta materia avanzado por las Directivas 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 y 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006. En el ámbito comunitario también han abordado este tema dos importantes documentos, el Código de Conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual y el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo de 26 de abril de 2007. Aludamos a ellas brevemente y a su concepto, pues nos resultará ilustrativo para entender la evolución jurisprudencial al respecto.

a) La Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, que definía el acoso sexual como:

«La conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, constituye una violación intolerable de la dignidad de los trabajadores o aprendices y que resulta inaceptable si: dicha conducta es indescada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma; la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional, al empleo, a la continuación del mismo, a los ascensos, al salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo y/o dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil y humillante para la persona que es objeto de la misma».

b) La Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, de carácter no vinculante, fruto de la preocupación de todos los países miembros de la Unión Europea por el fenómeno del acoso sexual, como resultado de las conclusiones derivadas del *Informe Rubenstein* y del comienzo del *III Programa de Acción Comunitaria (1991-1995)*, recoge las notas de la definición anterior, e incluye como Anexo primero el

Código de Conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual en el trabajo, cuyo objetivo era proporcionar orientación práctica sobre la protección de la mujer y del hombre en el trabajo, con recomendaciones a empresas, sindicatos y trabajadores/as para la inclusión de cláusulas en la negociación colectiva, medidas preventivas, programas formativos y procedimientos adecuados. Este Código de Conducta, al que ya se aludió, define el acoso sexual en el trabajo como «la conducta de naturaleza sexual¹³ u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo»; que puede incluir «comportamientos físicos, verbales o no verbales indeseados»; cuya principal característica es «que es indeseado por parte de la persona objeto del mismo, y corresponde a cada individuo determinar el comportamiento que le resulta aceptable y el que le resulta ofensivo»; además señala que «La atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva, si bien un único incidente de acoso puede constituir acoso sexual si es lo suficientemente grave. Lo que distingue el acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo». Sobre este particular, hacemos nuestras las palabras de crítica de Lousada Arochena¹⁴, al presuponerse que la atención sexual es algo natural y que agrada a las mujeres en atención a la reminiscencia del principio del *vis grata mulieris*.

c) Las Directivas del Consejo 2006/54/CE¹⁵, refundición de las Directivas anteriores en la materia¹⁶ y 2004/113/CE¹⁷ definen el «acoso relacionado

⁽¹³⁾ La connotación sexual lo diferencia del acoso psicológico o *mobbing* que como indica PIÑUEL, I., en *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, 2001, pp. 52 y ss., consiste en el continuo y deliberado maltrato verbal y/o modal que recibe una persona trabajadora para su aniquilación o destrucción psicológica y así obtener su salida de la organización.

⁽¹⁴⁾ LOUSADA AROCHENA, J. F., «Acoso sexual y acoso sexista en la Ley de Igualdad», en *Anuario de Conferencias del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales*, 2.º Semestre de 2007, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008, pp. 93-125.

⁽¹⁵⁾ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Diario Oficial de la Unión Europea de 26.7.2006.

⁽¹⁶⁾ Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo; Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE; Directiva 86/378/CE, del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; y Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

⁽¹⁷⁾ Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y suministros.

con el sexo» y el «acoso sexual». Respecto al acoso sexual se dice: es «la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»; y el acoso relacionado con el sexo como «comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona» con el mismo propósito y efectos. Por último, también se define el acoso sexual y por razón de sexo al definir la discriminación directa: «situación en que una persona haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable o que es, ha sido o sería tratada otra en una situación comparable, por razón de sexo», constituyendo discriminación directa tanto el acoso sexual como el acoso por razón de sexo.

Estas Directivas ponen de relieve la importancia de la negociación colectiva y de los interlocutores sociales para desarrollar las políticas de igualdad derivadas de ellas y destacan el rol relevante de estas políticas para la erradicación del acoso sexual y la discriminación.

3.2. DESARROLLO NACIONAL Y AUTONÓMICO DE LA IGUALDAD EN DERECHOS DE LAS MUJERES

La Exposición de Motivos de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género constata que «La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión». Ciertamente es que la conocida popularmente como Ley Integral centra su objeto de actuación (art. 1), seguramente por cuestiones de presión social en «la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Sin embargo, la Violencia de Género es algo más que la mal llamada violencia doméstica o la violencia en las relaciones de pareja como bien dejaba explícito, nuevamente, la Exposición de motivos al aludir a la definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en:

«las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en tres ámbitos básicos de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral».

La Ley andaluza 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la Violencia de Género sabedora de la asimilación de Violencia de Género como forma de discriminación¹⁸, abraza en su artículo 1, un concepto de Violencia de Género mucho más acorde y riguroso con el defendido en los distintos Tratados Internacionales y muy especialmente por la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983; recordemos:

«A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

Para el legislativo andaluz, se entiende por violencia de género —artículos 1 y 3.1 de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre— «aquella que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por el hecho de serlo».

La Violencia de Género incluye, pues, todas aquellas agresiones sufridas por las mujeres como consecuencia de los condicionamientos socioculturales que actúan sobre los géneros masculino y femenino, y que se manifiestan —y se han manifestado históricamente— en cada uno de los ámbitos de relación de la persona, situándola en una posición de subordinación al hombre; y ello, insistimos, no sólo toca a la esfera privada, o más concretamente a la relación de pareja, sino a la esfera pública, y en el caso que nos ocupa —el acoso sexual y el acoso en razón al sexo— a su posición en el ámbito económico-laboral.

Este reconocimiento y asimilación de la violencia de género como forma de discriminación es, pues, algo más que una cuestión circunstancial. Se trata de un primer paso en la lucha por erradicarla y un compromiso por parte de las Administraciones Central y Autónoma de no quedar al margen de lo que se califica como «uno de los ataques más flagrantes a los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución»¹⁹ así como «un obstáculo para el ple-

no desarrollo de las mujeres y de la sociedad»²⁰. Ambas leyes reconocen que los poderes públicos no pueden ser ajenos a esta lacra social, —la mayor vulneración de los derechos humanos en el mundo²¹—, e invocan a la Constitución —al Estatuto Andaluz en Andalucía—, pero también a las demandas del Derecho Internacional²² y Europeo para justificar la urgencia de «proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres»²³. No en vano, en la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones, dirigida al desarrollo de una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), la Comisión entiende que para su consecución se requieren importantes cambios estructurales, dada la estrecha relación entre la vida económica, la igual participación y representación social y política, los derechos sociales, la vida civil de las personas y los roles y estereotipos asignados en función del sexo. La hoja de ruta para el desarrollo de la igualdad entre mujeres y hombres, presentada en 2006, por España a la Unión Europea, responde, pues, a esta demanda compleja y se centra en seis áreas prioritarias: independencia económica, conciliación de la vida familiar, laboral y personal, igualdad en la toma de decisiones, eliminación de los estereotipos de género, promoción de la igualdad de género, y, cómo no, la erradicación de la violencia de género. Y para ello, se arbitran acciones positivas diferenciadoras específicas dirigidas a las mujeres, pero también —y como novedad— todas las políticas y acciones de integración de la igualdad de los sexos. Se trata de una

⁽²⁰⁾ Exposición de Motivos de la Ley andaluza 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁽²¹⁾ La Declaración del Milenio de 2000 manifiesta que la violencia de género constituye la mayor vulneración de los derechos humanos en el mundo, y establece la colaboración de los Estados para lograr la erradicación de las desigualdades de género como uno de los objetivos estratégicos de la actuación de la comunidad internacional.

⁽²²⁾ Son múltiples los esfuerzos realizados a nivel internacional en la lucha por erradicar la violencia hacia las mujeres dirigida contra las mismas por el mero hecho de serlo. De este modo, y sin ánimo de exhaustividad, se ha de mencionar: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) adoptada por Naciones Unidas en 1979; la Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer en 1993 (art. 1); la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín de 1995, de la que nació la Declaración y Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1995, cuyos contenidos han sido revisados en años posteriores (2000, 2005, 2010, Beijing+15); la Declaración del Milenio de 2000; la Declaración de Viena de 1993; el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo, en 1994; la Declaración de Copenhague, adoptada por la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de 1995. Estos documentos internacionales enfatizan la estrecha interdependencia de los ámbitos de la actividad pública y privada, así como la existencia de vulneraciones de derechos fundamentales en ambas esferas.

⁽²³⁾ Exposición de Motivos de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

⁽¹⁸⁾ Repárese como acierto, aun cuando sólo sea simbólicamente, en la aprobación previa del paquete de medidas dirigidas a las promoción de la Igualdad de género y posteriormente la de prevención y protección integral contra la Violencia de Género.

⁽¹⁹⁾ Exposición de Motivos de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

estrategia global comunitaria, —con un enfoque dual—, más compleja que la mera activación de acciones positivas, pues se apuesta además por la horizontalidad de la perspectiva de género, evaluando el impacto de género en todos los ámbitos de intervención.

En coherencia con este compromiso adquirido, y como respuesta global, en España se aprobaron dos paquetes de medidas legislativas que —junto a la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno— son especialmente importantes en lo que se refiere a la erradicación de las distintas Violencias de Género y a la apuesta por la igualdad efectiva intergéneros. Nos referimos a las conocidas —y polémicas— L.O. 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y a la L.O. 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Éstas, aun cuando indiscutiblemente pueden ser mejorables —e incluso deben serlo, pues el Derecho debe estar en contacto permanente con la sociedad en la que se gesta y aplica—, deben ser consideradas y valoradas, en justicia, como una importante apuesta del Legislativo nacional en su compromiso por eliminar los desequilibrios aún existentes entre los sexos en el ejercicio de sus derechos de ciudadanía. Dicho esto, y aun cuando la Ley Integral (L.O. 1/2004, de 28 de diciembre) fue aprobada —unánimemente por todas las fuerzas políticas—, antes que la Ley de Igualdad (L.O. 3/2007, de 22 de marzo), sin embargo, ambas, junto a la desconocida Ley de Impacto de Género, deben ser entendidas y enmarcadas, para un adecuado conocimiento, como un *totum*. Esto es, estas herramientas jurídicas no son más que un sólo cuerpo que nos permitiría prevenir, detectar, eliminar y erradicar las distintas Violencias de Género que se perpetran sobre las mujeres, situándolas en una situación de subordinación con respecto a los varones, y que se manifiestan tanto en la esfera privada como pública. Según lo expuesto, no se puede erradicar la Violencia de Género en el contexto familiar y de pareja (antes mal llamada violencia doméstica), sin desplegar el arsenal jurídico-político arbitrado para conseguir la igualdad efectiva de mujeres y hombres, lo que permitirá —entre otras cosas— evitar el peligro de caer en el victimismo, en pro de una activación energética y sin complejos del estatus de ciudadana.

Y es que, indiscutiblemente, la Violencia de Género en el contexto familiar de pareja es el extremo más dramático de la violencia estructural que padecen las mujeres, que se ha consolidado y enquistado a lo largo de siglos de Historia, y que sigue colocándolas —colocándonos— en una posición de inferioridad, con respecto a los varones. Pero, si bien se asesina a mujeres en la intimidad de su hogar —o fuera, pues ya sabemos que el agresor no se esconde, sino que se siente legitimado para agredir— también es cierto que se asesina a éstas toda vez que descan desarrollar sus derechos de ciudadanía

completa. Y es por esta razón que se requieren las armas arbitradas por Leyes Orgánicas (que no por meras recomendaciones), que a su vez descansan —desde hace ya treinta y tres años— sobre mandatos constitucionales —amén de en proclamas internacionales y europeas— y que exigen intervención con mayúsculas para garantizar la libertad, la igualdad, la seguridad, la vida y la no discriminación.

Combatir la violencia estructural sobre las mujeres se alza, pues, como primera tarea estatal, autonómica y social para conseguir niveles mínimos de libertad, seguridad, y en consecuencia, de igualdad. Y para afrontar dicha tarea, la acción positiva que engloba medidas diferenciadoras e indiferenciadoras se muestra como un instrumento eficaz, aunque polémico —especialmente por las segundas— al chocar con el planteamiento tradicional, clásico-aristotélico que alimenta las estructuras jurídicas tradicionales.

A nivel autonómico, las distintas Comunidades Autónomas²⁴ también han tenido que tomar medidas en el marco de sus competencias, y entre ellas, Andalucía²⁵, sabedora de la asimilación de Violencia de género como forma de discriminación, tal y como anunciábamos al comienzo de esta investigación y pionera en el despliegue de medidas jurídico-políticas de significativo alcance en torno a la erradicación de la violencia de género, —referente, incluso, para el Legislativo nacional— arbitró dos leyes especialmente relevantes en la lucha por la igualdad de géneros: la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la

(24) Desde las Comunidades Autónomas, los distintos gobiernos regionales, han elaborado planes de actuación contra la violencia de género, que subrayan algunos aspectos ya recogidos por la Ley Integral, y en otros casos la complementan con medidas y ayudas desde el ámbito autonómico. Algunas comunidades ya contaban con planes específicos anteriores, destacando Andalucía como pionera en la puesta en marcha de planes autonómicos desde 1998. Entre los pioneros, merecen destacarse la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas, aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha; Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y de Protección contra la Violencia de Género en la región de Murcia; el Decreto 2/2007, de 12 de enero, por el que se aprueba el II Plan contra la Violencia de Género en Castilla y León (2007-2011) y los dos planes de acción andaluces —el I Plan de Actuación del Gobierno Andaluz para Avanzar en la Erradicación de la Violencia Contra las Mujeres (1998-1999), y el II Plan de acción del Gobierno Andaluz contra la violencia hacia las mujeres (2001-2004)— que fueron la antesala no sólo de la Ley andaluza 13/2007, de 26 de noviembre de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género, sino también de la propia Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Para un estudio más detallado, véase GENOVÉS GARCÍA, A., *La Violencia de Género mata*, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social, Córdoba, 2007, pp. 40-45. Recientemente acaba de publicarse su obra *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*, Bosch, Barcelona, 2009.

(25) Repárese como acierto, aun cuando sólo sea simbólicamente, en la aprobación previa del paquete de medidas dirigidas a las promoción de la Igualdad de género y posteriormente la de prevención y protección integral contra la Violencia de Género.

Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía (BOJA n.º 247, de 28 de diciembre de 2007) y la *Ley 13/2007, de 26 de noviembre de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género* (BOJA n.º 247, de 18 de diciembre de 2007). Junto a éstas, no puede desconocerse la *Ley 18/2003, por la que se aprueban Medidas Fiscales y Administrativas para 2004*, y la inclusión previa del capítulo sobre Medidas en Materia de Género, convirtiéndose en referente en cuanto a la aplicación del principio de transversalidad de género.

Tanto las Leyes Integrales como las Leyes de Igualdad, nacionales y autonómicas, responden a esa urgencia; y en lo que a nuestro objeto de estudio se refiere —el acoso sexual y el acoso por razón de sexo— se transpone además el contenido normativo recogido en las Directivas 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, la formación y la promoción profesionales y las condiciones de trabajo, y la 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Dichas Directivas elevan a categoría jurídica la especialidad del acoso en función del sexo de la víctima²⁶, por lo que «*toda orden de discriminar a personas por razón de su sexo se considerará discriminación en el sentido de la presente Directiva*».

Tampoco deben desconocerse como referentes otros dos importantes documentos europeos antes analizados: el Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual de 2002 y el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo, de 26 de abril de 2007. Y es que, en estos momentos de importantes transformaciones económicas e internacionales, a Europa le preocupan los severos costes laborales, sociales y políticos, que las secuelas de la violencia generan en las mujeres y en los menores a su cargo, así como en la sociedad en su conjunto. El impacto individual y social de la violencia contra las mujeres disuelve la tradicional separación o fragmentación entre la vida privada y la vida pública y hace visible la estrecha conexión que existe entre la vida de las personas y la estructura social y política, además de constituirse en un problema de Salud pública de primera magnitud²⁷. Por esta razón, el objetivo último de las medidas normativas y políticas desarrolladas en España y Andalucía se centra no sólo en la persecución de tales con-

⁽²⁶⁾ Aún cuando no constituye un texto específico en materia de acoso ambiental por razón de sexo, no podemos olvidar la Convención de Ginebra de 1951 para personas perseguidas por razón de sexo.

⁽²⁷⁾ La Organización Mundial de la Salud decretó en 1998 la erradicación de la violencia contra las mujeres como una prioridad internacional para los servicios de salud, iniciativa a la que se sumó el Fondo para la Población de Naciones Unidas al año siguiente.

ductas violentas, que afectan también a la salud laboral²⁸, sino que se pretende generar un cambio en las costumbres y creencias presentes en la sociedad que conforman una ontología social informal (esto es, un estilo y un modo de vida normalizado) enfrentado a los valores de la justicia constitucional.

El acoso sexual, y el acoso en razón del sexo son, sin duda, un buen ejemplo de la violencia que padecen las mujeres en el orden laboral, y de su normalización por parte de quienes la ejercen, e incluso de quienes la soportan (ya vimos como un 14,9% de las mujeres trabajadoras en España sufre acoso sexual —acoso técnico—, pero sólo un 9,9% percibe haberlo sufrido —acoso declarado—).

En este orden de cosas, el artículo 7 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, configura la definición del acoso sexual y por razón de sexo, pero, junto a ello, su apartado 3 enfatiza que «*se considerará en todo caso discriminatorio el acoso sexual y el acoso por razón de sexo*». A nivel autonómico, será en el art. 3 de la Ley andaluza 12/2007, de 26 de noviembre para la Promoción de la Igualdad de Género en Andalucía, en sus apartados 6 y 7, donde se recoja dicho contenido conceptual. Pero por si quedara duda de que estamos ante episodios severos de violencia de género, la Ley andaluza 13/2007, de 26 de noviembre, de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género lo deja claro en su artículo 3.2:

«La violencia a que se refiere la presente Ley comprende cualquier acto de violencia basada en género que tenga como consecuencia, o que tenga posibilidades de tener como consecuencia, perjuicio o sufrimiento en la salud física, sexual o psicológica de la mujer, incluyendo amenazas de dichos actos, coerción o privaciones arbitrarias de su libertad, tanto si se producen en la vida pública como privada.»

El artículo 3.3 de la Ley andaluza continúa especificando las formas de violencia de género y el entorno donde pueden producirse. De este modo, recoge no sólo la violencia física y la sexual, ejercida por hombres hacia las mujeres en su entorno familiar o en *su entorno social y/o laboral*, sino también la psicológica que produce desvalorización o sufrimiento en las mujeres, y que reatraya todos los actos de violencia de género que se perpetran contra éstas por el hecho de ser mujeres. Es lo que posteriormente calificaremos como *violencia moral de género*, o violencia sexista.

Dicho esto, resulta obligado destacar nuevamente la estrecha conexión existente entre la erradicación de la violencia de género y los avances en la

⁽²⁸⁾ En este sentido, la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía constituye un avance en esta materia ya que en su artículo 30, sobre acoso sexual y por razón de sexo, considera ambos tipos de acoso como conductas que afectan a la salud laboral, instando a que su tratamiento y prevención se aborde desde esta perspectiva, sin perjuicio de la responsabilidad penal, laboral y civil que se derive.

igualdad real entre mujeres y hombres en la sociedad y subrayar que sólo partiendo de un marco de igualdad efectiva en la ciudadanía, podrá erradicarse toda forma de violencia contra las mujeres, se perpetre en la esfera privada o en la socio-laboral. Sin olvidar que para alcanzarla será preciso superar las muchas resistencias que, a todos los niveles, se producen frente a los avances en materia de igualdad real.

