

V. COMENTARIO DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL JUICIO DE AMPARO DIRECTO 47/2013. "ACOSO LABORAL: MOBBING"

*Dra. Lucía Raphael De La Madrid**

1. INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos humanos con perspectiva de género abre un panorama totalmente nuevo y necesario para la comprensión e interpretación de los derechos de las mujeres, pero también, por su construcción interdisciplinaria y transversal, nos da puntos de análisis novedosos y trascendentales para el estudio de los derechos humanos en general. Cuando nos percatamos que la ley y el derecho no son construcciones neutras, y que responden a una perspectiva tradicional falocéntrica y androcéntrica, como todo quehacer humano, comenzando por la reflexión que dio origen a los principios fundamentales del derecho, a las antes llamadas garantías individuales —hoy derechos humanos—, a todos los principios detrás de la construcción de los ideales humanistas más elevados de nuestro pensamiento.

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

De manera tal que la perspectiva de género nos pone frente a la necesidad de analizar, desde muchas otras lentes diversas al derecho, la forma en que cierta noción de la justicia está construida desde la mirada de aquellos grandes pensadores; los hombres que construyeron dichas ideas, culturas y herramientas pensadas para una justicia universal, desde una mirada parcial: la masculina y dominante. La integración de este pensamiento con perspectiva de género, cuyo origen fue y es el feminismo (los feminismos) ha permitido ver las limitantes de las realidades que pretende regir el derecho androcéntrico como idénticas en igualdades y ha permitido al derecho mismo evolucionar, insertando como forma de evolución el reconocimiento de la inequidad del derecho frente a mujeres como frente a hombres; desembozando en el desarrollo de la noción de igualdad sustantiva.

La iniciativa e intervención de las feministas en las distintas herramientas jurídicas, primero en el ámbito internacional y luego en el nacional, han logrado hacer notar las carencias de dicha perspectiva masculinista y ha permitido una evolución al interior mismo de la ley, que hoy reconoce la tendencia histórica, de constante exclusión, no sólo de las mujeres, sino también de cualquier persona o ente viviente en el planeta que no forme parte del paradigma masculino ("hombre, blanco, propietario, alfabetizado, etc..."). Podemos notar en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que la naturaleza humana ha demostrado su tendencia a la desigualdad, a la inequidad y al abuso, desde una perspectiva de dominación así, dicho texto afirma que:

... Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre [y

de la mujer], el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad...¹

La invisibilización de las profundas desigualdades en las construcciones culturales, sociales y jurídicas es parte inherente de la misma, la cual ha permitido que nuestra cultura se sustente en dicha desigualdad como sistematización basada en una visión dicotómica, que evita el reconocimiento de las diferencias y, por tanto, el reconocimiento honesto de estas carencias permite invertir esta lógica, "visibilizando" desde teorías ya no sólo feministas, hoy también desde el garantismo, la filosofía del derecho, las ciencias políticas, las teorías críticas, etcétera, una ruta crítica que abre las puertas a la interdisciplina y la integración de documentos como el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que permiten aceptar que para cambiar las cosas a favor de una justicia más incluyente hay que partir de la idea de que, por principio, nuestra cultura jurídica no lo es. Esta evolución paulatina en los temas de justicia e igualdad sustantiva ha ido marcando otra manera de hacer justicia, gracias a dicha perspectiva de género, esta mirada ha permitido sumarse a la defensa de los derechos de las minorías, de las diversidades, incidir en la aceptación del reconocimiento de la desigualdad en muchos planos, que se suma a las luchas laborales, al desarrollo en su momento de las garantías sociales y la integración del reconocimiento de muchas formas de subjetividades al interior de los distintos derechos y las diversas disciplinas del derecho.

¹ Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>.

Hoy, gracias a la suma de estas evoluciones, existen convenciones para eliminar las distintas formas de discriminación, así como leyes que buscan dar a las mujeres acceso a una vida libre de violencia; de igual forma, existen organismos internacionales que han elaborado reflexiones y herramientas jurídicas para la defensa y protección de las y los trabajadores; y sus contenidos son verdaderos tratados que enuncian, de manera muy metódica, realidades sumamente contrarias a los derechos humanos, y se han planteado claramente con el fin de cambiarlas y llevarlas a la construcción de una posibilidad distinta, del acceso a una justicia diferente, con aspiraciones de realidad y de inclusión, como armas para apropiarnos de ellas y hacerlas viables para una mayoría. De igual manera, se ha abierto la comprensión de la justicia y de las herramientas para alcanzarla (o intentar alcanzarla); a la comprensión de que deben ser ayudadas y analizadas desde la transdisciplina, de forma tal que hoy una o un Juez o Ministro concienzudo y comprometido con su labor, se hace ayudar por especialistas que aportan en sus temas desde las ciencias humanas y las ciencias médicas, según sea el caso, como ocurre con la perspectiva de género, cuya definición parte de ser una herramienta de análisis transversal y transdisciplinaria, cuyo entrecruzamiento para ello pasa por la sociología, la antropología, el derecho, la psicología, el psicoanálisis, etcétera. Hoy, el derecho laboral y los derechos humanos requieren, para definir sus temas y alcanzar sus objetivos, de esta mirada transdisciplinaria, transversal e intercultural.

Es así como surgen conceptos como el *mobbing*, el *bullying*, el *grooming*, términos que vienen del inglés y de la interdisciplina, los cuales han sido retenidos en el lenguaje jurídico por la amplitud de su definición en las situaciones que expresan y que han ido tomando de manera cada vez más presente la escena

de los derechos humanos; sus violaciones y su defensa; comenzando por los derechos laborales que desde la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) —entre otras— buscan combatir, primero, a través del reconocimiento de su existencia como un problema cada vez más presente y serio, ya que estas realidades siempre han existido y que al mismo tiempo, como el caso de la misoginia y la violencia contra las mujeres, han formado parte de las relaciones humanas desiguales, de esta nuestra cultura para el poder, y desgraciadamente se han ido agudizando conforme se instala una cultura del mercado sobre la cultura de los derechos humanos. Me parece fundamental, en este sentido, reconocer el esfuerzo por legislar y por nombrar dichas situaciones en pos de un cambio de cultura humana, laboral, subjetiva, y creo que así como el feminismo cambió la geografía y ha enriquecido la perspectiva de los derechos humanos y de las ciencias sociales para siempre (aunque falte mucho por hacer), ha abierto otras posibilidades a la mirada de las ciencias, las artes, las disciplinas y los espacios del conocimiento que, desde la Ilustración, han marcado las promesas de la modernidad. En ese mismo sentido y leyendo la sentencia que nos ocupa, cuyo comentario la SCJN me honró en pedirme que realizara —a través de su *Serie Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*—; y como es de imaginarse, mi propia formación y líneas de investigación no me permiten hacer dichos comentarios, sino desde esta misma perspectiva.

Creo, por tanto, que es trascendental subrayar las aportaciones que pueden hacer la perspectiva de género y las ciencias, como el psicoanálisis y la psicología en el presente análisis, porque considero que el tema del *mobbing* se marca, precisamente, por una conducta no demostrable de manera fácil por parte de la

víctima y se define de manera tan dramática por los elementos que conforman la cultura patriarcal, jerárquica y dominante que determina a Occidente. Es evidente que en México tiene connotaciones agudas y patológicas y como sabemos, los Poderes de la Unión no están exentos de estos elementos culturales y sociales en los que la discriminación no sólo afecta a las mujeres, sino también a los hombres.

