

SOBRE LOS LÍMITES ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IGUALDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL: DEFENSA DE UN CRITERIO OBJETIVO PARA LA LEGITIMACIÓN DE RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

ON THE BOUNDARIES BETWEEN FREE SPEECH AND GENDER EQUALITY AT WORKPLACE: A DEFENSE OF AN OBJECTIVE CRITERION FOR LEGITIMATING RESTRICTIONS ON FREE SPEECH

69

JÚLIA PARETO-BOADA

INTRODUCCIÓN. En el contexto de los debates sobre acoso sexual, uno de los mayores retos es el de determinar cuándo una actitud verbal degradante en el ámbito laboral puede ser legítimamente considerada como una forma de *acoso sexual ambiental*,¹³¹ puesto que su consiguiente penalización en aras de la igualdad de género supone una interferencia con el establecido derecho a la libertad de expresión. Los criterios judiciales para tal evaluación, que lógicamente se deducen del marco legislativo europeo actual, son, en virtud de su dimensión subjetiva, deficientes. A pesar de que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea todavía no existen casos de razonamientos judiciales acerca del carácter “acosador” de ciertas conductas verbales degradantes por razón de género, si nos acogemos a la definición

¹³¹ “Acoso sexual” se dice de dos tipos de acoso: el *quid pro quo* (‘chantaje sexual’), consistente en pedir favores sexuales a cambio de beneficios laborales, y el ‘acoso sexual ambiental’ (*hostile work environment harassment*), que incluye distintas formas de comportamiento relacionadas con el sexo caracterizadas por crear un ambiente laboral hostil, degradante, humillante y ofensivo. Una de ellas son las conductas verbales degradantes en base al género, en las cuáles se centra el presente artículo. Para una clasificación de las categorías de acoso sexual, ver Dung-Hanh Nguyen, Maria Rotundo and Paul R.Sackett, ‘A Meta-Analytic Review of Gender Differences in Perceptions of Sexual Harassment’, *Journal of Applied Psychology*, 86 (2001/5), pp. 914-922.

Europea vigente de “acoso sexual”¹³² —y tomando en consideración ejemplos de razonamientos judiciales internacionales sobre casos de *acoso sexual ambiental*—,¹³³ podemos advertir que la legislación Europea propicia criterios de evaluación frágiles. En tanto que promoviendo centrar la evaluación en el aspecto ofensivo de estos comportamientos y sus efectos a nivel personal, estos criterios no ofrecen razones sólidas para la justificación de restricciones a la libertad de expresión en el ámbito laboral. En efecto, tales criterios derivan de una concepción legal errónea acerca de la característica en virtud de la cual una conducta equivale a una forma de acoso sexual de tipo discriminatorio, tradicionalmente identificada con sus consecuencias a nivel fáctico. Una evaluación apropiada en torno a la cuestión de si una conducta verbal degradante en el ámbito laboral pertenece a la categoría de acoso sexual y si debe, por tanto, ser penalizada, requiere de un criterio objetivo que determine las condiciones bajo las cuales se puede decir que un acto de expresión representa, en sí mismo —en virtud de su contenido—, una infracción del *principio de igualdad cívica*. Este artículo se propone defender la posibilidad de establecer un criterio tal para evaluar las conductas verbales denigrantes por razón de género hacia las mujeres¹³⁴ como una forma de acoso sexual de tipo discriminatorio,¹³⁵ entendiéndolo como el único enfoque capaz de garantizar un equilibrio real entre el derecho a la libertad de expresión y el principio de igualdad. Con vistas a este fin, el artículo se estructura en tres momentos argumentativos principales: (1) en primer lugar, se pone de relieve el motivo por el cual se puede afirmar que los criterios para categorizar una conducta verbal como forma de acoso sexual que lógicamente se siguen de la legislación europea conllevan un riesgo injustificado para la libertad de expresión. (2) En segundo lugar, se analiza la condición por la cual se puede decir que un acto de expresión

70

¹³² Véase ‘Commission Decision of 26th April 2006 on the European Commission policy on protecting the dignity of the person and preventing psychological harassment and sexual harassment (Commission of the European Communities, C (2006) 1624/3)’. En adelante, ‘Commission Decision of 26th April 2006’.

¹³³ Una referencia relevante es la jurisprudencia americana, que usa frecuentemente el *estándar de razonabilidad* como criterio para evaluar demandas de acoso sexual ambiental.

¹³⁴ Si bien este artículo se centra en el caso de las conductas verbales degradantes en base al género hacia las mujeres, el criterio objetivo propuesto se erige como capaz de evaluar, a su vez, el conjunto de actitudes verbales degradantes en el ámbito laboral dirigidas a individuos pertenecientes a colectivos que se apartan de los roles de género tradicionales.