Reparemos, pues, en el concepto jurídico de discriminación como subordinación estructural, clave del nuevo Derecho antidiscriminatorio y antisubordinación crítico, que supera el planteamiento clásico-aristotélico de igualdad²⁹ que alimenta las estructuras jurídicas tradicionales. No obstante, recordemos que el acoso sexual y el acoso por razón de sexo son delitos pluriofensivos, con lo que no sólo son formas de discriminación, sino que atacan a la integridad física o moral —derecho recogido en el artículo 15 de la Constitución Española—, atacan a la intimidad personal, en su vertiente de intimidad sexual —derecho recogido en el artículo 18 CE—, y atentan contra el derecho al trabajo —recogido en el artículo 35 de la Ley de Leyes—.

3.3. GENDER MAINSTREAMING E INTERSECCIONALIDAD DE FACTORES

La tipología de la figura del acoso laboral tal y como se ha abordado por la doctrina actual, tanto a nivel jurídico como psicológico, ha venido centrándose en un criterio jerárquico, distinguiendo el acoso que proviene del superior jerárquico (acoso vertical descendente o *bossing*), entre iguales o compañeros (acoso horizontal o *mobbing*), o incluso el sufrido en el ámbito escolar (*bulling*). Sin embargo, la tendencia legislativa reciente, tanto a nivel europeo como nacional, apunta hacia la especificación del acoso en atención al móvil discriminatorio, y no al rango jerárquico de los sujetos intervinientes en el proceso acosador. Ciertamente, las personas, en general, pueden padecer acoso ya fuere por el superior jerárquico o por sus compañeros; pero en lo que a las mujeres se refiere, hemos de añadir un plus, de subordinación estructural inter-géneros, que las coloca en una posición de inferioridad con respecto a sus compañeros varones.

Este reconocimiento jurídico e institucional de la discriminación grupal-estructural de las mujeres como ciudadanas, que no como colectivo, ha empujado, sin duda, a la reformulación de las distintas figuras de acoso, que ahora supera el tipo genérico de acoso moral y también la específica modalidad de

acoso discriminatorio introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que incluye las relativas al origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, reforzando incluso las garantías procedimentales. Y esto es así porque si bien es cierto que tanto los hombres como las mujeres han sufrido discriminaciones según clase, etnia, preferencia sexual, entre otras, también lo es que ningún hombre/varón ha sido discriminado a causa de su sexo, frente a la mujer que sí. Esto nos lleva a afirmar que pese a esta interseccionalidad de factores, lo cierto es que el factor sexo-género reatravesará a todos los demás, hasta el punto de constatar con la experiencia que la mitad de la humanidad, como son las mujeres, aparecen subdiscriminadas³⁰ en todos los países y sociedades a escala mundial. En lo que al acoso sexual se refiere, y considerando que esta modalidad es la menos habitual dentro de las situaciones más generalizadas de acoso o de violencia contra las mujeres, la Organización Mundial de la Salud arroja un dato alarmante, que viene a corroborar nuestra tesis: el 25% de la población femenina mundial sufre acoso sexual.

De este modo, ahora hablamos también de acoso sexual y de acoso —moral— por razón de sexo (género) que son formas específicas de violencia de género, aunque el legislativo haya optado deliberadamente por la expresión «por razón de sexo».

La Directiva 2002/73 define el acoso discriminatorio por razón de sexo como «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo». Asimismo define el «acoso sexual» como «la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillantes y ofensivo». De este modo, se conceptualizan estas conductas como acoso (discriminatorio) sexual y/o por razón de sexo y se dispone que «el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo no podrá utilizarse para tomar una

⁽²⁹⁾ En este sentido, asimilando Justicia e Igualdad, llamamos justo a un acto o incluso a la ley misma, en cuanto respeta un criterio básico de igualdad: No debe aplicarse trato discriminatorio en dos casos análogos. La fórmula aristotélica deja sin respuesta una cuestión esencial: qué criterios se aplican para predicar la analogía.

⁽³⁰⁾ Tomamos esta expresión de M.^a Ángeles Barrère, con la que sin duda compartimos sus posiciones en torno a la necesidad de apostar por un nuevo modelo de Derecho antidiscriminatorio crítico, que supere las limitaciones de «la igualdad de trato y de oportunidades» como modelos válidos para construir éste, y se centre en erradicación de la subordinación estructural-grupal de las mujeres. Al respecto, pueden consultarse múltiples trabajos; a saber: BARRÈRE, M. A., «Problemas de Derecho antidiscriminatorio: Subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 60, 2001, pp. 145-166; o el más reciente, «La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 87-88, 2010, p. 251.

decisión que le afecte» pues en todo caso se incluye en el concepto de discriminación (art. 2.2 de la Directiva 2002/73; y de la Directiva 2006/54 (Refundición)³¹ relativa al principio de Igualdad de Oportunidades e Igualdad de Trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación).

Al unísono con lo preceptuado por la Unión Europea, la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (en lo sucesivo LOIEMH), ha introducido un nuevo marco de regulación con relación al tema que nos ocupa, a través de su articulado, como a través de las reformas legislativas realizadas por sus disposiciones adicionales y que afectan muy especialmente al Estatuto de los Trabajadores (disposición adicional n.º 11), a la ley de Prevención de Riesgos Laborales (disposición adicional n.º 12), la Ley de Procedimiento Laboral (disposición adicional n.º 13), sin olvidarnos del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (disposición adicional n.º 14). De este modo, la LOIEMH viene a completar el alcance limitado de la Ley Orgánica estatal 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, como venía criticando la doctrina iuslaboralista³², estableciendo como criterio general de actuación de los Poderes Públicos, —artículo 14.5— «(1) a adopción de las medidas necesarias para la erradicación de la violencia de género (...) y todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo».

El *gender mainstreaming* significa, pues, priorizar en la transversalidad la eliminación de la discriminación producida por una estructura sistemática que es, el «sexo-género». No nos olvidemos que, según la definición internacional de *discriminación* de la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la(s) mujer(es) (CEDAW) de 1979, una ley será discriminatoria no sólo por su objeto, sino si *generare como resultado de su aplicación* (aunque fuere formalmente igualitaria) un menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de la(s) mujer(es)³³ de sus derechos. Pero este análisis no implica desconocer la complejidad de la

interseccionalidad de factores³⁴ que golpean de manera específica a las mujeres, en tanto que «la discriminación contra la mujer suele estar íntimamente vinculada con la discriminación por otros motivos como la raza, el color, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (En este sentido) los Estados Partes deberán tener en cuenta la forma concreta en que algunos casos de discriminación por otros motivos afecten en particular a la mujer e incluir información acerca de las medidas adoptadas para contrarrestar esos efectos»³⁵.

Ahora bien, esta interseccionalidad no puede perder de vista la importancia del sistema sexo-género en las políticas. «Dicho de otro modo, la interseccionalidad no debe servir para dismantelar el reconocimiento del sistema sexo-género como «corriente principal» en las mismas. Es más, la virtualidad del *mainstreaming* de género se apoya en buena medida en esto último, y no en la mera transversalidad»³⁶.

La prevalencia del *mainstreaming* de género se constata, además, en las palabras de Lousada Arochena: «Mediante el reconocimiento del principio de transversalidad de género, la totalidad del ordenamiento jurídico aparece impregnado del objetivo de conseguir la igualdad entre hombres y mujeres, de modo que, cada norma jurídica, ostentará la finalidad adicional de conseguir ese objetivo. En otras palabras, todas y cada una de las normas jurídicas ha de

⁽³¹⁾ Publicada en el DOUE L, n.º 204, de 26 de julio de 2006.

⁽³²⁾ Al respecto, véase la opinión de MOLINA NAVARRETE, C., «Las dimensiones sociolaborales de la «lucha» contra la «violencia de género», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, n.º 12, 2005; o la de QUINTANILLA NAVARRO, B., «Violencia de Género y derechos sociolaborales: la L.O.1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género», *Temas Laborales*, n.º 80/2005, cuando afirma en la p. 39 que «la protección que se pretende garantizar es amplia, pero no «integral».

⁽³³⁾ El plural es añadido, como hemos explicado en una nota anterior, para evitar caer en la homogeneización de éstas, así como para destacar la existencia de múltiples sub-grupos de mujeres, en atención a la interseccionalidad de múltiples factores (etnia, clase, religión, discapacidades, creencias...) que puede derivar —pese a seguir unidas por el hilo conductor de la subordinación estructural grupal— en disparidad de intereses y problemáticas.

⁽³⁴⁾ No podemos detenernos en este trabajo en analizar las diversas formas de interacción e interacción de los distintos sistemas o estructuras de opresión, pues sobrepasa en mucho, el objetivo de nuestra investigación. No obstante, nos parece fundamental destacar esta perspectiva interseccional de la discriminación que obliga a revisar el Derecho antidiscriminatorio clásico, tras mostrarse insuficiente. Al respecto, merecen destacarse las aportaciones originarias de las feministas afroamericanas estadounidenses de los años 80. Posteriormente el interés desde el Feminismo Académico por abordar la complejidad de la interacción de estos factores ha ido incrementándose, especialmente a nivel internacional. A nivel nacional, aún son pocas las voces que se interesan y pronuncian por la interseccionalidad. Merecen destacarse las aportaciones de BUSTELO, M., «Intersectionality faces the strong gender norm», *International Feminist Journal of Politics*, 11, 4, 2009, pp. 530-546; REY MARTÍNEZ, F., «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008, pp. 251-283; y BARRÈRE, M. A., 2010, pp. 225-252. Aun cuando a nivel normativo, probablemente el Anteproyecto de lo que pretendía ser la futura *Ley Integral de Igualdad de Trato y Discriminación* pretendiera hacerse eco de ello, —no en vano, Fernando Rey Martínez es uno de los artífices—, sin embargo detectamos una homogeneización de las distintas causas o sistemas de opresión, diluyendo en el texto la prioridad y prevalencia del *gender mainstreaming*. Esta disolución de la perspectiva de género, como dimensión principal, ponía en peligro, entendemos, los pequeños avances conseguidos en la igualdad efectiva inter-géneros.

⁽³⁵⁾ Vid. Observación General n.º 28, párrafo 30, a la Igualdad de derechos entre hombres y mujeres del Comité de Derechos Humanos, encargado de supervisar y promocionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁽³⁶⁾ Vid. BARRÈRE UNZUETA, M. A., 2010, p. 251.

convertirse en mecanismo de consecución de la igualdad entre hombres y mujeres»³⁷. Hablamos pues, de otra forma de ver y entender el Derecho, puesto que las condiciones de partida y la distancia en la carrera ciudadana, no son las mismas, para ellas y para ellos, además de estar reatrasadas por cruces³⁸ de carreteras (factores, sistemas, estructuras: etnia, clase, orientación sexual, religión, enfermedad...) que dificultan aún más la llegada a la meta con garantía de libertad, de igualdad y de seguridad.

Dicha afirmación surge a tenor del malogrado Anteproyecto de *Ley Integral de Igualdad de Trato y Discriminación*, donde detectábamos una preocupante homogeneización de las distintas causas o sistemas de opresión, diluyendo en el texto normativo la prioridad y prevalencia del *gender mainstreaming* entre otras formas de discriminación por etnia, clase, orientación sexual, religión, enfermedad... Esta disolución de la perspectiva de género, como corriente principal, ponía en peligro, entendemos, los pequeños avances conseguidos en la igualdad efectiva inter-géneros, y significaba un paso atrás —de gigante— en el reconocimiento con mayúsculas de los derechos de las mujeres como ciudadanas, que no como mero colectivo. Este *backlash* nos remontaría nuevamente a la —supuestamente superada— primera ola del feminismo: la igualdad de derechos y la igualdad de trato en la ley. Aun cuando el Anteproyecto haya quedado en papel mojado, dicha reflexión aparece obligatoria en tanto que arriesga la apuesta valiente del legislativo.

Es el momento de analizar las novedades más significativas aportadas por las leyes de Igualdad nacional y autonómica-andaluza en el tema que nos ocupa y las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva.

⁽³⁷⁾ Vid. LOUSADA AROCHENA, J. E., «Informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa», *La Ley*, n.º 6092, 23 de septiembre de 2004, p. 3. De todas formas, convenimos con M. A. Barrère, que el concepto de *mainstreaming* resulta un concepto puramente instrumental, sin alcance, mientras no se determine qué igualdad de género se ha de incorporar transversalmente a las políticas públicas. Asimismo, no podemos olvidar que el concepto de igualdad de género está sometido a debate feminista de manera permanente. Vid. BARRÈRE, M. A., 2010, pp. 243-244.

⁽³⁸⁾ En este sentido, tomo el símil del cruce de carreteras para explicar la interseccionalidad, de Kimberlé CRENSHAW, jurista feminista estadounidense quien, en 1989, publicara su trabajo «Deracializing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», en la Revista *University of Chicago Legal Forum*, referente obligado para entender el fenómeno de la interseccionalidad. En este sentido, quiero agradecer a M. A. BARRÈRE, su intermediación intelectual, acercándonos su pensamiento, en su artículo «La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas», 2010, pp. 225-252.

IV. LA REGULACIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN EL ORDEN SOCIAL Y SU JURISPRUDENCIA

1. TIPIFICACIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: ASPECTOS GENERALES LABORALES

En España, la principal regulación del acoso sexual, con anterioridad a la L.O. 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, se efectuó —como analizaremos— a través de la ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Sin embargo, no será hasta la aprobación de la LOIEMH que se introduzca un nuevo marco de regulación con relación al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, concretamente a partir de sus artículos: 6, 7, 9, 10, 12, 13, 27.3.c, 46.2, 48 y 62; y de las reformas de distintas leyes a través de sus disposiciones adicionales. En este sentido, deben mencionarse las DA 11.^a relativa al Estatuto de los Trabajadores (ET), la 12.^a de reforma de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), la 13.^a relativa a la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), recientemente derogada por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y la 14.^a de reforma de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS). Analizaremos la regulación y sus novedades más significativas en los apartados siguientes.

I.1. LA DEFINICIÓN JURÍDICA DE ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

El artículo 7 de la LOIEMH, transponiendo lo establecido por la Directiva europea, configura la definición del acoso sexual y por razón de sexo, sin perjuicio de su tratamiento penal y establece textualmente lo siguiente:

«Artículo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo.

1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

3. Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.»

La importancia de este artículo viene marcada especialmente por la distinción entre acoso sexual y acoso (moral) por razón de sexo, con connotaciones específicas, así como su expresa consideración como *discriminación* y en consecuencia, vulneración del derecho fundamental a la igualdad. Efectivamente una mera ojeada al concepto jurídico de discriminación acuñado por la CEDAW en 1979 —y arriba recogido—, y una comparativa con el de acoso sexual y acoso discriminatorio por razón de sexo, deja claro alguno de los elementos debatidos en la doctrina científica y jurisprudencial; a saber: la intencionalidad del sujeto activo (agresor), la percepción (subjetiva) de quien sufre la agresión y el dato objetivo que descansa en la creación de un entorno intimidatorio, degradante y ofensivo que, en cierto modo, interactúa con la visión de la persona agredida. Un acto será calificado de acoso *discriminatorio*, tanto si tiene —con un claro talante disyuntivo¹— *por objeto (o propósito) o por resultado (el efecto)* de menoscabar la dignidad y los derechos humanos.

Aun cuando efectivamente el artículo 7 de la LOIEMH no se refiere específicamente al acoso por razón de género, lo cierto es que hay varias circunstancias que deben constatarse:

- A) La primera de ellas descansa en la certeza de que «el género tiene unas claras connotaciones laborales que puede generar un clima o medio ambiente de trabajo hostil para la mujer, al ser dominado por

(1) Para J. F. Lousada Arochena habría que atender a un criterio alternativo, considerando tan antijurídico lo ofensivo en sentido objetivo, aunque nada manifieste la víctima, como lo indeseado en sentido subjetivo, cuando el acosador sabe que su comportamiento es ofensivo para la víctima porque la misma así se lo ha manifestado y a pesar de ello persiste en el mismo. Vid. LOUSADA AROCHENA, J. F., «El concepto de acoso sexual laboral según la Sentencia de 13 de diciembre de 1999 del Tribunal Constitucional», *Relaciones Laborales*, n.º 3, 2000.

prejuicios masculinos y por la misma reacción de miedo ante el supuesto peligro que ésta significa para su tradicional posición dominante en el medio laboral»². Hablamos de un acoso ambiental, en donde el varón puede participar de manera activa (acosando) u omisiva (permitiendo, tolerando y normalizando el acoso).

- B) La presencia femenina en el entorno de trabajo es percibida con desagrado y hostilidad en un contexto de dominación tradicional masculina, donde además la mujer se erige como potencial competidora. No podemos desconocer la realidad sociológica que acompaña a las mujeres que acceden al mercado laboral: mano de obra autoestimulada, cuantitativamente y cualitativamente³ más preparada que el colectivo masculino. Hablamos de un auténtico peligro en la carrera promocional de los individuos que tradicionalmente han disfrutado de una posición hegemónica, en atención a su sexo.
- C) Los datos recogidos en las estadísticas actuales acerca de la práctica del acoso por razón de sexo y acoso sexual colocan a la ciudadanía mujeres como claros sujetos pasivos de estas formas de violencia de género. De la misma manera que las mujeres son agredidas y menoscabadas en la esfera privada, lo son igualmente en la pública. No olvidemos que «la violencia de género es histórica, estructural y está basada en la creencia del poder masculino y el sometimiento de las mujeres»⁴.

En consecuencia, la mujer se convierte en un blanco fácil no sólo para evidentes agresiones o abusos sexuales, sino para «normalizados» comentarios hirientes, burlas, mofas, o incluso ataques directos contra su profesionalidad y valía, persiguiendo el abandono o autoeliminación profesional, y el mantenimiento de la estratificación laboral patriarcal. La consecuencia directa de este atentado discriminatorio no sólo causa daño y efectos devastadores en el clima laboral, sino que la persona acosada —en este caso, mujer— ve resentida su salud física y emocional, pierde confianza y autoestima, y se verá abocada a abandonar su carrera promocional (estancamiento). No hablamos, pues, de

(2) Vid. RIVAS VALLEJO, P., «La protección social frente a la Violencia de Género», en ELÓSEGUI ITXASO, M., *Políticas de Género*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2007, p. 192.

(3) Vid. Informe de datos y cifras del curso 2008-09 del Sistema Universitario Español. En este sentido, merece la pena conocer los datos sociológicos recogidos en los distintos informes anuales nacionales y la evolución —o involución— de éstas. *Mujeres en la Educación*, Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo, 2005; *Estudio para conocer la Igualdad en España*, Instituto de la Mujer, Junio 2004; *Datos y cifras del sistema universitario español*. Curso 2006/2007, MEC, Consejo Coordinador Universitario, o en las siguientes páginas webs: www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/index.htm; www.mtas.es/mujer/mujeres/igualdad/index.htm

(4) LORENTE ACOSTA, M., en *El País*, miércoles 27 de diciembre de 2006.

meros comportamientos indebidos del trabajador que acosa, sino atentados contra la salud y la seguridad, convirtiéndose en un importante riesgo profesional que afecta a la salud laboral y a menudo, abusos de autoridad y de poder.