Una sentencia de amparo favorable a una demanda de *mobbing* como ésta, sentaría un importante precedente para temas de acoso laboral que dieran elementos a nuevos casos para poder sentar un precedente, o hacer una nueva propuesta. Para su comentario fueron revisados casos y sentencias que fueron pronunciados en Argentina y España, en donde hay una ley para tratar estos temas. Es interesante observar que en los asuntos estudiados de estos países se repite la misma lógica que utilizó el Ministro Cossío, una prolongada y rigurosa argumentación jurídica, armonizando las convenciones internacionales, los tratados y las leyes, una lectura general de algunos autores que parecen anunciar una comprensión del fenómeno, pero al final, el tema se concreta a la inmensa dificultad que implica la "carga de la prueba", la teoría procesal y, al mismo tiempo, eso sólo se refleja en el análisis del Ministro mexicano; los argumentos finales que presenta su ponencia es la descalificación de la demandante como una persona conflictiva.

Termino por exponer el análisis del problema central, desde una perspectiva determinante para el sistema judicial —y en este caso administrativo—; se trata de "La Teoría General de la Prueba Judicial", cuyo rigor es indispensable, pero cuyos límites —desde una perspectiva interdisciplinaria y de género— parece impedir, en temas como éste, alguna posibilidad de justicia. Creo,

como dicen Piña y Bonetto de Rizzi² que se necesitan abrir otras puertas como el estudio comparado de casos no tan lejanos, que tanto en los países estudiados como en México cuentan con mayor análisis y profundidad; como es el caso del acoso sexual, para lo cual analizamos el Protocolo de Intervención para casos de Hostigamiento y Acoso Sexual que diseñó el Instituto Nacional de las Mujeres (Inmujeres) a partir de casos reales, o el ya mencionado Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, cuyos contenidos podrían dar luz sobre la comprensión necesaria de una argumentación jurídica que contempla la subjetividad de legisladores, juzgadores y agentes en general de la ley, quienes requieren de, no solamente conocer estas herramientas, sino también poder contar con asesoría especializada de peritos con perspectiva de género y derecho, con el fin de llevar sus sentencias a ser ejemplo de derechos humanos en temas tan complejos como éste del *mobbing*.

Me parece muy ilustrativo —para efectos de la comprensión de este análisis— recordar el diagnóstico realizado en 2011 por el EPADEQ (Estudios y Estrategias para el Desarrollo y la Equidad), la Judicatura Federal y la coordinación de género de la SCJN en 15 tribunales de la República Mexicana, que muestra cómo el Poder Judicial en México está marcado de manera profunda y radicalmente por dicha cultura patriarcal, dicotómica, jerarquizada; es tan necesario que se siga trabajando en ese sentido para que, incluso quienes han logrado entender con mucha lucidez el tema de género en términos generales, puedan hacer sinapsis entre los temas que son afines y que pueden permitir dar nuevas respuestas a situaciones como ésta, ya que no es un problema

² Piña, Estela y Bonetto de Rizzi, Nevy, "Mobbing, acoso moral y acoso psicológico", XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chile, 2012.

menor, la OMS considera el acoso laboral/psicológico o *mobbing* como la enfermedad laboral del siglo XXI. La importancia de este ejemplo debe ser tomada en el sentido de que, si los tribunales que conforman la SCJN por la constitución jerárquica de su estructura, por la cultura paternalista y patriarcal que prueba dicho diagnóstico, por la invisibilización de las problemáticas que constituyen la organización cultural y social en las que están insertos, no se escapa de ser un espacio óptimo para esta clase de relaciones de poder asimétrico; un tribunal perteneciente al Poder Ejecutivo y cuyo fin consiste en arbitrar temas laborales para la administración pública (ya sea estatal o federal), no se escapa de caer en esta clase de comportamientos. En el mismo sentido y preocupación de la Judicatura Federal, sería importante realizar un diagnóstico al interior de estos organismos descentralizados.

Pero para entender esta perspectiva, tenemos que comenzar por el principio: ¿Qué es el acoso laboral o *mobbing*?

El primer investigador que trató científicamente este problema fue Heinz Leymann, un psicólogo sueco quien tomó prestado el término *mobbing* de las ciencias animales, esto es, la investigación de Konrad Lorenz. Este término, que literalmente significa "formar una multitud (gavilla) alrededor de alguien para atacarlo/la", define el comportamiento de algunas especies animales que aislan uno de sus miembros quien, por varias razones, va a ser expulsado.

En este contexto, el *mobbing* se aplica al ambiente de trabajo para indicar el comportamiento agresivo y amenazador de uno o más miembros de un grupo, el acosador, hacia un individuo, el objetivo o la víctima, aunque, ocasionalmente puede practicarse en grupos. Heinz Leymann empezó sus estudios a principios de

los ochenta y merece el crédito por haber descrito un cuadro general del fenómeno, estudiando varios aspectos, referentes a sus características epidemiológicas, los efectos sobre la salud, así como su prevención. En diferentes países se han adaptado otros términos para indicar comportamientos similares en el lugar de trabajo (citados en su idioma original): "bullying", "work o employee abuse", "mistreatment", "emotional abuse", "bossing", "victimization", "intimidation", "psychological terrorization", "psychological violence", "harcèlement moral", "harcèlement psychologique", "assédio no local de trabalho", "assédio moral", "acoso moral", y "maltrato psicológico".

Y es Heinemann quien lo estudia en el accionar de un grupo de niños contra un niño desvalido de protección. Se termina adoptando así el término de la lengua inglesa del verbo: "To mob": "atacar, asaltar en grupo o en manada, acosar"; y es la francesa Marie France Hirigoyen, quien en un concienzudo análisis del tema adopta el término "acoso moral"; en su estudio sobre el tema, asevera que las crisis, el desempleo, la flexibilidad laboral imperante, etcétera, permiten estas graves prácticas. La mirada de la psiquiatra y psicoanalista francesa nos permite entender hasta qué punto el Estado tiene responsabilidad en el desarrollo de esta clase de fenómenos, primero al precarizar la vida de las personas, al adelgazar las instituciones de solidaridad y al desaparecer las condiciones de seguridad laboral que solían estar protegidas por los contratos de trabajo con visas a duración indeterminada, situación que obliga al trabajador o a la trabajadora a permanecer en situaciones laborales en donde su salud física y mental, al igual que su estabilidad, penden más que nunca de la subjetividad de jefes, colaboradores y autoridades que, tanto en el ámbito público como privado, terminan por hacer la ley y crear verdaderas situaciones de jungla.

