

**CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

**Extracto:**

LA nueva conciencia social en materia de lucha contra la violencia de género ha determinado un impulso de la tutela penal contra la discriminación de las mujeres. Asimismo, el conocimiento de que el «caso Jokin» no es un hecho aislado en los Centros Escolares, sino que el acoso escolar tiene grandes magnitudes, ha llevado igualmente, movidos por la alarma social, a promover la intervención penal en defensa de valores como la integridad moral en un espacio también dejado al margen tradicionalmente de la intervención penal. Paradójicamente, en el ámbito laboral, el clásico carácter subsidiario del Derecho Penal está siendo una barrera difícil de saltar para la tutela penal, en la confianza, muchas veces vana, de que la «policía laboral» –ITSS– y la «jurisdicción social» están en condiciones de combatir los fenómenos de violencia psíquica contra las mujeres en el mundo del trabajo.

Sin embargo, estas tendencias de política criminal en la lucha contra cualquier forma de acoso moral no podían permanecer por mucho tiempo ajenas al mundo del trabajo. Y aún menos podían quedar al margen si este comportamiento se vincula a razones marcadamente discriminatorias por razón de sexo y/o género. Precisamente, la futura aprobación del cacareado *Anteproyecto de Ley de Garantía de la Igualdad entre Hombres y Mujeres* determinará la introducción de este concepto en nuestro ordenamiento de manera oficial, por tanto formal, exigiendo no ya sólo su prohibición sino su prevención. De nuevo se estará renovando el Ordenamiento conforme a los imperativos del Derecho Comunitario.

Ahora bien, aunque no exista la misma alarma social que en aquellas manifestaciones de violencia, el Derecho español no está falto de instrumentos para combatir tan deleznable comportamiento, que castiga tanto a las trabajadoras con responsabilidades familiares como a la propia confianza que la ciudadanía tiene en sus instituciones. La prueba es que recientemente un *Juzgado de lo Penal de Valencia* ha aplicado el delito contra la integridad moral en su máximo grado a una conducta calificable como de acoso moral por motivos de discriminación sexista. Aquí se analiza con mucho detalle esta decisión, contextualizándola y evidenciando sus puntos débiles y fuertes, en la convicción de que marcará una inflexión al introducir el enfoque penal en la tutela contra la violencia de género en las empresas.

.../...

.../...

Este problema, que no es más que una forma brutal de discriminación sexista en las empresas, no se resolverá, sin embargo, penalmente. En este estudio se evidencian las ventajas e inconvenientes del enfoque penal, optando claramente por el enfoque de las políticas de salud laboral, pero a condición de que sean tomadas en serio por los poderes públicos y los interlocutores sociales.

---

## *Sumario:*

---

- I. Introducción.
- II. El concepto de «acoso moral discriminatorio»: el acoso sexista como forma de violencia de persecución por motivos de género.
  1. El plano de la observación sociológica: el «acoso» como conducta grave de «violencia de persecución» psico-moral.
  2. El plano de la observación jurídica: la utilidad de las conexiones entre los conceptos de «acoso discriminatorio sexista» y la «violencia de género» y/o «violencia contra la mujer».
- III. La tutela penal contra el acoso moral laboral en el actual contexto de «huida hacia el derecho penal».
  1. Una primera paradoja: la resistencia a la intervención penal contra el acoso laboral convive con un proceso expansivo de ésta.
  2. Una segunda paradoja: el favor por la intervención penal para la sanción del acoso moral en relaciones sociales no laborales.
  3. Los avances en el lento caminar de la tutela penal efectiva frente al acoso moral en los lugares de trabajo.
- IV. La recepción del «acoso moral por razón de género» en la más reciente doctrina judicial penal.
  1. El acoso por motivos sexistas o de género como delito contra la integridad moral: la conducta degradante como elemento medial.
  2. La pluralidad de bienes jurídicos ofendidos: la integridad moral y prohibición de discriminación.
  3. Algunas cuestiones relativas a la prueba: el papel relevante de la credibilidad del «testimonio» de la víctima –el «diario acoso»–.
  4. El plano de la sanción: luces y sombras de la decisión relativa a las consecuencias jurídicas del delito.
- V. Conclusiones: ¿disuasión o prevención de conductas?

«El legislador debe trabajar como "un hábil arquitecto, cuyo oficio es oponerse a las direcciones ruinosas de la gravedad, y mantener las que contribuyen a la fuerza del edificio"»

MARQUÉS DE BECCARIA. Tratado de los Delitos y de las Penas

## I. INTRODUCCIÓN

Cualquier forma de *violencia* constituye una conducta humana que avasalla no sólo la dignidad de las personas contra las que se ejerce, lo que de por sí ya expresa una situación intolerable para cualquier sociedad que se pretenda civilizada, sino su misma libertad e integridad personales. Este efecto erosivo y destructor de la condición humana, en su individualidad y en su socialidad, es claramente perceptible, aun sin llegar a sufrirlo en «carne» y/o «alma» propias, cuando no se trata de actos aislados sino de conductas reincidentes –habituales– contra una o varias personas. En consecuencia, cualquiera que sea el modo en que se exprese –forma de comunicación hostil– el «*maltrato*» y el ambiente de relaciones sociales en que brote –o arraigue–, los objetivos de su prevención y erradicación son exigencias inexorables para los poderes públicos, desde el más alto plano axiológico: la consideración de la «dignidad de la persona» y el «libre desarrollo de su personalidad» como fundamento del «orden político» –dimensión pública– y la «*paz social*» –dimensión colectiva– (art. 10.1 CE).

Una observación de este tipo debería ser una completa obviedad. Como obvio debía ser, a estas alturas de la «edad del hombre», el sistema de garantías disponible para asegurar una tutela efectiva y coherente, por parte del Estado de Derecho, a cualquier persona que sufriera un proceso de privación de estos elementales valores humanos. Lamentablemente, ni las normas están siempre a la altura de las exigencias de convivencia justa y democrática que con tanto boato proclama nuestra Constitución, ni, sobre todo, la aplicación de las mismas a las nuevas realidades responde a las exigencias de efectividad de los derechos fundamentales de las personas que esa misma «supernorma» compromete de forma imperativa.

Desde esta perspectiva, no menos llamativo debe resultarnos, cuando menos, que más de un cuarto de siglo después de promulgada la Constitución Española se eche cada vez más en falta una

ley para garantizar «*la efectividad del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y la eliminación de la discriminación contra la mujer (...) para alcanzar una sociedad más igualitaria, más justa y más solidaria*». Así reza el artículo 1 de la que se nos viene prometiendo, desde hace ya dos años, como futura Ley Orgánica de garantías de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, cuyo Anteproyecto ha sido recientemente aprobado, más por la necesidad de presentarse con algo «sonoro» en las proximidades del día de la «mujer trabajadora» –esto es, de todas– que porque ya estuviera realmente «maduro».

Precisamente, en esta «ante-proyectada» norma encontramos una relevante conexión entre ambas realidades. Me refiero al *acoso*, manifestación extrema de violencia «relacionada con el sexo», como forma de discriminación contra las mujeres.

De este modo, el Derecho español se prepara para recibir como institución legal típica, junto al ya conocido concepto de «*acoso sexual*», otra modalidad de «acoso discriminatorio» más recientemente nominada, el impropriamente llamado «*acoso por razón de sexo*». Esta figura vendría a culminar el camino iniciado por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. No por casualidad todas ellas expresan el mandato comunitario de renovación de la tutela jurídica contra cualquier forma de discriminación, entre las que se incluye el «acoso relacionado» con cualquier motivo o razón de discriminación, sea en los términos de la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 27 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato a todas las personas independientemente de su origen racial o étnico (art. 2.3), sea en los de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (art. 2.3).

En esta ocasión, la norma comunitaria a transponer será la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, 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. Esta norma no sólo ofrece una definición del denominado «*acoso relacionado con el sexo*», concepto mucho más amplio que el acoso sexual e incluso que el «acoso por razón de sexo», sino que establece un extenso e intenso *régimen jurídico tanto para su prohibición y erradicación como para su prevención en las relaciones de empleo y de trabajo* –art. 2.5 Directiva–. A la perspectiva básica de lucha contra la discriminación sexista, la norma legal acompañará un planteamiento de política de promoción de la salud laboral de las mujeres, enfoque también acorde con el nuevo marco comunitario de salud y seguridad en el trabajo, según la Estrategia para el 2002-2006, que ahora se renovará para los próximos cinco años.

En definitiva, cuando se apruebe tan cacareada como ansiada Ley de Garantía de la Igualdad, se debería integrar –normativamente, en la práctica será otra cosa– una laguna que deliberadamente quedó pendiente con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género. En efecto, esta histórica –esperemos que no mítica– ley dejó sin respuesta expresa el *problema de la violencia de sexo y/o género en el ámbito del empleo y del tra-*

*bajo*. Por supuesto, con ello no se quiso ocultar el problema ni infravalorarlo como un aspecto menor, sino que se entendió que las singularidades del mundo laboral, ámbito de relaciones sociales organizadas con un régimen propio, precisaba de una legislación específica.

Por supuesto no va a ser objeto de este trabajo el valorar el mayor o menor acierto de esta opción, que desde luego presenta ventajas pero que también ha tenido –y tiene– indudables inconvenientes, aunque es necesario y urgente realizar análisis serios en ese ámbito. Lo que aquí se pretende, más limitada pero ilustrativamente, es evidenciar cómo la dinámica del Derecho, por tanto atendido desde su global sistema de fuentes, va más allá y desborda, en la mayor parte de las ocasiones para bien en otras no tanto, las opciones de política legislativa adoptadas en cada momento, sea por acción, sea por omisión. Así, este inicial abstencionismo del legislador de 2004 en la ordenación específica de la violencia de género en las relaciones de trabajo en general, y más particularmente respecto de la específica prohibición del «acoso moral por razón de género» contrasta con una opción de política judicial cada vez más favorable a introducir esta perspectiva en el enjuiciamiento de las situaciones que conocen. Aunque son diversas las manifestaciones que de ello podemos encontrar, la que aquí vamos a resaltar y nos resulta más determinante es la recepción judicial de este enfoque, si bien sin denominarlo expresamente así, en el ámbito del Derecho Penal, a través del *agravamiento del tipo penal aplicable al caso por relacionarse al proceso de acoso enjuiciado evidentes motivos sexistas*.

El propósito fundamental de este trabajo es, pues, dar cuenta de lo que consideramos un cambio de rumbo, ya veremos con qué alcance, tanto en el tratamiento del acoso moral en el trabajo en general, hasta ahora poco frecuentado en el orden penal y todavía menos objeto de condenas por delito –alguna por falta de vejaciones sí había–, cuanto del *acoso moral laboral por razón de género*. Consecuentemente, además de dar noticia y comentar los aspectos más destacados del pronunciamiento tomado como referencia, la sentencia del Juzgado de lo Penal número 8 de Valencia, de 21 de abril de 2005, pretendo introducir algunas consideraciones clarificadoras de esta modalidad de acoso discriminatorio, tanto en su perfil conceptual como, sobre todo, en el tratamiento jurídico del que es acreedor en el vigente Derecho español.

Sin perjuicio de que, como se expresará al final, sigo convencido de la mayor utilidad para afrontar el problema de lucha del Estado de Derecho contra el acoso moral, cualquiera que sea su modalidad, en el plano de la política de salud laboral, en línea con la experiencia legislativa de otros Estados de la UE – Suecia, Francia, Bélgica...–, este trabajo pretende servir para desterrar, en lo posible, un falso tópico: si una respuesta jurídica eficaz contra el acoso moral en el trabajo es difícil sin una legislación específica, se tornaría misión imposible, o casi, si se trata de abordar el problema desde el ámbito penal, dada la vigencia del principio de intervención mínima. La experiencia jurídica parece obstinarse, una vez más, en acreditar lo contrario.

En esta dirección más jurídico-positiva que teórico-conceptual, lo primero que hay que dejar bien acreditado es que el acoso moral en el trabajo pertenece al mundo de la violencia y de los malos tratos, más aún, al de las formas de violencia más graves dentro de los modos de ejercicio de carácter psíquico y/moral, sin perjuicio de contemplar eventualmente facetas físicas –como, por ejemplo, en el ámbito de la violencia familiar o en el de la violencia escolar entre menores–. Esta conexión

nos llevará, cuando el acoso está motivado por los estereotipos sociales que pesan sobre la condición de la mujer, como es el caso que aquí nos ocupa, a evitar que se oculte, o se infravalore, que también hay violencia de género en el mundo de las empresas, más allá de la relacionada directamente con el sexo, como el acoso sexual.