En definitiva, y en palabras de Lousada Arochena⁵, el acoso moral por razón de sexo no tiene entidad propia, sino que en realidad el sexo de la víctima es el motivo del acoso, en su proyección al género y por tanto no a unos rasgos propios del sexo, sino de los estereotipos sociales que se le asocian, si bien ha de matizarse que los rasgos físicos propios del sexo femenino sí son objetivo de muchos de los ataques verbales llevados a cabo por el acosador, por lo que en realidad el sexo opera en una doble vertiente como motor de acoso, en unas ocasiones disociado⁶ y en otras incluso entremezclado (al aparecer indiferenciados en un mismo caso ataques contra uno y otro).

En cualquier caso, y aunque en la práctica puedan y suelen aparecer entremezclados, esto es, referidos tanto a su sexo como a los roles que se le atribuyen en la sociedad, la ley, como sabemos, ha optado por acoger la acepción «acoso por razón de sexo», convirtiéndose en una figura cualificada de acoso discriminatorio por razón de sexo. Otra cosa es que nos topemos con prejuicios sexistas que impidan ver al aplicador último de la ley las consecuencias de esta posición subordinada asignada y no querida, y se normalicen algunos mitos sexistas sobre la violencia de género, como posteriormente analizaremos. La presencia de apreciaciones sexistas sobre la violencia y sus características implicará, sencillamente, la no observancia del acoso por razón de sexo e incluso del sexual, por mucho que lo diga la ley.

1.2. LAS CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN JURISDICCIONAL EFECTIVA

La aplicación de la transversalidad de género por el Poder Judicial no se agota, como indicábamos en epígrafe anterior, examinando lo asépticamente jurídico. De hecho, no basta con incidir en el momento de la decisión judicial a través de la sumisión al imperio de la ley, sino que es necesaria la flexibilización de determinados formalismos estériles que dificultaban, si no impedían, la aplicación real y efectiva de la transversalidad de género.

⁽⁵⁾ LOUSADA AROCHENA, J. F., «El acoso moral por razón de género», *Aranzadi Social*, n.º 15, 2004, p. 65.

⁽⁶⁾ Ejemplos de este acoso sexista no sexual, o de este acoso (moral) por razón de género serían entre otros: el acoso consistente en (mal)trato desfavorable a las mujeres, por haber disfrutado de una licencia por maternidad, sometiéndolas a situaciones insostenibles (STSJ GAL, de 29 de noviembre de 2000); o el trato desfavorable a las mujeres por el mero hecho de serlo, ya sea en el acceso al empleo, formación, promoción o condiciones laborales de las trabajadoras.

En este sentido, la Ley de Igualdad apuesta por la flexibilización de los procedimientos, tales como legitimaciones ampliadas, facilidad representativa, la inversión de la carga de la prueba, o las actuaciones de oficio, medidas que forman parte de lo que se conoce como cláusulas de protección jurisdiccional efectiva, contenido del derecho a la tutela judicial efectiva de la igualdad. Sin duda, todo este paquete de medidas acompañan el reforzamiento del genérico «derecho a la tutela judicial efectiva» (artículo 24 de la Constitución), con los procedimientos de garantía de los derechos fundamentales del art. 53.2 CE, aunque ahora por razones de igualdad (artículo 12 de la Ley de Igualdad), sirviendo de recordatorio a los operadores jurídicos sobre la importancia de la transversalidad, de su relevante papel en su implementación y de que una adecuada tutela judicial de la igualdad revertirá consecuentemente en una adecuada tutela sustantiva.

Artículo 12. Tutela judicial efectiva.

1. *Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación. (...)*

Es el momento de analizar algunas de las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva del principio de igualdad arbitradas en supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, y que, sin duda, son avances que deben ser reconocidos a la Ley de Igualdad.

1.3. LA GARANTÍA DE INDEMNIDAD Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS

La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, en su Capítulo IV, Infracciones en materia de empleo, artículo 37⁷, modificó el artículo 96 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores introduciendo por primera vez en el ámbito de las infracciones laborales, y calificándola como muy grave, una infracción autónoma por acoso

⁽⁷⁾ Artículo 37 de la L. 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. «Modificación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Se introduce un nuevo apartado, con el número 14, en el artículo 96 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en la forma siguiente:

14. El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial.

sexual. Esta inclusión se justifica en la Exposición de Motivos de dicha Ley por «la urgencia de tipificar nuevas infracciones en supuestos socialmente sensibles como (...) el acoso sexual en el medio laboral».

Desde la aprobación por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) la norma queda integrada —con el añadido «cualquiera que sea el sujeto activo de la misma»— entre las infracciones muy graves, en el art. 8.13, con el siguiente contenido:

El acoso sexual cuando se produzca dentro del ámbito al que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, administrativas y de Orden social, artículo 41, Dos, añade al art. 8 LISOS un nuevo apartado 13 bis:

13 bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.

Y el mismo fue revisado por la Disposición Adicional Décimocuarta, Dos, de la LOIEMH, que introdujo en el catálogo de infracciones muy graves del art. 8 LISOS, entre otras, el acoso por razón de sexo:

- Dos. Se modifican los apartados 12 y 13 bis del artículo 8 y se añade un nuevo apartado 17, quedando redactados en los siguientes términos:

12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.

13 bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera

que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.

17. No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley.

Así, la LOIEMH introdujo la figura cualificada de acoso discriminatorio por razón de sexo, pues el acoso que se ejerce sobre la mujer en el contexto laboral presenta rasgos sexistas, reviste características similares a las del acoso sexual en el trabajo y es constitutivo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo.

Esto obligó a revisar el Estatuto de los Trabajadores⁸ modificando el artículo 4.2 en lo que a los derechos de las personas trabajadoras se refiere; y el artículo 17.1, tal y como se recoge en la Disposición Adicional Décimo primera de la LOIEMH.

Uno. Se modifica el párrafo e) del apartado 2 del artículo 4, artículo que queda redactado en los términos siguientes:

[En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:

c) A no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, por razones de sexo (...); d) A su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene.]

e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.»

- Dos. Se modifica el párrafo segundo del apartado 1 [...] artículo 17, en los siguientes términos:

«Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial

(8) Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 Marzo. En su redacción originaria, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, no contenía ninguna referencia al acoso sexual en el trabajo, aunque su protección podía sustentarse en el derecho de los/as trabajadores/as «al respecto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad» y la Exposición de Motivos reconocía que «...la efectividad de estos derechos genéricos exige una mayor clarificación». Es la Ley 3/1989, de 3 de marzo la que modificó el artículo 4.2.c) del ET, añadiendo un inciso final, «comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual» y en relación a los funcionarios se adicionó, en idéntico sentido, un párrafo al art. 63.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación.»

Del entroncamiento del derecho a la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo con el derecho a la dignidad e intimidad de la persona trabajadora se derivan importantes consecuencias que provocan consignas jurisprudenciales importantes; a saber:

a) el incumplimiento grave de las obligaciones del empresariado, entre las que se incluye el acoso sexual y por razón de sexo, es causa justa para que la persona trabajadora solicite la extinción del contrato, de conformidad con el art. 50 del ET.

b) las ofensas verbales o físicas al empresariado o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos son causa de despido, de conformidad con el art. 54.2.c) del ET. Igualmente lo es el acoso sexual o por razón de sexo al empresariado o a las personas que trabajan en la empresa, conforme a la modificación de la letra g) del mismo artículo introducida por la LOIEMH.

c) el acoso sexual, en cuanto lesión de derechos fundamentales merecerá la tutela especial de los mismos, incluyendo la acción de indemnización⁹.

En este orden de cosas, otras reformas se han incorporado en el ámbito laboral. De este modo, la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, garantiza la territorialidad de las normas sobre acoso sexual; la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y el Orden Social, modificó el art. 181 de la Ley de Procedimiento Laboral (recientemente derogado por la LRJS), incluyendo expresamente el acoso entre las pretensiones que justificaban la utilización del procedimiento especial de la tutela del derecho de libertad sindical y demás derechos fundamentales; además del tremendo avance que ha supuesto la mencionada LOIEMH en tantos aspectos que vamos a tratar y la reciente aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) que deroga la Ley de Procedimiento Laboral en su conjunto, para unificar el conocimiento de cualquier vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas conectada a la relación laboral, como puede ser el caso del acoso.

Tras la modificación de los preceptos referidos, el acoso por razón de sexo se equipara a la figura del acoso sexual, no sólo en lo que a tipificación y protección se refiere, sino a las garantías para su observancia. De este modo, el

⁽⁹⁾ LOUSADA AROCHENA, J. F., 2007, pp. 93-125.

Título I de la LOIEMH se completa con una serie de provisiones que tienen una especial incidencia en las decisiones judiciales. De este modo, se introduce la «indemnidad frente a las represalias» aspecto que puede jugar un papel relevante en el pronunciamiento judicial, ante situaciones discriminatorias por razón de sexo y se flexibilizan los requisitos probatorios, invirtiendo la carga de la prueba, con el ánimo de no dejar sin protección este tipo de violencias laborales. En este sentido, los artículos 9 y 10 de la LOIEMH se pronuncian del siguiente modo:

Artículo 9. Indemnidad frente a represalias.

También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Artículo 10. Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias.

Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.

Este precepto limita la autonomía de la voluntad de los particulares y otorga a los órganos judiciales un importante papel en la interpretación de los actos o cláusulas que puedan implicar una discriminación por razón de sexo.

De este modo, las cláusulas de tutela judicial efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres se han visto reforzadas, con carácter general, en la LOIEMH, y significativamente en cuanto al reconocimiento de la compatibilidad de las indemnizaciones con la acción resolutoria del contrato de trabajo por lesión de derechos fundamentales, al amparo del artículo 50 del ET. En este sentido, el artículo 286 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que hace referencia a la imposibilidad de readmisión del trabajador, especifica en su apartado 2:

«En los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso podrá optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación, en su caso, conforme al apartado 2 del artículo 281».

1.4. LEGITIMACIÓN EN LOS LITIGIOS SOBRE ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

La LOIEMH, en el art. 12.3, recoge una norma específica del acoso sexual y del acoso sexista, disponiendo expresamente que «*la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo*».

Se trata, sin duda, de una excepción a la regla general contenida en el artículo 12.2 de la LOIEMH y que ampliaba «*la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales, y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derechos (o a la igualdad de los sexos) corresponden a las personas físicas con interés legítimo determinadas en las leyes reguladoras de estos procesos*».

Como señala la doctrina, esta excepción debe interpretarse en el sentido de que en los procedimientos internos establecidos en las empresas, de forma extrajudicial, sí cabe aceptar la legitimación de otras personas. Esta interpretación es acorde con la literalidad de la ley y con las indicaciones del Acuerdo Europeo sobre Acoso. Sin embargo, esta excepción también es desconocida en el Derecho comparado, en vía judicial, desde que Francia o Estados Unidos (*class action*) permite a los sindicatos la facultad de ejercitar, en defensa de las personas trabajadoras, incluso sin estar afiliadas a los mismos, las acciones frente a discriminaciones sexistas si la persona no se opone en un plazo a contar desde su notificación en forma; y en supuestos de acoso, si media el consentimiento expreso de la víctima.

Ahora bien, la pregunta resultante de este artículo excepcional y restrictivo sería quién constituye la persona acosada. Y ello es así porque, aparte de las víctimas directas y flagrantes de un chantaje sexual explícito, que justificaría la excepción de la legitimidad para litigar en base a la intimidad, nos encontramos con otros supuestos fácticos donde la persona destinataria de un acoso sexual o por razón de sexo se encuentra más difuminada, con lo que no se justificaría a priori la excepción de legitimidad litigadora. Nos referimos a supuestos de chantaje sexual implícito o a supuestos de acoso colectivo (ej. Exigencia de uniforme sexualmente provocativo), donde conforme se va difuminando la persona directamente acosada, se acentúa el interés colectivo que requiere de protección. De ser así, y en opinión de Lousada Arochena «cuando el interés colectivo predomina sobre el derecho a la intimidad, estaremos lejos de la situación de acoso que el legislador ha manejado como fundamento de la excepción y nos acercaremos a situaciones de discriminación sexista sin componente de privacidad. En consecuencia, deberíamos entonces reconocer la legitimación de los sujetos colectivos en una aplicación de la regla general del artículo 12.2 de la LOIEMH»¹⁰, apostando por la interpretación

⁽¹⁰⁾ *Ibidem*.

de la excepción en sus términos estrictos. Y esta aplicación restrictiva de la excepción se extrapolaría a supuestos donde, incluso existiendo una víctima directa, ésta autorice al sindicato a que litigue en su nombre e interés (artículo 177 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Ley 36/2011, de 10 de octubre, que deroga el art. 21 de la Ley de Procedimiento Laboral). Idéntica reflexión se aplicaría a supuestos donde el sindicato actúe como coadyuvante de la demanda de la víctima del acoso laboral (art. 177.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social); amén de la obligada intervención del Ministerio Fiscal (art. 177.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

En este sentido, recientemente, y con la entrada en vigor el 11 de diciembre de 2011, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en lo sucesivo, LRJS), hemos de señalar el contenido del artículo 177, que introduciendo el capítulo XI sobre tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, se pronuncia del siguiente modo en torno a la legitimación:

1. *Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios.*

2. *En aquellos casos en los que corresponda al trabajador, como sujeto lesionado, la legitimación activa como parte principal, podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que éste pertenezca, cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, así como, en supuestos de discriminación, las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, si bien no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado.*

3. *El Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas.*

4. *La víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado*

por la resolución que se dictare; y si se requiriese su testimonio el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias.

Asimismo, la interrelación del artículo 12.3 de la LOIEMH con el art. 191 del Código Penal que admite que, además de mediante denuncia de la víctima o de su representante legal, el delito de acoso se persiga mediante querrela del Ministerio Fiscal «que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia», permite sentenciar la legitimación de una persona jurídica en la tutela contra el acoso sexual laboral.

1.5. LA CARGA DE LA PRUEBA

En esta línea de impedir que los formalismos procedimentales estériles puedan convertirse en obstáculo para la tutela judicial efectiva, la LOIEMH apuesta en su artículo 13 por una de las novedades más significativas de reforzamiento de la protección judicial del derecho de igualdad. Nos referimos a la inversión de la carga de la prueba en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, como es el caso del acoso sexual y sexista.

Artículo 13. Prueba.

1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.

Esta regulación se trasladó explícitamente en las disposiciones adicionales 5 y 6 de la LOIEMH a la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, pero no al ámbito laboral, donde hasta hace poco tiempo resultaba preciso aportar indicios de acuerdo a los art. 96 y 179.2 de la recién derogada Ley de Procedimiento Laboral.

A finales de 2011, y con la aprobación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (BOE n.º 245, de 11 de octubre), se cubre una laguna legal, homogeneizando todos los órdenes jurisdiccionales al respecto de la inversión de la carga de la prueba. En este sentido, actualmente

el artículo 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social determina con claridad sobre la *Carga de la prueba en casos de discriminación y en accidentes de trabajo*, que:

«1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, ACOSO y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

2. En los procesos sobre responsabilidades derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales corresponderá a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo probar la adopción de las medidas necesarias para prevenir o evitar el riesgo, así como cualquier factor excluyente o minorador de su responsabilidad. No podrá apreciarse como elemento exonerador de la responsabilidad la culpa no temeraria del trabajador ni la que responda al ejercicio habitual del trabajo o a la confianza que éste inspira.»

1.6. EL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO COMO PROBLEMA DE SALUD LABORAL

La LOIEMH no olvida que el acoso sexual y el acoso por razón de sexo puede generar un daño físico y psicológico no menor en la salud de la persona trabajadora afectada. En este sentido, dedica su disposición final 12.^a y el artículo 27.3. a integrar el principio de igualdad en la política de salud laboral.

De este modo, la LOIEMH introduce (disposición final 12.^a: Modificaciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales) un nuevo apartado 4 en el art. 5 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales para que las Administraciones Públicas promuevan la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres y la consideración de las variables relacionadas con el sexo en materia de prevención de riesgos laborales, para detectar y prevenir situaciones en que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de las trabajadoras, como elementos a tener en cuenta en la política de prevención de riesgos laborales. En este sentido, *La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales queda modificada como sigue: Uno. Se introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 5, que quedará redactado como sigue:*

«4. 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 en vano, la Nota Técnica de Conducta 507 del Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo establecía que el acoso sexual es un riesgo laboral de carácter psicosocial¹¹ que ha de prevenirse en y por la empresa¹². También las normas internacionales asocian expresamente el acoso sexual con la seguridad e higiene en el trabajo y la salud laboral.

La consideración del acoso sexual como riesgo laboral tiene especial relevancia, por cuanto los daños en la salud laboral de la persona acosada deberán tener la consideración de contingencia profesional estimándose causados por accidente de trabajo¹³, pues según el 115.1 del TRLGSS¹⁴ es accidente de trabajo «toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena»; ello repercutirá en la cuantía de la base reguladora de la prestación que en su caso corresponda a la trabajadora víctima de acoso sexual en situación de incapacidad para el trabajo —que es superior para las contingencias profesionales que para las comunes— y, por tanto, en la cuantía de las correspondientes prestaciones. Además, cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional que origina la prestación se produzca como consecuencia de un incumplimiento empresarial de la normativa de prevención de riesgos laborales, se deberá aplicar el denominado *recargo de prestaciones*, regulado en el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social¹⁵, responsabilidad a cargo del empresariado y compatible con cualquier

(11) Tal y como lo define el artículo 4.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, se entiende como riesgo laboral «la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo».

(12) SERRANO ARGUESO, M., «El acoso sexual en el trabajo y la prevención de riesgos laborales». Actas del Symposium Mujeres y Derecho: luces y sombras en el ordenamiento jurídico. Servicio de Publicaciones de la Diputación de Málaga, 2008; PÉREZ DEL RÍO, Teresa, «El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social», *RL* n.º 17, 1990; CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J. F., «El acoso sexual como riesgo laboral (a propósito de la Sentencia 24.1.2000 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia)», dentro de las XI Jornadas Catalanas de Derecho Social, Barcelona, 2000.

(13) SERRANO ARGUESO, M., 2008; STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 11 de junio de 2004 (*La Ley Juris* 14136/2004); STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 23 de noviembre de 2006.

(14) Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

(15) Artículo 123 LGSS. Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional. «1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta,

otra, incluso penal y civil¹⁶ que se derive de la infracción. El recargo se impone previa la tramitación de un expediente administrativo por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, revisable en vía jurisdiccional social, que puede discurrir paralelo a un litigio en vía social, civil, contencioso-administrativa o penal en el que la persona afectada pida una indemnización por la misma causa¹⁷.

En esta misma línea, el artículo 27.3 de la LOIEMH sobre Integración del principio de igualdad en la política de salud se expresa claramente:

«3. Las Administraciones públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los órganos competentes en cada caso, desarrollarán, de acuerdo con el principio de igualdad de oportunidades, las siguientes actuaciones:

c) La consideración, dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral, del acoso sexual y el acoso por razón de sexo».