¹³⁵ De acuerdo con la legislación europea vigente, el acoso sexual es una forma de discriminación que entra en conflicto con el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Ver ‘Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast). (OJ L 204, 26.7.2006, pp. 23–36)’. En adelante, ‘Recast Directive of 5 July 2006’.

representa una violación del principio de igualdad. (3) En tercer lugar, y como resultado de un análisis acerca de la naturaleza real de la infracción que la libertad de expresión puede infligir sobre la igualdad de género, se presenta una propuesta de criterio objetivo para determinar si una conducta verbal tiene que ser considerada como una forma de acoso sexual o no dentro de los marcos de la ley antidiscriminación.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1.1. CONDUCTAS VERBALES DEGRADANTES POR RAZÓN DE GÉNERO. Las conductas verbales degradantes en base al género pueden clasificarse en dos tipos — *personales e impersonales*—, dependiendo de si expresan denigración hacia un individuo concreto o hacia un colectivo en general. Un ejemplo de conducta verbal degradante *personal* lo encontramos en el incidente ocurrido en un partido regional de fútbol en España el 4 de marzo de 2015, en que una árbitra fue insultada con distintos comentarios de raíz sexista, que iban desde “Puta” hasta “¡Vete a fregar que éste no es tu sitio!” y “¡Ojalá Franco levantara la cabeza y os mandara a vuestro sitio, la cocina!”.¹³⁶ A su vez, un caso de conducta verbal degradante *impersonal* es el de las recientes afirmaciones hechas por el europarlamentario Korwin-Mikke, quién, el 1 de marzo de 2017, en un acto plenario acerca la brecha salarial entre hombres y mujeres, no sólo dio por buena la existencia de esta brecha, sino que defendió y justificó la legitimidad de la misma, alegando que las mujeres son inferiores —física y mentalmente— a los hombres y que, por tanto, tienen que recibir un sueldo menor. Korwin-Mikke literalmente sostuvo que “Por supuesto las mujeres tienen que ganar menos que los hombres porque son más débiles, más pequeñas, menos inteligentes”.¹³⁷

71

1.2. EL MARCO LEGISLATIVO Y JUDICIAL EUROPEO SOBRE ACOSO SEXUAL. De acuerdo con la Comisión Europea, lo que esencialmente determina una conducta particular relacionada con el sexo como forma de acoso sexual es el hecho de que esta conducta sea “indeseada” por parte del sujeto receptor. Así se explicita en el párrafo 2.2 de la ‘Commission Decision of 26th April 2006’, en que *acoso sexual* se define como

conducta relacionada con el sexo que es indeseada por parte de la persona a quién es dirigida y que tiene el propósito o efecto de ofender a esta persona o crear un ambiente intimidatorio, hostil, ofensivo o perturbador. [...] La característica esencial del acoso sexual es que es indeseado por el receptor;

¹³⁶ https://elpais.com/deportes/2015/03/04/actualidad/1425486421_365302.html.

¹³⁷ <http://www.lavanguardia.com/internacional/20170301/42437102174/mujeres-ganar-menos-hombres-eurodiputado.html>.

así que le corresponde a cada individuo determinar qué comportamiento es aceptable para él y cuál considera ofensivo (Trad. propia de la autora).¹³⁸

Respecto a casos de conductas verbales denigrantes, pues, el primer requisito para evaluar si un acto de expresión constituye una forma de acoso sexual o no es la existencia de una *percepción subjetiva* de tal comportamiento como siendo inapropiado, es decir, ofensivo.¹³⁹ Una vez percibida y denunciada, la presunta conducta verbal de carácter “acosador” tiene que ser judicialmente evaluada con tal de determinar si realmente (y razonablemente) pertenece, o no, a la categoría de acoso sexual, y si debe, consiguientemente, ser respectivamente penalizada o no.¹⁴⁰ Para ello, los tribunales proceden a valorar si la conducta denunciada da lugar, al menos potencialmente, a un ambiente laboral que afecte negativamente las condiciones de trabajo de la supuesta víctima. En efecto,

72

[...] es una característica esencial del acoso de tipo discriminatorio el hecho de que es la opinión subjetiva de la víctima la que importa —le corresponde a cada individuo determinar qué comportamiento es aceptable para él y cuál considera ofensivo. No obstante, [...] en cierto modo se introduce un estándar objetivo mediante el requisito de que la conducta “cree un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo” (Trad. propia de la autora).¹⁴¹

Así pues, con tal de categorizar una conducta como una violación de la igualdad de género es necesario demostrar, en último término, que ésta puede dar origen a unas condiciones laborales desfavorables para la supuesta víctima.

1.3. APROXIMACIÓN EUROPEA A LA NATURALEZA DE LA INFRACCIÓN. Resulta crucial destacar que el mencionado *requisito de percepción subjetiva* acerca

¹³⁸ El término “indeseabilidad” debe ser entendido como “percepción subjetiva de la inadecuación de una conducta”, en vez de como lo que se podría definir como “rechazo a reciprocidad de una conducta sexual”. Así se hace claro por qué algunos países europeos no han introducido el término “indeseado” en sus definiciones legales de acoso sexual, a pesar de haber implementado las disposiciones de la Directiva europea en sus legislaciones nacionales —para una lista de tales países, véase European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, ‘Harassment related to Sex and Sexual Harassment Law in 33 European Countries. Discrimination versus Dignity’, *European Commission Justice* (2012); concretamente p. 13.

¹³⁹ Véase también la definición de la International Labour Office, que describe “acoso sexual” como un comportamiento que no es bienvenido y que resulta ofensivo para su receptor. ILO, ‘Sexual Harassment at Work (Fact Sheet)’, *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (2007).

¹⁴⁰ Legislativamente se reconoce la diferencia entre sentirse y ser víctima de acoso. Véase ‘Commission Decision of 26th April 2006’, párrafo 2.5.