Por su parte, el término "intimidación" o *bullying* fue adoptado para estudiar el fenómeno entre niños escolares, mientras que el término *mobbing* fue aplicado para investigar en los lugares de trabajo. Según la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo no hay una definición única de este fenómeno sobre la cual haya acuerdo internacional. Por tanto, ellos proponen la siguiente definición en la que el acoso psicológico, se define como acoso moral, a saber: "El acoso moral en el lugar de trabajo es un comportamiento irracional repetido, con respecto a un empleado, o a un grupo de empleados, creando un riesgo para la salud y la seguridad". Como lo afirma Hirigoyen:

Este fenómeno se ha estudiado esencialmente en los países anglosajones y en los países nórdicos, en donde ha sido calificado de *mobbing* —de *mob*: muchedumbre, manada, plebe; de ahí la idea de incomodidad fatigosa—. Heinz Leymann, [...] lo denomina «psicoterror».³ Actualmente, en muchos países, los sindicatos, los médicos laborales y las mutualidades sanitarias empiezan a interesarse por este fenómeno.⁴

En este sentido, considero que para poder juzgar sobre el delito de acoso laboral o *mobbing* debe entenderse el origen de la palabra (*mob*: muchedumbre, manada, plebe...), y tomarse en cuenta seriamente la connotación de "caza", y la participación de la manada en la misma, razón por la cual Leymann lo denomina "psicoterror"; por tanto, tomar como prueba "los decires" de quienes conforman la manada acosadora, es no entender

³ H. Leymann, *Mobbing*, París, Seuil, 1996.

⁴ Hirigoyen, Marie France, "El acoso moral, el maltrato psicológico en la vida cotidiana", (1998), Buenos Aires, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1999, p. 43.

las condiciones de la práctica y se convierte en un sumarse al acoso mismo.

Como lo afirman María Estela Piña y Nevy Bonetto de Rizzi; autoras de la ponencia: "*Mobbing*, acoso moral y acoso psicológico":

Para la subsistencia de los grupos sociales, donde debe imperar el Derecho, según el pensamiento de Habermas, (1987) se requiere de cierto grado de convivencia armónica entre los integrantes y algún nivel de cooperación en pos de objetivos comunes, esta es una de las cuestiones fundamentales de las ciencias sociales que la heredaron de la filosofía política a través de diferentes lenguajes, como "orden", "equilibrio", "norma", "cultura", pero a la par se observan momentos de ruptura del orden, manifestados por las crisis, el desequilibrio, las disputas entre los individuos y aparecen por su sucesión como estrechamente ligados. Aquí, en los tiempos de ruptura del orden, dentro de la empresa, se debe ubicar la problemática del *mobbing*.⁵

Piña y Bonetto de Rizzi presentan una serie de antecedentes centrales para el estudio y aplicación de la ley en los juicios contra *mobbing*; por ejemplo, en lo relacionado al principio de igualdad, al hacer notar la situación de vulnerabilidad de quien es llevado a iniciar la demanda de *mobbing*, la cual, por su misma complejidad y características, es normalmente iniciada cuando la o el demandante no tiene más opción, exponiéndolo por la sola situación de subordinación a una posición de vulnerabilidad:

⁵ Piña, María Estela y Bonetto de Rizzi, Nevy, "*Mobbing...*", op. cit., nota 2, p. 89.

... recordando que "el que acusa, quien se decide a acusar", acude por voluntad propia a someter su derecho a la decisión empresarial o en su caso al juzgador, en cambio el acusado lo hace por lo general muy a su pesar. Por ello la situación del acusador, se presenta como un interés que merece protección y estos asuntos que conciernen a las pequeñas causas —situaciones individuales— provienen de pequeñas víctimas, circunstancias en las que hoy en día se muestra generoso el formalismo jurídico.⁶

Las autoras hacen una relación de diversas jurisprudencias y herramientas jurídicas de su país de origen, Argentina, en donde se plantea como el fundamento de toda defensa frente al *mobbing*, precisamente, los principios de igualdad y de no discriminación, apelando a la Unión Europea y al Convenio Internacional de Trabajo No. 111 relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación de la OIT, que en su artículo 1o. entiende como el efecto de la discriminación "el anular o alterar la igualdad de oportunidades"; pero no es un concepto absoluto, porque sería injusto uniformar ante las desemejanzas. Los doctrinarios, al analizar estos temas, tratan con cierta uniformidad los criterios de: 1. igualdad de trato, y 2. prohibición de discriminación, pues en general el concepto de "no discriminación" ha estado relacionado con el respeto por la igualdad, con la idea de que "todos los hombres nacen libres e iguales ante la ley".

Por su parte la Convención Europea sobre Derechos Humanos, en el artículo 14 expresa:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna,

⁶ *Ibidem*.

especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras como origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra condición.

Se advierte que así se está haciendo mención tanto a la discriminación directa, como a la discriminación encubierta (necesaria esta distinción frente al *mobbing*).⁷

Como explican las autoras:

no existen reglas positivas que regulan (sic) el fenómeno y tiendan a evitarlo o establezcan consecuencias particulares, como tampoco se han establecido criterios que permitan abordar esta problemática que afecta al mundo del trabajo, por lo que sería necesaria (sic) elaborar algún criterio para objetivar el comportamiento agresor.⁸

Y quizás sea una de las propuestas que debe salir de este trabajo de reflexión, la necesidad de que se generen ciertos criterios pre-establecidos que permitan, no sólo abordar la problemática sino evitarla. Criterios que, como en Argentina o en España, están previstos por leyes especiales o que puedan ser insertos en la Ley Federal del Trabajo para delimitar el marco de acción y de comprensión, no sólo de las empresas que están obligadas a crear las condiciones para su restricción, o más bien, desaparición del ámbito laboral, sino también para los Jueces, quienes no están obligados a saber de todos los temas que juzgan, pero sí de hacerse allegar por la suplencia de la queja,

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

de peritos y especialistas en la materia, que les permitan juzgar de la manera más equitativa y justa posible.

Y es, en este mismo sentido, que toca abundar en dos posibilidades con las que el juzgador cuenta hoy en día para intentar corresponder a su propia discrecionalidad asumiendo una responsabilidad tan elevada. La primera es, precisamente, la "suplencia" a favor de las y los trabajadores a través de la cual el Juez puede y debe recabar pruebas de manera oficiosa. La segunda es la aplicación de la perspectiva de género. Ambas capacidades o posibilidades permiten ir más allá de lo que el mal llamado "sentido común" permite hacer, cuando la creatividad jurídica se detiene a recabar la opinión subjetiva del empleador o superior jerárquico o de los colegas de trabajo, cuya subjetividad forma parte del mismo fenómeno del *mobbing*, como lo explica la definición y descripción del fenómeno en su origen. Juzgar con perspectiva de género en los casos de *mobbing*, parte de la posibilidad de reconocer la subjetividad de todos y cada uno de los elementos que conforman el caso, desde el jefe de la víctima, hasta cada uno de los juzgadores que formaron parte de la cadena o proceso, hasta llegar al amparo.