En lo que a la Ley andaluza para la Promoción de la Igualdad de Género de 26 de noviembre de 2007 se refiere, y en el marco de sus competencia, establece en su artículo 30 que las Administraciones públicas de Andalucía adoptarán las medidas necesarias para que exista un entorno laboral libre de acoso sexual y acoso por razón de sexo. «En este sentido, tendrán la consideración de conductas que afectan a la salud laboral, y su tratamiento y prevención deberán abordarse desde esta perspectiva, sin perjuicio de la responsabilidad penal, laboral y civil que se derive».

1.7. LAS MEDIDAS PARA PREVENIR EL ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO EN EL TRABAJO

Los artículos 46.2, 48 y 62 de la LOIEMH apuestan por establecer distintos mecanismos de prevención frente al acoso sexual y el sexista. El artículo 46.2 especifica entre las medidas que deben recogerse en los planes de igualdad de

de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. 2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. 3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.»

(16) LÓPEZ PARADA, R. A., «Hacia una ley integral en materia de accidentes de trabajo. Especialización y unificación jurisdiccional», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XII - 2005. 1.ª edición (2006), pp. 35 ss.

(17) *Ibidem*, p. 36, y véase también la jurisprudencia en ella citada.

las empresas, las referidas a la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo. En el mismo sentido, el artículo 48 sostiene la necesidad de promover condiciones de trabajo libres de acoso sexual y por razón de sexo y de arbitrar procedimientos específicos para las denuncias.

Textualmente, Art. 48 LOIEMH. «Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

1. Las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo.

Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación.

2. Los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo».

En el caso de las administraciones públicas, el artículo 62 de la LOIEMH establece la obligatoriedad de negociar con la representación legal de trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios: compromiso firme de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, con respecto a la tolerancia 0 del acoso; instrucción de todo el personal al respecto; tratamiento reservado de las denuncias; e identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia.

Y es que en la prestación de sus servicios, la persona trabajadora tiene derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene, estando a su vez obligada a observar las medidas legales y reglamentarias de seguridad e higiene¹⁸. El empresariado tiene la obligación de velar por la seguridad y salud de sus trabajadores y trabajadoras y la no observancia de este deber constituye un incumplimiento grave de sus obligaciones. Así, conforme dispone el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social¹⁹ (en adelante LISOS) el acoso sexual (art. 8., apartado 13 de la LISOS), y el acoso por razón de sexo (art. 8, apartado 13 bis de la LISOS), cuando se pro-

(18) Art. 19.1 y 2 ET.

(19) Aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, y modificado por L. 62/2003, de 30 de diciembre y LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

duzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección por parte del empresariado o de un tercero dentro del ámbito y control empresarial, es una infracción laboral muy grave²⁰, y le será imputable a la empresa —aunque sólo en el caso del acoso sexual— incluso en el supuesto de que aquella no haya conocido su existencia, siempre que se produzca dentro del margen a que alcanzan sus facultades de dirección, independientemente de quien sea el sujeto activo del acoso, pues debe responder por la negligencia que implica desconocer la existencia de un ilícito que se está cometiendo dentro de su ámbito de control, salvo que pueda demostrar que dicho desconocimiento no le es imputable²¹. De este modo, la responsabilidad empresarial nace si conociendo el empresariado el acoso sexual no hiciera nada y aún si no lo conociera porque no estableció mecanismos de denuncia del acoso sexual.

Recordemos las palabras textuales de la ley:

Art. 8.13 LISOS califica como infracción muy grave «el acoso sexual cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo».

Art. 8.13 bis LISOS califica como infracción muy grave «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo».

No obstante, siendo esto así, la «pequeña» diferencia de redacción entre el artículo 8.13 bis y el 8.13 de la LISOS, exigiendo en el primer caso (acoso sexual) «siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo», y no haciéndolo en el segundo (acoso sexista), introduce una difícil justificación teórica entre ambos tipos, lo que nos llevaría a reflexionar sobre si el deber empresarial de prevención no comprende el acoso sexista, sino sólo el sexual.

De cualquier modo, el daño no será imputable a la empresa únicamente cuando ésta acredite haber protegido a su plantilla de modo eficaz frente al

(20) El apartado 13 bis del artículo 8 de la LISOS, fue modificado hace unos años por la LOIEMH de 22 de marzo de 2007, introduciendo como motivo de infracción muy grave, el acoso por razón de sexo, e incorporándolo a las demás razones recogidas en su anterior redacción por Ley 62/2003, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social; a saber: origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual.

(21) SÁNCHEZ, F. y LARRAURI, E., *El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral*, Valencia, 1999, pp. 56 y ss.; ALTÉS TÁRREGA, J. A., 2002, p. 164; STSJ Cantabria, Sala Social, de 23 de noviembre de 2006.

acoso sexual en el trabajo, mediante la preceptiva evaluación del riesgo²², y adoptando las medidas oportunas para la protección de la víctima y la sanción disciplinaria del acosador. Estas medidas, que estarán contempladas en los convenios colectivos o declaración de principios de la empresa, deben prever el apercibimiento al acosador y su inmediata separación de la víctima desde el momento en que la empresa tiene conocimiento de la situación hasta la resolución del proceso interno, y la correspondiente sanción al acosador²³ quien, cuando el acoso se haya materializado, podrá ser directamente despedido²⁴.

En caso contrario, la infracción de las normas de previsión de riesgos laborales cometida por la empresa será, además, sancionable por la autoridad laboral en vía administrativa, conforme a lo previsto por el art. 46 bis LISOS²⁵, que trae aparejada nuevas sanciones de pérdida automática de ayudas, bonificaciones, beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y de exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses —artículo 46 bis de la LISOS—, en la redacción dada por la Disposición Adicional 14.^a de la LOIEMH. En esta línea, entendemos conveniente transponer el contenido sancionador del mismo; a saber:

Artículo 46 bis LISOS. Responsabilidades empresariales específicas.

1. Los empresarios que hayan cometido las infracciones muy graves tipificadas en los apartados 12, 13 y 13 bis) del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta

(22) La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres modifica en su Disposición adicional decimocuarta algunos artículos de la LISOS. Así se añade al art. 7, como infracciones graves, el nuevo apartado 13: «No cumplir las obligaciones que en materia de igualdad establecen el Estatuto de los trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación».

(23) Artículo 58 ET. Faltas y sanciones de los trabajadores. 1. Los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable. 2. La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre revisables ante la jurisdicción competente. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan. 3. No se podrán imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber.

(24) Art. 54 ET, referido al despido disciplinario, en su última redacción por la Disposición Adicional 11.^a, apartado 13 de la LOIEMH que modifica la letra g) del apartado 2 considerando incumplimiento contractual «...el acoso sexual o por razón al empresario o a las personas que trabajan en la empresa»; SERRANO ARGÜESO, M., 2008.

(25) La Disposición Adicional decimocuarta del la LOIEMH modifica la LISOS y añade una nueva Subsección 3.^a bis — Responsabilidades en materia de igualdad— en la Sección 2.^a del Capítulo VI, comprensiva de un nuevo artículo 46 bis, que incluye el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

Ley serán sancionados, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 1 del artículo 40, con las siguientes sanciones accesorias:

a) Pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y

b) Exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses.

2. No obstante lo anterior, en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, las sanciones accesorias a las que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias.

En el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 17 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma:

a) La pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y beneficios a la que se refiere la letra a) del apartado anterior se aplicará con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción;

b) La exclusión del acceso a tales beneficios será durante seis meses a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias.»

No obstante, debemos matizar que no se establece la conmutación por planes de igualdad de esas sanciones cuando se impusieron por acoso sexual o por razón de sexo, como sí se establece cuando se impusieron por discriminación por razón de sexo, una diferencia a todas luces incomprensible, tanto por la identidad sustancial del acoso sexual y sexista como discriminaciones por razón de sexo, como por ser esa conmutación un mecanismo idóneo para incentivar a las empresas a la prevención del acoso sexual y por razón de sexo. Seguramente el legislativo pretendía penalizar, por entenderlo muy grave, cualquier omisión empresarial en situaciones de acoso sexual y acoso sexista.

En esta línea de protección de la víctima de acoso, la LRJS prevé en su artículo 180.4, un conjunto de medidas cautelares específicas frente al acoso, siempre con el ánimo de preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste. Dice así el articulado:

«Cuando la demanda se refiera a protección frente al ACOSO, así como en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de la violencia de género para el ejercicio de los derechos que le sean reconocidos en tal situación, podrán solicitarse, además, la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquéllas que pudieran afectar al presunto acosador o vulnerador de los derechos o libertades objeto de la tutela pretendida, en cuyo supuesto deberá ser oído éste.»

No obstante, y sin perjuicio de las medidas cautelares que pudieran adoptarse, cuando la sentencia declare la improcedencia o nulidad de un despido, y habiendo optado por la readmisión del trabajador, el empresario (o incluso el trabajador), interpusiera alguno de los recursos autorizados por la ley (art. 297 de la LRJS), «éste vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna».

1.8. LA REPARACIÓN E INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

La gravedad de los supuestos de acoso sexual y acoso sexista, sin duda reatravesada la responsabilidad civil tanto del empresariado como deudor de protección, como del acosador²⁶ —un trabajador, un cliente u otra persona relacionada con la empresa—, o solidariamente a ambos, para garantizar la indemnización y reparación del daño generado a una persona acosada. Aun cuando al respecto la doctrina es pacífica, nada impide, y menos ahora con la nueva LRJS, que al ser diferentes sus títulos de imputación —el del empresariado contractual y el del tercero extracontractual— el establecimiento de indemnizaciones pueda ser igualmente diferente²⁷.

Referirnos a la reposición de la situación al momento anterior a producirse el acoso, y a la reparación de las consecuencias, obligaba a remitir a los art. 180.1 y 181 de la Ley de Procedimiento Laboral²⁸, ambos modificados por

⁽²⁶⁾ El artículo 1101 del Código Civil dice así: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». Asimismo, el artículo 1902 del Código Civil afirma: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

⁽²⁷⁾ Véase STSJ/Andalucía de 24.7.2003, RI. 2003 TSJ-174.

⁽²⁸⁾ La LOIEMH modificó los artículos 180.1 y 181 de la Ley de Procedimiento Laboral, relativos a la reposición de la situación al momento anterior a producirse el acoso, y a la repa-

la LOIEMH de 2007. Recientemente, y con la entrada en vigor de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en diciembre de 2011, que deroga la Ley de Procedimiento Laboral, hemos de referirnos a la redacción del artículo 183 LRJS que se pronuncia en idénticos términos.

Artículo 183 de LRJS: Indemnizaciones.

1. Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

2. El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño.

3. Esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

4. Cuando se haya ejercitado la acción de daños y perjuicios derivada de delito o falta en un procedimiento penal no podrá reiterarse la petición indemnizatoria ante el orden jurisdiccional social, mientras no se desista del ejercicio de aquélla o quede sin resolverse por sobreseimiento o absolución en resolución penal firme, quedando mientras tanto interrumpido el plazo de prescripción de la acción en vía social.

De este modo, si en el ámbito penal, salvo que se reserve la acción civil, la indemnización por responsabilidad civil se resuelve en dicha vía (la penal)²⁹,

ración de las consecuencias, estableciéndose la compatibilidad entre «(...) la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera», y la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo en el Estatuto de los Trabajadores». Conforme al art. 181 cuando la sentencia declare la existencia del acoso deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que en su caso corresponda a la persona trabajadora por haber sufrido discriminación, si hubiera discrepancia entre las partes, y ésta será compatible con la que le corresponda por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores. Recientemente, el Real Decreto 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral ha sido derogado por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. BOE n.º 245, de 11 de octubre. No obstante, al respecto, se pronuncia en idénticos términos.

⁽²⁹⁾ Art. 109 CP. 1. «La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados. 2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.»

Art. 110 CP «La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: La restitución.

en el ámbito jurisdiccional social, cuando la sentencia declare la existencia del acoso deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que en su caso corresponda a la persona trabajadora por haber sufrido discriminación, y ésta será compatible con la que le corresponda por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.

La reciente LRJS excluye expresamente la competencia residual que tradicionalmente ha venido asumiendo el orden jurisdiccional civil respecto de litigios sobre daños en cuya intervención haya intervenido alguna persona distinta del directo empresario o empleador, correspondiendo al orden social conocer de cuantas pretensiones se deduzcan al respecto, contra el empresario o contra terceros, puesto que la actuación de éstos se produce en conexión directa con la relación laboral.

La doctrina judicial admite, la indemnización de daños materiales —tanto el daño emergente o valor de la pérdida sufrida, como el lucro cesante o ganancia dejada de obtener— y la indemnización de daños físicos sobre la víctima de acoso y, por supuesto, los daños morales. Estos últimos considerados «una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado» (STSJ/Galicia de 17.2.1995; AS 597) que debe considerar datos objetivos —la gravedad de la lesión o el perjuicio causado— y datos subjetivos —el prevalimiento del agresor o las circunstancias de la víctima—.

Sin duda tales pronunciamientos responden a la demanda de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que en su art. 18 establece: «Los Estados miembros introducirán en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para garantizar la indemnización o la reparación, según determinen los Estados miembros, real y efectiva del perjuicio sufrido por una persona a causa de una discriminación por razón de sexo, de manera disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido: Dicha indemnización no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a priori...»³⁰.

1.9. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LRJS EN LO RELATIVO AL ACOSO EN LA ADMINISTRACIÓN

Recientemente, con fecha de 11 de diciembre de 2011, ha entrado en vigor la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Ley 36/2011, de 10 de

La reparación del daño.

La indemnización de perjuicios materiales y morales.»

⁽³⁰⁾ En este sentido, art. 6.2 de la Directiva 76/203/CEE, en la redacción dada por la Directiva 2002/73/CE y sentencias TJCE de 28.8.1993 (caso Marshall) y de 22.4.1997 (caso Nils v. Ucrania).

octubre, que da cumplimiento a lo previsto en la Ley de Reforma del Mercado de Trabajo y que encomienda al Gobierno la aprobación de un Proyecto de Ley en el que se atribuya al orden social los recursos de la autoridad laboral en procedimientos de suspensión temporal del contrato de trabajo, reducción de jornada y despidos colectivos. La asignación se produce con carácter pleno, incluyendo al personal estatutario y/o laboral, debiendo plantear ahora sus reclamaciones ante el orden social, en igualdad de condiciones que una persona trabajadora por cuenta ajena, en lo que afecte a las siguientes materias:

- Materia social del personal estatutario, en especial, lo relativo a la prevención de riesgos laborales, la impugnación de convenios colectivos y acuerdos de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas.
- Cualquier vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas relacionados o conectados con la relación laboral, destacando especialmente el caso del acoso.

Asimismo, la LRJS prevé el derecho a la asistencia jurídica gratuita para el personal estatutario y/o laboral.

Sin duda, el sentido y finalidad última de esta ley es la unificación de la materia laboral en el orden social, que competencialmente atraerá los litigios vinculados a la salud y seguridad en el trabajo, además de convertirse en el garante ordinario de los derechos fundamentales y libertades públicas de empresarios y trabajadores en el ámbito de la relación de trabajo. De este modo, se concentrarán en el orden jurisdiccional social todas las cuestiones litigiosas relativas a los accidentes de trabajo y vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas conectadas a la relación laboral, como puede ser el caso del acoso que, hasta ahora, obligaban a los afectados a acudir necesariamente a los distintos juzgados y tribunales encuadrados en los órdenes civil, contencioso-administrativo y social, para lograr la tutela judicial efectiva. En esta línea, se establecen nuevas reglas sobre la carga probatoria, en especial en materia de accidente de trabajo, con el fin de garantizar la igualdad entre las partes.

No obstante, y con respecto al conocimiento de cualquier vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas relacionados o conectados con la relación laboral, tratando de un modo especial el caso del acoso, se deben destacar algunos aspectos significativamente interesantes:

- 1) Por una parte, se extiende la competencia del orden social a los terceros causantes de la vulneración de derechos fundamentales, incluyendo como sujeto activo del acoso, al trabajador de una tercera empresa. De este modo, corresponderá al orden social conocer de cuantas pretensiones se deduzcan

al respecto, contra el empresario o contra los terceros citados, puesto que la actuación de éstos se produce en conexión directa con la relación laboral, excluyéndose expresamente por esta Ley la competencia residual que tradicionalmente ha venido asumiendo el orden jurisdiccional civil respecto de litigios sobre daños en cuya intervención haya intervenido alguna persona distinta del directo empresario o empleador. Dicha medida, sin duda responde a las exigencias de la doctrina constitucional emanadas de la Sentencia del Tribunal Constitucional 250/2007, de 17 de diciembre.

2) En este sentido, la víctima de acoso podrá dirigir pretensiones tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. En ese sentido, recordemos el contenido del artículo 177.4 de la LRJS, en tanto que también afecta a supuestos de acoso en la Administración, y no sólo a las relaciones laborales de empresario y trabajador por cuenta ajena, «Corresponderá a la víctima que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare; y si se requiriese su testimonio, el órgano jurisdiccional velará por las condiciones de su práctica en términos compatibles con su situación personal y con las restricciones de publicidad e intervención de las partes y de sus representantes que sean necesarias».

3) Por otra parte, y tal y como reza el artículo 96.1 de la LRJS corresponderá al demandado la carga de la prueba, es decir, la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, «En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública».

4) Asimismo, en los litigios sobre sanciones administrativas en materia de acoso sexual o por razón de sexo, tal y como dispone el artículo 151.2 de la LRJS, la víctima estará legitimada para comparecer en el procedimiento según su libre decisión y no podrá ser demandada o emplazada de comparecencia contra su voluntad. Sin duda, esta medida responde a la necesidad de velar por la víctima, con el ánimo de no perjudicar su situación personal y restringir los riesgos de un exceso de publicidad.

No obstante, en lo no previsto por la LRJS, tal y como reza su disposición final 4.^ª, regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en los supues-

tos de impugnación de actos administrativos, cuya competencia corresponda al orden social, la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa, con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y en cuanto sean compatibles con sus principios.

2. ESTUDIO DE SENTENCIAS DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Dos características fundamentales destacan en el análisis de sentencias³¹ de los Tribunales pluripersonales en el orden social, en torno al acoso sexual y acoso por razón de sexo, desde que se introdujera explícitamente en 2007 en la legislación laboral a través de la LOIEMH. Una de ellas descansa en el sujeto demandante y en el contexto en el que activa el recurso por acoso. En las demandas planteadas por hombres, éstas se plantean frente a despidos (entienden ellos improcedentes) como resultado de situaciones de acoso sexual o acoso por razón de sexo realizadas por hombres. En el caso de las mujeres, por el contrario, las demandadas activan los recursos desde su posición de víctimas de una situación de acoso sexual y/o acoso por razón de sexo. Es decir, tal como fundamentamos al comienzo, el acoso sexual y por razón de sexo es en realidad un acoso por razón de género, o en otras palabras, una forma más de violencia de género.

La segunda característica que destaca el análisis jurisprudencial es el ínfimo número de sentencias que abordan el tema de acoso por razón de sexo. Probablemente la razones de este reducido número de sentencias se deba a la novedad de este tipo en el sistema jurídico español; al desconocimiento de en qué consiste este nuevo tipo de acoso discriminatorio, distinto del acoso sexual, por parte del aplicador último del Derecho; y a la cercanía cuasi fronteriza de esta figura con el genérico acoso moral, hasta el punto de confundirlos, exigiéndoles las mismas características de continuidad y reiteración.