Después será necesario identificar los bienes jurídicos primariamente protegidos cuando se constatan conductas de acoso moral. A este respecto no puede olvidarse que la pertinencia de la tutela penal en este ámbito debe estar fuera de discusión, siempre que no se presente ni como la primera ni como la única ratio de tutela, al tratarse de derechos de la personalidad, como la integridad moral, o derechos elementales de la persona como la prohibición de no discriminación. A partir de este momento se estará en condiciones de afrontar el análisis de las experiencias reales en esta materia en nuestra práctica forense, para entender y valorar correctamente esta nueva orientación de política judicial del Derecho Penal, que considera pertinente la intervención del orden punitivo por antonomasia para recuperar la paz laboral, amenazada por graves, pero por lo general ocultadas o difuminadas, situaciones de violencia psíquica y moral en el seno de las organizaciones de trabajo.

## II. EL CONCEPTO DE «ACOSO MORAL DISCRIMINATORIO»: EL ACOSO SEXISTA COMO FORMA DE VIOLENCIA DE PERSECUCIÓN POR MOTIVOS DE GÉNERO

### 1. El plano de la observación sociológica: el «acoso» como conducta grave de «violencia de persecución» psico-moral.

En la dilatada historia del Hombre encontramos sobradas pruebas de que las *conductas violentas* no se circunscriben, como pudiera parecer a nuestro pensamiento en una primera aproximación como pueden ser el ejercicio de una «fuerza física» contra una o varias personas o, más claramente, las grandes expresiones colectivas –guerras, terrorismo, genocidios, operaciones de «limpieza étnica»...-. Éstas son las manifestaciones más visibles y las que generan un rechazo más inmediato. Sin embargo, junto a ellas existen otras formas de violencia, no menos dañosas y rechazables, más difíciles de detectar y que aparecen ocultadas o diluidas socialmente.

Sin duda, así ha sucedido hasta hace muy poco tiempo con la «violencia doméstica» en general, y la violencia de género en particular. Hasta hace muy poco tiempo se consideraba como algo inevitable, en gran medida ajena a la intervención jurídica, mucho más a la intervención penal, por atribuirle un carácter estrictamente privado que debía ser solventado en el seno de las relaciones «entre particulares». Así estaría ocurriendo, por citar otro ejemplo, con el denominado «acoso escolar» –*bullying*–, que en los últimos días ocupa un creciente espacio en los medios de comunicación, en el quehacer institucional y en la dedicación de los profesionales del ya maltrecho sector docente. Por supuesto, lo mismo ha venido pasando en el mundo del trabajo respecto del denominado «acoso moral» –*mobbing*–, cuya referencia ya se vuelve casi antipática, tanto como la denominación no obstante su fortuna, por lo recurrente que comienza a ser en los análisis de los especialistas, en las

páginas de los periódicos, en los espacios de televisión e incluso en la tarea de los parlamentarios, si bien casi siempre como «Proposiciones No de Ley». Naturalmente, que se hable y se escriba mucho de este fenómeno no quiere decir que se conozca, más bien tengo la impresión de que ocurre todo lo contrario, a más se «populariza» más se «trivializa» y menos se comprende, dentro y fuera del plano jurídico.

Sea como fuere, lo que nadie puede poner en duda hoy es que la reconstrucción de la lucha social contra las más diversas formas de violencia, fenómeno esencialmente humano no biológico –como sí es la agresividad, inherente a todo ser vivo–, aparece como una propuesta recurrente en los debates y en las reflexiones desde diversas perspectivas, pero también en el plano de las políticas públicas –violencia doméstica, violencia de género, violencia en el deporte, violencia en la escuela, violencia en el uso de los servicios públicos, violencia contra los animales...–. Puede decirse, pues, que es una constatación la llamada al tratamiento más en profundidad, en el plano de los análisis científicos –teoría–, los debates políticos –discursos– y la actuación institucional y social –prácticas–, de todos los fenómenos de violencia, incluidos en particular los que obedecen a modos de expresión de carácter psíquico y/o moral, no sólo ni principalmente físico –«vis»–.

En este estado de cosas, y a falta de una –quizás imposible– definición consensuada del concepto de «violencia» en el plano extra-jurídico, que pueda orientar la tarea tanto del legislador como, sobre todo, por lo que aquí interesa, del intérprete de las normas, este término parece evocar con facilidad y en todo caso el ejercicio desproporcionado de una fuerza o poder de una persona sobre otra. Pero no se trata ya sólo de una fuerza física sino también del *ejercicio de un «poder compulsivo»*, esto es, una fuerza psíquica, social, económica... contra otra persona y *susceptible de generarle –riesgo o amenaza de– un daño grave a su salud, integridad y dignidad.*

Estas formas de violencia resultan a menudo, pues, como un modo de influir sobre la voluntad y conducta de otra u otras personas, creando las condiciones para que éstas se vean obligadas, so pena de sufrir un «mal» mayor, a llevar a cabo decisiones o actitudes que, en principio, no desean. Este recurso a la fuerza –violencia– emerge con frecuencia como el método seguido para «resolver» determinados conflictos, disputas o divergencias, buscando dominar –«domeñar»– o doblegar la voluntad de otra persona, mediante el ejercicio desproporcionado, esto es, abusivo y/o arbitrario, de un poder de control y de influencia del comportamiento de ésta. En ocasiones, con el ejercicio de este poder de dominio, sea físico, sea psíquico, sea socio-económico, se buscan resultados concretos, pero en otras sólo se pretende evidenciar o manifestar que se tiene, posee y ejerce ese poder, dejando clara la «superioridad» frente a la víctima, que queda anulada en su calidad de «interlocutor»<sup>1</sup>.

Con esta aproximación surge con espontaneidad la relación el referido «acoso moral» en general –acoso laboral, acoso escolar, acoso inmobiliario, acoso familiar, acoso discriminatorio...–, y el acoso moral en el trabajo en particular, con la violencia psíquica y moral en contextos sociales diferentes, incluido el de las organizaciones de trabajo. Como verificamos a diario, ninguna organización es ajena ni permanece inmune a las más diversas formas de violencia, y en especial a situaciones y

<sup>1</sup> Vid. F.M. MONTALBÁN y F.J. ALCALDE: «Violencia en el Trabajo como riesgo psicosocial». AA.VV. (dir. M. Pilar BERRIOS y E. LÓPEZ-ZAFRA). *Violencia en el Trabajo*. Colección Universitas. Jaén 2005, pág. 14.

procesos muy destructivos de acoso. Pero los datos y conclusiones más acreditados, por Organizaciones Internacionales de toda solvencia –UE, OIT, OMS–, dejan bien a las claras que los brotes de violencia en los lugares de trabajo constituyen el primer problema de salud laboral en todo el mundo, también en el de los países, como el nuestro, económica y socialmente «más desarrollados». No sólo es un riesgo laboral global sino que aparece como grave, tanto para las personas que lo sufren como, incluso, para las organizaciones que lo toleran, por cuanto también tiene costes en términos de productividad.

Esta *violencia en las relaciones laborales* se expresa de los más diversos modos y afecta, o puede afectar, a todas las organizaciones de trabajo y a todos los colectivos de trabajadores –jóvenes, mayores, mujeres, hombres...–. Ahora bien, aunque en todos los casos tiene consecuencias muy negativas, como acabamos de recordar, para trabajadores y empresas, y siempre constituye una vulneración, o un riesgo cierto de lesión, de derechos fundamentales de las personas, presenta matices, aristas y efectos que exigen atención particularizada o diferenciada en determinados casos. Así sucedería, sin duda, con los denominados «acosos discriminatorios» en general, y en especial con los «acosos discriminatorios sexistas» y/o «de género».

Entramos de lleno, pues, en las conexiones, de momento en el plano sociológico o pre y meta-jurídico, entre el «acoso moral», la «violencia de género» y la «discriminación social», que habrían permanecido ocultas durante mucho tiempo, tanto en la conciencia social como en el ordenamiento jurídico, incluso agravadas o perpetuadas por éste. Así, por lo que hace al primero, es conocida la definición del mismo, conforme al mayor estudioso en la psicología, que entiende el acoso moral en el trabajo –*mobbing*– como un proceso en el que una persona es sometida por otra a una «*violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente*», con la finalidad de «destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo» (definición de LEYMANN recogida en la NTP 476/1998, INSHT). Por su parte, una no menos reputada investigadora en esta materia, también en la psicología clínica, vincula estas conductas negativas con «conductas abusivas», cualquiera que sea el modo en que se actúe, que son susceptibles de «atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad» de una persona. Naturalmente, poniendo en peligro tanto su estabilidad personal como ocupacional, degradando las condiciones de vida de su ambiente de trabajo (M.F. HIRIGOYEN).

Desde luego que el acoso moral puede afectar a cualquier empresa y a cualquier trabajador, y no existe una evidencia suficientemente firme respecto de la mayor incidencia del acoso en las mujeres que en los hombres, no obstante comprobarse un riesgo de sufrirlo algo mayor en aquéllas respecto de éstos. La perspectiva de género no puede ser la más relevante a introducir en el análisis del acoso moral en general, y del acoso moral en el trabajo en particular, por cuanto desborda ese enfoque para llamar primariamente la protección de otros valores, que no tienen referente de sexo ni de género, la dignidad de las personas y su integridad, igual para todos/as. Ahora bien, que no sea la perspectiva primera no quiere decir que no tenga relevancia, lo que sería una conclusión errónea.

En efecto, no cabe duda de que un significativo número de situaciones de acoso moral sufridas por las mujeres se relacionan con motivos que tienen como causa, bien el sexo (su condición de «ser

vivo» con una diferente cualidad sexual respecto del hombre y atractiva para éste), bien el género (su condición de mujer, esto es, la construcción social realizada sobre aquella diferencia biológico-sexual). Y es en estos casos, difundidos en nuestra actual realidad social y cultural, donde la relación entre el acoso, como expresión de un proceso de violencia psíquica y/o moral, y la violencia de género, encontrarían sus zonas de intersección. Conforme a la evolución científica y social, la violencia de género aparece como *forma brutal de discriminación social*.

Consecuentemente, si el acoso moral constituye un proceso grave de violencia psíquica, y la «violencia de género» representa ese modo extremo o radical de discriminación social, efecto de una persistente desigualdad de poderes entre un género –el hombre– y otro –la mujer–, no parece dudoso concluir que «el acoso moral por razón de género» es una forma intolerable social, económica y jurídicamente de violencia de género, también en los lugares de trabajo. La violencia de género, pues, salta las puertas de la relación de pareja, que es en el que actualmente ha emergido con fuerza social y, por tanto, después, jurídica, para aparecer también en el seno de las organizaciones de trabajo, ámbitos en los que también se formaliza un desigual poder, no ya sólo entre trabajadores y empleadores, sino entre mujeres y hombres. A las preocupaciones por sacar a la luz y combatir el «acoso sexual», como inequívoca forma de violencia de género, se añadirían ahora las de dar transparencia y erradicar el «*acoso relacionado con el sexo*», bien por tener en este aspecto la causa –acoso sexista– o por dar ocasión a ello –acoso de género–.

## **2. El plano de la observación jurídica: la utilidad de las conexiones entre los conceptos de «acoso discriminatorio sexista» y la «violencia de género» y/o «violencia contra la mujer».**

Llegados a este punto el lector, operador jurídico por lo general más preocupado por afrontar de la forma más viable y práctica posible la gestión de las diferentes situaciones que se presentan en el mundo de las relaciones laborales, se preguntará, y no le faltará razón, por la utilidad de este empeño en vincular el planteamiento del «*acoso moral relacionado con el sexo*», conforme al nuevo concepto que ha hecho ya acto de presencia en el instrumental del jurista y del gestor, con la «*violencia de género*». No se trata ya sólo de recordar que la propia Ley Orgánica 1/2004 ha dejado de lado esta cuestión, remitiendo el problema a una ley especial que, de momento, no ha aparecido, aunque lo hará en poco tiempo –al menos así se espera–, sino de evidenciar que el *concepto de violencia*, en general, y el de *violencia psíquica*, en particular, es refractario e indomable para el Derecho y sus Ciencias –en realidad también para cualquier Ciencia Social–, como evidencian las propias cautelas de los penalistas a la hora de analizar los tipos que recurren a este concepto para delimitar el supuesto de hecho –por ejemplo, el actual art. 173.2 del Código Penal–. En consecuencia, más que arrojar luz sobre un aspecto ya ampliamente confuso, como es la delimitación del concepto de acoso moral en el trabajo e identificación de su tratamiento jurídico más adecuado, vendría a emborronarlo o a anegarlo aún más de lo que ya está en la doctrina judicial y científica existente, tan copiosa como inconclusa.