Para la suplencia, considero central recuperar el trabajo realizado en 1999 por el Inmujeres para el Protocolo de Intervención para casos de Hostigamiento y Acoso Sexual, y me sumo a la opinión de la psicoanalista Marie France Hirigoyen, respecto a la conexión incuestionable que existe entre el acoso sexual y el acoso laboral, teniendo como origen la misma patología humana, la perversidad narcisista, la especialista abunda en ese sentido:

Un individuo narcisista impone su dominio para retener al otro, pero también teme que el otro se le aproxime demasiado y lo

invada. Pretende, por tanto, mantener al otro en una relación de dependencia, o incluso de propiedad, para demostrarse a sí mismo su omnipotencia. La víctima, inmersa en la duda y en la culpabilidad, no puede reaccionar [...].⁹

Y aunque ella misma inicia su estudio sobre la relación de la pareja, el libro citado se centra en la manera en que:

El modelo que se manifiesta en la pareja puede, por tanto, ayudar a comprender algunos comportamientos que tienen lugar en la empresa [...] En el mundo del trabajo [...], los procedimientos de acoso están mucho más estereotipados que en la esfera privada. Sin embargo, no por ello son menos destructivos.¹⁰

Es importante resaltar, para cualquier cuestionamiento relacionado con la sentencia comentada, que el término "empresa" se eligió para ampliar las posibilidades de estudio de este fenómeno terrible, pero que en el primer ámbito que comenzó a estudiarse y a reglamentarse, fue en la esfera pública, lo cual es de resaltarse en la doble implicación de un caso de *mobbing*, como el que nos ocupa, el cual ocurre en la esfera pública, en una instancia que corresponde al ámbito de lo administrativo, cuya estructura no es similar, sino asimilada al jurídico-judicial, cuya función es precisamente dar seguimiento a este tipo de problemas en el ámbito laboral a través de herramientas jurídicas y cuyo paso por el sistema judicial en un largo proceso que llega hasta el amparo, se traduce en una larga redundancia; una espiral cuya sentencia puede implicar, si se toman en cuenta las características del delito de *mobbing* (aunque en México no esté previsto o reglamen-

⁹ Hirigoyen, Marie France, "El acoso...", *op. cit.*, nota 4, p. 92.

¹⁰ *Ibidem*.

tado, hay países como Francia o Argentina que tienen una ley específica sobre el tema), en una gran mayoría de casos, explica Hirigoyen, en los que las víctimas terminan siendo re-victimizadas por las empresas y las autoridades que deciden no tomar cartas en el asunto, o que se suman a la victimización al caer en la misma espiral de violencia al entrar en la dinámica victimizadora, descalificadora del perverso *mobbing*. Y que, aunque existen las personalidades paranoicas que pueden aprovechar estos tipos y análisis reales, es un grave error penalizar a las víctimas de tal comportamiento por unos cuantos casos, cuyas características no se comparan, ni se asimilan a las víctimas de esta práctica tan común en el ámbito laboral, en el mundo.

El *mobbing* es un fenómeno que no fue identificado sino hasta principios de los años 90, pero que desde entonces ha sido estudiado e identificado como: "un fenómeno que no sólo destruye el ambiente de trabajo y disminuye la productividad, sino que también favorece el absentismo, ya que produce desgaste psicológico".¹¹

Como ya comentaba anteriormente

[...] durante los últimos años, en las empresas y en los medios de comunicación, se ha debatido sobre todo la cuestión del acoso sexual, el único que la legislación francesa tiene en cuenta y que, sin embargo, no es más que un aspecto del acoso en sentido amplio.

Y en ese aspecto es importantísimo entender cuán útil puede ser el conocimiento y uso del Protocolo de Intervención para casos de Hostigamiento y Acoso Sexual cuya propuesta surge

¹¹ *Ibidem*.

del análisis de diversos asuntos de acoso sexual y cuya comprensión da una luz sorprendente al trato que debería darse al tema de *mobbing* en nuestro país. Si entendemos lo que Hirigoyen expone con tanta claridad y que desde la perspectiva de género podemos profundizar respecto a las relaciones de poder al interior de estructuras tan patriarcales, paternalistas, jerarquizadas y marcadas por las relaciones de poder, como las implicadas en este caso.

Recordemos que el tema, desde una perspectiva jurídica, alude nada menos que al principio fundamental que es la base de nuestra democracia; se trata del "principio de igualdad" y que hiere o afecta directamente a su principio gemelo (en importancia) el "principio de libertad". Recordemos, como lo marca el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la SCJN, que para alcanzar la igualdad estructural debemos reconocer que:

Existen factores que, sin posibilidad de opción y sin que medie decisión autónoma, colocan a las personas dentro de grupos históricamente marginados y sometidos. Estos grupos son, por ejemplo: las mujeres, las personas de ascendencia africana, adultas mayores, indígenas, migrantes y/o personas desventajadas económicamente.¹²

Y que al implicar: "[...] una posición de sometimiento y, por tanto, de inaccessión histórica a los derechos, la pertenencia a un grupo discriminado, es relevante. Por ello, el Estado debe establecer medidas transformativas de las condiciones que generan exclusión jurídica, social, cultural y económica de forma sistemática".¹³

¹² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, México, SCJN, 2014.

¹³ *Ibidem*.

Y que como reza dicho Protocolo: para comprender los requerimientos de la igualdad, es preciso aproximarse a ella a partir de una mirada integral desde su concepción formal, material y estructural. Por otro lado, y como refiere el documento en cuestión:

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer considera que: 'un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde el primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre [...] En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico [...] para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer'.¹⁴

Y finalmente entender que, como reza el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de incomprensión, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícil-

¹⁴ *Ibid*, p. 35.

mente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.¹⁵

En ese mismo sentido, el documento afirma que: "la literatura sobre el hostigamiento y acoso sexual ha señalado que esta conducta puede tener como antecedente o como consecuencia de la negativa, el acoso laboral [...]".¹⁶ Como lo referíamos anteriormente; si el hostigamiento laboral puede ser tomado como antecedente del hostigamiento sexual, ¿por qué no pueden tomarse como pruebas los mismos elementos y características del hostigamiento sexual para mostrar la subjetividad y lo erróneo de una valoración superficial del hostigamiento laboral?

Por lo que una de las propuestas de este comentario, es poner bajo la lupa la necesidad de subrayar la ausencia de "equiparación con el Protocolo" por parte de todas las instancias implicadas en el proceso. Y mencionar que, aunque la ponencia del Ministro Cossío hizo prueba de minuciosidad en los otros elementos de análisis como lo son: la valoración de las pruebas presentadas por la demandante, así como la manera en que se fijaron los hechos de la sentencia, el mismo derecho procesal y su teoría dificultan que dichas pruebas sean posibles, al no entender que se trata de una situación cuya realidad es de difícil demostración y cuya manifestación está determinada por elementos culturales que los mismos agentes de la justicia pueden pasar por alto si no acuden a herramientas diseñadas para y por las instancias encargadas de hacer evolucionar la justicia en un con-

¹⁵ Corte IDH. Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia del 6 de abril de 2006. Párr. 202. Los pies de página del original fueron omitidos. *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

texto más completo y amplio, como lo son ambos protocolos mencionados.

Respecto a la incorporación de la visión de la víctima, el análisis de la sentencia termina por descalificar dicha visión, sin tener en cuenta lo ya expuesto en dicho análisis; el *mobbing* tiene como característica definitoria el instinto que se manifiesta en la manada, esta necesidad predatoria que implica también la suma del grupo en la generación de la situación de violencia y vulneración, en el cual va inserta la descalificación del grupo hacia la persona objeto del *mobbing*. Introducir la percepción subjetiva de los mismos colegas es entrar en la lógica de dicha dinámica perversa. Para evitar esta reiteración de la violencia, el Protocolo de Inmujeres prevé precisamente no sólo los elementos de análisis, sino la manera en que debe hacerse frente a tales circunstancias y en su mayoría sirve para la comprensión y análisis del caso.