¹⁴¹ European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, *Op.cit.*, p. 14.

de la impropiedad de una conducta como elemento esencial para determinar si ésta pertenece o no a la categoría de acoso sexual dentro del marco de la ley antidiscriminación va ligado a una concepción muy específica —e incompleta— del sentido en que un acto de expresión puede interferir con la igualdad de género. En tanto que la (razonable) percepción del carácter ofensivo de una conducta verbal se presenta implícitamente como condición necesaria para la existencia de acoso sexual de tipo discriminatorio —y, así, para su consecuente penalización—, el aspecto dañino de este tipo de comportamientos —la característica en virtud de la cual infringen la igualdad de género— se identifica con y se reduce a la consecuencia de afectar el sujeto receptor de tal modo que éste no pueda desarrollar su trabajo bajo condiciones apropiadas. Así, este *requisito de ofensa* surge de una noción según la cual las conductas verbales degradantes infringen la igualdad de género en el sentido de que impiden a las mujeres gozar de una igualdad de trato real en el trabajo.¹⁴² La violación de la igualdad de género infringida por una conducta verbal es entendida, pues, como una violación a nivel fáctico; es decir, una violación consistente en impedir la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo debido a la creación de un ambiente que obstaculiza el rendimiento laboral de éstas últimas en igualdad de condiciones.

73

Este artículo defiende que tal concepción es defectuosa, puesto que no captura la naturaleza verdadera y primaria de la infracción que las conductas verbales infligen sobre la igualdad de género. Por este motivo, los criterios para evaluar conductas verbales degradantes como formas de acoso sexual que se derivan de la concepción prevaleciente no pueden garantizar restricciones legítimas a la libertad de expresión.

2. EL *REQUISITO DE OFENSA*: UN RIESGO INJUSTIFICADO PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN. El requisito de percepción subjetiva del carácter ofensivo de una conducta, subyacente a la categorización legislativa europea de acoso sexual, conlleva un riesgo injustificado para la libertad de expresión. En aras a la claridad, resulta interesante distinguir entre el riesgo del *requisito de ofensa* en su calidad legislativa, por un lado, y el riesgo del mismo en el contexto del razonamiento judicial, por otro.

2.1. CONSECUENCIAS DEL *REQUISITO DE OFENSA* EN SU CALIDAD LEGISLATIVA. En primer lugar, es un fenómeno demostrado que existen diferencias entre los individuos —no sólo de sexo distinto, sino también entre los pertenecientes a un colectivo del mismo sexo— con relación a la percepción acerca de qué

¹⁴² La concepción que equipara el acoso sexual con una forma de discriminación por el hecho de entenderlo como una violación a la igualdad de trato en el trabajo se explicita en el párrafo 6 del Preámbulo de la ‘Recast Directive of 5 July 2006’.

conductas son, o no, apropiadas. Esta realidad no puede ser disociada de la estrecha relación existente entre el sistema de valores de una persona y su socialización y educación.¹⁴³ Tal hecho hace que el *requisito de percepción de ofensa* ante una conducta suponga, ya en su misma calidad legislativa, un grave peligro para la libertad de expresión, puesto que puede fomentar que los empleadores restrinjan la libertad de expresión en el trabajo de forma injustificada, como medida preventiva para proteger las distintas sensibilidades personales de los empleados ante posibles ofensas y evitar, así, tener que confrontar procesos judiciales de evaluación de demandas de acoso presentadas por parte de trabajadores presuntamente afectados por tales conductas dentro de institución, el resultado de los cuáles resulta enigmático dada la ambigüedad a la que se enfrenta la valoración de la consistencia del alegato de ofensa. Como mencionado anteriormente, actualmente, para determinar judicialmente si cierta conducta verbal es una forma de acoso sexual y debe, por tanto, ser penalizada, es necesario evaluar si ésta da lugar a un entorno que afecta negativamente las condiciones laborales de la supuesta víctima. Tal evaluación no parece problemática en casos de conductas verbales degradantes *personales*, puesto que éstas se dirigen a un blanco particular que, con seguridad, se sentirá suficientemente ofendido como para legítimamente considerar que tales actos de expresión crean un entorno laboral hostil para el mismo. No obstante, una dificultad se hace visible en los casos *impersonales*, en que las conductas no se dirigen hacia una persona en particular, sino que expresan denigración hacia el colectivo de mujeres en general. En éstos, la percepción de ofensa depende todavía más de la socialización —y de una mayor o menor asimilación e internalización de los estereotipos de género— que en los casos de conductas verbales degradantes *personales*, y no está claro cómo determinar hasta qué punto una ofensa perpetrada por este tipo de comportamientos altera las condiciones laborales de un oyente de forma tan severa como para ser considerada una infracción a la igualdad de género. Dadas las diferencias en la *percepción de ofensa*, pues, establecer legislativamente esta última como elemento crucial para categorizar una conducta verbal como forma de acoso sexual supone una amenaza para la libertad de expresión, ya que la ambigüedad acerca de si una conducta puede ser, de hecho, suficientemente ofensiva como para ser considerada perjudicial para la igualdad de trato en el ámbito laboral puede llevar a promover restricciones preventivas y penalizaciones injustificadas de la libertad de expresión, únicamente en vistas a proteger sensibilidades personales.¹⁴⁴

¹⁴³ HANH NGUYEN, MARIA ROTUNDO and PAUL R.SACKETT, *Op. cit.*

¹⁴⁴ Este peligro ha sido resaltado por críticos de la vaguedad de los estándares de la ley sobre acoso. Véase E. VOLOKH, 'Freedom of Speech and Workplace Harassment', *UCLA Law Review*, 39 (1992), pp. 1791-1872; concretamente pp. 1809-1814.