Ello nos lleva a puntualizar, como requisito *sine qua non* de partida, que para realizar una calificación correcta del acoso (moral y sexista) por razón de sexo, es fundamental tener clara la diferenciación entre acoso moral discriminatorio y acoso moral no discriminatorio, y dentro del discriminatorio diferenciar entre acoso por razón de sexo y otras causas recogidas como tal en el

(31) Hemos partido inicialmente del análisis de sentencias bianual (2008-2009) de BODILÓN, E., «Acoso sexual y por razón de sexo», recogido en el estudio: AA.VV., *Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, CGPJ, Barcelona, 2011, pp. 53-70. A partir del mismo, hemos entendido interesante completarlo y continuar además con el análisis de las sentencias de 2010, con el fin de constatar si ha habido cambios en las dinámicas jurisprudenciales.

art. 8.13 bis de la LISOS; a saber: origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual.

Como ejemplo de este problema de calificación, merece destacarse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJ MAD) 3852/2009, de 8 de julio, (rollo 2677/2009). La Sala considera constatadas diversas expresiones machistas e inapropiadas de un superior, pero no entiende que sean constitutivas de acoso sexual en tanto que no tienen una finalidad sexual al carecer de connotaciones sexuales, ni tampoco un sistemático abuso psicológico. Sin duda el juzgador desconoce, por confundir, el acoso por razón de sexo con el acoso sexual. Esta confusión entre el acoso (no discriminatorio) moral y acoso (discriminatorio) por razón de sexo, influye a su vez en el fallo final en tanto el TSJ extrapola los requisitos que vienen aplicándose a nivel jurisprudencial para casos de acoso moral, inventando, de este modo, contenido normativo no exigido por ley. Las palabras del Tribunal son bastantes significativas:

«Del relato fáctico se desprende que el mando superior de la trabajadora tuvo una actitud machista, llegando a utilizar expresiones inadecuadas hacia la recurrente, sin que conste el período durante el cual se produjeron esas expresiones. No estamos ante un comportamiento abusivo y sistemático contra la persona de la recurrente, ni el mismo constituye un ataque a su integridad física o psíquica.»

«La actuación del encargado es inapropiada por las formas utilizadas, en cuanto vejación pública; su comportamiento es inadmisibles desde la perspectiva de la debida consideración a toda persona en cuanto infringe el deber de respeto a la dignidad de los compañeros de trabajo (artículo 4.2.e) del ET), pero esas actuaciones, sin ninguna connotación de carácter sexual, resultan insuficientes para considerar la existencia del acoso que se denuncia. Es cierto que el informe del médico de la Seguridad Social indica que la lesión que padece deriva del acoso sexual y laboral en el trabajo, pero el mismo constituye un elemento más de prueba y es al juzgador de instancia al que le corresponde la valoración del conjunto de los hechos para deducir si se ha producido el presunto acoso sexual. Carece de toda lógica pensar que el cambio de turno se debió a la supuesta negativa de la trabajadora ante requerimientos de tipo sexual del encargado, cuando el mismo suponía no coincidir con su superior, el cual vería más difícil materializar su supuesta actitud de supuesto acoso sexual si no ve a la trabajadora. Y si se decide cambiarla de nuevo al turno de mañana fue por las circunstancias que ocurrieron el día 31/3/2008.»

Las constantes destacadas en el análisis de las sentencias de 2009, no parecen haber cambiado en las falladas en el 2010. No en vano, en esta misma línea se pronuncia la STSJ MAD 13927/2010, que inadmite el acoso por razón de sexo denunciado por una trabajadora hacia su superior jerárquico, que —tras incorporarse de una baja por maternidad— consistía, en parte, «en bromas y chistes machistas y ofensivos hacia la mujer» reiteradas en el tiempo y que la hacían sentirse no valorada ante el resto de los compañeros e incómoda, hasta

el punto de solicitar en numerosas ocasiones el traslado profesional —no concedido por la empresa—, y comenzar tratamiento y «seguimiento médico en Salud Mental por trastorno adaptativo reactivo a conflicto laboral». Dice así:

«El resultado de la prueba ha puesto de manifiesto que no solamente la empresa actuó diligentemente sino que el superior de la actora no llevó a cabo conducta que pudiera en modo alguno calificarse como acoso hacia la demandante, habiéndose constatado solamente comportamientos como bromas o comentarios no adecuados pero en todo caso de leve entidad, respecto de los cuales ya la empresa le requirió para que eliminase ese tipo de manifestaciones, tal y como detalla la sentencia de instancia con encomiable precisión en los hechos y acertada valoración jurídica. Recuérdese el papel privilegiado que en el proceso social tiene atribuido el juez de instancia en la apreciación de los hechos, conforme al art. 97.2 LPL, y nótese la cumplida labor de motivación efectuada en este caso por el Magistrado.»

Paradójicamente, esta situación de conflicto «empresarial-judicial» le valió el despido procedente a la trabajadora acosada, según el Tribunal, además sin derecho a la indemnización solicitada por «no haberse comprobado la existencia de vulneración de derecho fundamental alguno».

Y es que la cuestión de la prueba, como veremos, se convierte en uno de los caballos de batalla en los supuestos de acoso sexual y especialmente de acoso por razón de sexo, convirtiéndose en elemento disuasorio para interponer denuncia, en la línea jurisprudencial seguida mayoritariamente por nuestros Tribunales de Justicia, donde la dinámica detectada en los episodios de violencia de género en el contexto de pareja, que exigía habitualidad y reiteración de los actos acreditados de violencia (no casos aislados) parece revivirse.

Como declara, entre otras, la STSJ MAD (sección 5.ª) de 21 de julio de 2009, «Para que pueda dictaminar que se ha producido una situación de acoso moral en el trabajo se precisa para ello, la constancia de indicios racionales de esa situación, que son algo más que la mera alegación de su existencia, debiendo relacionarse el despido con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas o condiciones singularmente protegidas constitucionalmente, que han motivado la decisión empresarial extintiva, prueba indiciaria que invierte la carga de la prueba, debiendo en este supuesto la empresa demostrar que el despido tiene por fundamentos hechos reales, ajenos a todo ánimo atentatorio del referido derecho. La Juez de Instancia, valorando el conjunto de actividad probatoria practicada en el juicio oral, declara que no consta acreditado el pretendido acoso...». Doctrina de perfecto acomodo al presente caso. Lo mismo que la de la sentencia de la misma Sala (sección 1.ª) del TSJ Madrid de 7 de abril de 2008 en la que se expresa que «Lo que caracteriza al acoso moral es, sin duda alguna, la sistemática y prolongada presión psicológica que ejerce sobre una persona (se le ningunea, hostiga, amilana,

machaca, fustiga, atemoriza, amedrenta, acobarda, asedia, atosiga, veja, humilla, persigue, o arrinconan) en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad personal con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de la misma provocando su autoexclusión. Ninguna situación de esta índole se ha constatado en el presente litigio. Lo mismo puede decirse respecto al acoso por razón de sexo, como se desprende de los hechos probados, apreciados en virtud de la intermediación del proceso social por el juez de instancia, dando lugar a la conclusión de que no ha habido comportamientos del superior de la actora que puedan calificarse como se pretende por la recurrente, ni tampoco pasividad o negligencia alguna —todo lo contrario— en la reacción de la dirección de la empresa ante las quejas de la demandante.»

Sorprende tal argumentación, habida cuenta de la documentación obrante en el pleito que incluye las cartas de la propia central empresarial, del grupo Crucell en Leiden (Holanda) al supuesto infractor, advirtiéndole que tras la investigación realizada «se ha concluido la existencia de un comportamiento en su persona impropio de un director del Grupo Crucell y, por tanto, inaceptable para la empresa. No deberá hacer bromas que pudieran eventualmente implicar, directa o indirectamente alguna conducta que pudiera estar relacionada con acoso y debe contenerse a la hora de realizar observaciones negativas de algún trabajador delante de compañeros». La empresa, curiosamente, no despidió ni adoptó más medidas disciplinarias hacia el acosador, ni el traslado de la acosada, sino el despido disciplinario de ésta³², debiendo entenderse el mismo, tras la LOIEMH, claramente nulo.

No obstante, hemos de mencionar el esfuerzo realizado por algunos pronunciamientos judiciales, en la línea de delimitar con claridad el recientemente incorporado por ley, acoso (moral) por razón de sexo; o, dicho de otro modo, el acoso moral por razón de género. Este es el caso de la STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2008 (rollo 1396/2008) donde se destaca que el comportamiento sexista es acoso por acoso por razón de sexo, y por tanto, discriminatorio; y no necesita la reiteración de la conducta; o la STSJ de Cataluña (CAT) 6910/2008, que define con precisión la conducta de acoso por razón de sexo, subrayando la gravedad del acto y la no necesidad de reiteración de la conducta, pues las mujeres discriminadas no tienen por qué soportar que un comportamiento sexista y abusivo se prolongue en el tiempo, o se haga sistemático³³, ni tampoco se consienta una gradación³⁴ de la entidad de los mismos.

⁽³²⁾ Otro supuesto curioso, donde la víctima no consigue la nulidad, sino la improcedencia; pero paradójicamente se le concede la indemnización con interesantes argumentos, es el recogido en la STSJ CAT de 2 de junio de 2004, AS 2004/2641.

⁽³³⁾ Como exigiría la STSJ MAD 3852/2009.

⁽³⁴⁾ Como refiere la STSJ MAD 13927/2010.

«Per altra banda, s'ha de destacar que no hi hauria d'haver cap dubte de que expressions sexistes han de constituir una falta molt greu, sense que calgui que siguin reiterades en el temps, com sembla que interessa la part recurrent, ja que no es pot pretendre que les dones afectades hagin de suportar aquest comportament discriminatori i que atenta contra el seu honor i la seva dignitat, encara que respongui en part a un hàbit social, que reflecteix la situació de inferioritat de la dona al món laboral i a la societat en general»³⁵.

En el polo opuesto, seguimos encontrando pronunciamientos judiciales como el recogido en la STSJ AND de 14 de abril de 2011 (rollo 3081/2010), que no acaba de definirse en torno a la necesidad o no de más de un acto violento, y confunde el genérico *mobbing* con el acoso por razón de sexo. Textualmente: «En cuanto al acoso por razón de sexo, ha de indicarse que un mero acto puntual, esporádico y aislado no constituye *mobbing*. Pero en el acoso sexual, es más difícil exigir una conducta continuada, dada la gravedad del mismo. Pero no ha de olvidarse que al exigir el legislador que con el comportamiento vejatorio, se cree un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, parece que excluye un hecho aislado, aunque dependerá de la entidad que éste revista».

2.1. DIFICULTADES PARA DIFERENCIAR ENTRE ACOSO MORAL Y ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO; LA DELGADA LÍNEA FRONTERIZA

Antes de la entrada en vigor de la LOIEMH, que introduce, como sabemos, los tipos específicos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, señalándolos expresamente como formas de discriminación contra las mujeres, la mayoría de los pronunciamientos judiciales intentaban ubicarlos en la categoría genérica de acoso moral³⁶. Actualmente, la dinámica de calificarlos como tal continúa, probablemente porque no dejan de ser formas de violencia moral discriminatorias dirigidas expresamente contra las mujeres, es decir, violencia moral de género, aunque destacando su carácter discriminatorio claramente estructural que lo hace genuino y de un especial tratamiento jurídico-político. Probablemente parte de la responsabilidad resida en la distinción de ambos tipos por parte de nuestra legislación, que parece descansar, *a priori*,

⁽³⁵⁾ «Por otra parte, se ha de destacar que no debería haber ninguna duda de que las expresiones sexistas deben constituir una falta muy grave, sin necesidad de que sean reiteradas en el tiempo, como parece que interesa la parte recurrente, ya que no se puede pretender que las mujeres afectadas tengan que soportar este comportamiento discriminatorio y que afecta contra su honor y su dignidad, aunque responda en parte a un hábit social, que refleja la situación de inferioridad de la mujer en el mundo laboral y la sociedad en general».

⁽³⁶⁾ Vid. STSJ del País Vasco de 2 de octubre de 2003 (rollo 1673/2003).

en la intencionalidad del agresor. De este modo, si en el acoso sexual el acosador trataría de conseguir una satisfacción de carácter carnal o libidinoso, en el acoso por razón de sexo, el objetivo del acosador no sería sino la manifestación de su desprecio por las mujeres. Sin embargo, tal como afirma Teresa Pérez del Río «es mayoritariamente reconocido que a pesar de que el acoso sexual tenga como base una conducta de naturaleza sexual, en el fondo de la motivación no existe, o no existe sólo, o no existe predominantemente, un deseo sexual sino una finalidad de dominio...»³⁷. Esto implica que en todos estos supuestos se está dando una relación de poder, aunque esta no responda a una jerarquía formal, y lamentablemente el Criterio Técnico 69/2009 de la ITSS, como analizaremos posteriormente, entienda que esta calificación queda fuera de su apartado I.2.2 al identificar poder con autoridad en el sentido de dirección de la empresa. Esta aseveración vuelve a corroborar el déficit de formación en torno al complejo proceso de la violencia de género y los errores en los que en materia de derecho antidiscriminatorio todavía incurren las últimas distinciones llevadas a cabo nivel normativo en nuestro país, como es la distinción entre acoso sexual, por un lado, y acoso moral y acoso discriminatorio, por otro, recogida en el CT 69/2009 ITSS.

No obstante, ejemplos de una adecuada calificación de la conducta como acoso sexual la hallamos desde sentencias relativamente lejanas como es la STSJ AS de 30 de abril de 2004 (rollo 864/2004), hasta las más recientes como es la STSJ CAN de 16 de mayo de 2011, o la STSJ CAT de 6 de mayo de 2011 (rollo 1057/2011). Otras, por el contrario, realizan una defectuosa calificación del derecho fundamental que debe protegerse, como es la STSJ GAL de 15 de septiembre de 2011 (rollo 2003/2011).

Un ejemplo, diríamos que excepcional, de reconducción de la genérica calificación como acoso moral, establecida por un Juzgado de Primera Instancia, a la específica figura de acoso sexual por el Tribunal Superior de Justicia, lo hallamos en la STSJ AND 13393/2008, de 22 de julio de 2008 (rollo 3837/2007). No obstante, y pese a que se trata de un complejo supuesto donde se entremezcla el acoso sexual con el acoso por razón de sexo, el Tribunal lo reconduce estrictamente al acoso sexual, no sabemos si por desconocimiento de las características que acompañan al acoso por razón de sexo o porque sobreentiende que un tipo subsume al otro. Lo cierto es que esta Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía perfila uno de los problemas en torno a estos tipos discriminatorios por razón de género: la dificultad para delimitar la frontera entre el acoso sexual y acoso por razón de sexo, probablemente porque, pese a que los objetivos particulares de los acosadores *a priori* en ambos casos son distintos, la razón principal de ambas conductas

coincide, reatrávesándolas: nos referimos al dominio, al Poder y al no reconocimiento de las mujeres.

De este modo, la sentencia se pronuncia así: «El artículo 7.1 citado define el acoso sexual como «cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo», y en este caso es evidente que las conductas vejatorias hacia la demandante han ido creciendo en gravedad desde el año 2.005 en el que se limitaban a «colocar un ratón muerto en el techo de su vehículo.» (hecho probado 5.º), a conductas con un mayor contenido sexual y así a finales de mayo de 2.006, el demandado D. Luis Ángel, en compañía de su hermano D. Jesús Miguel «se bajó la ropa y le mostró los genitales diciéndole: «Ésta la quieren muchas» y se marcharon riéndose» (hecho probado 8.º), unos días después el 6 de junio de 2.006, el mismo demandado «encima de una factura que había que cobrar a un cliente, Luis Ángel puso unas gominolas imitando la figura de los genitales masculinos, riéndose de ella cuando la encontró» (hecho probado 9.º), iniciando con posterioridad a estos hechos una baja por incapacidad temporal el 8 de junio, paralizando así la posibilidad de que los demandados D. Luis Ángel y D. Jesús Miguel persistieran en su actitud.

Por lo expuesto esta conducta reúne todas las características que la legislación exige para que la figura se integre en un supuesto de acoso sexual, ya que existieron acciones de naturaleza sexual, que evidentemente produjeron el efecto de atentar contra la dignidad de la trabajadora, sufriendo vejaciones injustas que hicieron que su entorno fuera indeseable, por lo que la conducta de los demandados D. Luis Ángel y D. Jesús Miguel es claramente constitutiva de acoso moral en su vertiente de acoso sexual, por su actitud activa, realizando actos de hostigamiento a la trabajadora, siendo la conducta de su padre titular de la empresa «Comercial Prieto Decoración S.L.» una conducta de acoso laboral ya que con su conducta omisiva y permisiva con las acciones de sus hijos obligó a la trabajadora a soportar unas condiciones de trabajo incómodas, humillantes e injustas, sin que la relación paterno-filial que le vinculaba a los acosadores justifique el incumplimiento de las obligaciones que como empresario tiene frente a la trabajadora, que no se limitan a pagarla el salario, sino a facilitar el ejercicio».

Sin embargo, la descripción posterior de los hechos confirma que no sólo nos encontramos con conductas claramente de tipo sexual (acoso sexual), sino de acoso por razón de sexo.

«A consecuencia de que el padre se personaba menos horas en el negocio, la relación de la actora con los Sres. Jesús Miguel y Luis Ángel ha ido degradándose paulatinamente a lo largo de los dos últimos años, tornándose cada vez más tensa y desagradable, debiendo soportar comentarios despectivos, bromas de mal gusto y malas formas, tratándola como una idiota, llamándola tonta, gilipollas, dirigiéndose a ella en un tono de voz elevado o directamente a gritos y haciéndole preguntas o comentarios sobre su vida personal (si tenía novio; por qué no tenía novio; que se le iba a pasar el arroz; si es que no le gustaban los hombres, etc.)».

⁽³⁷⁾ PÉREZ DEL RÍO, T., 2007.

De cualquier modo, el Tribunal, que condena por acoso sexual a los acosadores directos y al empresario no diligente —en la protección de su empleada, como *un buen padre de familia*— se inclina por subsumir las conductas propias del acoso por razón de sexo, al tipo de acoso sexual, aun cuando podría haber valorado que el proceso discriminatorio adquiere diversa naturaleza según el momento: unas veces las conductas tienen la calificación de acoso sexual y otras responden por el contrario a un acoso moral por razón de sexo. En este sentido, recordemos —tal y como defendemos a lo largo de la investigación— que las variables tipológicas no dan lugar a ningún tipo de exclusividad, pudiendo englobar el proceso discriminatorio —como suele ser habitual— diferentes tipologías en función de cómo evoluciona la relación entre víctima y acosador.

En esta línea también se pronuncia la STSJ CANT de 25 de marzo de 2008 (rollo 199/2008) que califica como acoso sexual, subsumiendo las conductas propias del acoso por razón de sexo, el comportamiento de un trabajador que cogiendo ilegalmente el número de teléfono de la trabajadora, víctima de acoso, de la oficina del supermercado donde trabajaba, decide colgarlo en el tablón de anuncios del hall, anunciando el ofrecimiento de sexo.