Es interesantísimo ver como en el Protocolo en cuestión, el análisis del tipo es central para poder saber cómo proceder. En el caso específico del acoso sexual, el elemento de base es la lascivia; la comprobación de la conducta lasciva es la base del razonamiento, y aunque en el caso de acoso moral no hay lascivia, ya que en ese mismo momento entraría en el tipo de acoso sexual, lo que debemos recuperar para el análisis del acoso moral es precisamente "el razonamiento basado en la lógica y la experiencia" sobre los temas, considerando la perspectiva de género, es decir, darle una importancia central al "sentimiento de la víctima como elemento central." Y en este sentido es fundamental reconocer, como lo hace la literatura citada por el mismo Ministro Cossío, así como el Protocolo mismo, que "los

daños que pueden causarse a la víctima pueden valorarse con pruebas psicológicas y otros instrumentos".¹⁷

Uno de los puntos importantes de la sentencia y que el Ministro hace notar, es que la demandante elige acudir al sistema civil para demandar al acusado de acoso laboral, con el fin de obtener una reparación pecuniaria. Y es precisamente por esa vía que se hizo difícil llegar a una sentencia favorable a su demanda. Para comenzar, porque el sistema civil precisa, particularmente, de pruebas de carácter oficial, de tal manera que la ponencia del Ministro analiza cada parte del proceso seguido por el caso, y aunque subraya la ausencia de pronunciamiento acerca del tema de fondo, es decir, el acoso laboral, o *mobbing*, aclara que dicha omisión no trascendió al resultado del fallo, porque "... como quedó precisado, al haber acudido a la vía civil a demandar por daño moral, aunado a que con las pruebas ofrecidas no se acredita conducta que configure *mobbing* o acoso laboral, sino el cumplimiento de obligaciones inherentes a su cargo como quedó señalado."

En este sentido, haré más adelante alusión a la crítica que hacen Piña y Bonetto de Rizzi sobre la importancia que se le da a la teoría del procedimiento, que impide entender este tipo de temas con una perspectiva adecuada a situaciones donde la cultura, la sociedad y la mirada, incluso de Jueces y agentes de justicia es subjetiva, ya que no contempla realidades de discriminación y desequilibrio, si no logran aceptar la manera en que esos mismos elementos ponen a una mujer o a una víctima en una situación de desigualdad y re-victimización.

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar...*, op. cit., nota 12, p. 99.

Pero también es importante, como lo menciona el texto de la ponencia del Ministro, buscar otras vías como la penal, permitiría seguir las pautas de la Ley de la Administración Pública, en la manera en que ésta determina los elementos para integrar casos como el acoso —en el tema que menciona la ley "acoso sexual"— dentro de una mirada que busca poner a salvo a la víctima, castigar al servidor público que lo practica y, al mismo tiempo, crea o busca crear categorías de medición de la presencia y gravedad del asunto y, por otro lado, diagnosticar y diseñar políticas públicas al interior de las instituciones para la comprensión del daño que estas prácticas generan dentro del espacio de trabajo, sea público o privado.

De tal manera que el Protocolo, con la intención de no ser solamente aplicable, sino también coherente con la realidad, advierte sobre los largos tiempos del proceso penal y la necesidad indispensable de contar con una asesoría legal por parte de un/a abogado/a externo/a al espacio de trabajo. Continúa por explicar los pasos de la denuncia que se lleva a cabo por querrela y que debe presentarse ante el Ministerio Público (MP) correspondiente; ésta es la primera autoridad que revisa si se cuenta con los elementos suficientes para la acción penal. Y en ese sentido subraya de manera contundente la importancia de una capacitación continua para recibir y atender estas denuncias, porque son el primer filtro en los procesos de esta naturaleza.

En relación con la equiparación con el acoso laboral o *mobbing*, toca preguntarse: ¿Si quienes llevan esta clase de asuntos no están sensibilizados a los complejos elementos que implica un caso de *mobbing*? ¿Cómo hacer para que los juzgadores o las autoridades concernientes a eventos de acoso laboral puedan

reconocer que hay algo más allá de la teoría del procedimiento? Es una obligación de cada instancia del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial actualizar a sus colaboradores y empleados sobre la perspectiva de género, como lo determinan tanto el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, así como el Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres 2013-2018 PROIGUALDAD. La ignorancia, voluntaria o circunstancial de dichas líneas de acción por parte de los funcionarios, no exime su cumplimiento. En mi opinión, al no entrar en el fondo del caso, están no sólo re-victimizando a la víctima, sino que además están incumpliendo con una exigencia y una obligación cuya fuerza proviene del *control de convencionalidad*, la protección internacional de los tratados y la obligatoriedad de las reformas de nuestra Constitución en materia de derechos humanos, llevadas a cabo en 2011.

En el caso de la sentencia comentada, la gravedad del asunto se potencializa, ya que el lugar natural para realizar dicha denuncia fue la Junta de Conciliación y Arbitraje de la Secretaría del Trabajo del Estado de México; la paradoja consiste en que, como lo explica el expediente, la demandante es secretaria de acuerdos de dicho organismo descentralizado, así que el nivel de re-victimización de la denunciante es multiplicado por la triple coincidencia, lo que nos permite entonces cuestionar, ya que la misma sentencia de amparo lo menciona en cada momento del proceso que recorrió el caso; que ningún Juez resolvió la cuestión de fondo en relación al *mobbing*. La explicación es que la mayor parte de los Jueces no están capacitados para llevar procesos de esta naturaleza.

¿Es posible capacitar a los Jueces en un corto plazo? Difícil decirlo, debe haber pues un comprometido trabajo de sensibi-

lización y capacitación en todos los niveles involucrados. Pero también pienso que, así como reconocemos que la subjetividad de los juzgadores, cuando éstos están preparados en los diversos temas relativos a los derechos humanos, es una gran riqueza al hacer de su discrecionalidad un arma extraordinaria para dicha defensa, es necesario que acepten que no es posible que sepan de todos los temas, por lo que consideramos fundamental el que contaran con equipos de expertos en perspectiva de género que pudieran, desde la transdisciplina, hacerlos comprender la importancia de la violencia estructural de la que suelen ser parte.

Respecto a la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE), marco jurídico para la aplicación de la sanción o iniciación del proceso de acoso sexual, el artículo 46 indica que: "Ningún trabajador podrá ser cesado sino por justa causa. En consecuencia, el nombramiento o designación de los trabajadores sólo dejará de surtir efectos sin responsabilidad para los titulares de las dependencias por las siguientes causas", entre las cuales especifica la del inciso d) de la fracción V que dice: "Por cometer actos inmorales durante el trabajo." Y aclara que en cualquiera de las causales de esa fracción deberá iniciarse el proceso para el cese del/de la trabajador/a de acuerdo con el artículo 46 bis de la LFTSE, es decir que:

Cuando el trabajador incurra en alguna de las causales a que se refiere la fracción V del artículo anterior, el jefe superior de la oficina procederá a levantar un acta administrativa, con intervención del trabajador y un representante del Sindicato respectivo, en la que con toda precisión se asentarán los hechos, la declaración del trabajador afectado y las de los testigos de cargo y de descargo que se propongan, la que se firmará por los que en ella intervengan y por dos testigos de asistencia, de-

biendo entregarse en ese mismo acto, una copia al trabajador y otra al representante sindical.