2.2. CONSECUENCIAS DEL REQUISITO DE OFENSA EN EL CONTEXTO DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL. En segundo lugar, introducir la *percepción de ofensa* como elemento esencial para la existencia de acoso sexual favorece que, en el contexto judicial concerniente a las conductas verbales, los tribunales centren su evaluación en la consistencia del alegato de ofensa. Para determinar si cierta conducta es una forma de acoso sexual y debe ser penalizada, los tribunales tienen que concluir si ésta puede, en efecto, crear un ambiente laboral hostil. Tal evaluación resulta problemática en el caso de las conductas verbales degradantes, puesto que parece complicado aportar pruebas objetivas para demostrar hasta qué punto un acto de expresión ha afectado a un oyente tan severamente como para alterar sus condiciones de trabajo.¹⁴⁵ La misma legislación promueve, pues, que la evaluación judicial acerca de si una conducta verbal crea, o no, un ambiente laboral hostil se reduzca, principalmente, a la cuestión de si esta conducta puede ser efectivamente considerada como “razonablemente ofensiva”¹⁴⁶ y, por tanto, como capaz de alterar las condiciones laborales de un trabajador. Este *estándar de razonabilidad* es problemático por dos motivos: (1) por un lado, presenta retos inherentes que lo hacen poco práctico y, (2) por otro, es incapaz de dar como resultado restricciones legítimas a la libertad de expresión, ya que su uso está ligado a una concepción errónea acerca de la verdadera naturaleza de la infracción que las conductas verbales degradantes infligen a la igualdad de género.

2.2. (1) RETOS INHERENTES DEL ESTÁNDAR DE RAZONABILIDAD. Los retos inherentes del *estándar de razonabilidad* tienen que ver con su ambigüedad, ya que no está clara la perspectiva desde la que tal “razonabilidad” debe ser entendida. Indiscutiblemente, la “razonabilidad de ofensa” de un individuo —esto es, las razones fundadas que éste tiene para considerar una conducta como siendo ofensiva y perjudicial para él o cierto colectivo— está ligada a un mayor contexto estructural en que la percepción de ofensa tiene lugar. Como señalo, las diferencias entre los individuos en relación con la percepción sobre la adecuación de una conducta no pueden ser desconectadas de las diferencias en sus experiencias de socialización, las

¹⁴⁵ Contrariamente, en el caso del acoso sexual *quid pro quo* ciertas pruebas objetivas como informes médicos sobre daños físicos o psicológicos pueden contribuir a demostrar que la conducta denunciada realmente infringió la igualdad de género.

¹⁴⁶ En efecto, con relación al área judicial europeo, “[...] la cuestión acerca de si ésta (la evaluación de si la conducta presuntamente “acosadora” crea un ambiente laboral hostil) debería llevarse a cabo desde un estándar general de ‘razonabilidad’ o un estándar de la ‘mujer razonable’ ha sido motivo de preocupación tanto de los tribunales como de la doctrina” (Trad. propia de la autora). European Network of Legal Experts in the Field of Gender Equality, *Op. cit.*, p. 14.

cuales tienen que ver, en última instancia, con el lugar real que los individuos ocupan dentro de la sociedad en base a ciertas características particulares como el sexo, la raza, la religión o el nivel socioeconómico.¹⁴⁷ Tomando este fenómeno en consideración, se podría argumentar que la razonabilidad de una ofensa no puede desvincularse de este contexto y que, en el fondo, una ofensa siempre podría ser considerada como justificada con relación a la posición de la víctima dentro de la sociedad.

Ante esta problemática, no hay consenso europeo sobre si el *estándar de razonabilidad* debería ser aplicado por los tribunales desde la perspectiva de la “persona razonable” o si debería, en cambio, endorsar una perspectiva fiel a la razonabilidad de la víctima y ser entendido, pues, como un estándar de razonabilidad en base al género.¹⁴⁸ En el caso de las conductas verbales degradantes hacia mujeres, esta última opción se traduciría en un criterio de la “mujer razonable”, la aplicación del cual significa valorar si una conducta verbal degradante en base al sexo podría ser considerada suficientemente ofensiva como para crear un ambiente laboral perturbador desde el punto de vista de una “mujer razonable”.

76

Este criterio presenta, a su vez, algunos problemas. En primer lugar, no está claro, de nuevo, cómo tiene que entenderse exactamente la noción de “mujer razonable”. ¿Cuál es el modelo de “mujer razonable” que debe ser tomado como referencia para evaluar la legitimidad de una ofensa? No hay unanimidad, dentro del colectivo de mujeres, acerca de qué conductas son apropiadas o no. Dado que esta divergencia surge de un contexto estructural más amplio, nos encontramos con que cada alegato de ofensa es susceptible de ser considerado razonable con relación a la posición particular del demandante dentro de la sociedad. En efecto, en tanto que el criterio de “mujer razonable” intenta determinar qué conductas son *de facto* ofensivas para un individuo partiendo del punto de vista subjetivo de la víctima, aparece una dificultad: hay una gran variedad de características de la víctima que podrían ser tomadas en consideración a la hora de fundamentar una experiencia de ofensa como razonable y que, por tanto, deberían ser lógicamente incorporadas como definitorias del estándar de “mujer razonable”. Ante esta complejidad, algunos críticos se han manifestado en desacuerdo con la preocupación subyacente al estándar de razonabilidad en base al género —consistente en atender a las diferentes características particulares de un individuo que podrían influenciar razonablemente su

¹⁴⁷ Véase M.A. MEADS, ‘Applying the Reasonable Woman Standard in Evaluating Sexual Harassment Claims: Is it Justified?’, *Law and Psychology Review*, 17 (1993), pp. 209-223.