Sin embargo, yo encuentro importantes razones prácticas, por tanto más operativas que teóricas, para promover esta ligazón de conceptos, en la medida en que creo clarificaré y reforzaré las vías de tutela contra el acoso moral en estos casos, incluso contra el acoso moral laboral en general,

también en el ámbito penal que aquí nos ocupa. Primero, porque el planteamiento de la violencia de género, formalmente en la pareja a raíz de la Ley Orgánica 1/2004, como forma radical de discriminación social, atraerá el amplísimo arsenal de instrumentos dispuestos para la lucha contra la discriminación en el vigente ordenamiento, tanto comunitario como interno. En segundo lugar, porque está plenamente constatado, como evidencia la nueva actitud de la Fiscalía –*Instrucción FGE número 10/2005*– y la Judicatura respecto del acoso moral escolar –SAP Guipúzcoa, 15 de julio de 2005, relativa al tristemente célebre «*caso Jokin*»–, que la nueva concienciación social sobre el fenómeno de la violencia de género y la contundente respuesta penal dada al mismo están sirviendo de abandonados para promover una diversa opción de política judicial del Derecho Penal en orden a tratar cualquier fenómeno de acoso moral en organizaciones sociales. Finalmente, porque deja bien evidenciado el carácter «pluriofensivo» que presenta el acoso moral laboral en general, y el acoso discriminatorio en particular, pues junto a la integridad moral y a la salud psíquica, también se ven afectados, en este segundo caso, los principios de igualdad de trato y no discriminación.

Precisamente, aquí reside la desventaja más relevante de la remisión hecha por la Ley Orgánica 1/2004 a una ley especial para tratar la violencia de género en las organizaciones de trabajo. En efecto, a mi juicio, esta opción de técnica legislativa –que no propiamente de política jurídica– ha generado la idea, sin duda errónea, de que la «violencia de sexo» –elemento biológico– y «género» –dimensión social– en el ámbito laboral ha de enfocarse primaria, cuando no exclusivamente, desde la perspectiva jurídico-laboral, sea en el aspecto preventivo, sea en el reparador sea en el sancionador, careciendo de una relevante dimensión penal. Ciertamente podría pensarse que esta cautela carece de razón de ser al comprobar que el «acoso sexual» ya aparece regulado como un tipo específico de delito en el Código Penal (art. 184), cuya redacción fue afectada por la Ley Orgánica 15/2003, del mismo modo que la «discriminación en el empleo» está penada en el artículo 314 del Código Penal. Sin embargo, este argumento en modo alguno contradice mi observación, no ya sólo porque su aplicación práctica evidencia un uso más bien escaso y sus consecuencias resultan escasamente disuasorias, sino porque no comprende de modo específico el desvalor social que hoy tiene la violencia de sexo y género contra las mujeres en sus diferentes facetas.

En esta dirección de no sólo reforzar la transparencia social sobre este grave fenómeno que es la violencia de género, o la violencia contra las mujeres como prefiere la legislación internacional, sino de provocar una intervención correctora y disuasoria más eficaz, sabido es que la principal novedad de la Ley Orgánica 1/2004 ha sido la introducir una estricta *perspectiva de género en el Derecho Penal*. Éste es su principal mérito, pues, aunque también su elemento más discutido y discutible. Por supuesto que con el enraizamiento del problema, y sus soluciones, en esta perspectiva no sólo se ha conseguido extender este concepto en nuestro Derecho, hasta hace bien poco tiempo casi desconocido –dominaba la palabra «sexo» y no «género» (traducción bárbara del término inglés «gender»)–, sino que se ha posibilitado, y esto es lo verdaderamente importante, dar luz a fenómenos de violencia contra las mujeres frente a los que la sociedad había permanecido inermes.

En efecto, la introducción de esta perspectiva reclama la atención sobre la necesidad de desplazar el centro de interés desde el análisis de la protección puramente por razones biológicas, a las construcciones sociales negativas realizadas sobre este aspecto. Con ello se ha evitado, o al menos se ha corregido, arraigadas prácticas en el proceder de los juristas, especialmente de los jueces, que

minimizaban las agresiones contra las mujeres por considerarlas simples disputas, o bien situaciones socialmente toleradas. La violencia contra las mujeres ni puede ser un hecho neutral para la elaboración y aplicación de las normas, ni puede silenciarse o relativizarse en cualquier espacio y bajo cualquier forma que se produzca.

Por eso, del mismo modo que la introducción legal del término «violencia de género», en vez de como «violencia de sexo» –*gender violence*–, ha supuesto el acabar con cualquier ocultación de la misma en el ordenamiento y la prevención frente a cualquier confusión con los delitos contra la libertad sexual, la diferenciación entre acoso sexual y «acoso relacionado con el sexo» supone un paralelo intento, no completamente logrado, de evitar que una «cuestión de desigualdad de poder» pase simplemente por «cuestiones de sexualidad»<sup>2</sup>. La conjugación estrecha entre ambos conceptos, el acoso como violencia psíquica continuada o reiterada y el *género* como factor determinante de conductas perjudiciales para la mujer no por sus características físicas sino por los estereotipos sociales construidos en torno a su papel en la sociedad, da sentido a la diferencia jurídico-legislativa, primero comunitaria y en breve interna, entre «acoso» y «acoso sexual». El primero abarca al segundo, pero lo desborda, para incluir cualquier acoso relacionado, causal u ocasionalmente, con el sexo, por tanto también el *acoso moral por razón de género* o «*acoso sexista*».

Por lo tanto, en esta modalidad más amplia encontrarían acomodo situaciones típicas, social y normativamente, como el acoso por razón de maternidad, o por el ejercicio en general de responsabilidades familiares. No así, al menos en sentido propio, el acoso derivado de decisiones sobre la propia orientación sexual –homosexualidad, bisexualidad, transexualidad–, que caería hoy en el ámbito del acoso discriminatorio por esta conducta, regulado en la Directiva 2000/78/CE y ya Derecho Interno. Recuérdese que la jurisprudencia comunitaria incluyó en el principio de igualdad entre sexos la transexualidad –STJCE de 30 de mayo de 1996–, pero no la homosexualidad –STJCE de 17 de febrero de 1998–, lo que hoy carecería de relevancia práctica al tener protección análoga. En todo caso, queda claro que en el concepto comunitario de acoso relacionado con el sexo tienen cabida todos los supuestos de acoso moral por razón de sexo en sentido estricto –el proceso de persecución y violencia se liga a cuestiones relativas a la sexualidad y sus implicaciones– y los de acoso moral por razón de género –se vincula a las construcciones sociales articuladas sobre la diferencia de sexos, si se acepta este término, no obstante su impropiedad lingüística.

En definitiva, en la norma comunitaria, por «acoso» se entiende toda 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*» –art. 2.2–. Al margen de algunos aspectos discutibles, el más relevante el relativo al elemento subjetivo –claramente impropio en esta modalidad y erróneo influjo de la definición de la modalidad de «acoso sexual»–, que parece exigir la negativa expresa de la persona acosada para entrar en el campo de la prohibición, entiendo positivo este concepto, porque resalta tanto la gravedad del resultado –atentado, real o potencial, de los derechos de la personalidad–, cuanto la dimensión colectiva del comportamiento –creación de un clima o ambiente hostil, intimidatorio y ofensivo–.

<sup>2</sup> Vid. B. PERNAS et alrri: «La dignidad quebrada». *Las raíces del acoso sexual en el trabajo*. Libros Catarata. Madrid. 2000.

Todo acoso laboral por motivos relacionados con el sexo y/o el género integra un doble proceso de violencia: un atentado contra la dignidad e integridad de la trabajadora, con eventual impacto en su salud física y psíquica, y una discriminación sexista. El acoso moral es el tipo global, y el acoso discriminatorio una especie, como lo son el acoso psíquico –cuando se afecta la integridad psíquica–, o el acoso sexual –cuando se liga directamente a favores o pretensiones de contenido sexual–. Más sintéticamente: *el acoso relacionado con el sexo* es una modalidad de acoso moral que, en cuanto obedece a motivos vinculados con el sexo, *expresa un proceso de violencia discriminatoria sexista*<sup>3</sup>.

En suma, las conductas de acoso en el trabajo constituyen una cuestión de ejercicio del poder, jerárquico, fáctico o social, en el seno de la organización bajo modalidades que implican violencia psíquica y/o moral contra las personas, prohibida por el artículo 15 de la CE. Cuando estos comportamientos de acoso se relacionan con el sexo estamos ante flagrantes manifestaciones de la perpetuación de discriminaciones sociales intolerables, cuya prohibición recae en el artículo 14 de la CE y en el ordenamiento comunitario existente al respecto. El acoso moral por razón de género encarna otra dimensión de los malos tratos a la mujer, ahora en la empresa, no ya en la pareja, como consecuencia de la pervivencia de estereotipos sociales que «reservan» a la mujer determinados espacios, los del hogar familiar y el cuidado de menores y ascendientes, y a los hombres otros, los del trabajo competitivo.

Por lo tanto, esta modalidad de acoso moral no puede dejar de ser una grave manifestación de *violencia psíquica de género*, o *violencia psíquica contra la mujer* –si se quiere evitar las continuas polémicas lingüísticas al respecto–, en el seno de las organizaciones de trabajo. Y, sin lugar a dudas, cualquier modo de expresión grave de violencia de género, también la de naturaleza psíquica, ha de encontrar un lugar propio, junto a la acción primaria del Derecho Social del Trabajo, en la acción más que subsidiaria complementaria –pero sólo cuando se trate de situaciones con un plus de ofensividad personal y social, por imperativo del principio de intervención mínima– del Derecho Penal. Así comienza ya a suceder en la práctica forense, aunque no sin excesiva lentitud y significativas resistencias. Veámoslo.

### III. LA TUTELA PENAL CONTRA EL ACOSO MORAL LABORAL EN EL ACTUAL CONTEXTO DE «HUIDA HACIA EL DERECHO PENAL»

#### 1. Una primera paradoja: la resistencia a la intervención penal contra el acoso laboral convive con un proceso expansivo de ésta.

Desde esta perspectiva, los requerimientos a la intervención de la tutela penal para tratar de dar respuesta eficaz a las situaciones más graves de acoso moral en el trabajo, cualquiera que sea su modalidad, aparecen más «naturales» o menos «forzados», dada la tradición de lucha del Derecho

<sup>3</sup> Lo acepta así J.F. LOUSADA: «El acoso moral por razón de género». *AS*, 2003, pág. 1.246.

Penal contra la violencia. Cierto que en un principio esta defensa se vinculó a las formas físicas. Pero no es menos verdad que posteriormente, y en especial en España a partir de las reformas de 1999 del Código Penal, se ha conectado mucho más intensa y expresamente a la *violencia psíquica*. Una regulación penal que alcanzaría su máxima intensidad cuando aparece la nota de reiteración, esto es, la conocida y polémica «habitualidad» de su ejercicio –*maltrato*–.

La experiencia hoy sigue siendo, no obstante, bastante deficiente. En la práctica, el llamamiento reiterado de las asociaciones de víctimas de acoso a la introducción del delito de acoso moral en el trabajo apenas ha tenido eco ni en los legisladores ni en los intérpretes, sin perjuicio de algún intento fallido de regulación legislativa. La acción penal sigue todavía hoy, de forma general, relegada a un muy segundo plano, sobre la base de la permanente vigencia del conocido principio de intervención mínima.

Una exigencia que, a pesar del carácter internacional o global de este principio en todos los Derechos Penales del mundo democrático y en los textos internacionales, no ha sido óbice para que otros países comunitarios sí hayan incluido el acoso moral laboral dentro de la tutela penal. Así, los países que cuentan con legislaciones específicas en la materia, aun primando claramente la perspectiva de política de salud laboral, no han tenido inconveniente en tipificar este comportamiento en el Código Penal –Bélgica, Suecia, Francia...–. Pese a este reconocimiento formal, bien es cierto que ni puede calificarse como un delito sancionado con penas graves, más bien podría decirse que lo contrario –en ningún país la pena privativa de libertad es mayor de 1 año, siendo además esta pena considerada como subsidiaria en beneficio de la multa–, ni ha tenido una aplicación práctica mínimamente relevante.