Como se menciona anteriormente, esto implica que en el caso estudiado por la ponencia del Ministro Cossío, hay conflicto de intereses ya que ella trabajaba precisamente en la Junta de Conciliación y Arbitraje de la Secretaría del Trabajo, y es esta instancia la que juzga los casos de acoso (moral o sexual) a partir de la LFTSE. Como lo venimos diciendo, este asunto muestra de manera tangible que el personal encargado del seguimiento de dichos casos no tiene la más mínima perspectiva de género, no están sensibilizados ni formados para tratar asuntos cuya violencia estructural son tan similares como lo son ambos tipos de acoso y hostigamiento.

El segundo párrafo del referido artículo 46 bis, dispone que:

Si a juicio del Titular procede demandar ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje la terminación de los efectos del nombramiento del trabajador, a la demanda se acompañarán, como instrumentos base de la acción, el acta administrativa y los documentos que, al formularse ésta, se hayan agregado a la misma.

Reiteramos nuestra postura de que, aunque el comentario de la Corte se dio en el sentido de que fue un error de la demandante acudir al sistema civil para pedir indemnización, es evidente que de haber seguido el proceso administrativo y luego penal se hubiera encontrado en un serio conflicto de intereses, porque era su propio superior jerárquico o sus compañeros, quienes la calificaron de "conflictiva", en quienes hubiera recaído la deci-

sión de juzgar, lo que dejó a la demandante en situación de vulnerabilidad.

2. PARALELO A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA, EL PROTOCOLO DE INMUJERES PRESENTA LOS ELEMENTOS A CONSIDERAR EN LA VÍA DE ACCIÓN LABORAL

El Protocolo de Intervención para casos de Hostigamiento y Acoso Sexual describe los elementos a considerar en la vía de acción laboral, como: "una vía que requiere que las autoridades de las dependencias tomen cartas en el asunto, es decir, que, considerando los hechos, apliquen la normativa y despidan al presunto responsable." Y aclara que: "No es una vía que se haya utilizado de manera frecuente, por lo que tampoco se cuentan con precedentes importantes en el tema." Aconseja que:

Al igual que en materia penal es fundamental que se elaboren bien las pruebas para evitar complicaciones. Existe la posibilidad de que el presunto agresor interponga una demanda por despido injustificado, y si procede, sea restituido en el lugar de trabajo, situación que haría más complejo el ambiente de (sic) laboral. Es una vía que puede ser de mucha utilidad si se realiza adecuadamente y es mucho menos onerosa para las víctimas, pues no recae sobre ellas el iniciar y dar seguimiento al proceso.

Podemos ver de manera clara, elementos que están relacionados también con el acoso laboral y que justifican otra forma de considerarlo, sabiendo que tampoco hay mucha jurisprudencia en México sobre el tema y que, de hecho, esta sentencia podría sentar precedentes si es tomada de forma adecuada. Siguiendo con el Protocolo de Inmujeres, éste nos da elementos vastos para

elaborar un protocolo para el tratamiento de acoso laboral o *mobbing*, o para determinar el paralelo de manera conveniente y específica de dicha herramienta para la mejor comprensión y desarrollo de ambos acosos.

No puedo dejar de recordar que en términos generales ambos comportamientos, como lo explica Hirigoyen, provienen de una misma patología tanto social como individual, y que en tanto que la negamos y la tomamos como "natural" o normal, lo que provoca es enfermar los espacios donde las relaciones son tan jerarquizadas y patriarcales que llegan a provocar la confusión de que dicha forma de relación sea signo de fuerza o de autoridad, mientras que, de lo que se trata es de un tergiversado e inhumano instinto de caza y de destrucción.

Siguiendo con el Protocolo de Inmujeres, éste aclara, a través del apartado: "Algunas consideraciones generales", que no existen políticas o procedimientos perfectos:

La preocupación de especialistas en el tema de conflictos en el ámbito laboral es diseñar y formular las políticas y los procedimientos "correctos" para atender y resolver las quejas por hostigamiento y acoso sexual. Después de una detallada revisión de diversos esfuerzos por atender esta problemática, hemos llegado a la conclusión de que no existe ningún procedimiento perfecto o correcto para todos los contextos.

Considerando que "es casi imposible diseñar un sistema de quejas satisfactorio, puesto que hay que tomar en cuenta los intereses de quienes recurrirán al protocolo de atención", es decir, que toma en cuenta a: denunciante, acusado/as, administradoras/os, funcionarias/os, abogadas/os y el resto del personal que labora en el espacio de trabajo. "... un protocolo

de esta naturaleza requiere retomar las necesidades y opiniones de las víctimas..." y quien lo diseña debe mantenerse lo más objetivo posible tanto para apoyarlas como para orientarlas.

Es importante entender que la persona quejosa no tomará la iniciativa de iniciar el procedimiento si piensa que el sistema no ha tomado en cuenta sus intereses y si éste no le garantiza la confidencialidad en el curso del proceso. Es por ello que es contrario a toda perspectiva de género y de derechos humanos, descalificar a la o el demandante, a partir de la mirada subjetiva de la misma colectividad con la que trabaja, considerando además que se trata, como lo define Hirigoyen, de una jauría con instintos de caza; su objetividad queda por el solo hecho de formar parte del entorno, comprometida.

Es fundamental subrayar lo que menciona dicho Protocolo, que incluso: "una vez que se presenta un caso de hostigamiento y acoso sexual" —o laboral— "es difícil encontrar una solución totalmente positiva, motivo por el cual suele originarse frustración y descontento hacia los protocolos y sistemas de denuncia y atención a los casos de hostigamiento y acoso sexual" —o *mobbing*—. La meta sería garantizar que la mayoría de quienes forman parte de esta clase de proceso

... sientan que recibieron un trato justo y que la mayoría de quienes tienen la responsabilidad del manejo de las quejas consideren que actuaron de manera justa y adecuada. Así, estaríamos frente a un proceso justo y equitativo en que se respeten las prerrogativas de las personas afectadas y que se cumpla con la obligación de dar respuesta a la situación. Los sentimientos de frustración y el dolor que suele provocar el

hostigamiento y acoso sexual son parte de un proceso largo para las víctimas...

Me permito transcribir las partes compartidas sobre el protocolo que permiten, no sólo alcanzar las implicaciones del tratamiento del tema, que un protocolo como éste puede tener, también porque considero que aun sin existir todavía un protocolo para el tratamiento de problemas de acoso laboral o *mobbing*, es posible trabajar desde éste, ya que la similitud de la manera de abordarlo, y como lo he comentado a lo largo de este texto, puede ser un modelo no copiable, pero sí de estudio paralelo para el desarrollo de un verdadero diagnóstico hecho por la Secretaría del Trabajo.

Entre las grandes aportaciones del Protocolo sobre acoso sexual, se encuentran los siguientes "principios generales" aplicables a las relaciones, situaciones y procesos de hostigamiento y acoso laboral. Estos principios son los siguientes:

Digna defensa de la persona

- La persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.
- Toda persona tiene derecho a ser protegida contra actos que afecten su dignidad.
- Los actos de hostigamiento y acoso dañan la dignidad de la persona.
- Este principio faculta la adopción de medidas de protección para las personas afectadas y tiene estrecha vinculación con el principio de confidencialidad.