Con anterioridad, la STSJ GAL, de 14 de mayo de 2007 (rollo 4705/2006) sorprendía por haber definido el acoso sexista, prácticamente recién aprobada la LOIEMH en marzo de 2007, como «*el que discrimina, excluye, subordina, subvalora o estereotipa a las personas en razón de su sexo, que constituye un atentado a la igualdad de trato entre hombres y mujeres*», y lo diferenciaba del acoso sexual *stricto sensu* «*aquel que induce a aceptar requerimientos sexuales o a soportar ataques u ofensas de índole sexual*» en tanto que incide en la vida sexual de la víctima, parcela protegida por el derecho a la intimidad, la dignidad y la libertad sexual.

2.2. LA DEFINICIÓN JUDICIAL DE LAS CONDUCTAS DE ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO

El reciente estudio publicado por el CGPJ³⁸, ya referido, de análisis de pronunciamientos jurisprudenciales a tenor de la entrada en vigor de la LOIEMH destaca la omisión expresa en los mismos de la Ley de Igualdad al referirse a supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Sólo 7 de las 49 sentencias analizadas se refieren expresamente al artículo 7 de la LOIEMH, diluyendo así su importante vocación de Código de Igualdad. La dinámica no

ha variado en las sentencias analizadas con posterioridad al 2009. Es sólo de manera indirecta, a través de la referencia a las disposiciones legislativas concretas que han sido reformadas en sus disposiciones adicionales, cuando se alude a la LOIEMH. De este modo, son 19 (de 49) las sentencias que remiten al artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET) que establece como derecho de los trabajadores «*e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de género*».

En lo que se refiere a la definición de las recientes figuras de acoso sexual y acoso por razón de sexo, hallamos sentencias que recogen la evolución de ambas en el ámbito europeo. Este es el caso de la sentencia del STSJ de Cantabria de 415/2008 que, recogiendo el carácter no deseado de la situación de acoso (sea sexual o por razón de sexo) por parte de la víctima (carácter subjetivo), y no interesándose por la apreciación del agresor, sorprende con la invención de la jurisprudencia al deducir que «*ello implica que, al final, resulte necesario evidenciar la oposición frente a las conductas de acoso, mostrando la víctima su rechazo al comportamiento del sujeto activo al ponerle de manifiesto el carácter indeseado de sus actos*». Reparemos en su argumentación y en su particular conclusión:

«*El acoso sexual aparece definido por primera vez en el Art. 2.2 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, como «la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo», añadiendo en su apartado 3.º que cualquier conducta de este tipo automáticamente ha de ser considerada como un acto discriminatorio por razón de sexo.*

El comportamiento constitutivo de acoso, conforme a la noción que resulta del Art. 2.2 de la Directiva, gravita en torno al carácter «no deseado» del mismo y sobre el hecho de tener como objetivo o consecuencia el atentado a la dignidad y la existencia de un clima hostil; lo que comporta que para la calificación del ilícito resulte indiferente lo que el sujeto ofensor aprecie con relación a su conducta, puesto que de lo que se ha de partir es de lo que percibe la víctima, ya que es este carácter subjetivo y «no deseado» lo que constituye la esencia del acoso; se resalta de esta manera que la conducta viene impuesta por parte del actor y no es consentida por la víctima, por tanto, sin reciprocidad; y ello implica que, al final, resulte necesario evidenciar la oposición frente a las conductas de acoso, mostrando la víctima su rechazo al comportamiento del sujeto activo al ponerle de manifiesto el carácter indeseado de sus actos».

⁽³⁸⁾ AA.VV., *Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, CGPJ, Barcelona, 2011.

Olvida esta deducción jurisprudencial que, por una parte, la víctima no siempre estará en condiciones de poder expresar su rechazo tan abiertamente y, por otra, el acosador cosifica a la víctima, hace caso absolutamente omiso a su rechazo y manifestaciones del carácter indeseado de sus «atenciones» y requerimientos sexuales, y las niega, ignorando el significado del *no* de las mujeres, del mismo modo que su condición de personas.

Otros pronunciamientos judiciales, sin embargo, recogen en su definición del acoso sexual los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional STC 224/1999, que sistematiza los principales parámetros interpretativos del acoso sexual, en tanto éste no es más que un tipo específico de la genérica figura del acoso laboral o violencia psicológica en el trabajo, de connotaciones sexuales y habitualmente por razón de sexo. Dicha doctrina aplica los mismos preceptos que se entienden vulnerados en supuestos de acoso laboral: nos referimos al artículo 18.1 de la Constitución Española y al artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores; y podrían servir (y de hecho están sirviendo) para amparar supuestos exentos de elementos sexuales. De este modo, el TC entiende que el acoso —sexual— consiste en «un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador» y para que este acoso sexual ambiental sea recusable se requiere la exteriorización, en consecuencia, de «una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto»³⁹.

Resulta decisivo este pronunciamiento de TC⁴⁰ —anulando la sentencia del tribunal gallego—, porque la Sala del TSJ de Galicia de 9 de febrero de 1995, AS 1995 587, había revocado la sentencia estimatoria de instancia sosteniendo que el concepto de acoso sexual exige también la negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer afectada, al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario, pues en caso contrario, lo que para una

⁽³⁹⁾ No obstante, el TC en la STC 224/1999, de 13 de diciembre, ha rechazado la exigencia de no rotundo para considerar la existencia de un acoso sexual. Tampoco el art. 184 del Código Penal prevé tal requisito.

⁽⁴⁰⁾ Algunas de las sentencias que fueron dictadas al unísono de la doctrina que exigía la negativa expresa de la víctima, anteriores al pronunciamiento del TC en 1999, fueron: SSTSJ MUR de 16 de marzo de 1998, AS 1998 948 y de 6 de abril de 1998, AS 1998 2255; y la anulada por el TC, STSJ GAL de 9 de febrero de 1995, AS 1995 587. Sorprendentemente algunas de estas sentencias desfasadas aparecen citadas en otras más recientes, como en la STSJ GAL de 27 de enero de 2005, AS 2005 268.

persona puede ser ofensivo, para otra puede ser simplemente incómodo y para una tercera persona absolutamente indiferente. En definitiva, «la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a [al dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo».

En la línea del TC, la sentencia STSJ de Cantabria de 415/2008 y la STSJ de Cataluña 12854/2009 se manifiestan:

«Ciertamente que la jurisprudencia constitucional haya acogido un concepto más complejo de acoso, incorporando elementos objetivos que permitan advertir la presencia del mismo ante conductas constatadas de gravedad objetiva, al indicar que «en el ámbito de esa salvaguardia queda así prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otra condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo). En tal situación constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo» (STC núm. 224/1999, de 13 de diciembre), erigiéndose de esta manera la gravedad, en razón de crear un ambiente o un clima radicalmente odioso e ingrato, en un elemento importante del concepto».

En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña, 12854/2009, afirma:

«Recuerdan las sentencias de esta Sala de 9 de mayo de 2006 y de 18 de abril de 2008, que según doctrina del Tribunal Constitucional (STC 224/1999) en el ámbito de salvaguardia del derecho a la intimidad personal queda así prohibido no sólo el acoso en el cual el sometimiento de la mujer o el hombre a tales requerimientos no queridos ni pedidos de empleadores o compañeros, se erige en un peligro de la estabilidad en el empleo, la promoción, o la formación profesional o cualesquiera otras condiciones en el trabajo o en el salario, sino también el acoso sexual consiste en un comportamiento de carácter libidinoso no deseado por generar un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 29 de mayo de 1990 y art. 1 de la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991,

para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo). En tal situación constituye un elemento esencial que esa conducta sea lo suficientemente grave como para crear tal entorno negativo y lo sea, por otra parte, no sólo según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece, sino objetivamente considerada. Por tanto, en esta modalidad del acoso hay algo más que una repercusión negativa sobre una concreta condición de trabajo del acosado o una explícita discriminación en las condiciones de trabajo.

Para proseguir razonando que para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas».

Mientras que sentencias como las mencionadas utilizan los argumentos del Tribunal Constitucional para abundar en el sentido de la LOIEMH, otras sentencias utilizan la jurisprudencia del TC para restringir el concepto de acoso sexual, incluyendo en su definición elementos ausentes en la ley y que traen de una doctrina jurisdiccional basada en un concepto obsoleto de acoso. Esta última doctrina que debiera ser superada, sin duda descansa en pronunciamientos que niegan el acoso sexual cuando «el actor, aproximándose silenciosamente a una compañera de trabajo, le dio una palmada en el culo» (STSJ BAL de 30 de junio de 2000, AS 2000 3498); cuando «no se sigue un contenido de carácter libidinoso, sino que se revela un sentimiento de cariño o amor y/o un deseo de entablar una relación amistosa o afectiva» (STSJ MAD de 17 de diciembre de 2002, AS 2003 1507); o cuando se trata de «muestras de cariño y deseos de estar con la actora... que se manifiestan al cogerla del brazo y decirle que la quería y que estaba muy guapa en varias ocasiones» (STSJ TEN de 18 de enero de 2006, AS 2006 543).

Después de la LOIEMH, el acoso sexual no se define a tenor del carácter libidinoso, sino del carácter sexual que, sin duda es más amplio que un acto carnal, no siendo en absoluto admisible la justificación de conductas supuestamente de cariño cuando éstas tienen un carácter sexual, y pueden ser ofensivas. Estas manifestaciones de cariño que, desde luego son ofensivas, o son acoso sexual o son acoso sexista.

En este sentido es paradigmático el caso recogido en la sentencia STSJ AND 8276/2009. En esta sentencia el tribunal no sólo ignora la LOIEMH, sino que viola la legalidad vigente al no tomar en consideración las definiciones contenidas en el art. 7 de la citada ley.

«Debemos partir de los hechos probados que se declaran en la sentencia y que son sustancialmente, un caso de trabajador con retraso mental ligero, por acoso sexual a compañera, a la que pretendía convencer para que formasen pareja, diciéndole palabras cariñosas y de elogio, insistiendo tanto que con tanta insistencia que llegaba a molestar a la compañera que alguna vez le dijo que le dejase en paz. En una ocasión llegó a abrazarla un momento por detrás, dándole un beso en el hombro, lo que ella le reprochó, pero no se convenía de sus negativas y le prometía que le compraría los muebles que le gustasen para cuando estuvieran casados, dándole en otra ocasión un horóscopo en el que se afirmaba su compatibilidad de caracteres. La trabajadora se quejó al encargado de lo pesado que era el compañero y éste fue despedido. Tras el despido, la trabajadora le mandó dos mensajes a su móvil, uno, diciéndole que lo sentía mucho, que no tenía nada que ver con la decisión, que le apreciaba, el otro, para decirle que le gustaría explicarle algunas cosas que le echaba de menos y se acordaba mucho de él y le mandaba un beso, con lo que en ningún caso se presenta ante nosotros y en ello, debemos estar con la sentencia recurrida, con el acoso sexual que hemos descrito, comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, ya que la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinoso, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima y en este caso, ni aparece agresión libidinoso alguna, ni humillación, ni efectos sobre el equilibrio psicológico de la trabajadora, ni en fin, ninguno de aquellos efectos examinados y que pretenden evitar las normas invocadas como infringidas».

Aquí nos encontramos ante un supuesto en el que surgen todos los elementos conflictivos a los que anteriormente nos hemos referido en relación a la responsabilidad y la intencionalidad del acosador. Parece presuponer el Tribunal que el hecho de ser el acosador, una persona con capacidad limitada, dificulta, si no imposibilita, la existencia de un supuesto de acoso sexual, justificándolo en buena medida por mor de su retraso; pero a su vez, considera que el hecho de que la demandante mandara dos mensajes al acosador, tras el despido, implica la desaparición de los actos motivo del acoso. En definitiva, la valoración por el intérprete final de la norma sobre qué se considera grave —«ponderándolo objetivamente»—, desplazando la sensibilidad de la víctima o reinterpretándola como es el caso, normalizando las agresiones, licencias y excesos verbales «y en este caso, ni aparece agresión libidinosa alguna, ni humillación, ni efectos sobre el equilibrio psicológico de la trabajadora, ni en fin, ninguno de aquellos efectos examinados y que pretenden evitar las normas invocadas como infringidas», deja al arbitrio judicial, o en el mejor de los casos, a su especial sensibilidad, la protección de las mujeres trabajadoras de condiciones laborales indignantes.

Como reza la STC 136/2001, en un supuesto de acoso sexual del Presidente de una compañía de seguros a su secretaria, «Son, pues, en primer término, la objetividad y la gravedad del comportamiento los presupuestos sobre los que asienta la doctrina constitucional la posible existencia de acoso sexual y, por tanto, los elementos que deberán ser valorados a la hora de suministrar los elementos iniciales de prueba que permitan la posible existencia de los hechos discutidos».

El polo opuesto a este amplio marco de subjetividad judicial, en detrimento del acoso declarado o percibido por la víctima, lo encontramos en un reciente pronunciamiento del mismo TSJ AND, de 14 de abril de 2011 (rollo 3081/2010) que expresamente señala: «A diferencia del concepto de acoso sexual que se contiene en la Directiva Comunitaria, en la Ley de Igualdad no se adiciona al comportamiento que produce esta consecuencia la expresión «no deseado», lo que, en rigor, supone que el legislador español amplía el concepto de acoso, que es perfectamente admisible, ya que la Directiva sólo contiene unos mínimos que han de respetarse por los Estados miembros, por los que éstos pueden mejorar la situación de los trabajadores».

2.3. LA EXIGENCIA (JUDICIAL) DE REITERACIÓN DE LA CONDUCTA

La exigencia (inventada por la jurisprudencia) de una «conducta reiterada» de acoso, tal y como hemos mencionado en el epígrafe anterior, se presenta como uno de los elementos más problemáticos y discutibles en la difícil tarea de delimitación del concepto de acoso sexual y acoso por razón de sexo, exigencia que descansaba, aunque no de manera absoluta (no exigencia de un no rotundo), en la Sentencia del TC n.º 224/1999 antes analizada. Las

definiciones introducidas por la Ley de Igualdad son claras al respecto y no exigen en ningún caso, reiteración, habitualidad, ni permanencia del acoso sexual y/o sexista.

El artículo 7 LOIEMH, recordemos una vez más, apostando por una solución más armónica con el delito de acoso sexual recogido en el art. 184 del Código Penal, que no contiene alusión alguna a la manifestación del no consentimiento, como sí lo hiciera la Directiva europea transpuesta, se expresa así:

Artículo 7. Acoso sexual y acoso por razón de sexo.

1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

La fórmula utilizada por el artículo es diáfana: alude a «cualquier comportamiento» no exigiendo, para considerarlo forma de acoso sexual o sexista, la reiteración de conductas. Igualmente, el criterio subjetivo y/o el objetivo, esto es, la percepción del acosador (con el propósito), o el resultado (produzca el efecto) aparecen de forma disyuntiva, que no conjuntiva, lo que supone poder tener en cuenta todos estos elementos, no de manera restrictiva, para valorar más justamente una situación de acoso. Sin embargo, y pese a la redacción laxa y diáfana del artículo 7 de la LOIEMH, superando las limitaciones de la definición legal recogida en la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (refundida en la Directiva 2006/54, de 5 de julio), como en otros casos de violencia de género —como es en el contexto de pareja— se repite aquí un problema que ya ha sido ampliamente denunciado. Nos referimos al hecho de que las formas de discriminación y/o violencia contra las mujeres suelen ser banalizadas y consideradas poco graves, de ahí que históricamente sólo las conductas que reiteraban la violencia o la discriminación ostentaban tal consideración.

Efectivamente, la transposición del artículo 2.1.c) y d) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, en lo que a las definiciones se refiere, eliminando de la misma la expresión «no deseado», se salvaría —en reflexión de Lousada Arochena— «haciendo una argumentación de reducción al absurdo, que, a los efectos de la Directiva, los comportamientos de naturaleza sexual con el propósito de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo son lícitos si la víctima no dice no, exigencia expresa de no

consentimiento redundante respecto al dato de ofensividad. Si bien se mira, aparenta subyacer la idea de que a las mujeres les gusta ser ofendidas —una especie de reminiscencia de la odiosa doctrina de la «*vis grata mulieris*» como justificación de las agresiones sexuales—, y de ahí deban decir no para convertir un acto, en sí mismo, en ilícito. Parece más razonable el consumir el ilícito con el acto ofensivo, y no con la negativa de la víctima⁴¹. Extrapolándolo a la comisión de otros delitos, la reflexión absurda descansaría en que para que alguien, por ejemplo, incurriera en el delito de robo, su víctima debiera indicar al autor, además en reiteradas ocasiones, su negativa a que se apropie de su patrimonio y a que para ello utilice fuerza o intimidación en su persona o en las cosas.

No obstante, en el análisis de sentencias realizado se detectan dos líneas jurisprudenciales que deben destacarse. Por un parte, una línea mayoritaria, que argumentando de acuerdo a la LOIEMH establece claramente que para apreciar acoso sexual o acoso por razón de sexo no es necesaria una reiteración de la conducta. En segundo término, una línea afortunadamente minoritaria y esperemos que residual, que insiste en exigir la reiteración de la conducta para apreciar ambos tipos de acoso discriminatorio por razón de género, más allá de un mero acoso moral laboral.

Algunas de estas sentencias merecen ser reseñadas: la STSJ EXT 881/2009 que destaca por su argumentación de por qué aunque la conducta sea aislada constituye acoso por razón de sexo; la STSJ AS 1964/2008; la STSJ CAT 14093/2008, donde un único acto de agresión (una palmada en la zona glútea) se considera suficiente para apreciar el acoso sexual; o la STSJ AS 1964/2008, donde se pronuncia con rotundidad que un solo hecho puede constituir acoso sexual. Textualmente:

«Un solo acto puede constituir acoso sexual, ya que puede tener aptitud para reunir todas las características típicas: la acción de índole sexual; el propósito o el efecto (sin necesidad de un propósito específico) de atentar contra la dignidad de una persona, atentado que se produce siempre que se cree ese entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. La agresión sufrida por la demandante es un ejemplo claro de acoso sexual en el trabajo: reúne todos los requisitos indicados, entre ellos el de atacar la dignidad de la víctima hasta el extremo de hacer degradante y ofensivo el entorno laboral en que

⁽⁴¹⁾ LOUSADA AROCHENA, J. F., «El principio de igualdad entre mujeres y hombres en la legislación española», 2011. Esta argumentación ha podido impulsar la relativización del criterio de la intensidad de la negativa de la víctima. A nivel europeo, la Sentencia de 26 de enero de 1995, Caso D. v. Comisión, del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, confirmada en Auto de 11 de enero de 1997 del Tribunal de Justicia, se alude a cuando los hechos no se correspondan a «una manera corriente de expresar un interés sexual», la víctima no necesita manifestar claramente su carácter no deseado. Igualmente, la STC 224/1999, de 13 de diciembre, referente jurisprudencial en casos de acoso sexual, rechaza la exigencia de un no rotundo de la víctima, atemperándolo, para su consideración jurídica.

se produjo, atendiendo al sistema de valores y las pautas de conducta social vigentes en nuestra sociedad»;

Y, cómo no, la ya citada STSJ CAT 6910/2008 que, además de subrayar que «no se puede pretender que las mujeres afectadas tengan que soportar este comportamiento discriminatorio» en el tiempo, destaca por definir con precisión el (desconocido judicialmente) acoso moral por razón de sexo.