¹⁴⁸ Ni siquiera en la jurisprudencia de Estados Unidos, donde el *estándar de razonabilidad* es comúnmente aplicado, encontramos tal consenso. Ver N. NEWMAN, ‘The Reasonable Woman: Has She Made a Difference?’, *Boston College Third World Law Journal*, 27 (2007/2), pp. 529-556.

percepción de ofensa—, poniendo de relieve el peligro de regreso al infinito¹⁴⁹ que conlleva con respecto a la concreción de la noción de “razonabilidad” de la víctima. Dado que no existe universalidad en la razonabilidad de la percepción de ofensa dentro del colectivo de mujeres, el criterio de “mujer razonable” sigue siendo demasiado ambiguo para evaluar si una conducta verbal concreta puede ser considerada como creando un ambiente laboral hostil o no. En segundo lugar, evaluar la naturaleza “acosadora” de una conducta verbal en base a su carácter “ofensivo” para una “mujer razonable” —y, por tanto, restringir la libertad de expresión con motivo de aquello que puede ser considerado como ofensivo para una mujer— supone una medida muy contraproducente. Como señala Strossen,¹⁵⁰ proteger a las mujeres de los actos de expresión que éstas podrían percibir como ofensivos en relación con su sexo implica un paternalismo perjudicial hacia las mismas, las cuáles parece que tienen que ser protegidas ante situaciones como bromas sexuales en el trabajo que podrían hacerles sentir incómodas. Aplicar el criterio de la “mujer razonable” no hace más que reforzar, pues, los estereotipos sexistas acerca la hipersensibilidad de este colectivo.

77

2.2. (2) PROBLEMA FUNDAMENTAL DEL *ESTÁNDAR DE RAZONABILIDAD*. A parte de los retos inherentes del *estándar de razonabilidad*, tanto el criterio de la “mujer razonable” como el de la “persona razonable” presentan un problema fundamental previo. Por el hecho de centrar la evaluación de las conductas verbales en torno la cuestión de si éstas pueden “razonablemente” crear un ambiente laboral hostil o no, ponen el énfasis decisivo de la categorización de una conducta verbal como forma de acoso sexual en la dimensión ofensiva de ciertos actos de expresión. El carácter de “acoso” de una conducta verbal depende, pues, de si ésta puede ofender al oyente y, por tanto, afectar sus condiciones laborales por el hecho de crearle un ambiente incómodo. Como consecuencia, este estándar puede llevar al resultado de fundamentar restricciones a la libertad de expresión en el ámbito laboral esencialmente en base al justificable carácter ofensivo de ciertos contenidos, como, por ejemplo, el de las bromas sexuales estereotipadas.

Restringir la libertad de expresión fundamentalmente en base a aquello que puede ser considerado ofensivo supone una interferencia muy cuestionable con este derecho, ya que, como se defenderá, la infracción que

¹⁴⁹ Véase S. ASHRAF, ‘The Reasonableness of the “Reasonable Woman” Standard: An Evaluation of Its Use in Hostile Environment Sexual Harassment Claims Under Title VII of the Civil Rights Act’, *Hofstra Law Review*, 21 (1992/2), pp. 483-504; concretamente p. 500; y M.A. MEADS, *Op.cit.*, concretamente pp. 220-221.

¹⁵⁰ N. STROSSEN, ‘Regulating Workplace Sexual Harassment and Upholding the First Amendment — Avoiding a Collision’, *Villanova Law Review*, 37 (1992/4), pp. 757-785.

las conductas verbales denigrantes por razón de sexo infligen a la igualdad de género no se encuentra en el hecho de que, debido a que son ofensivas, son (potencialmente) causantes de un ambiente laboral hostil equivalente a una violación del derecho a la igualdad de trato en el ámbito laboral, sino en el hecho de que ellas mismas son, en sí, una ruptura del principio de igualdad —entendiéndolo en el sentido más amplio de “igualdad cívica”—. De esta forma, el problema primordial del *estándar de razonabilidad* y sus diferentes criterios derivados es que su dimensión subjetiva lo hace incapaz de abordar apropiadamente la problemática esencial de las conductas verbales denigrantes por razón de género en el ámbito laboral. En última instancia, pues, la inadecuación del *estándar de razonabilidad* que se deriva de la legislación europea actual para evaluar una conducta verbal degradante como forma de acoso sexual procede de una conceptualización incompleta del “daño” que este tipo de conductas suponen para la igualdad de género. Lejos de la concepción subyacente tanto tras la definición de “acoso sexual” de la Comisión Europea —que introduce el *requisito de percepción de ofensa* respecto de una conducta por parte del sujeto receptor— como tras los criterios de evaluación que lógicamente se derivan de ésta —en tanto que tienen que basar la valoración de los casos en la “razonabilidad” de tal *percepción de ofensa*—, el carácter “acosador” de una conducta verbal degradante no es reducible ni primariamente identificable con el “daño” que tal comportamiento supone para un individuo particular en un lugar de trabajo concreto en términos de igualdad de trato.