Ambiente saludable y armonioso

- Toda persona tiene el derecho de ejercer sus actividades en un ambiente sano y seguro dentro de su entorno laboral, educativo, formativo o de similar naturaleza, de tal forma que preserve su salud física y mental, estimulando su desarrollo y desempeño profesional. Los actos de hostigamiento y acoso [...] son contrarios a este principio. Es obligación del Estado, proteger la salud y el desarrollo de la libre personalidad.

Igualdad de oportunidades sin discriminación

- Toda persona debe ser tratada de forma igual y con el mismo respeto dentro de su ámbito laboral, con acceso equitativo a los recursos productivos y empleo, social, educativo y cultural, siendo contrario a este principio cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, edad, raza, condición social, o cualquier tipo de diferenciación.

Confidencialidad

- Los procedimientos regulados por la dependencia/entidad deben preservar la reserva y la confidencialidad. Toda acción debe realizarse bajo el principio de reserva total, en la expresa prohibición de no brindar o difundir información durante el procedimiento de investigación hasta su conclusión, que conlleva el derecho a la confidencialidad, al secreto y a la inviolabilidad de comunicación.

El debido proceso

- Toda queja será tratada con confidencialidad, seriedad y según los tiempos estipulados, asegurando que todas las partes tengan tiempo suficiente para prepararse y responder.
- Toda queja será manejada de forma sensible, equitativa e imparcial.
- Las dependencias/entidades de la Administración Pública Federal asegurarán que todos sus integrantes tengan acceso a la información y el apoyo necesarios para prevenir e impedir el acoso sexual, hostigamiento y acoso [...] o para manejarlo de forma apropiada si se presenta.
- Las/los responsables de aconsejar, conciliar o investigar una queja, deben actuar conforme a los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia.
- Se dará al hostigador/a la justa oportunidad de conocer la queja contra él o ella, así como de preparar una respuesta considerada a las acusaciones hechas por la parte quejosa.
- El protocolo que aquí se presenta es un modelo general de aplicación que tiene que ser adaptado y discutido en cada dependencia y entidad de la Administración Pública Federal, tomando en cuenta sus tradiciones, misión y cultura laboral específica, así como los intereses y puntos de vista de quienes estén involucrados (las partes deman-

dantes, acusadas/os, testigos y gerentes) y el marco legal que las regula. No pretende ser una receta única.

- Se tomarán medidas para asegurar relaciones de trabajo armoniosas durante y después de la mediación y la investigación. Las personas que funjan como funcionarias de cada dependencia/entidad, se comprometen a asegurar que el personal que recurra a estos procedimientos no sea objeto de represalias.
- La dependencia/entidad recomendará que se denuncie cualquier comportamiento que viole la política de cero tolerancia respecto al hostigamiento y acoso [...] pero no tolerará las quejas ofensivas o triviales.
- Cualquier relación con la política de la dependencia/entidad y con estos procedimientos, no afecta el derecho de los individuos a presentar denuncias fuera de la institución, de acuerdo con la legislación federal pertinente.

Derechos y responsabilidades de las/los servidoras/es públicas/os

Es derecho y responsabilidad de quienes laboran en la administración pública:

- Convivir en un ambiente de trabajo libre de hostigamiento [...].
- Afrontar de forma positiva cualquier situación que implique hostigamiento y acoso [...].

- Presentar una queja por hostigamiento y acoso [...] según el procedimiento que establezcan las dependencias/entidades.
- Ser tratada/o con respeto y sensibilidad por las/los funcionarias/os de la dependencia/entidad y el personal.
- Recibir información periódica del curso de investigación, en caso de que presente una queja.
- Asistir y participar en los cursos de capacitación sobre el hostigamiento y acoso sexual.
- Informar a las/los integrantes del Comité de Recepción de Quejas y Asesoramiento sobre cualquier situación o incidente de hostigamiento y acoso sexual, aunque la/el servidora/dor no haya sido objeto directo del mismo.

Responsabilidades de la dependencia/entidad de la Administración Pública Federal:

- Mantener un ambiente libre de hostigamiento y acoso [...] para todo el personal.
- Actuar para prevenir el hostigamiento y acoso sexual mediante:
 - Una política que permita hacer frente al problema del hostigamiento y acoso sexual.
 - Un procedimiento institucional que proporcione diversas alternativas de resolución, capacitación y otras actividades educativas respecto al hostigamiento y acoso [...].

El equipo que realizó dicho protocolo explica cuál es el origen del mismo al final del documento, modelo a partir del que podría retomarse para diseñar, no sólo copiar, un protocolo específico que permita estipular y definir las especificidades del caso de acoso laboral o *mobbing*. Así, el documento cierra con detalle la construcción del mismo de la siguiente manera:

La creación de este procedimiento se derivó del diagnóstico de cultura institucional, elaborado con base en los resultados del cuestionario que aplicó el Instituto Nacional de las Mujeres con apoyo de la Secretaría de la Función Pública en el año 2008, y en el que participaron 258 dependencias/entidades de la Administración Pública Federal, y del cual provienen los siguientes datos:

De los 25 mil 728 casos de acoso sexual, 7 mil 796 lo denunciaron ante autoridades y mecanismos competentes. El 15% de las mujeres y 5.3% de los hombres reportaron haber sido víctimas de acoso sexual. Ocho de cada 10 personas encuestadas manifestaron que es necesario contar con mecanismos para proteger a las mujeres y hombres del hostigamiento y acoso sexual. Una parte de dicho cuestionario evidenció la pertinencia de contar o no con una política contra el hostigamiento y acoso sexual dentro de las instituciones de la Administración Pública Federal, así como a la ejecución de programas y acciones que lo prevengan, denuncien y sancionen.

Finalmente, y siguiendo la lógica de este comentario de sentencia, es fundamental para juristas como para posibles sujetos de derecho, a defender en estos casos, comprender la importancia que tiene para el juzgador la "teoría del debido proceso" que se encuentra detrás de toda valoración del orden judicial o

administrativo (me refiero a tribunales) y de la cual la sentencia de amparo directo 47/2013 no se escapa. Como lo mencionan las autoras citadas —Piña y Bonetto de Rizzi— existe una verdadera problemática concerniente a la prueba del *mobbing*:

[...] el *mobbing*, una vez denunciado, [presenta el problema] de la valoración de la prueba que pueden hacer los jueces teniendo en cuenta la falta de una legislación específica [...] y la situación de que cada persona es única e irrepetible. De allí que se dice que la prueba debe ser muy convictiva (con este término se refieren a que la prueba debe ser totalmente convincente). Es grave este problema porque se trata del hacer o gestión de otro. [...]

En este sentido podemos observar la mirada crítica de la ponencia del Ministro Cossío, respecto a ciertas carencias en las distintas partes del proceso cuando crítica el hecho de que no hayan entrado en el fondo del tema *mobbing*, pero al mismo tiempo los justifica por no contar precisamente con suficientes pruebas.

La prueba en el proceso se entiende como "actividad", en cuanto ordenada a formar la convicción del juez acerca de la verdad de los hechos, respecto de los cuales debe actuar el ordenamiento jurídico para decidir una contienda.