Las razones que expliquen las carencias de la práctica penal en España al respecto pueden ser múltiples. No es éste el lugar para abordar tan interesante cuestión. Lo verdaderamente determinante aquí es constatar que esta aplicación estricta, incluso rígida, del Derecho Penal clásico no tiene un fundamento sólido en nuestro Derecho Positivo. Cierto, la dificultad de analizar qué conductas son constitutivas de acoso moral, ya que no hay que atender a una actuación en sí misma, sino al proceso global, a la reiteración, a la frecuencia, a la intencionalidad del autor y a los efectos en la víctima, de carácter psíquico más que físico, implican todos ellos elementos para un proceso de enjuiciamiento dinámico al que la rígida práctica jurídico-penal no parece estar habituada. Un ejemplo ilustrativo es la corriente judicial que rechaza el enjuiciamiento, determinando el archivo inmediato por suponer una revisión prácticamente global del código penal, ante las dificultades evidenciadas por la parte acusadora para identificar un concreto tipo penal. Asimismo, la vigencia en este proceso de un estricto derecho de presunción de inocencia hace más difícil una cuestión, la prueba, ya de por sí especialmente complicada en este ámbito.

Ahora bien, no menos cierto es que esta actitud abstencionista y rígida contrasta claramente con dos tendencias actuales del Derecho Penal, sea en general, sea del *Derecho Penal del Trabajo*. Respecto a la primera, es conocido que esta rama vive un proceso inverso al que constatan, para lamentación, los juristas que cultivan otras ramas con las que cada vez concurre más. Me limitaré a enunciar este sonoro contraste.

En efecto, mientras que es extendido el discurso de la «huida» de ciertas ramas, como la «huida del Derecho Administrativo», la «huida del Derecho del Trabajo», en aras de un mayor respecto de los principios de libertad y autonomía, en el Derecho Penal, paradójicamente, constituye un auténtico tópic, comentado por todos los penalistas, unos para criticarlo, otros para legitimarlo, el referir al proceso de **«huida hacia el Derecho Penal»**. Esto es, pese a la vigencia formal del principio de intervención mínima, la legislación penal evidenciaría un extraordinario proceso expansionista –delitos económicos, delitos contra el patrimonio histórico, delitos ecológicos, delitos contra los animales, delitos contra la seguridad del tráfico vial, ahora incluso con supuestos de mero peligro abstracto...-. Por lo tanto, y sin entrar ahora aquí en analizar si esto es positivo o más bien negativo, no deja de ser chocante que encuentre tan poco eco la llamada a la protección penal frente a conductas tan denigrantes y degenerativas de la condición humana como son los procesos de violencia psíquica y moral que representan las conductas de acoso en la empresa.

Asimismo, tampoco puede decirse que el Derecho Penal del Trabajo esté completamente al margen de este frenesí expansionista de la intervención penal, tanto en el plano legislativo como en el plano de su aplicación práctica, lo que hace que aún contraste más la política judicial abstencionista en la lucha penal contra el acoso moral laboral. En este sentido, el creciente eco que en la legislación y en la jurisprudencia penal comienzan a tener, bien es verdad que tras un largo período de marginalidad e incluso casi «indiferencia», cuestiones tales como el tráfico de trabajadores inmigrantes sin la debida autorización para trabajar, una vez que se han descubierto realidades más propias de un sistema de organización esclavista del trabajo; o las situaciones de discriminación en las relaciones de empleo y de trabajo, instrumentando la norma penal al servicio del objetivo constitucional de igualdad de trato; o incluso, más recientemente y todavía de forma algo equívoca, la nueva política criminal favorable a perseguir y sancionar penalmente los delitos contra la seguridad y salud laborales.

Precisamente, este encastillamiento tradicional de la política criminal en relación al acoso moral en el trabajo sorprende, más en el plano de la teoría jurídica que en el de la práctica todo sea dicho, porque desde hace tiempo existía un «cuerpo de doctrina fiscal» que podía instrumentarse al servicio de una política de intervención más activa y eficaz. En esta dirección, también en el ámbito Fiscal dos ámbitos de tutela se abrían para un uso más eficaz de los instrumentos ya disponibles en la lucha contra la violencia psíquica en los lugares de trabajo. La primera se vincula a la defensa de los derechos de la personalidad del trabajador, como es la integridad moral. La segunda se liga a la referida lucha contra la siniestralidad laboral y, por tanto, a favor del derecho a la protección de la salud del trabajador, por tanto también la psíquica.

Así, en el primer plano, de un lado, sabido es que la violencia psíquica encuentra plena cabida en el tipo recogido en el artículo 173 del Código Penal –Circular 1/1998, de la Fiscalía General del Estado–, aunque bien es verdad que no se formulaba con un firme compromiso sino que se remitía a la decisión de cada Fiscal. Por otro, no sólo se contempla –aunque no se promueve en sentido estricto– la persecución de las conductas que, aisladamente y por su naturaleza, tengan «la entidad suficiente para producir un menoscabo grave de la integridad moral de la víctima», sino también las

*«que, si bien aisladamente consideradas no rebasarían el umbral exigido..., sin embargo en tanto reiteradas o sistemáticas, realizadas habitualmente y consideradas en su conjunto, terminan produciendo dicho menoscabo grave...»*

Por lo que hace al segundo ámbito de protección, el de la salud laboral, conocida es la Instrucción 1/2001, de 29 de mayo, de la Fiscalía sobre siniestralidad laboral, en el que con rotundidad se recuerda que:

*«Si la misión del Ministerio Fiscal consiste en promover la acción de la justicia y uno de sus ámbitos de actuación radica en procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social, sin duda la siniestralidad laboral es un fenómeno que atañe muy de cerca al Ministerio Público...»*

Las razones que esta «Circular» destaca para afrontar este nuevo reto para la política criminal española son especialmente atendibles en relación al acoso moral. En efecto, para la Fiscalía es necesario dar al fenómeno de la siniestralidad una respuesta jurídica global que no se restrinja a la jurisdicción laboral. Para ello se esgrime dos grupos de razones básicamente. Por un lado, la inadecuación del orden laboral para proporcionar la sanción adecuada a una conducta que extralimitaría la órbita de lo propiamente laboral, al afectar a lo más esencial del orden de convivencia social entre las personas. Por otro, la imposibilidad de atribuir a las indemnizaciones aplicadas en este ámbito el carácter reparador y disuasorio que sería exigible para que la respuesta fuera proporcionada a la entidad o gravedad de la conducta y la trascendencia de los bienes jurídicos lesionados, o en peligro. Por ello, aun desde el respeto al principio de intervención mínima, la Fiscalía pone de manifiesto que

*«... la escasa frecuencia con que los delitos contra los trabajadores son aplicados y el hecho de que las faltas... resulten perseguibles... a instancia del perjudicado hacen que la intervención penal aparezca como infrutilizada provocando problemas de impunidad que se hace necesario evitar.»*

Ninguna duda hay de que el acoso moral en el trabajo, y la violencia psíquica en general, forma parte de las preocupaciones prioritarias de las políticas contemporáneas de salud laboral. En este sentido, sin fisuras los daños ocasionados por estas conductas han sido calificados en todos los países de la UE como accidentes y/o enfermedades de origen laboral. En consecuencia, la persecución de los delitos contra la seguridad y salud de los trabajadores no puede dejar de lado la persecución de la violencia psíquico-moral en los lugares de trabajo, tanto cuando ponga en peligro grave la integridad personal –delito de riesgo o de peligro concreto– como, sobre todo, cuando la lesione –delito contra la integridad moral, delito de lesiones psíquicas–.

Buena prueba de lo que aquí se está comentando está en que este proceso expansionista se está produciendo igualmente en relación a la aplicación del delito contra la integridad moral, recogido en el referido artículo 173 del Código Penal, a una creciente gama de conductas que cabe reconducir genéricamente a procesos de «acoso moral». En consecuencia, el choque de opciones de política fiscal y judicial del Derecho Penal en relación al acoso moral en el trabajo es más sonoro y, por tanto, injustificable por arbitrario o irrazonable. En el próximo apartado ilustraré muy brevemente la mayor fortuna que está atesorando el acoso moral en el proceso penal en ámbitos distintos a los laborales.

## 2. Una segunda paradoja: el favor por la intervención penal para la sanción del acoso moral en relaciones sociales no laborales.

En efecto, ligado con la última observación efectuada en el apartado anterior, sólo puede causar perplejidad el comprobar que, fuera de la empresa, la intervención penal sí haya conseguido tempranas adhesiones para luchar eficazmente contra formas emergentes de acoso moral. Así ha sucedido respecto del denominado «*acoso escolar*». Pero también en otros ámbitos, como el llamado «*acoso inmobiliario*». E incluso, con creciente frecuencia, respecto del «*acoso por orientación sexual*» –básicamente el acoso por homosexualidad–, también expresivo de una práctica discriminatoria que ahora presenta autonomía propia pero que es difícil deslindar por completo de los motivos «relacionados con el sexo».

Brevemente, respecto del acoso escolar –que aquí recibe el nombre que en el Reino Unido recibe el acoso laboral, *bullying*–, es reseñable la reciente convicción alcanzada por la Fiscalía General del Estado conforme a la cual:

*«La radical sensibilización que se ha producido en relación con la violencia doméstica, que ha llevado a tratamientos de tolerancia cero, debe ahora ser trasladada al acoso escolar, si bien las respuestas en todo caso han de ser tamizadas por los principios que informan el sistema de justicia juvenil.»*

Para la Fiscalía, pues, la lucha contra el acoso escolar se presenta como un imperativo insoslayable derivado del reconocimiento de los derechos de la persona. La razón es que éstos son una de las claves de bóveda más determinantes de un Estado Constitucional de Derecho, en cuanto que reflejan lo más inviolable o inatacable de la dignidad de la persona, esto es, un *minimum* invulnerable (STC 120/1990).

En definitiva, el fomento de la intervención de los Señores Fiscales en estas situaciones, que se destapan con creciente emergencia en nuestros centros educativos, se hace compatible, pues, con la subsidiariedad de la norma penal. Buena prueba de esta compatibilidad es la aparición de diversas sentencias que aplican a estos comportamientos de violencia psíquica, y también física, entre menores el delito contra la integridad moral del artículo 173 del Código Penal. Es el caso, entre otras, de las sentencias recaídas en el tristemente célebre «caso Jokin» (Jorge), cuya gravedad fue tan extrema que condujo a la muerte de este menor por suicidio, fruto de la «sinergia» del doble clima de violencia que vivió: violencia física y violencia psíquica ejercida por los menores, menoscabando gravemente su salud mental.

Así lo constató primero el Juzgado de Menores de San Sebastián, que condenó por un delito contra la integridad moral y una falta de lesiones. Pero con mayor contundencia lo hizo después la *Audiencia Provincial de Guipúzcoa*, 15 de julio de 2005. Esta sentencia agravó notablemente la condena, pues entendió que se trataba de un delito contra la integridad moral y también un delito –no falta– contra la salud psíquica de la víctima, y consideró que no bastaba con la pena de libertad vigilada sino con la de dos años de internamiento en centro educativo.

Por su contundencia, por su claridad y por su proyección mucho más allá del ámbito de la justicia de menores en que se enmarca, pues en realidad es un rotundo mensaje de respeto a la recuperación de valores de convivencia cívica en todas las relaciones sociales, incluidas en particular las empresas, no me resisto a recoger las siguientes consideraciones de la SAP de Guipúzcoa. A saber:

- La valoración jurídica de las situaciones de violencia psíquica debe garantizar que el Juez mande un *explícito mensaje de «responsabilización»* de los menores –pero sirve igual para los adultos cuando son éstos los que ejercen esa violencia en otras estructuras sociales organizadas (empresa, familia, casa de vecinos)– por todo comportamiento que afecte gravemente a la dignidad y a la salud de las personas.

En definitiva, la sanción jurídica debe ser ajustada a la importancia que tienen estos bienes jurídicos en las sociedades democráticas, de modo que el juicio de desaprobación jurídica exprese claramente la intolerancia social a las mismas. Aparece aquí la función preventiva del Derecho Penal por el efecto desincentivador o disuasorio, no sólo retributivo, que debe tener la aplicación de una pena:

- Reconocer la significación del sufrimiento infligido a la víctima y a su entorno familiar –lo que es análogo, no obstante la mayor vulnerabilidad del menor, cuando se trate de víctimas adultas y en otros entornos–.
- Crear un marco de contención educativo que, a través de aquella responsabilización por la conducta desarrollada, evite o disuada a cualquier menor a que vuelva a humillar, vejar y dañar.

Pues, *Amén («así se diga, así se escriba y así se haga»*, rezaba el lema de las «Leyes de los Faraones». Afortunadamente ya no hay Faraones –ni Soberanos Absolutos– en las Democracias, pero bien se podría adoptar como lema del «Imperio de la Ley Constitucional»).