78

3. ANÁLISIS DE LA NATURALEZA DE LA TRANSGRESIÓN QUE LAS CONDUCTAS VERBALES DEGRADANTES INFLIGEN A LA IGUALDAD DE GÉNERO. Se pretende defender, pues, que la razón fundamental por la cual un acto de expresión puede ser restringido no reside en el hecho de que, al ser “razonablemente percibido como ofensivo” por parte de un sujeto, éste puede ser declarado como alterando las condiciones laborales del oyente injustificadamente. En vistas a clarificar esta postura, resulta útil recordar el caso particular de conductas verbales degradantes hacia la árbitra española.¹⁵¹ Si se reflexiona acerca de la razón por la cual estas conductas verbales degradantes pueden ser penalizadas, parece contra-intuitivo afirmar que, en caso de que la árbitra no hubiese percibido los insultos como ofensivos o bien no los hubiera ni oído —situación en que, por tanto, éstos no hubieran sido percibidos como creando un ambiente laboral hostil para ella—, estas conductas no hubieran violado el principio de igualdad y no hubiesen sido, por tanto, sancionables. En efecto, se puede argumentar que la razón por la cual estos actos de expresión pueden ser legítimamente restringidos en el ámbito laboral no reside (meramente) en el hecho de ser razonablemente

¹⁵¹ Ver supranota 8.

percibidos como ofensivos y como alterando, así, injustificadamente, las condiciones laborales del oyente, sino en algo más que los hace susceptibles de ser sancionados incluso en el caso de que la receptora de los mismos no se hubiese sentido ofendida por ellos. Aceptar esto, no obstante, implica tener que aceptar que: o bien (1) la existencia de un ambiente laboral hostil —como desigualdad en las condiciones laborales— va más allá de la condición de ser percibido como tal por parte de un sujeto particular; o bien (2) la característica que esencialmente determina una conducta verbal degradante como forma de acoso sexual no se reduce a un daño de naturaleza consecencial —es decir, la característica por la cual una conducta verbal degradante infringe el principio de igualdad no se identifica con sus consecuencias a nivel fáctico—. Este artículo defiende que estas dos premisas no son mutuamente excluyentes, y que, de hecho, ambas se cumplen en el caso de las conductas verbales degradantes en base al género. Así mismo, la segunda de ellas permite establecer un criterio de evaluación objetivo, orientado al contenido de las conductas verbales, para legitimar adecuadamente restricciones a la libertad de expresión en aras de la igualdad de género.

79

3.1. CONTRA LA IDEA DE QUE LA INFRACCIÓN A LA IGUALDAD DE GÉNERO IMPLICA NECESARIAMENTE UNA *PERCEPCIÓN DE OFENSA*: EL “DAÑO” DE LAS CONDUCTAS VERBALES A NIVEL ESTRUCTURAL. Una conducta verbal degradante por razón de sexo puede violar el principio de igualdad de género independientemente de si tiene el efecto de alterar negativamente las condiciones laborales de un individuo particular como resultado directo de la percepción subjetiva de este último por lo que a la “inadecuación” de la conducta se refiere. Resulta razonable afirmar que la condición por la cual un acto de expresión atenta contra la igualdad de género en el ámbito laboral puede tener que ver con el daño de tal conducta a nivel estructural, y no exclusivamente a nivel particular de un determinado sujeto. En efecto, una conducta verbal degradante en base al género, en tanto que emisión de prejuicios de raíz sexista, favorece la perpetuación de estereotipos sexistas arbitrarios en el imaginario colectivo. Esto puede dar lugar a injusticias estructurales, ya que tales estereotipos ideológicos promueven que la sociedad sea organizada de acuerdo con roles tradicionales sexistas y con una concepción acerca la división de las tareas de tipo discriminatorio por razón de género. Por este motivo, se puede decir que una conducta verbal degradante infringe la igualdad de género de forma indirecta, en tanto que fomentando una estructura social e institucional que impide que las mujeres gocen de una igualdad real en el ámbito laboral.

Así pues, parece justificado afirmar que un acto de expresión puede ser una forma de acoso sexual —es decir, puede colisionar con la igualdad de

género en tanto que obstaculizando tal igualdad respecto al ámbito laboral— incluso en el caso de que haya una ausencia de percepción particular acerca de su inadecuación; lo que implica una ausencia de daño directo para un oyente a nivel de igualdad de condiciones laborales en un puesto de trabajo concreto —esto es, una ausencia de ambiente laboral hostil percibido y conscientemente sufrido por parte del mismo—. En consecuencia, un razonamiento judicial basado esencialmente en la “razonabilidad de la ofensa” para evaluar una conducta verbal degradante por razón de género como forma discriminatoria de acoso sexual resulta deficiente, puesto que es incapaz de justificar sanciones hacia conductas verbales que violen el principio de igualdad a nivel fáctico, pero en sentido estructural.

3.2. EL VERDADERO “DAÑO” DE UNA CONDUCTA VERBAL DEGRADANTE A LA IGUALDAD DE GÉNERO: “DAÑO” EN TÉRMINOS APRIÓRICOS, COMO VIOLACIÓN DEL *PRINCIPIO DE IGUALDAD CÍVICA*. La característica esencial que hace de una conducta verbal degradante en base al género una forma de acoso sexual —y, por tanto, la razón fundamental para la restricción de la libertad de expresión— no se identifica, en última instancia, con un daño de tipo consecuencial, ni a nivel subjetivo ni a nivel estructural. ¿Qué es exactamente, entonces, lo que hace que una conducta verbal degradante viole el principio de igualdad, y cómo debería ser concebida la ontología de esta transgresión? De nuevo, los ejemplos concretos tanto de la árbitra como del político arrojan cierta luz sobre esta cuestión, y permiten advertir que es cierto tipo de contenido expresado aquello que, por sí mismo, hace que un acto verbal colisione esencialmente con el principio de igualdad. Si se toman estos casos en consideración, se ve claramente que el contenido de estas conductas verbales se caracteriza principalmente por denigrar las competencias laborales de las mujeres con motivo de su género.¹⁵² Esto equivale, en realidad, a una violación de la igualdad de género a nivel *apriórico* —independientemente, pues, de la potencial y subsecuente creación, o no, de un ambiente laboral hostil—.