El polo contrario lo hallamos en la STSJ CAN de 30 de junio de 2011 (rollo 195/2011) que vuelve a recoger el testigo de la reiteración de la conducta lesiva, y además, incide de nuevo en la confusión entre el acoso sexual y el acoso moral, confundiendo el bien jurídico protegido, y todo ello pese a detenerse en la definición del primero y constatar que existió. Según el Tribunal se trata de «una conducta que atenta claramente la intimidad y consideración debida a la dignidad como derechos fundamentales reconocidos a toda persona en nuestra Carta Magna».

2.4. EL TALÓN DE AQUILES DE LOS SUPUESTOS DE ACOSO DISCRIMINATORIO POR RAZÓN DE GÉNERO: LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Junto a la tenue y delgada línea divisoria entre acoso sexual y acoso por razón de sexo; a la invención jurisprudencial que viene exigiendo «reiteración o habitualidad» en el asedio sexista, nos encontramos con el talón de Aquiles en los procedimientos de acoso discriminatorio por razón de género, elemento disuasorio para trasladar denuncias a los Tribunales. Nos referimos a la problemática valoración de la prueba que lleva al órgano judicial al convencimiento o no de que la conducta denunciada es constitutiva de un delito de acoso sexual o acoso por razón de sexo. Con relación a este tema, y aun cuando la LOIEMH no introdujo cambios en la legislación laboral procesal, sino que hemos tenido que esperar a la aprobación de la LRJS de 10 de octubre de 2011 para resolver esta laguna procedimental en torno a la inversión de la carga de la prueba, entendemos conveniente —y hasta obligatorio— reparar en la delimitación de los criterios de valoración de la prueba⁴² en el ámbito social. En este sentido, las dos constantes que se repiten en las diferentes sentencias analizadas, y que curiosamente se detectan también al analizar los distintos pronunciamientos en torno a la Violencia de Género en el contexto de

⁽⁴²⁾ En torno a la carga de la prueba, véanse la ATC 107/2003, referida a un supuesto de acoso sexual de una recepcionista de Mapfre que requirió tratamiento psiquiátrico posterior; y la STC 136/2001. En relación a los medios de prueba, véanse las recientes sentencias: STSJ Castilla y León de 27 de septiembre de 2011 (rollo 1389/2011), STSJ Cataluña de 1 de abril de 2011 (rollo 6727/2010), y la STS de 9 de mayo de 2011 (rcud. 2408/2008).

pareja⁴³, son la desacreditación del testimonio de la víctima⁴⁴; y la presencia de apreciaciones sexistas en la valoración judicial sobre las características y consecuencias del acoso discriminatorio por razón de género.

2.4.1. La desacreditación del testimonio de la víctima

Como no puede ser de otro modo, la prueba principal de buena parte de las sentencias analizadas en supuestos de acoso sexista descansa en el testimonio único de la víctima, como conocimiento especial, testimonio en cuya valoración destaca que es cuestionado de manera permanente en todos los órdenes jurídicos analizados. La jurisdicción laboral no es una excepción a esta constante que denunciarnos de descreimiento de la mujer víctima, especialmente en el ámbito penal⁴⁵, y reseñable en episodios de violencia de género en el contexto de pareja. Y ésta se reitera, aun cuando junto al testimonio de la víctima conviven otras pruebas que lo avalan —peritajes o incluso testimonios de otro/as compañeros/as—, pero a las que el tribunal no atribuye suficiente valor probatorio. Un ejemplo de esta situación lo encontramos en la STSJ de Andalucía 8317/ 2009. En este caso, la demandante participa a colegas de trabajo la existencia de una agresión sexual continua materializada en besos y tocamientos indeseados. No obstante dichos testimonios, el Tribunal no los considera de suficiente entidad como para acreditar probados los hechos de acoso sexual que se denunciaban, potestad juzgadora que, nos recuerda, sólo le corresponde a él:

«Ninguna de las revisiones solicitadas puede ser acogida pues, con independencia de la irrelevancia de todas ellas (a efectos de la presente litis) salvo la del apartado b), ninguna de ellas se fundamenta o apoya en prueba documental o pericial; la única que sería decisiva, repetimos, sería la relativa a tocamientos y otros ataques sexuales de ese nuevo hecho probado sexto, pero lejos de fundarse en aquellos medios hábiles se alega que así se desprende de la propia demanda en donde la actora «describe detalladamente lo ocurrido, sin contradicción alguna», en «haberlo comunicado cuando ocurrió a varias personas», y del informe emitido por la única perito que actuó en el proceso; con independencia de que la libre valoración de los informes periciales es facultad del juzgador de instancia (arts. 97.2 LPL y 348LEC), al no ser vinculantes para éste las opiniones o conclusiones de los peritos, el hecho probado vigésimo segundo se

⁽⁴³⁾ Vid. GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la Violencia de Género*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 173-230.

⁽⁴⁴⁾ GIL RUIZ, 2007, pp. 201-204.

⁽⁴⁵⁾ Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Gerona de 31 de enero de 2003, o la de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de marzo de 2003, son buenos ejemplos de rechazo de credibilidad de las declaraciones de la víctima y de carecer de la corroboración necesaria.

remite y da por reproducido el informe de la psicóloga, lo que es completado con lo que se declara en el apartado 9 del fundamento jurídico quinto de la sentencia en el sentido de que la referida psicóloga no duda que los trastornos de ansiedad de la actora respondan a «un sentimiento personal de la trabajadora de sentirse acosada, aun cuando la existencia real del acoso no haya quedado acreditado»; incluso el personal convencimiento de dicha profesional de haber sido la actora objeto de acoso, no dejaría de ser una mera opinión que en modo alguna obligaría a ser aceptada por el juzgador de instancia, y menos aún para ser medio hábil para modificar un hecho probado. Igual falta absoluta de consistencia tiene alegar, para fundar la revisión del hecho probado sexto, que tras el pretendido acoso sexual, la actora causó baja por sintomatología ansiosa; además de no constar la causa-efecto entre uno y otra, ocurrido el pretendido acoso en mayo de 2005, los meses subsiguientes entre presunta acosada y acosador fueron cordiales y amistosos (hecho probado octavo)». Argumentos como estos prueban la necesidad de formación en discriminación y violencia de género, pero también la minusvaloración que se hace de la violencia que se ejerce contra las mujeres y de su palabra, sean víctimas o personal técnico.

El parecido con las argumentaciones jurisprudenciales en supuestos de violencia de género en el contexto de pareja es sorprendente. A modo de ejemplo, basta con ojear la enrevesada argumentación de la Audiencia Provincial de Madrid que llegó incluso a ir en contra de lo declarado por el imputado en su primera declaración e inapreció la agravante de alevosía en un supuesto de asesinato por violencia de género en el contexto de pareja, ya que sólo el órgano judicial es quien tiene la capacidad de valorar y juzgar.

«(...) no concurre esta circunstancia (la agravante de alevosía) porque, si bien la ausencia de signos de defensa en el cuerpo de la víctima, y de desorden en la habitación, unidos a lo señalado por el propio procesado en su declaración ante el juzgado, donde dice, «Ella estaba viendo la televisión y no le vio cuando él entraba en el salón, no se pudo defender...», podrían hacer pensar que el ataque se produjo de forma súbita por la espalda, un estudio pormenorizado de los distintos datos que existen, llevan cuando menos a la duda sobre que la agresión se produjera en la forma anteriormente descrita, porque la ausencia de signos de defensa no bastan por sí solos para justificar esta circunstancia y la manifestación del imputado constituye una apreciación subjetiva y personal, que en modo alguno puede ser aceptada, al corresponder exclusivamente a los órganos judiciales esta valoración en atención a las circunstancias de cada caso, y en especial en el presente, por la situación que ocupaba la víctima al ser agredida, que era la de sentada en el borde del ángulo que formaba el sofá, compuesto por diversas piezas y colocado en forma de L, según se desprende sin ningún género de duda del lugar donde quedaron manchas de sangre, y no en el extremo más próximo a la puerta por la que accede su marido, con las piernas extendidas sobre la sección más corta del sofá, posición en la que se hallaba cuando sus hijos se marcharon del domicilio, y viendo la televisión, que estaba emplazada en el centro del mueble ubicado enfrente de la sección más larga del sofá, es decir, que miraba al frente con una ligerí-

simá inclinación al lado izquierdo, como se deduce de las fotografías de la habitación (folios 31 y siguientes), con lo que su ángulo de visión hacia la derecha, lado al que se encontraba la puerta era bastante amplio, quedando en el mejor de los casos una pequeñísima zona muerta, desde la cual difícilmente podría ser golpeada por el acusado, quien casi tendría que haberse echado sobre el sofá para alcanzarla o cuando menos, apoyarse en él inclinándose sobre el mismo, lo que hubiera provocado el desplazamiento del módulo, que se hallaba perfectamente colocado cuando A. encontró a su madre, por lo que es más lógico pensar que bien el ataque se produjo de frente, como indica el procesado en el juicio, o al menos desde la derecha, y no por detrás, lo que permitía la posibilidad de defensa de la víctima, la cual no se encontraba mermada por la ingesta previa de bebidas alcohólicas, como se desprende del hallazgo de 1.5 gramos de alcohol por cada 1.000 cm³, de sangre, análisis efectuado por el Instituto Nacional de Toxicología (folio 97), según indican los peritos médicos en el acto del juicio, máxime si se tiene en cuenta la inmediatez de la agresión con la fuerte discusión verbal precedente, y que en casos anteriores había degenerado en agresiones físicas»⁴⁶.

Idéntica argumentación, ya en un contexto de acoso sexual, se detecta en la STSJ MAD 3852/2009 donde pese a entender que «la actuación del encargado es inapropiada (...) en cuanto vejación pública, y que el médico de la Seguridad Social indica que la lesión que padece la ofendida deriva del acoso sexual y laboral en el trabajo» matiza que «el mismo constituye un elemento más de prueba» y que «es al juzgador de instancia al que le corresponde la valoración del conjunto de los hechos para deducir si se ha producido el presunto acoso sexual».

En este mismo sentido se pronuncia la STSJ MAD 12155/2009:

«Y aunque existan sospechas de que el actor llevó a cabo una conducta gravemente inadecuada en relación con la denunciante, esa sospecha no se ha traducido en una plena convicción jurídica, y por ello no se ha tenido por acreditados suficientemente los hechos imputados, y ante la ausencia, en el relato fáctico, de hechos probados de los que se desprenda directamente la acreditación de las imputaciones realizadas, se considera que la solución a la que llega el juzgador de instancia es ajustada a derecho, lo que lleva a desestimar este submotivo.» Es difícil llegar a la plena convicción cuando, como acabamos de referir, se quita relevancia a la violencia contra las mujeres y a su testimonio.

Y más aún cuando, a tenor de la STSJ AND de 29 de enero de 2005 (AS 2005 462) de elaborada doctrina, se recogen las siguientes exigencias para dotar de valor probatorio la declaración de la víctima:

«(1) ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusado víctima...; (2) verosimilitud de las imputaciones vertidas; (3) corroboraciones periféricas

⁽⁴⁶⁾ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de octubre de 1992.

de carácter objetivo; y (4) persistencia en la incriminación, que, si prolongada en el tiempo, deberá carecer de ambigüedades y contradicciones».

Frente a este tipo de pronunciamientos judiciales, cabe destacar otras sentencias que dan entidad al testimonio de testigos directos del acoso; o que argumentan claramente a favor del testimonio de la víctima, dando muestras de conocer la gravedad de la violencia de género y sus manifestaciones.

Este es el caso de la STSJ AND 2163/08 de 20 de noviembre de 2008: «En concreto, doña..., DNI..., manifiesta haber trabajado en el hotel durante la temporada 2003-2004 y haber sufrido acoso por parte del maître, lo que hace extensivo a algunas de sus compañeras, en términos similares se manifiesta doña..., DNI..., que declara haber trabajado tres temporadas en el hotel.

Igualmente, don..., DNI..., que manifiesta haber trabajado en el hotel en la temporada 2003-2004, y don..., DNI..., cajero comedor, declaran haber presenciado tocamientos diversos al personal femenino por parte del maître citado, o situaciones de favoritismo respecto de determinadas camareras».

En esta línea, la STSJ Valencia de 10 de octubre de 2007, AS 2007/1033 insiste en que «a nadie se le escapa que las conductas que derivan en una situación de acoso sexual, se suelen mantener ocultas por parte del acosador, que trata de abordar a la víctima en momentos en que ésta se encuentra sola y en situación de desamparo» y que «por ello, en muchas ocasiones no existen testigos directos de los hechos denunciados, de ahí que en este tipo de procesos sean muy importantes las actitudes de quienes declaran ante el juez que preside la práctica de las pruebas: las palabras utilizadas, la convicción con que son relatados los hechos, las posibles contradicciones que se puedan producir».

El reconocimiento de la gravedad de los supuestos de acoso sexual y por razón de sexo, injustificables en todo caso, también se refleja en la STSJ del País Vasco 1196/2008:

«Por lo demás, no se aprecia ninguna circunstancia que atenúe la gravedad y la culpabilidad de su incumplimiento, no pudiendo valorarse como tal el hecho de que la afectada no requiriese asistencia médica o no hubiese presentado denuncia penal o laboral, o que hubiesen sido compañeros sentimentales, pues ello no desvirtúa la relación entre la conducta ilícita y el entorno laboral y tampoco justifica el comportamiento del demandante ni reduce su gravedad.»;

así como en la STSJ de Galicia de 15 de septiembre de 2005 (AS 2006/272), aunque de modo excepcional en el grosso de sentencias analizadas, por su dureza en la represión de la inacción del empresario en sus obligaciones de prevención y protección de su plantilla, —cuando además éste conocía la existencia de acoso—, ordenando la indemnización a la víctima porque «el titular de la empresa, teniendo constancia de la situación hostil, intimidatoria, y degradante

no le puso fin ni pretendió remediarla o paliarla de modo alguno (...) salvo que por tal entienda la decisión que adoptó de despedir a la propia trabajadora aquí demandante».

Sin duda estos últimos pronunciamientos jurisprudenciales responderían, igualmente a la dinámica detectada, afortunadamente, en sentencias sobre violencia de género en el contexto de pareja. Este es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección segunda, de 18 de enero de 2002, que condena al inculpado como responsable de un delito de malos tratos psíquicos habituales, otro de amenazas y tres faltas de injurias leves «fundamentalmente por la propia testifical de la víctima», ex esposa del acusado, «que reúne los presupuestos exigidos jurisprudencialmente para otorgarle credibilidad y validez en orden a constituir prueba de cargo suficiente para desvirtuar el principio de presunción de inocencia». Las frases proferidas por el acusado hacia su esposa en varias ocasiones tales como «zorra, puta», «te tengo que rociar con gasolina», «te tengo que quitar la vida», así como los distintos episodios sistemáticos de violencia física y psíquica durante el matrimonio y tras la separación —episodios, algunos, denunciados y condenados— crearon «una atmósfera irrespirable y un clima sistemático de maltrato». Asimismo, y según informes periciales, la víctima «padece el Síndrome de la Mujer Maltratada, consistente en sensación de angustia, miedo, trastornos del sueño, entre otros, apuntando como único origen de los mismos los malos tratos físicos y psíquicos provocados por el marido»⁴⁷.

2.4.2. La presencia de apreciaciones sexistas en la valoración judicial sobre las características y consecuencias del acoso discriminatorio por razón de género

Junto a la permanente desconfianza hacia los conocimientos especiales de la víctima de acoso sexual y por razón de sexo, otra de las cuestiones que preocupan en el análisis jurisprudencial es la constatación de argumentos y apreciaciones claramente sexistas sobre la violencia y sus características y/o consecuencias, detectándose incluso algunos de los mitos sexistas que tanto han perseguido (y persiguen) a los episodios de violencia de género en el contexto de pareja. De este modo, en la STSJ CAT 8390/2008 no se aprecia el acoso de la víctima y se justifica la conducta del agresor debido a que estaba «bebido» y a que la agresión se da en ese contexto.

En la STSJ AS 1088/2008, se denuncia un acoso sexual con agresión, entrando el Tribunal a analizar la verosimilitud del testimonio de la víctima a través de ideas estereotipadas sobre las consecuencias de las agresiones sexuales y el tiempo que en opinión del tribunal es el razonable:

(47) Sentencia de 18 de enero de 2002, de la Excm. Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2.ª, siendo Ponente el Ilmo. Sr. José Requena Paredes.

«no es verosímil que el episodio de acoso sexual denunciado tuviera una duración de 35 minutos, que habiendo opuesto resistencia no presentase después el mas mínimo rasguño, lo que no es coherente con su relato de los hechos del que se deduce que no se trata de una simple insinuación o gesto de contenido sexual sino de abusos sexuales tales como tocamientos libidinosos en pechos y nalgas e intento de desvestirla, que hubiera acudido al trabajo los dos días siguientes»⁴⁸.

Pero lo paradójico es que cuando las consecuencias se adaptan al estereotipo sexista, tampoco existe garantía de que se aprecie el acoso sexual. Este es el caso de la sentencia TSJ de Andalucía 596/2009. Los hechos recogidos en la sentencia son los siguientes:

«Por la Dra. Otilia se le extendió parte de baja a la actora el 22.04.05, diagnosticándosele estrés postraumático, permaneciendo en situación de incapacidad temporal hasta el 21.10.06, dictándose Resolución por el INSS el 26.04.07 (folio 14) por la que se le reconocía una prestación de incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad común, con un 100 por 100 de la base reguladora de 537,37 €. El Equipo de Valoración de incapacidades, previamente a lo anterior, había dictaminado el 18.12.06 que la actora padecía de estrés postraumático, derivado de enfermedad común, que le causaba limitaciones psíquicas.

La actora padeció durante el año 2005, y posteriormente, de ansiedad y estrés postraumático»

A pesar de la acreditación médica de las consecuencias de la agresión sexual sufrida, la sentencia afirma no poder dar por acreditada la agresión sexual para apreciar el acoso sexual. En la misma línea, la sentencia TSJ MAD 12114/2008 incluso recoge en el relato de los hechos un parte de asistencia en un centro de asistencia a mujeres víctimas de agresiones sexuales, pese a lo cual el tribunal considera los hechos no probados y resuelve negativamente, además con una indigente argumentación. En la comparativa con las constantes presentadas en episodios de violencia de género en el contexto de pareja, la Sentencia de Juzgado de Instrucción n.º 3 de Roquetas de Mar, de 26 de septiembre de 2000, absuelve al inculpado de una falta de amenazas pues «No ha quedado acreditada la comisión de la falta de amenazas que se imputa al denunciado, pues las versiones ofrecidas por los implicados son opuestas, unido a que la testifical practicada a instancia de la parte denunciante no aclara la posible responsabilidad del imputado, sino que viene a despejarla, pues manifiesta que fue a hablar con la letrada del Instituto de la Mujer aconsejándosele que era precisa denuncia de los hechos a fin de poder prestar asistencia

(48) Recientemente dicha sentencia deberá ser revisada por haberse apreciado el acoso sexual en el orden penal.

y ayuda, hecho éste que unido a la estrecha relación entre la testigo y la denunciante, revela que la denuncia fue instrumento para conseguir la citada asistencia».