Un análogo mensaje de ratificación del compromiso de máximo respeto a la dignidad de las personas, frente a cualquier conducta que implique hostigamiento y violencia psíquica, que aparece en las decisiones judiciales que han condenado el denominado «*acoso inmobiliario*». Aquellos deseos de darle un nombre bárbaro para que verdaderamente tenga consistencia y «dignidad científica» y social se alegrarán de saber que en los Estados Unidos y en el Reino Unido llevan varios años estableciendo políticas de lucha contra lo que denominan «*blockbusting*», también resultante de una extraña fusión entre los términos «*block*» (bloque de pisos) y «*busting*» (deriva fonética del verbo «*to burst*», reventar). A grandes rasgos este término *identifica las prácticas de despiadados especuladores que, con ánimo de obtener una ganancia tan pingüe como deshonrosa, no vacilan en acudir a cualquier actuación para crear un ambiente intimidatorio y hostil a una persona que se resiste a ceder su casa para que, vencido por la continua presión, termine malvendiéndola al especulador-acosador.*

Por tanto, no son sólo los dominios de los centros escolares los que se encuentran erosionados por las conductas de acoso, sino también el campo urbanístico. En España también comienzan a difun-

dirse estas situaciones, sobre todo en relación a inquilinos de «renta antigua». En algunas zonas –Cádiz– se conoce a estas prácticas con una denominación muy expresiva, aunque excesivamente vulgar y reductora –«*asustaviejas*»–, pero expresa su impacto en personas especialmente vulnerables.

Estados Unidos y el Reino Unido ya cuentan con una específica legislación de lucha contra estas conductas, la *Fair Housing Act* (Ley de vivienda justa) y *Race Relations Act* (Ley de relaciones raciales) respectivamente, en el marco de la legislación de tutela frente a la discriminación racial –en especial de los negros del campo que emigraban a las ciudades; o de inmigrantes provenientes del amplio espacio de la *Commonwealth*–. España no tiene una normativa específica de esta guisa. No obstante, ya comienza a haber un movimiento social, político e institucional orientado a promover una mayor intervención de las Administraciones Públicas e, incluso, una legislación en materia, siquiera sobre aspectos organizativos. Así, hasta se ha instado por algún Grupo Parlamentario la presentación de un Proyecto de Ley por parte del Gobierno andaluz para crear, en coherencia con la «fiebre» actual por las Agencias, una «Agencia Andaluza contra el Acoso Inmobiliario». En otras Comunidades Autónomas ya se han puesto en marcha «servicios sociales» para la información, asesoramiento y apoyo a las víctimas de «*mobbing* inmobiliario» o acoso moral inmobiliario.

Pero en tanto pudieran fructificar estos intentos, una vez más en el marco del «Derecho Vivo» y dentro de la intervención penal, los Tribunales han dado respuesta, sobre diferentes tipos delictivos existentes en el Código vigente, a este desafío. En esta línea, al caso resuelto por la *Audiencia Provincial de Barcelona, Auto de 26 de abril de 2004*, que ordenaba admitir a trámite la querrela por un delito de coacciones, mediante la modalidad comitiva por omisión, que el Juez de Instancia rechazó, luego le han sucedido otros, como el conocido por el Auto Juzgado de Instrucción número 6 de Getxo, 3 de mayo de 2005.

Finalmente, por no dilatar más este puñado de ejemplos que ilustran la frecuencia de las conductas de acoso moral, en diversos ámbitos y bajo diferentes modalidades, creo interesante destacar la aparición de diversos pronunciamientos que condenan por delito contra la integridad moral situaciones constitutivas de «*acoso moral por razón de orientación sexual*». En consecuencia, también en este caso de conductas que combinan climas de violencia física y psíquica, encontramos una marcada conexión con actuaciones marcadas por los motivos o razones de carácter discriminatorio. Como ya tuvimos ocasión de recordar, aunque las discriminaciones por razón de la orientación sexual –concretamente por tratarse de personas homosexuales– no son consideradas por el TJCE como integrantes del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, eso no significa que no admitan tutela suficiente a través de los principios de igualdad de trato y prohibición de discriminación. Así lo habría recordado muy recientemente, en el plano de la relación laboral, la *STC de 13 de febrero de 2006*, que hace un exhaustivo recorrido por la legislación internacional y comunitaria.

Sin duda estos comportamientos discriminatorios, cualquiera que sea el ámbito en el que broten, sea laboral o no, responden a prejuicios muy arraigados en nuestra sociedad y representan prácticas sociales generadoras de posiciones muy desventajosas para estos colectivos minoritarios. Naturalmente, no todos ellos tienen la misma entidad o trascendencia en el plano jurídico, aunque siempre representen una discriminación social jurídicamente relevante. Pues bien, cuando constituyen un atentado grave contra la dignidad de las personas han saltado ya al ámbito penal. En este sentido, son diversas las sentencias que condenan por un *delito contra la integridad moral con la*

*conurrencia de agravante de discriminación por razón de orientación sexual.* Entre las más recientes cabe citar la *SAP de Valladolid de 26 de septiembre de 2005*. Aunque en el supuesto sancionado concurren agresiones físicas, insultos y amenazas, lo que permite visualizar o exteriorizar el comportamiento violento, la Audiencia, confirmando la decisión del Juzgado de lo Penal, entiende que no son sino actos reveladores de un auténtico proceso de persecución continuada, física y psíquica, por motivo de la orientación sexual de la víctima, por lo que el delito sería el de lesión de la integridad moral, con la agravante de discriminación.

En definitiva, todos estos ejemplos evidencian la marcada dimensión penal del acoso moral, como manifestación siempre grave del ejercicio de un comportamiento violento, sea cual fuere la relación social en que se constate. Entonces, ¿no ha influido para nada este movimiento punitivo en la lucha contra el acoso moral en los ambientes de trabajo?

### **3. Los avances en el lento caminar de la tutela penal efectiva frente al acoso moral en los lugares de trabajo.**

En el contexto social, legislativo, institucional y judicial aquí brevemente ilustrado parece difícil mantener invariada la rígida postura hasta ahora sostenida por la respuesta penal, en relación al acoso moral en el trabajo, que es precisamente donde la figura del acoso antes ha emergido y donde mayores son los porcentajes de incidencia y frecuencia en la actualidad. Por eso, sin caer en la inútil polémica entre ilusos optimistas y agoreros pesimistas, conviene dejar constancia de ciertos avances producidos en este ámbito, que evidencian un cambio, en todo caso lento y equívoco, de orientación en tiempos recientes. Si hubiera que fechar su origen yo lo situaría o dataría a finales del año 2003, a partir del AAP Barcelona, Sección 8.<sup>a</sup>, 17 de septiembre de 2004, que, aún sobre la base del carácter de intervención mínima del Derecho Penal, obligó a abrir juicio oral contra una denuncia por acoso pese al archivo inicial.

Los pasos principales en este lento pero esperanzador caminar hacia una nueva etapa, más adecuada a la relevancia que en el Derecho Penal vigente tiene la protección de la integridad moral y la salud psíquica de todas las personas, pueden resumirse del siguiente modo. A saber:

- La clarificación del tipo penal en el que es más conveniente incluir las conductas de acoso moral en el trabajo, dado que la diversidad de opciones tipificadoras actualmente existente generaba dudas –coacciones, integridad moral, delitos contra los trabajadores, lesiones...– y, por tanto, actitudes de precaución extrema, absteniéndose de intervenir.

En esta dirección, aunque contamos con algunas decisiones aisladas desde el año 2000 –ejemplo *AAP Ávila, 3 de abril de 2000*–, el ejemplo más contundente es el que nos suministra el *AAP Albacete, 12 de mayo de 2005*, que recoge lo que hoy es el sentir mayoritario de la doctrina judicial penal de apelación. En ella se afirma sin tapujos que el «*mobbing*» probado es un delito contra la integridad moral de los trabajadores, de acuerdo con el artículo 173 del Código Penal.

- El impulso del proceso de investigación judicial en los términos más amplios y completos posibles, venciendo la precedente práctica de cerrar con una mínima actuación la denuncia dictando Auto de Archivo.

El carácter rígidamente subsidiario otorgado a la intervención penal en esta materia, expresivo de una remisión por parte del Juez Penal del problema al Juez Laboral, está en el origen de esta práctica. Pues bien, no cabe duda del cambio experimentando en este punto, que evidencia una no desdenable nueva «sensibilidad» por el enjuiciamiento en vía penal de esta cuestión. Son cada vez más, pues, los Autos que, dictados en Apelación, determinan la reapertura de las investigaciones. Respecto de este punto, sin duda el referente que marcó un punto de inflexión se sitúa en el AAP Barcelona, Sección 8.<sup>a</sup>, 17 de septiembre de 2004, conforme al cual se expresa con total rotundidad que:

*«no es de recibo afirmar que el fenómeno llamado mobbing o acoso laboral sólo puede ser debatido en la Jurisdicción laboral, pues también debe ser perseguido por la Jurisdicción Penal, cuando las conductas puedan subsumirse en los tipos penales.»<sup>4</sup>*

- Va adquiriendo mayor presencia una diferente conciencia sobre el juicio de reproche que merecen estas conductas, de modo que frente a un precedente, y todavía en parte actual, predominio de la «benevolencia judicial» toma cuerpo la concienciación sobre su elevada gravedad.

El resultado más visible de este cambio parcial de perspectiva es que de ser considerado como falta de vejaciones, conforme ha concluido alguna sentencia de los Juzgados de lo Penal, incluso de las Audiencias Provinciales, ahora parece abrirse camino la idea del carácter de delito. En esta dirección, son varios los pronunciamientos dictados en Apelación que en cierto modo «recriminan» al Juez de Instrucción que, aun constatados indicios suficientes para entender que cabe que se trate de acoso, el comportamiento sólo fuera merecedor de la calificación de falta y no de delito.

- Se trata de un delito *perseguible de oficio*, incluso aunque renuncie la víctima o pudieran llegar a acuerdos indemnizatorios.

Ya hemos tenido oportunidad de evidenciar cómo en las normas comunitarias relativas a la tutela antidiscriminatoria, en las que primero ha emergido conceptual y normativamente el concepto de acoso, se sigue arrastrando la influencia de una concreta modalidad, la del acoso sexual, y se requiere el rechazo –o el no consentimiento, expreso o tácito– por la víctima de tales comportamientos. Pues bien, en el ámbito penal comienza a evidenciarse una corriente que entiende que se trata de un delito perseguible de oficio, en consecuencia, al margen de cuál sea la voluntad final de la víctima. En este sentido, de gran interés vuelve a ser la referencia al AAP Albacete citado.

<sup>4</sup> En este mismo sentido AAP La Rioja, 12 de abril de 2005, si bien considera que la pluralidad de bienes jurídicos que pueden ser afectados con una situación de acoso moral determinaría el que pueda «dar lugar a diferentes delitos, como pueden ser delitos de lesiones del artículo 147.1, de amenazas del artículo 169, de coacciones del artículo 172, contra la integridad moral del artículo 173.1 o contra los derechos de los trabajadores del artículo 311» –FJ segundo–. Siendo cierta esta pluriofensividad no puede concluirse que todos esos delitos estén en pie de igualdad. El tipo básico es el del 173 del Código Penal, sin perjuicio de las reglas de concurso de delitos.

Éste, en principio, confirma el Auto del Juzgado de Instrucción que determina el archivo de las actuaciones por entender que el conflicto socio-laboral denunciado no es constitutivo de acoso moral –*mobbing*–. Sin embargo, esta decisión no le impide «deducir testimonio de particulares» para que se investigue si hechos posteriores a la denuncia, relativos a las negativas condiciones de reintegro del trabajador tras la baja laboral sufrida, pueden ser constitutivos de este delito, pero imputables a personas distintas de las que se dirigían la querrela que dio lugar al proceso de instrucción que ahora se cierra mediante archivo provisional. Una opción que también comienza a verse en algunos Tribunales Laborales, que tras sentenciar una causa de acoso acompañan un pronunciamiento relativo a la deducción del tanto de culpa al Ministerio Fiscal por entender, tácitamente, que son de tal gravedad los hechos que desbordan el marco laboral para adentrarse también, por tanto complementaria y no alternativamente, en el más severo mundo sancionador de la norma penal.