Con tal de clarificar esta aproximación a la naturaleza de la infracción, resulta interesante remitirnos a la concepción de J. Waldron acerca las expresiones de odio hacia otros como violación a su dignidad cívica¹⁵³ —en tanto que estas expresiones, basadas en factores arbitrarios, son brechas al reconocimiento del igual derecho de los otros a los fundamentales de justicia como miembros del mismo Estado—. El razonamiento planteado por Waldron se nos presenta como un enfoque muy apropiado para entender la dimensión esencial de la transgresión que las conductas verbales

¹⁵² Ver supranotas 7 y 8.

¹⁵³ J. WALDRON, ‘Dignity and Defamation: The Visibility of Hate’, *Harvard Law Review*, 123 (2010/7), pp. 1596-1657.

degradantes infligen a la igualdad de género. En efecto, permite tomar conciencia de que la característica fundamental que hace que una conducta verbal degradante sea una forma de acoso sexual de tipo discriminatorio es el hecho de que tal conducta, en virtud de su contenido, ponga en entredicho el estatus cívico básico de las mujeres como miembros de un Estado liberal —es decir, su derecho (formalmente reconocido) a los fundamentales de justicia para una vida apropiada con motivo de su ciudadanía—. En tanto que un acto verbal denigra las competencias laborales de las mujeres por razón de su género, tal conducta niega, por medio de su contenido, que las mujeres merezcan, de hecho, un estatus cívico con igualdad de condiciones dentro del Estado —es decir, refuta la legitimidad de considerarlas como ciudadanas con iguales derechos en virtud de su membresía en el Estado—. Negar la adecuación de las mujeres para desarrollar ciertas tareas laborales apelando a una inferioridad mental con motivo de su género significa un asalto a la idea de que este colectivo es merecedor, en virtud de su ciudadanía, de una igualdad de opciones para progresar y vivir de acuerdo con sus preferencias personales sin interferencias de carácter arbitrario. Las conductas verbales degradantes, pues, en tanto que su contenido implica esta idea, violan el *principio de igualdad cívica* formalmente garantizada y aplicada por el Estado, puesto que cuestionan su legitimidad. En consecuencia, violan la igualdad de género, que se encuentra implícita en el mismo principio de igualdad entre individuos como ciudadanos de un Estado liberal.

81

Así pues, es un contenido semántico muy particular aquello que hace que una conducta verbal degradante colisione primaria y esencialmente con la igualdad de género. Por este motivo, la violación que la libertad de expresión puede infligir a la igualdad de género no tiene, fundamentalmente, una naturaleza consecucional, sino apriórica. Por tanto, para ser legítimas, las restricciones a la libertad de expresión en nombre de la igualdad de género tienen que erigirse en torno a esta concepción de la infracción. Y es que esta ruptura apriórica con el principio de igualdad es razón suficiente para la restricción de la libertad de expresión. En efecto, poner en duda, por motivo de género, el derecho a la igualdad con relación al estatus socio-legal dentro del Estado liberal es algo que, por el bien y salvaguardia de los derechos humanos, no puede ser tolerado, bajo ningún concepto, en pleno siglo XXI.

4. UN CRITERIO OBJETIVO PARA LEGITIMAR RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL. Existe, pues, una dimensión objetiva de la violación que las conductas verbales pueden infligir a la igualdad de género —consistente en la colisión ontológicamente *apriórica* de éstas con el principio de igualdad entre individuos como ciudadanos—.

Consecuentemente, es posible establecer un criterio objetivo para evaluar judicialmente qué conductas verbales degradantes son una forma de acoso sexual y, por tanto, legítimamente sancionables en el ámbito laboral. Este criterio se orientará al contenido de la conducta verbal y permitirá fundamentar restricciones a la libertad de expresión en el trabajo de forma apropiada; es decir, en consonancia con la naturaleza de la infracción perpetrada por tales conductas —garantizando, así, un equilibrio consistente entre el derecho a la libertad de expresión y la igualdad de género—. A continuación, sugiero una estipulación minimalista de este criterio de evaluación; a saber:

una conducta verbal degradante en el ámbito laboral será una forma discriminatoria de acoso sexual y, por tanto, legítimamente sancionable, en tanto que represente, en virtud de su contenido expresado, denigración de las competencias laborales en base al género, independientemente de si tal acto de expresión es dirigido a un individuo particular o a un colectivo en general.

82

Resulta crucial destacar que este criterio debe usarse tanto en casos de conductas verbales degradantes *personales* como *impersonales*, si lo que en última instancia se pretende es evaluar una conducta como forma de acoso sexual dentro del marco de la ley antidiscriminación.¹⁵⁴ Toda conducta verbal que pueda considerarse una forma discriminatoria de acoso sexual, pues, tiene que ser evaluada en función de si el contenido expresado degrada las competencias laborales en base al sexo, dado que este criterio es fiel a la naturaleza primordial de la violación que estas actitudes infligen al principio de igualdad de género —y capaz, consiguientemente, de aportar una justificación legítima para las restricciones a la libertad de expresión en el trabajo para la salvaguardia del susodicho principio—.