Si se piensa que en la mayoría de las sentencias sobre acoso sexual lo que se denuncia son agresiones sexuales graves, entonces sentencias como éstas dejan en la impunidad conductas discriminatorias que como ya se ha dicho no sólo generan violencia y desconfianza en el sistema a nivel individual, sino también a nivel social.

Idéntica argumentación con un claro talante sexista normalizado reatravesaría las sentencias para apreciar el «tratamiento significativamente degradante» del agresor frente a la mujer, para la aplicación de tipos agravados, o de asesinatos frente al delito de lesiones, requiriendo comportamientos heroicos de las víctimas y un exceso de imaginación por parte del intérprete. Insistimos en la conexión con las constantes denunciadas en los supuestos de violencia de género en el contexto de pareja.

Sirva de ejemplo ilustrativo la Sentencia del TS de 21 de febrero de 1998 que dice así: «Y en cuanto a la agravante del n.º 5 del mismo artículo (art. 180 CP.) sí es cierto que puso un cuchillo que cogió de la cocina en el pecho a la mujer y que lo usó para cortar las ropas que ésta vestía, pero no consta, en cambio que fuera un medio peligroso susceptible de causar la muerte o las graves lesiones que se describen en los artículos 149 y 150 del mismo Código, ni tampoco que lo usara contra la mujer, sino que lo dejó, tras rasgarle el traje, sobre la mesilla cercana sin servirse de él, por lo que falta el requisito de su efectivo uso para la agravación. (...) Y en el caso presente, aunque el grado de violencia empleado por el agente haya sido calificado por el Tribunal de Instancia como sobredimensionado e innecesario, no aparece que el exceso presentara aspectos que fueran especialmente vejatorios para la dignidad personal de la agraviada ni que fuera sometida, con la utilización de cuerdas para inmovilizarla que en los hechos se describe, en un tratamiento significativamente degradante».

Los aspectos valorativos del trabajo judicial se ponen de manifiesto de modo diáfano en los episodios de violencia de género, ya sea en la esfera privada como en la público-laboral, donde los conceptos jurídicos indeterminados son desarrollados y completados a partir de la configuración ideológica del intérprete, no ajeno a un universo simbólico donde el género establece los roles del hombre y de la mujer, más allá de su capacidad y potencialidad. Al igual que en supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, donde el intérprete valora y entiende no verosímil que tras sufrir un episodio de acoso sexual no presentara el más mínimo rasguño y que incluso acudiera al trabajo los dos días siguientes —STSJ AS 1088/2008—, idéntica consigna se repite al no admitir el abuso sexual de una menor de edad, por no dar crédito a su testimonio.

A título de ejemplo de estos esfuerzos imaginativos que el intérprete debe realizar, mencionamos la Sentencia de 28 de marzo de 1994, del Juzgado de lo Penal n.º 31 de Barcelona que se pronuncia de modo diáfano: «Cuesta creer que dos días laborables (la menor iba al colegio) del mes de enero de 1992, entre las ocho y las ocho y media de la mañana, en un conocido vagón de metro que se dirige desde la estación de la Sagrada Familia hacia la estación del Hospital Clínico (pasando por las concurridísimas estaciones de Verdaguera y de Diagonal, un hombre pueda sentarse junto a una menor, pasarle la mano por la espalda y tocarle el culo y los genitales sin que nadie, absolutamente nadie en el vagón, salvo la menor, reaccione. Cuesta también creer que la única reacción de la menor fuera apearse en la siguiente estación para cambiar de vagón y buscar a una señora que, en cierta medida, la protegiera. Pero cuesta todavía más creer que el agresor, encima, le persiguiera hasta el otro vagón, apeara en la misma estación y la siguiera hasta el exterior sin que nadie hiciera nada»⁴⁹.

Idénticas dificultades se detectan para reconocer la discriminación en supuestos de acoso por razón de sexo. De este modo, la STSJ AR 143/2009 resume la situación producida de la siguiente manera:

«Que el pasado día 2 de Septiembre, y con ocasión de desplazarse la Encargada de su centro de trabajo a una reunión convocada por la Dirección de la empresa, al poco tiempo de abandonar ésta su puesto de trabajo Vd realizó comentarios despectivos hacia la misma en presencia de sus compañeros: «...Esta a estas horas se la estará chupando al jefe debajo de la mesa y luego se lo tirará...».

Pese a estas palabras, el Tribunal no estima procedente el despido empresarial del trabajador, que ante testigos, dijo esta frase y para ello afirma que:

«No todo incumplimiento del contrato por parte del trabajador es constitutivo de despido, sino tan sólo cuando se produzca de forma «grave y culpable», siendo exigible que la conducta sancionada se revele «maliciosa», esto es, a través de «actos voluntarios» que denoten una «intencionalidad u omisión culpable... (imputable) u una «torcida voluntad» de su autor (STS de 16-6-1965 y 5-5-1980), pues la gravedad de la sanción de que se trata, el despido, obliga a una interpretación restrictiva, con la consecuente imposición de otra sanción de menor trascendencia, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien pudieran

⁴⁹ Esta situación de «incredulidad» se torna especialmente dramática cuando se trata de abusos sexuales a menores dentro del hogar, sobre todo teniendo en cuenta algunos datos sociológicos oficiales: el 85% de los casos de abuso sexual a menores acaecen en la propia familia según Asuntos Sociales. Según los servicios especializados de la Junta de Andalucía al respecto, se estima que tres de cada diez niños con edades comprendidas entre los nueve y los diecisiete años es víctima de abuso sexual y entre ellos, el 62% corresponde a niñas. Del mismo modo, las agresiones son reiteradas en el 70% de los casos. El silencio que se mantiene con respecto a estos delitos impide que se desvele la verdadera magnitud del problema.

ser mercedores de sanción, no lo son de la más grave... siendo así necesario resaltar para la valoración de la falta cometida, su entidad, así como las circunstancias personales y de índole profesional de su autor; por el claro matiz subjetivo que la caracteriza».

De nuevo la ignorancia de la Ley de Igualdad es clara, pero también lo es la del Estatuto de los Trabajadores que califica claramente, en su artículo 54.2, el acoso por razón de sexo de discriminatorio y de falta grave. Desconocimiento e insensibilidad en torno las manifestaciones de la violencia de género, en la esfera individual o socio-laboral, son constantes detectadas en buena parte de las sentencias analizadas.

De este modo, en algunas sentencias se ataca la veracidad del testimonio de las mujeres argumentando que con posterioridad a la agresión se dan conductas que no corresponden a «*lo que se espera haga una víctima*», partiendo sin duda de consignas y premisas sexistas, que atribuyen el rol que debe ser desempeñado por la mujer acosada, y los márgenes de los que no debe salirse. En la STSJ CL 6423/2008 de Valladolid, se utilizan como argumentos de descrédito, elementos «como hacerse una foto juntos» en una cena de trabajo para destruir la veracidad del testimonio de la víctima. En la STSJ CLM 3778/2010 (Albacete) se insiste en que la demandante en un supuesto de acoso sexual bailó con el supuesto acosador, durante la cena de Navidad. En la STSJ AND 8276/2009 se esgrime el envío de dos SMS de pesar al agresor, al enterarse de que lo habían despedido.

La lectura de buena parte de las sentencias que tratan denuncias por acoso sexual coloca a la mujer acosada en un papel bastante incómodo, tratando de rastrear la verosimilitud del testimonio de la víctima, y todo ello pese a haber, como anunciábamos más arriba, otras pruebas periciales, o la exteriorización clara y objetiva del acoso practicado.

De este modo, en la STSJ CLM 3778/2010, se recoge textualmente el contenido de los mensajes de contenido sexual enviados a la acosada, así como de los mensajes multimedia de la misma naturaleza, que incrementan la severidad sexual conforme evoluciona la relación profesional. Entre estos mensajes constan:

«Me has dejado con las ganas de darte un beso; cómo me gustaría que a ti te pasara lo mismo; esta noche sueño contigo»; «No quieres nada conmigo, ni me contestas; vale, vale»; «Qué ganas tengo de estar contigo, dime algo»; «Cuánto me hubiese gustado hacer el amor contigo, yo creo que yo a ti no te gusto como hombre y tú a mí me harías muy feliz»; «Solo con verte se me pone dura; hacía el amor contigo ahora mismo; me pongo a cien con solo pensarlo; contéstame»; o «Se te nota en los ojos que te falta una polla que te haga sentir y esa solo lo tengo yo, pero tu orgullo no te deja», entre otros.

Pese al contenido, obvio y diáfano, de carácter sexual, y pese al rechazo permanente de la víctima, exteriorizado permanentemente de manera casi heroica por la acosada, tal y como se observa en los propios mensajes enviados por el acosador: «*No quieres nada conmigo ni me contestas; vale, vale*»; «*Estoy en la tienda y de pensar en ti estoy como un toro. Qué lástima que tú no tengas ganas de mí*»; «*Podríamos disfrutar los dos como locos pero tú o estás preparada*» «*me tienes abandonado*», «*Vale, pero no te preocupes que no pasa nada. Yo me he pasado de la raya no debí haberte dicho nada. No tengo derecho ninguno a estropear un matrimonio. Perdóname vale, no te volveré a molestar más*»; y pese al Informe médico del servicio de Neurología del Hospital Universitario de Guadalajara que acredita el incremento de su discapacidad en un 75% por la situación de acoso, así como el de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Guadalajara que confirma la situación grave de acoso sexual padecida, sorprenden las palabras de la Psicóloga forense, incrédula y sospechosa del testimonio de la víctima, pero a su vez, —y esto es lo más grave— normalizando la violencia contra ella. De este modo, tal y como se recoge en el AH 8, «*Hace un relato pormenorizado y plagado de expresiones de asco-rechazo del incidente ocurrido en el cuarto de los sótanos del trabajo equiparable al de una persona carente de experiencia sexual previa a los hechos o poseedora a nivel cognitivo de un código muy rígido respecto a la moral sexual*». De este modo, y según el informe forense, tiene «*Fijación a nivel cognitivo en la agresión a su integridad moral, y a la sensación de asco y rechazo físico que se asocia a intranquilidad*».

Esta valoración forense parece partir de la tesis de la recomendable aceptación de relaciones sexuales, aunque no se deseen, pues de otro modo o se es inexperta sexualmente hablando, lo que debe ser patológico, o se es «estrecha» y/o «frígida».

Finalmente la demanda por acoso sexual no prospera aun cuando se concluya en el informe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Guadalajara de 27-07-2009, «*que se ha producido una situación de acoso sexual en el trabajo por parte del jefe de cajas (...) hacia la trabajadora (...), concurriendo todos y cada uno de los elementos o requisitos que permiten describir dicha situación: sujeto activo acosador: responsable de cajas y superior jerárquico de la trabajadora. Sujeto pasivo víctima: cajera de supermercado. Ambito: laboral, entorno de trabajo y durante la jornada. Conducta: de naturaleza sexual. El empresario ha infringido los artículos 4-2-e LET, y los artículo 7 y 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22-3 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (folios 123-125 y bloque III de demandante)*».

Toda esta realidad reclama la atención hacia el papel de dos instituciones fundamentales en la erradicación de episodios de violencia contra las mujeres en el ámbito laboral. Nos referimos a la Inspección de Trabajo y a la responsabilidad empresarial, ya fuere administrativa (sanción) como civil (indemnizatoria y reparadora), más allá de que sea o no el sujeto activo acosador.

2.5. LA RESPONSABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO DEL TRABAJADOR Y DEL EMPRESARIO

Con respecto a la doble responsabilidad tanto del trabajador⁵⁰ que acosa, como del empresario, ya sea directa como indirectamente, en tanto que tiene que cuidar que las condiciones laborales en las que se encuentre su plantilla sean las más adecuadas y óptimas, hemos de recuperar el contenido normativo del artículo 54.2 ET, modificado por la LOIEMH, así como los artículos 8.13 y 8.13 bis de la LISOS.

Con respecto al primero, recordemos que: «Se considerarán incumplimientos contractuales:

«g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.»

En este sentido las sentencias analizadas sorprenden por activar como causa de despido no el acoso sexual o por razón de sexo (art. 54.2.g) pese a quedar acreditado, sino otras vías, como las ofensas verbales o físicas, recogidas en el apartado c). Algunas de estos pronunciamientos judiciales merecen ser mencionados. De este modo, las STSJ AND 13393/08; STSJ CAT 3922/08 y STSJ CAT 14093/08, en teóricos supuestos de acoso sexual, se inclinan por el despido por ofensas verbales o físicas. Idéntico argumento se detecta en las STSJ de Aragón 143/09 y STSJ EXT 881/09, en supuestos claros de acoso por razón de sexo.

En lo que respecta a la responsabilidad empresarial⁵¹ y a la calificación como faltas muy graves las cometidas por acoso sexual y acoso por razón de sexo, destaca la escasa referencia a los artículos del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social reformados por la Ley Orgánica 3/2007. No en vano, en el estudio antes citado del CGPJ⁵², sólo se encontraron 5 sentencias que aludieran al reformado artículo 8.13 y 8.13 bis, que tipifica como infracciones «muy graves» las conductas constitutivas de acoso sexual y acoso por razón de sexo. Recordemos la redacción del artículo

⁽⁵⁰⁾ Aunque la valoración de la doctrina judicial analizada en esta parte de nuestro estudio se circunscribe al entorno laboral, hemos de aludir también a otros pronunciamientos judiciales dictados en otros entornos, como es el caso de la prestación de servicios. En este sentido, véase la STSJ de Cataluña de 4 de julio de 2009 (rec. 477/2009).

⁽⁵¹⁾ Vid. STS de 20 de septiembre de 2007 (recud. 3326/2006) y STS de 15 de diciembre de 2008 (recud. 178/2008) fundada en la STC 74/2007.

⁽⁵²⁾ AA.VV., *Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, opus cit., 2011.

8.13 y 13 bis de la LISOS, con la matización, no menor, ya referida en anteriores epígrafes, sobre la necesidad de que sea conocido por el empresariado (sin que adopte las medidas necesarias para impedirlo) en los casos de acoso por razón de sexo, y no en asuntos referidos a acoso sexual.

Recordemos que el art. 8 LISOS califica como infracciones muy graves, entre otras:

13. El acoso sexual cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo.

13 bis. El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.

Las STSJ CAT 8390/08; STSJ ICAN 2888/09; STSJ CANT 415/08; STSJ ICAN 1452/08 lo mencionan, en un marco de acoso sexual; y la STSJ CLM 2638/09, lo hace abordando un supuesto de acoso por razón de sexo.

Al respecto, la antes citada STSJ AND 13393/2008 califica «la conducta de los demandados D. Luis Ángel y D. Jesús Miguel es claramente constitutiva de acoso moral en su vertiente de acoso sexual, por su actitud activa, realizando actos de hostigamiento a la trabajadora, siendo la conducta de su padre titular de la empresa «Comercial Prieto Decoración S.L.» una conducta de acoso laboral ya que con su conducta omisiva y permisiva con las acciones de sus hijos obligó a la trabajadora a soportar unas condiciones de trabajo incómodas, humillantes e injustas, sin que la relación paterno-filial que le vinculaba a los acosadores justifique el incumplimiento de las obligaciones que como empresario tiene frente a la trabajadora, que no se limitan a pagarle el salario, sino a facilitar el ejercicio», y sin embargo no alude a la LISOS, ni hace mención a ella.

No obstante, sorprende que, incluso en aquellas escasas sentencias donde se califican como faltas muy graves los supuestos tratados, la «infracción se aprecia en su grado mínimo al haber llevado a cabo la empresa, aunque de forma insuficiente (...) una investigación una vez puesta en su conocimiento la situación denunciada». Éste es el caso de la STSJ AND 2163/08 de 20 de noviembre de 2008, que siguió al Recurso de Suplicación 1833/2008. Según los hechos probados, recogidos en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Málaga de 26 de septiembre de 2006 y nuevamente en la STSJ AND 2163/08 de 20 de noviembre de 2008: «De lo actuado se desprende que la empresa no sólo ha llevado a cabo una investigación insuficiente sin la presencia o asesoramiento de los representantes de los trabajadores en el transcurso de la misma sino que ha hecho caso omiso al requerimiento formulado en la reunión mantenida con la que suscribe y la jefa de Inspección de Trabajo sobre la necesidad, dadas las características del tema planteado, y todo lo que antecede, de haber

perseverado en la investigación iniciada (hay que tener en cuenta que pueden producirse renuencias en las respuestas obtenidas en torno a situaciones como la planteada, en relación a presuntos temores a perder un puesto de trabajo dada la situación actual del mercado laboral); se acompañaba un informe de la Inspección de Trabajo confirmando la situación de acoso sexual sufrido por varias trabajadoras (dos denunciantes), y el resultado fue la condena a la empresa a abonarles una indemnización a ambas víctimas de 12.000 euros; pero las acosadas, ante tanta tolerancia a la violencia por inacción de la empresa, se vieron obligadas a abandonar el puesto de trabajo con un cuadro confirmado de depresión y ansiedad.

2.6. ESCASA ACTIVACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS DEROGADOS ARTÍCULOS 175 Y SS. LPL

Por último debe reseñarse la escasez de sentencias que remiten al proceso especial de protección de derechos fundamentales arbitrado en los artículos 175 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral vigente hasta el 10 de diciembre de 2011 —artículos 177 a 184 de la nueva Ley 36/2011, de 2 de octubre Reguladora de la Jurisdicción Social—. Aquéllas en las que se hace referencia, lo hacen en virtud de los artículos 179, 180.1 y 182 de forma general.

En este sentido, remitimos a las STSJ MAD 2309/08; STSJ ICAN 986/09; STSJ AND 13393/08; STSJ AS 1088/08; STSJ AS 1964/08; STSJ CAT 8390/08; STSJ EXT 2346/09; STSJ MAD 12504/09; STSJ ICAN 1452/08; STSJ ICAN 3942/09, en supuestos de acoso sexual, y a las STSJ AND 15668/08 y STSJ CLM 2638/09 en supuestos de acoso por razón de sexo.

V. LA REGULACIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN EL ORDEN ADMINISTRATIVO Y SU JURISPRUDENCIA

1. EL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN

El Derecho Administrativo penetra en las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo a través de varias vías:

a) Control administrativo por la Inspección de Trabajo y las Autoridades Laborales mediante el mecanismo de imposición de sanciones administrativas¹, que el empresariado incumplidor puede recurrir judicialmente en vía contencioso-administrativa, siendo parte únicamente el empresariado sancionado y la Administración, sin que la víctima tenga participación en ese procedimiento;

b) Cuando el/la trabajador/a que reclama a su empresa la adopción de medidas preventivas es un/a funcionario/a;

c) Cuando las/os funcionarias/os reclamen a su Administración empleadora una indemnización por el daño sufrido a consecuencia del acoso sexual o por razón de sexo en el trabajo será competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por disponerlo así el art. 2.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la misma;

d) En la tramitación por el INSS del procedimiento para la imposición a la empresa del recargo previsto por el art. 123 LGSS a favor de los beneficiarios de prestaciones económicas de la Seguridad Social cuando el daño aparece como consecuencia de incumplimiento empresarial de la normativa de

(1) Conforme al art. 46 bis LISOS (ver, *supra*, 3.5.3.), para tratar las responsabilidades empresariales específicas, entre ellas las responsabilidades en materia de igualdad.