En suma, a una primera etapa de *silencio* penal sobre el acoso moral le siguió otra de *indiferencia*. A ésta se sumó otra de una notable *confusión* o desorientación en torno al tipo penal más adaptado a una conducta tan pluriofensiva. En todo caso, este abandono de la indiferencia más absoluta de la tutela penal, en beneficio, se suponía, de la laboral, estuvo marcado por una inicial *benevolencia judicial*. Sin embargo, en el momento actual, estamos viviendo una cierta inflexión, siempre de dimensiones cuantitativas escasas para una respuesta eficaz al problema global y en todo caso no lineal sino marcada por la convivencia de opciones contradictorias. En efecto, parece abrirse camino una nueva etapa de compromiso e implicación de la Justicia Penal en la Lucha del Estado de Derecho contra el Acoso Moral en el Trabajo, que hace de la acción subsidiaria más bien una acción complementaria de la primaria Tutela Laboral para los casos que reúnan un plus de gravedad.

Pues bien, este cambio tiene ya algunas manifestaciones concretas en la experiencia judicial más reciente. De ellas, sin duda la más destacada es la que a continuación se comenta y que, como no podía ser de otro modo, se vincula a una paralela lucha, la de erradicar los arraigados comportamientos sexistas en nuestras empresas, en paralelo a lo que sucede en el resto de esferas de la vida social. En el próximo apartado daremos cuenta de los aspectos más positivos, y también de algunos aspectos deficientes, de esta decisión judicial que sin duda marcará, como ya lo hizo el AAP de Barcelona comentado, un nuevo hito en la referida lucha penal por el derecho a un ambiente laboral libre de acoso moral.

#### IV. LA RECEPCIÓN DEL «ACOSO MORAL POR RAZÓN DE GÉNERO» EN LA MÁS RECIENTE DOCTRINA JUDICIAL PENAL

##### 1. El acoso por motivos sexistas o de género como delito contra la integridad moral: la conducta degradante como elemento medial.

A la vista de los hitos más relevantes o antecedentes en la lucha contra el acoso moral no puede sorprender que la primera condena en España por delito se produzca, precisamente, en una situación en la que el acoso, como proceso de persecución psíquica y moral de la persona que trabaja para

una empresa, obedece o es instrumental a una conducta de discriminación sexista. En realidad, y aunque no lo diga así la decisión judicial expresamente, el juicio de reproche se fundamenta básicamente por tratarse de un acoso ligado al desprecio que su «superior jerárquico» evidenciaba respecto de las trabajadoras que asumían responsabilidades familiares. De ahí, pues, que se trate más de una cuestión de género que de sexo, como se dijo.

En términos de extremada síntesis, el delito establecido por el Juez Penal –Sentencia del Juzgado de lo Penal número 8, de Valencia, 21 de abril de 2005, PA número 521/2004, proveniente del PA número 161/2004 del Juzgado de Instrucción número 8 de la misma ciudad– ya firme, habría quedado determinado, mediante el examen de las pruebas practicadas a instancia del Juez de Instrucción, por un doble comportamiento:

- Una reacción desproporcionada, por tanto anormal, del jefe de la empleada, a la hora de «reprender», lo que pueden considerarse determinados fallos o faltas de un empleado, y,
- Un proceso de «persecución continua», desarrollado a lo largo de varios años, del acusado a su empleada, hasta el punto de intentar y conseguir el despido de la misma.

Más concretamente, los actos que integran estos comportamientos constitutivos, a juicio del juez, de acoso en este paradigmático supuesto son, básicamente:

- Desautorización en público de la actividad profesional de la empleada, con expresiones claramente despectivas o humillantes.

En este sentido fue *«objeto de acerbias críticas, llamándole la atención en presencia de los demás empleados, e incluso de clientes, diciéndole que sus hijos harían mejor su trabajo que ella, e incluso empleó con ella expresiones soeces o despectivas como: "¡inútil!", "¡mueve el culo!", "¡más rápido!"»*.

- Carácter continuado de esas críticas.

Esta situación no es ni reciente ni puntual. Al contrario, se constata en la sentencia que tiene un origen muy lejano en el tiempo, allá por 1993, lo que no lleva al Juez a reprochar la pasividad a la empleada, como hacen inadecuadamente algunos Jueces, sino que lo considera como determinante del carácter dilatado, reiterado o continuado del problema.

- Privación de determinados derechos profesionales de la empleada.

Así habría sucedido con el derecho a obtener determinados permisos para atender determinadas cuestiones personales –*«en una ocasión cuya fecha exacta no ha podido ser precisada, el acusado le negó el permiso para ir al médico mediante gritos»*, y con el derecho a vacaciones– *«el acusado le negó las vacaciones, perdiendo el viaje de verano y el dinero»*.

- Actuar silente por parte de la organización, que no interviene para romper esta situación pese a reiteradas peticiones por parte de la empleada, al menos no de modo satisfactorio.

En este sentido, se considera hecho probado el que la empleada «pidió el traslado a otra tienda en 2 de febrero de 2001 sin que obtuviese respuesta».

- El acusado induce a errores, con consecuencias disciplinarias graves para la «víctima», como fue un despido, declarado judicialmente improcedente, lo que evidencia el claro propósito de «librarse» de la trabajadora.

Este dato es determinante. El Jefe de Tienda urdió una maniobra, como elemento culminante de todo el proceso de acoso u hostigamiento, claramente malévola o torticera para poder formalizar un despido – para «quitársela de encima»–: envía un mensaje al teléfono móvil en el que le decía que la incorporación podía ser en fecha más tardía de la prevista, porque tenía derecho a unos días de vacaciones no reconocidos anteriormente. La carta era precisamente «por no haberse incorporado el día señalado». La razón de fondo era, según sus palabras textuales, que

*«No puedo confiar en ti porque eres madre y no puedes trabajar»* (hecho probado tercero).

Es evidente que aquí alcanza su cénit el carácter sexista del acoso, por cuanto lo que se busca es «reenviar» a la mujer al ámbito del que, a juicio del acusado y correctamente condenado, nunca deberían haber salido las mujeres, su casa y el cuidado de sus niños. De ahí que el acoso moral al que asistimos sea la más clara expresión de esta modalidad de acoso discriminatorio que hemos delimitado como acoso moral por razón de género, esto es, un proceso de persecución a la mujer por el estereotipo social que sigue pensando, lamentablemente, sobre ella, como sujeto responsable del cuidado de los niños y, por tanto, «impedida» materialmente para el empleo competitivo.

Sin necesidad de adentrarnos más en el completo relato fáctico de la sentencia analizada, queda claro que son constitutivos de un delito contra la integridad moral, previsto y penado en el *artículo 173.1 del Código Penal*, que castiga a toda persona que *«infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral»*. Si se deja fuera la falta prevista en el artículo 620.2 del Código Penal –tipo homogéneo al del art. 173.1 (SAP Tarragona de 26 de abril de 2004), éste es el tipo básico de las conductas incluidas en el Título VII del Libro II del Código Penal –STS de 8 de mayo de 2002–.

La apreciación de este delito requiere la concurrencia de dos elementos: uno medial –infligir a una persona un trato degradante– y otro de resultado –grave menoscabo de su integridad moral–. Nos detendremos ahora sucintamente en el primero y en el siguiente apartado veremos, con igual brevedad debida, el segundo.

La determinación de lo que haya de entenderse por trato degradante se configura en la copiosa jurisprudencia existente en la materia como tributaria, en gran medida, de la jurisprudencia del

TJDH que, a su vez, ha operado siempre con un elevado casuismo. Ahora bien, por encima de esta relatividad de la conducta, por tanto de su carácter difuso y variable –lo que ha llevado a críticas doctrinales y judiciales (STS 14 de noviembre de 2001, que lo tilda de impreciso e innecesario por ser redundante con otros, como el delito de coacciones)–, siempre se han exigido algunas notas que han de concurrir para apreciar el delito. La más destacada es la que requiere que el maltrato adquiera un nivel mínimo de gravedad o severidad. Naturalmente, la evaluación de este nivel mínimo dependerá de las circunstancias de cada situación, como la duración del trato, sus efectos, las condiciones –de vulnerabilidad– de la víctima –STEDH 16 de junio de 2005, que resume doctrina fijada desde 1978–.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene identificando este comportamiento denigrante como todo trato que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles y quebrantar, en su caso, su resistencia física, psíquica y/o moral (SSTS, Sala 2.<sup>a</sup>, 8 de mayo y 2 de noviembre de 2004). En consecuencia, tal comprensión parece presuponer, en segundo lugar, una cierta idea de permanencia, de reiteración o continuidad de actos envilecedores, intimidantes u ofensivos. Así se desprende del término empleado, «trato», que implica esa repetición, por cuanto si no se trataría de un «ataque» o acto (STS, Sala 2.<sup>a</sup>, 8 de mayo de 2002). En esta línea, la doctrina judicial suele exigir continuidad y eficacia para inducir sentimientos de angustia y humillación.

No obstante, el tipo está sirviendo tanto para castigar las conductas aisladas que tengan entidad para producir el menoscabo del bien protegido y las que tienen carácter reiterado. Son estas últimas las que permiten encajar perfectamente el acoso, sin fuerza ni voluntarismo alguno, prohibido en la técnica penal más solvente, en este tipo. Así, conductas de trato degradante que en su individualidad no pudieran ser calificadas de graves, si por su reiteración terminan produciendo un menoscabo grave del bien protegido, la integridad moral, tienen cobertura en el tipo penal (STS, Sala 2.<sup>a</sup>, 2 de noviembre de 2004). En consecuencia, ni todas las conductas calificables laboralmente como de acoso moral en el trabajo tienen acomodo en el tipo penal, sólo las que tengan un plus de gravedad, ni sólo las situaciones de acoso pueden ser castigadas penalmente por aplicación del artículo 173 del Código Penal.

En la sentencia aquí analizada parece participarse del carácter continuado o sistemático de la conducta degradante tipificada en el referido precepto penal. De ahí que el Juez insista en que el delito requiere no una acción o un número determinado de acciones, sino «un trato», lo cual significa que ha de existir una continuidad o repetición de hechos. Aunque en el caso que nos ocupa está clara esta continuidad, sin necesidad de acudir al polémico concepto de la «habitualidad» en el ejercicio de violencia psíquica, como ahora reza el artículo 173.2 del Código Penal, no puede identificarse, como se ha visto, el tipo sólo con conductas continuadas.

En todo caso, el papel medial que ocupa el ambiente de trabajo y, sobre todo, la relación de prestación de servicios es enfatizada por la decisión judicial en orden a verificar las facilidades que da la relación de trabajo para propiciar, en determinadas circunstancias organizativas y personales, situaciones de acoso. Así se recuerda cómo influye el hecho de que se trate de dos personas que por

prestar servicios en la misma empresa y en el mismo local, aunque sus cometidos sean diferentes, «tienen ocasión de comunicarse de manera continuada durante mucho tiempo». Bajo este planteamiento subyace claramente la concepción de LEYMANN, que veía en el *acoso moral una forma de comunicación hostil, basada en la presión intimidante ejercida por el Jefe de la Tienda sobre la empleada*.

Surge de este modo la resbaladiza y siempre delicada cuestión de si se trata de una conducta que exige dolo –ánimo de dañar o «infligir» un daño–, o admite comisión culposa. Aunque la cuestión no es completamente pacífica, la mayor parte de la doctrina penalista y la jurisprudencia presupone una comisión a título de dolo, lo que enlazaría con la exigencia mayoritaria de una intención o finalidad de dañar –el plan sistemático orientado a infligir un sufrimiento–. Aunque no es este el momento de entrar tampoco a analizar tan compleja y discutible cuestión, queda claro que lo relevante es que la conducta sea en sí misma, sin perjuicio de atender a la mayor o menor «sensibilidad» y/o «vulnerabilidad» de la víctima, apta o susceptible de producir o causar ese sufrimiento –sentimiento de humillación–<sup>5</sup>.

En todo caso, queda claro que la gravedad de la sanción penal se hace más fácilmente compatible con la exigencia de ese plus de la conducta, en el plano cualitativo, la intención de dañar, al menos a título de «dolo eventual», que en otros ámbitos de intervención jurídica, como en el ámbito laboral no sancionador. Sin embargo, no se pierde de vista nunca que la motivación última del acosador no es relevante, lo que contaría es la acción orientada a un resultado humillante y ofensivo, alcanzando ese objetivo.