Con relación a las conductas verbales degradantes *impersonales*, por ejemplo —complicadas de abordar desde los criterios que derivan del marco legislativo europeo—, el criterio objetivo propuesto promovería restricciones a la libertad de expresión en el ámbito laboral solamente en el caso de que éstas pudieran ser legitimadas por el derecho a la igualdad cívica. En consecuencia, mientras que éste criterio no legitimaría prohibir chistes sexuales estereotipados en el trabajo en base al hecho de que éstos ofenden a un oyente —a pesar de que su objetualización de las mujeres es razonablemente ofensiva—, sí que penalizaría, en cambio, las conductas

¹⁵⁴ Esto es relevante, puesto que una conducta verbal degradante *personal* podría ser sancionada por el hecho de crear un ambiente laboral hostil para un individuo sin tener que definirla necesariamente como forma de discriminación sexual, sino catalogándola de acoso psicológico, por ejemplo.

verbales degradantes *impersonales* en caso que éstas denigren la competencia laboral de las mujeres por razón de su género (denigración que puede darse, también, en forma de chistes) —independientemente, pues, de si existe, o no, una percepción subjetiva del carácter ofensivo de tales conductas—. De este modo, el criterio defendido supera en creces el *estándar subjetivo de razonabilidad* para la evaluación de conductas verbales como formas discriminatorias de acoso sexual, puesto que garantiza mejor los objetivos sociales de protección de la libertad de expresión respecto de interferencias arbitrarias, por un lado, y de protección de la igualdad respecto de formas de discriminación en base al género, por otro.

Ante un alegato de conducta verbal “inapropiada”, y en vistas a concluir en su penalización, los tribunales deberían proceder a usar este criterio objetivo, en lugar del subjetivo *estándar de razonabilidad*. La cuestión decisiva tiene que ser, pues, si la conducta verbal denunciada infringe, en virtud de su contenido, el principio de igualdad cívica (en el sentido de impugnar el estatus cívico de ciertos ciudadanos), en vez de si la conducta es “razonablemente” ofensiva y, por consiguiente, origen de una desigualdad de condiciones laborales por razón de género.

83

5. CONCLUSIONES. En resumen, los criterios que lógicamente se siguen de la legislación europea vigente para la evaluación de conductas verbales degradantes como formas de acoso sexual tienen una dimensión subjetiva que no captura el sentido en que estas conductas son, de hecho, formas discriminatorias de acoso sexual, dado que toman las (potenciales) consecuencias fácticas de estas conductas como el elemento fundamental y definitorio de su carácter “acosador” —aquél en virtud del cual se viola la igualdad de género—. Por el contrario, una conducta verbal degradante no transgrede la igualdad de género por mor de sus efectos —ya tengan lugar a nivel particular sobre un individuo o a nivel estructural—, sino que lo hace en virtud del contenido expresado, en tanto que éste viola la igualdad de género aprióricamente, mediante la transgresión del *principio de igualdad cívica*. Una evaluación judicial apropiada acerca la cuestión de si una conducta verbal tiene que ser considerada como forma de acoso sexual debe fundamentarse, pues, en un criterio objetivo orientado al contenido, por medio del cual los tribunales puedan penalizar conductas verbales degradantes en base a aquello que las hace colisionar esencialmente con la igualdad de género. Así pues, la creación de un ambiente laboral hostil, aunque relevante, tiene que ser entendida como una consecuencia potencial de las actitudes verbales de acoso sexual, las cuáles pueden ser sancionadas independientemente de si este ambiente ha sido realmente creado —y, por tanto, percibido como tal por parte de una(s) trabajadora(s) — o no. Por consiguiente, ante una presunta conducta verbal de acoso sexual, los

tribunales deberían centrarse en analizar hasta qué punto el propio contenido expresado significa un ataque a la igualdad cívica de un individuo/colectivo por razón de su género, en lugar de intentar catalogar una conducta como forma de acoso sexual en virtud de si ésta podría “razonablemente” ser considerada como fuente potencial de un ambiente laboral hostil; es decir, si podría ser entendida como “razonablemente ofensiva”.

Resulta interesante mencionar que algunas de las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea parecen haber empezado a cambiar, recientemente, la concepción de acoso sexual como forma de discriminación hacia una interpretación más cercana a la propuesta en este artículo. Este es, por ejemplo, el caso de España, en cuya definición de “acoso sexual” no se explicita la necesidad de que la conducta degradante sea indeseada y, por tanto, percibida como ofensiva por parte de un sujeto.¹⁵⁵ A su vez, parece que a nivel europeo se ha avanzado también en este sentido, en tanto que la ‘Recast Directive of 5 July 2006’, aunque no vinculante, modifica la definición de “acoso sexual” que aparece en la ‘Commission Decision’ de abril de este mismo año, sustituyendo la noción de “ofensa” a la víctima por la de “violación a la dignidad” de ésta. No obstante, con tal de poder enmarcar legislativamente el acoso sexual como forma de discriminación por razón de género, el término “dignidad” no es suficiente, y debería ser especificado como “dignidad cívica”.

84

Por último, este artículo espera poder contribuir a los debates acerca la fundamentación de los límites de la libertad de expresión en la esfera pública en general, poniendo de relieve que toda restricción, para ser legítima, debería ser hecha en nombre de la igualdad cívica, y ser fundamentada, por tanto, no en base a la protección de sensibilidades personales frente a la ofensa, sino en una evaluación objetiva del daño apriorístico del contenido expresado.

¹⁵⁵ Ver Artículo 7 de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.