## 2. La pluralidad de bienes jurídicos ofendidos: la integridad moral y prohibición de discriminación.

El tipo penal es, en todo caso, un *delito de resultado*, no de pura actividad. Precisamente, la no constatación de un sufrimiento grave para la integridad moral está en la base de decisiones absolutorias cuando, en un plano jurídico-laboral, tendríamos identificada una clara «presión laboral tendenciosa» orientada a generar un ambiente incómodo y hostil para el trabajador, con el objetivo de provocar la salida deliberadamente buscada de la relación laboral por resultarle ya indeseada –AAP Madrid 27 de mayo de 2004, en relación al portero de una vivienda cuyos copropietarios estaban insatisfechos con él por no adaptarse a sus requerimientos–. Es inexcusable, pues, la lesión grave de un derecho personalísimo, la integridad moral o personal, no bastando la mera puesta en peligro, incluso concreta o próxima –riesgo grave e inminente de lesión–. En cambio, no se requiere expresamente este resultado en otros tipos análogos a éste, como el artículo 104 del Código Penal Militar, aunque en su aplicación práctica esa lesión sí está presente (STS, Sala 5.<sup>a</sup>, 23 de marzo de 1993).

<sup>5</sup> La relevancia de este «ánimo degradante» en ASAP Sevilla 9 de octubre de 2003, Lérida, 11 de febrero de 2004. El AAP La Rioja, 12 de abril de 2005, identifica el acoso laboral con «continuo y deliberado maltrato».

Ahora bien, conviene tener bien en cuenta que esta exigencia nada tiene que ver con la necesidad de que se constate un daño a la salud psíquica, como erróneamente está requiriendo la mayor parte de la doctrina judicial en el ámbito laboral, a raíz de un craso error: confundir el concepto psico-clínico de acoso moral con el concepto jurídico. El análisis atento de la mejor jurisprudencia penal en esta materia ofrece lecciones relevantes para la identificación del bien jurídico protegido primariamente en los casos de acoso moral, que no es la integridad psíquica, como suele creerse por el dominio de los estudios y discursos de la psicología, sino la integridad moral. Este bien jurídico tiene un valor autónomo, independiente de otros con los que pueda mantener relación o conexión (SSTS 2 de noviembre de 2004, 22 de febrero de 2005), y hoy se reconoce como derecho fundamental de la persona. Por tanto, hay que diferenciar entre el derecho de respeto a la integridad moral y el derecho a la integridad física y psíquica (STS, Sala 2.ª, 8 de mayo de 2002).

Más difícil es ya deslindar, en la práctica, su contenido primario, pues aparece frecuentemente confundido con la dignidad de la persona, cuando queda claro que debe ser algo diferente en la medida en que constituye no sólo preceptos sino realidades diferenciadas en la Constitución. La dimensión constitucional será determinante para fijar su contenido y está claro que debe responder, por tanto, a una visión unitaria en todos los ámbitos jurídicos en que se tenga en cuenta. Otra cosa diferente será la gradación del ataque, más grave en el penal que en cualquier otro.

La relación aparece, de todos modos, inexorable, en el precepto penal. Recuérdese que la jurisprudencia ha entendido que entre las conductas degradantes, únicas que menciona la norma penal, y las «inhumanas», o las «torturas», no existe una diferencia ontológica o esencial, sino que se trata de una diversa escala de gravedad. Por tanto, lo relevante no será sólo el contenido de la conducta sino su impacto en el núcleo mínimo del estatuto jurídico de la persona: su integridad personal, su equilibrio e identidad de voluntad y autodeterminación razonable de conducta. La jurisprudencia y la doctrina suelen recurrir a un cambio de términos, más que de contenidos y conceptos, para tratar de aferrar su ámbito de protección. Así, se entiende que se trata de la protección de la «inviolabilidad» de la persona o de su «incolumidad» (STS 8 de mayo de 2002; STC 120/1990), afectando la libre capacidad del sujeto para conducirse conforme a su propias determinaciones y personalidad.

Dos ideas son, no obstante, inexorables. La primera, es que ha de tratarse de una lesión grave, pues de lo contrario entraríamos en el ámbito de la falta de trato vejatorio o falta de vejación injusta del artículo 620.2.º del Código Penal –STS 8 de mayo de 2002–. Por tanto, la sanción por delito de situaciones de acoso moral laboral precisa un doble plus de gravedad: para tener relevancia penal respecto de la puramente laboral, y para tener relevancia como delito y no como simple falta.

La segunda es que no se puede confundir, como tan a menudo sucede en doctrina científica, en jurisprudencia y doctrina judicial, la integridad moral y la integridad psíquica. Ambos son derechos fundamentales protegidos en el artículo 15 de la CE, relacionándose más inmediatamente el primero con la dignidad y el segundo con el derecho a la salud. Por tanto, el delito contra la integridad moral se producirá sin necesidad de verificar la lesión psíquica, cuya protección se encuentra en otros tipos penales, como el artículo 147 del Código Penal (STS 2 de abril de 2003).

Por lo tanto, habrá que acudir a las reglas del concurso de delitos para atender aquellas situaciones en las que concurre la lesión de ambos bienes, como sucede con frecuencia y refleja con claridad el artículo 177 del Código Penal, que permite sancionar por separado los daños producidos a cada bien jurídico protegido por diversos tipos penales (STS, Sala 2.<sup>a</sup>, 2 de noviembre de 2004; SAP Sevilla 4 de marzo de 2004).

No sucede así en esta sentencia. Aunque se constatan lesiones psíquicas, el Juez no se ha planteado aplicar, quizás porque tampoco nadie lo planteó de ese modo por lo que el principio acusatorio impedía esta opción, las reglas del concurso sino, como veremos, las reglas relativas a eventuales agravantes concurrentes. En el caso enjuiciado se constató que la empleada «*sufrió estrés laboral y tuvo que someterse a tratamiento médico, habiendo sufrido trastornos psíquicos, ansiedad y depresión*» (fundamento de hecho quinto).

En definitiva, la presión laboral a que era sometida, con continuos cambios de puesto y críticas por su pretendida incompetencia para llevarlos a cabo correctamente, provocó una depresión en la trabajadora causante de una baja laboral por este motivo de 20 días. Ahora bien, se sugiere que estos efectos dañosos pueden ligarse a la propia personalidad o carácter de la trabajadora, «*persona minuciosa y cumplidora*», lo que, como es obvio, hacía que esa permanente conflictividad le hiciera más impacto en su salud.

Esto nos lleva a recordar, sucintamente, el problema habitual de la incidencia de los denominados «factores de vulnerabilidad» de la víctima, o los llamados «factores endógenos» de las situaciones de acoso –y de otros riesgos psicosociales–. En esta sentencia se reconoce que el cebarse en la víctima se debe a «*su carácter más sensible e impresionable, por sus embarazos y bajas por depresión, y al comienzo de la relación laboral de la querellante, por sus dificultades en el aprendizaje informático debidas a la ausencia de conocimientos previos de los ordenadores*». Otras tenían un carácter más duro o resistente, por lo que podían trabajar resistiendo el trabajo bajo esta presión, aunque con resultados análogos en cuanto que eran frecuentes los despidos vinculados a los menores rendimientos que tendrían las trabajadoras que hacían uso de algún derecho de conciliación para el ejercicio de responsabilidades familiares, como las excedencias por cuidado de hijos.

Sin embargo, amparado en los informes médicos, el Juez entiende que estas situaciones o factores de personalidad no son determinantes para la solución de la situación, en cuanto que tiene mayor peso la presión organizativa generada por su Jefe. El problema sigue identificándose con la situación de conflictividad laboral que estaba viviendo por la conducta torticera y persecutoria de su «superior jerárquico». Una persecución que, además, respondía a una muy concreta causa: el desprecio que mantenía respecto de las trabajadoras que, por las dificultades derivadas de situaciones biológicas como las de embarazo y/o por decidir ejercer derechos de conciliación de las responsabilidades familiares, le resultaban menos «competitivas» o «rentables».

Precisamente, en la constatación de esta causa determinante del comportamiento el Juez de lo Penal encuentra otro bien jurídico lesionado, cuya protección le lleva a identificar una agravante, la

de discriminación sexista. Así, constatará que «el acusado, que trataba de manera abrupta y demasiado exigente a sus empleados, empleaba un trato más duro con las mujeres de su centro de trabajo, sobre todo con aquellas que estaban embarazadas o precisaban de cuidar a sus hijos, cebándose con la Sra. M.M.C.R...».

De ahí que, a falta de un tipo penal específico que recoja esta lesión –no es de aplicación el art. 314 del Código Penal–, se entienda concurrente la «circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de agravante de desprecio de sexo (art. 22.4.<sup>a</sup> del Código Penal), también denominada más recientemente de discriminación sexual. Esta agravante había desaparecido del Código Penal tras la reforma de 1973, reapareciendo «de la mano de las mismas voces que en su día abogaron por su desaparición...». Aunque ya hemos dicho que, en Derecho Penal, es irrelevante el motivo, el Juez de lo Penal, insiste en constatar el móvil que puede explicar tan negativo comportamiento y lo sitúa en «la irritación que le causaban las pérdidas de tiempo en el puesto de trabajo de ésta debidas a sus embarazos, bien por sus bajas o bien por sus prolongadas estancias en el servicio de la empresa por necesidad» (FJ 4.<sup>o</sup>).

No obstante, lo que se penaliza no es tanto el motivo cuanto la conducta derivada de esa manera de ser y pensar, objetivamente formalizada en actuaciones denigrantes y vejatorias. A este respecto, la actual fórmula, que revisa una procedente de 1944, establece la penalización agravada de un amplio abanico de posibilidades discriminatorias, aunque su redacción haya motivado amplia polémica doctrinal:

*«Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, u otra case de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.»*

Una causa que hoy, pues, se ampliaría a todas las circunstancias discriminatorias, en línea con lo evidenciado en la evolución del Derecho Comunitario antidiscriminatorio y su transposición en el Derecho interno. No obstante, la relativa al sexo –que aquí identificamos más bien, con la doctrina mayoritaria, con el «género»–, es la circunstancia que tiene una larga tradición jurídica en nuestro país. En su origen se fundamentaría en «la necesidad de otorgar a la mujer el respeto y la consideración que por serlo es acreedora» (STS 8 de abril de 1927).

Quizás las referencias a fundamentos tan antiguos no sea la opción más afortunada, porque en realidad reproduce, quizás inconscientemente, algo que quiere evitar: el sesgo sexista, por cuanto la protección no se debe a su condición de mujer sino a su condición de persona con igual dignidad de derechos que las personas del otro sexo-género, el hombre. Por eso es interesante recordar el doble fundamento en que se asentó ese factor de agravación de la pena: el *objetivo* –realización de acto delictivo de hombre contra mujer– y el *subjetivo* –ánimo de despreciar al sexo femenino, esto es, de lo que la mujer es y representa en la vida social y familiar–.

A mi juicio, más que una perspectiva de género, está claramente presente el reflejo de un significativo paternalismo, que se refleja en alguna medida en la jurisprudencia que se trae para inter-

pretar el sentido de esta agravante. Esta antigua jurisprudencia basaba la consideración debida a la mujer conforme en la tradición de respetar a la mujer por su papel social, por lo general vinculado a su maternidad biológica y, sobre todo, social –cuidadora permanente–. Inequivoca al respecto la referencia a la especial consideración que el hombre debe a la mujer en período de gestación, pues es ese momento el que *«debe inspirar del hombre los máximos respetos»* (STS 19 de diciembre de 1960).

No tiene, pues, fortuna el Magistrado en la interpretación, por cuanto podía haber acudido simplemente a la trascendencia que hoy tienen los derechos laborales de las mujeres, en particular los relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar. Y en todo caso al principio de efectividad de la tutela de la igualdad, sin más consideraciones a una tradición que, precisamente, es la que fundamentaba o prestaba apoyo a los estereotipos que tanto han lastrado, y siguen lastrando, la situación de la mujer en las empresas. En todo caso, lo relevante es el efecto, esto es, que aplica en grado máximo la pena prevista en el artículo 173.1 del Código Penal, porque el acoso lo llevó en su mayor parte por la irritación que le causaban las pérdidas de tiempo en el puesto de trabajo debidas a su embarazo, bien por sus bajas o por sus prolongadas estancias en los aseos de la empresa por necesidad vinculada a sus estados biológicos (FJ 4.º).

### **3. Algunas cuestiones relativas a la prueba: el papel relevante de la credibilidad del «testimonio» de la víctima –el «diario acoso»–.**

Una mínima atención requiere igualmente la cuestión probatoria. Como es sabido, la prueba del acoso moral en el trabajo es probablemente la parte más delicada del tratamiento jurídico. Una complicación que se presenta aún mayor si se tiene en cuenta que estamos en el ámbito del Derecho Penal y que, por tanto, rige el derecho a la presunción de inocencia, con lo que no sirven las técnicas, no sólo posibles teóricamente sino exigibles en la práctica en otros ámbitos jurídicos, como el laboral, orientadas a la facilitación de la carga de la prueba. Paradójicamente, las propias reglas de técnica probatoria en el ámbito penal llevan a evidenciar una mayor facilidad, en determinadas situaciones, para probar el acoso cuando se carece de cualquier prueba directa de cargo y no queda más referencia que el propio testimonio de la víctima. Una técnica de prueba que en el ámbito laboral no encuentra ni refrendo normativo expreso –tampoco se prohíbe– ni aplicación práctica.

El material probatorio en esta sentencia está, no obstante, bien cuidado, lo que evidencia la seriedad del enjuiciamiento. Así, estos hechos habrían sido declarados probados a partir de las siguientes pruebas:

- Declaraciones del acusado.

Si la declaración de la víctima puede ser un buen elemento de prueba, que beneficie su posición, la del acusado también lo puede ser, pero por lo general en contra del mismo. Lo habi-

tual es que se limiten a negar los hechos, a desplazar a la personalidad de la víctima el problema o el conflicto: «era conflictiva y siempre era la eterna insatisfecha, obligando a la empresa a que la cambiara de puesto cada dos por tres...». Asimismo, las incongruencias o contradicciones perjudicarán su posición, lo que aquí sucedió al acogerse a excusas poco fiables para tratar de desmentir hechos constatados por otros y además poco acordes con el sentido común.

- De la querellante: «resulta clara y creíble».

No sólo mantiene con coherencia lo que aparecía en el escrito de querrela, sino que «no se puede considerar que esté movida por ningún interés de tipo crematístico, ya que ha sido indemnizada e incluso ha renunciado a sus acciones y pedido el archivo de las actuaciones» –FJ 2.º–. Esto pone de manifiesto la importancia que puede tener, en los casos futuros, el que se siga la práctica de llevar un elaborado y coherente «diario o registro de acoso» –«diario mobb»–, lo que puede ayudar a la víctima en una posterior defensa penal.

- Testigos.

Esta prueba es siempre complicada y ambigua, en la medida en que muchos no querrán declarar, por miedo a sufrir la misma situación, y otros lo harán en contra, por creer que así defienden mejor su puesto y sus eventuales prebendas. Así, le llama la atención que los testigos se dividan en dos grupos, los que ya no trabajan para la empresa y los que sí lo hacen, de modo que los primeros sí confirman las dificultades que tenía para realizar determinadas tareas laborales –recarga de productos, que le exigía arrodillarse o agacharse, o elevarse para colocar artículos pesados, cuando ya estaba embarazada–. Por eso, al Juez le merece especial atención la declaración de los testigos ya desligados de Mercadota, que ya no temerían ningún enfrentamiento con la empresa que pudiera poner en peligro su puesto de trabajo, por la sencilla y triste razón de que ya no lo tenían.

Dejan constancia tanto de los insultos constantes del Jefe de Tienda a la empleada, ligándolo a su embarazo. También reflejan, a modo de testimonios de personalidad, el cambio de humor y de imagen: el carácter alegre se tornó en pesimismo, el entusiasmo en depresión y su preocupación por ir arreglada en desinterés. También de las agresiones psíquicas –insultos– y alguna física. Pero lo más relevante es que se puso de relieve que tenía una cierta dimensión colectiva –también a otras mujeres–, si bien se cebó con la querellante por diversas razones.

- Pruebas periciales médicas.

La anticipación de los estudios psicológicos sobre el acoso en relación a los estudios jurídicos ha determinado una convicción tan extendida como falsa: el acoso es básicamente una cuestión psico-médica. En consecuencia, lo que determinen los informes periciales en estos ámbitos serán criterios de difícil revisión por parte del propio Juez, que se limitará básicamente a seleccionar cuál de ellos le parece más creíble. Las cosas son bien diferentes: el concepto de acoso moral en el trabajo es netamente jurídico y al jurista incumbe su deter-

minación, por tanto al Juez. Naturalmente, sobre la base de un amplio abanico de pruebas, entre las cuales debe estar la pericial médica, en sentido amplio. Además de evidenciar el impacto en la persona de proceso de acoso, constatará factores de personalidad y trayectoria clínica, para descartar el influjo determinante de factores internos o endógenos, que hagan del problema sólo una percepción subjetiva –acoso subjetivo– y no objetiva –acoso objetivo–.

Los informes médicos serían coherentes con el relato de hechos de la querellante y los testigos más solventes, a juicio del Juez, las compañeras que estaban desligadas ya de la empresa por razones análogas. El Juez no otorga relevancia jurídica a la constatación en estos informes de «ciertos rasgos obsesivos en la querellante» que «le provocarían una mayor facilidad que la media de las personas para caer en depresión, la principal causa de ésta ha sido su estrés laboral causado por su relación con el acusado, pues como afirmó el médico forense en Juicio... en ese caso los factores externos son más importantes que los internos...».

#### **4. El plano de la sanción: luces y sombras de la decisión relativa a las consecuencias jurídicas del delito.**

Lo más típico de una condena por delito es la naturaleza singular de la sanción que corresponde: una pena en sentido estricto. Pero las sanciones pueden ser varias.

En este caso, la condena es la siguiente:

- a) Sanción principal: pena privativa de libertad de dos años de prisión, la máxima prevista en el artículo 173.1 del Código Penal.
- b) Accesorias: de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho al sufragio pasivo durante la condena, así como al pago de costas.
- c) «Moral»: satisfacción de sentar en el banquillo al acosador –pena de banquillo– y acreditar que llevaba razón en sus críticas – autoestima–.
- d) Patrimoniales: el pago de las costas procesales.

Ahora bien, aquí evidenciamos una marcada desilusión y un inadecuado proceder a todas luces. Además de la condena que no será efectiva para que entre en prisión –antes no contaba con antecedentes penales, pero sí tiene el efecto de haberlo «marcado penalmente»–, lo más relevante es que no se declara responsabilidad civil complementaria. De acuerdo con el artículo 116 del Código Penal el responsable de un delito –como de una falta– lo es también civilmente de los daños y perjuicios causados. Sin embargo, en este caso no hay pronunciamiento al respecto porque la víctima ya habría recibido la indemnización por el despido improcedente. Lo que de nuevo plantea el problema de la

indemnización complementaria por lesión de derechos fundamentales: la prohibición de discriminación y la integridad moral. Esta solución, además de no ser ajustada a Derecho es, terriblemente frustrante.

Y lo es más cuando el propio Juez, de forma análoga a lo que sucedió con el reproche formulado por el Tribunal Supremo, Sala 3.<sup>a</sup>, 21 de julio de 2001, para un empleado público, se expresa con esta contundencia:

*«Desgraciadamente... la historia de acoso y derribo que sufrió bajo las órdenes del Ser... fue muy larga, pues se remonta nada menos que a 1993.»*

Tampoco es nuestro propósito entrar ahora en el no menos polémico, y crucial, tema de la concurrencia de indemnizaciones en caso de acoso moral, sobre todo cuando concurren las tasadas previstas en las normas laborales y la lesión de derechos fundamentales. Sólo dos consideraciones. La primera es que parece existir una línea dominante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no está realmente unificada, o cuando menos no es cierta o segura –*vid.* ATS 15 de septiembre de 2004–, que niega tal concurrencia (STS 9 de marzo de 2004), si bien en relación al despido nulo sí se estima procedente la indemnización específica por lesión de derechos fundamentales –STS 12 de junio de 2001–. En este caso sólo se declaró el despido improcedente.

La segunda es que, en cualquier caso, es una doctrina manifiestamente errónea, porque no sólo contradice el Derecho vigente, sino la propia legalidad, que prohíbe tasar las indemnizaciones por daños a derechos fundamentales cuando se trata de situaciones discriminatorias –art. 18.2 Ley 51/2003–, como es el caso que aquí se enjuicia, aunque desde la perspectiva penal. Precisamente por ello, el Anteproyecto de Ley sobre garantía de la Igualdad entre hombres y mujeres insiste de forma rotunda en la compatibilidad. En última instancia ha de tenerse en cuenta que es una exigencia del Derecho Comunitario. La aprobación de esa ley deberá producir un cambio radical de la ahora posición mayoritaria del Tribunal Supremo, confirmando la corrección de la postura que siguen asumiendo muchos Tribunal Superior de Justicia.

## V. CONCLUSIONES: ¿DISUASIÓN O PREVENCIÓN DE CONDUCTAS?

Es ya el momento de finalizar este análisis. Con él hemos pretendido dar cuenta de una orientación jurisprudencial que introduce al enfoque penal de plano en la lucha contra el acoso moral en el trabajo en general, y contra el acoso moral laboral por razones de género en particular. Si el enfoque de género no era desconocido en nuestra doctrina judicial a la hora de sancionar las conductas de acoso, sí es novedoso el que se produzca en el ámbito penal en relación a esta conducta en el plano laboral. De este modo, no sólo se conforta la orientación ya seguida en algunas legislaciones autonómicas en materia de igualdad entre hombre y mujeres, que han situado en el centro de la tutela de prevención y sanción del acoso, junto al acoso sexual, el acoso moral por razón de género

–por ejemplo arts. 53 y 54 Ley gallega, la Ley 7/2004, de 16 de julio–, sino que en cierto modo se anticipa un enfoque presente en el derecho proyectado a favor de la igualdad entre hombres y mujeres...

En efecto, entre las políticas públicas orientadas a la igualdad que incluye este Anteproyecto de Ley, se encuentra la relativa a la integración del principio de igualdad en todos los objetivos y actuaciones de la política de salud, así como la promoción de la salud de las mujeres, particularmente la salud laboral, que incluye la prevención y erradicación del acoso sexual y el «acoso por razón de sexo». Aprobado por el Consejo de Ministros, el 3 de marzo de 2006, anunciado «a bombo y platillo», confiemos en todo caso en que su contenido sea más afortunado que su proceso de aprobación –es tardío, no ha sido negociado, ha sido utilizado más como propaganda electoral que como objetivo serio...– ... Ahora bien, en todo caso, esta eventualidad nos sitúa en el ojo del huracán del debate actual para luchar eficazmente contra el acoso moral en general, y el acoso por razón de género en particular: *¿prima la perspectiva de la sanción, y disuasión, penal, o la prevención desde una renovada política de salud laboral?*

En los países que cuentan con legislaciones específicas al respecto la cuestión no se plantea como alternativa sino como complementaria, si bien primando claramente la perspectiva de la política de salud laboral, por tener un mayor impacto en la prevención primaria. En todo caso, no seré yo quien reduzca la confianza en las posibilidades de nuestro Derecho para sancionar penalmente estas intolerables quiebras de derechos elementales, de la persona en su individualidad y de la convivencia social, como son la integridad personal y la no discriminación. Este trabajo ha ido, precisamente, orientado a evidenciar los sólidos fundamentos de una opción de este tipo.

Desde esta perspectiva, no creo exagerado concluir que si la lucha penal contra la violación y las demás formas de agresión sexual tiene su proyección en la lucha penal contra el acoso sexual en las organizaciones de trabajo, la lucha penal contra los malos tratos, por tanto contra la violencia de género, se proyectará significativamente en la defensa frente al acoso moral, en general y por razones relacionadas con el sexo y el género, también en las organizaciones de trabajo. Lo sucedido en relación a la violencia escolar es un buen ejemplo. Constituyen pues dos momentos diferentes de avance en la garantía de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, reconociendo en este segundo caso de forma expresa, por tanto dando luz y no ocultando, las diferencias de situaciones, sociales y jurídicas, derivadas de construcciones o estereotipos sociales que impiden o dificulta esa igualdad en el plano efectivo

Al orden jurisdiccional penal le sale, pues, un nuevo competidor. La defensa numantina, como sucede contra el orden civil, no será la mejor fórmula, por lo que a los Jueces de lo Social incumbe estar a la altura de las circunstancias.

Ahora bien, pese a todo, queda claro que el problema de la desigualdad social de base que está en todas estas situaciones, y por tanto en la diferencia clara de poder, nunca podrá corregirse eficazmente por esta vía. La única solución real, por más que resulte hoy utópica, es promover desde los poderes públicos y los interlocutores sociales un reparto eficiente de los tiempos de tra-

bajo, tanto en el retribuido como en el no retribuido. En definitiva, primero reconocer en el plano formal y luego hacer real, garantizar, un auténtico derecho social fundamental a la conciliación de la vida laboral y familiar, para lo que se precisa más que ayudar a las mujeres con servicios y prestaciones, que también, incentivar verdaderamente la implicación de los hombres en el trabajo no mercantil. Sin duda ése es el verdadero reto que la nueva Ley tiene por delante, y mucho me temo que no será la última etapa. En todo caso, permaneceremos atentos a su desarrollo y se lo contaremos.