En este contexto, se considera la pregunta si fue ejercida con perspectiva de género, la calidad del juzgador de suplencia, ya que las pruebas que presenta son inculpativas y subjetivas hacia la demandante, pero de una manera en la que se invierte la lógica y se aleja del fondo; no se trataba de juzgar la personalidad de la demandante, dándole además a sus colegas la autoridad para hacerlo; se trataba de saber si el demandado

estaba abusando de su situación de autoridad para infligir a la demandante una situación de acoso laboral.

Por otro lado, hace alusión a las convenciones internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres, pero no aplica el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, al someter a la demandante a esta posición de vulnerabilidad agudizada por el hecho de aceptar "los decires de los colegas" como prueba.

De hecho, sería importante recurrir a dicha perspectiva de género que, desde el derecho, muestra que ciertas valoraciones en apariencia jurídicas pueden entrar en lo que la Suprema Corte de Justicia de Colombia retoma del derecho constitucional contemporáneo, y denomina como categorías sospechosas, de la manera siguiente:

- i) Se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad;
- ii) Esas características han estado sometidas históricamente a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y,
- iii) No constituyen, *per se*, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales.¹⁸

¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar...* op. cit., nota 12, p. 99.

Dice Bentham "[...] el arte del proceso lo constituye el arte de administración de la prueba. A su vez el Juez tiene un imperativo legal, no puede dejar de juzgar en ningún caso; si hubiera omisión de derecho por silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes deberá recurrir a los principios de leyes análogas o a los generales del derecho [...] si existe insuficiencia de prueba respecto de los hechos controvertidos, procurará esclarecerlos [...] y determinará a quien perjudica la omisión probatoria".

Como lo refiere la Recomendación General 25 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer citada en el mencionado Protocolo de la SCJN:

un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También debe tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre hombre y mujer.¹⁹

¹⁹ Recomendación General 25. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, párr. 8, *op. cit.*, nota 14, p.100.

[...] 'Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas se decidirá por los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe'. El Juzgador —afirman las autoras— debe aplicar la ley aun cuando no haya sido alegada por las partes o haya sido mal alegada según el brocardico *iura novit curia*, que deriva del principio general de la obligatoriedad de las leyes después de su publicación, sin que pueda aducirse su ignorancia. [...]²⁰

Considero fundamental comprender aquí, que frente a la obligación del juzgador de apegarse al cumplimiento de la carga de la prueba, el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género da nuevos elementos para ponderar las pruebas concernientes al desequilibrio causado por situaciones de desigualdad estructural integrando como pruebas, no sólo las generadas a través de documentos, a veces de difícil acceso u obtención, también deben ir los testimonios de las y los peritas/os especializados en perspectiva de género. Debemos entender que juzgar con perspectiva de género, no es contrario a la teoría del proceso, sino que expone la necesidad de abrir las posibilidades que el marco teórico tanto internacional como nacional ponen a disposición de los Jueces para entender la necesidad de tener siempre al centro de la preocupación del Juez una verdadera igualdad sustantiva, de esta forma el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género considera que:

La perspectiva de género no sólo es pertinente en casos relacionados con mujeres. En tanto este enfoque se hace cargo de detectar los impactos diferenciados que una norma genera

²⁰ Arazi Roland, "Carga de la Prueba", en *Revista de derecho Procesal*, Ed. Rubinzal Culzoni, t. I, 2005, p. 192.

y de buscar soluciones a través del derecho, lo que determina si en un proceso se debe o no aplicar la perspectiva de género es la existencia de situaciones asimétricas de poder o bien de contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, el género o las preferencias/orientaciones sexuales de las personas.²¹

Lo mismo dice respecto a la no determinación del asunto o instancia que resuelve, tampoco la etapa del proceso o la instancia y la materia en la que resuelva. También aclara que lo que determina la pertinencia de la perspectiva de género no es el hecho de que esté involucrada una mujer, sino el hecho, caso por caso, del establecimiento de relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad: "Si los resultados de dicho análisis orientado a detectar este tipo de relaciones y de desigualdades, la perspectiva de género ofrece un método adecuado para encontrar una solución apegada a derecho."

[En Argentina, explican Piña y Bonetto de Rizzi;] el tema del *mobbing* será difícil para el acusador poder claramente probar las asechanzas de que ha sido objeto, más bien el Juez contará con indicios [...], entendemos por indicio, un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos. En el concepto de indicio debe considerarse principalmente el hecho fuente de prueba, pero también la relación lógica que existe entre aquel hecho y el que se pretende probar, que se conoce mediante una operación mental del sujeto que lo valora, es decir, el argumento probatorio que

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para juzgar...* op. cit., nota 12, p. 99.

permite darle al primer hecho el carácter de prueba del segundo. Precisamente se habla de *argumentum* o *signum* para referirse al indicio.

En virtud de ese argumento probatorio que suministra el hecho indicador, el juez infiere con mayor o menor seguridad, es decir, como algo cierto o simplemente probable, la existencia o inexistencia del hecho que se investiga: esa inferencia se conoce como presunción judicial, que es diferente del argumento probatorio que le sirve de causa.²²

Y bien, como consecuencia de la existencia de esos indicios antes [comentados] corresponde la aplicación del principio de la carga dinámica de la prueba, denominado así por la doctrina procesal moderna. Este principio se expresa a través de un conjunto de reglas excepcionales de distribución de la carga de la prueba, que hace desplazar el *onus probandi* del actor al demandado, o viceversa según el caso, apartándose de las reglas usuales "para hacerlo recaer sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva".²³

Es de hacer notar el desarrollo de una teoría de "las pruebas dinámicas", la cual citan las autoras haciendo referencia al profesor Jorge Peyrano; es de inmensa utilidad, explican, en su aplicación en el derecho del trabajo. En el país latinoamericano la Suprema Corte de Justicia de la Nación, haciéndose eco de

²² Piña, María Estela y Bonetto de Rizzi, "Mobbing... op. cit.", nota 2, p. 601.

²³ Sala VII, en autos "Barbe, José María c/ Metrovías S.A.", sent. 36.961 del 17/9/03; "Rybar, Héctor Hugo c/ Banco de la Nación Argentina", sent. 40.175 del 8/6/07; "Jiménez, Hugo Oscar c/ Jockey Club s/ Despido", sent. 40.251 del 5/7/07. p. 29, op. cit., p. 1-15 in op. cit., Piña-Bonetto de Rizzi.

esta teoría en la Sentencia No. 89572 causa No. 22.387/2006 "Pellicori Liliana Silvia" c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Acción de amparo. Juzgado No. 14, dispuso la anulación de un despido por considerarlo discriminatorio dejando sin efecto la sentencia dictada por la Sala de la CNAT, "ante la denuncia de discriminación por parte de la trabajadora", le impuso a la empresa desvirtuar la acusación, exigiendo al Estado acciones positivas tendientes a evitar la discriminación, sosteniendo que análogas doctrinas se registraban en el seno de la Unión Europea de la OIT y del Consejo de Europa. El Tribunal tomó en cuenta que el litigio ponía en juego el "ominoso flagelo" de la discriminación, cuya prohibición inviste el carácter de *jus cogens*. Tal como lo había expresado en el precedente "Alvarez c/Censosud S.A." del año 2010. Se está abriendo una puerta hacia el camino del mayor respeto de los derechos humanos. Se reitera **"más necesario es parar el daño que repararlo."**

Para cerrar con los argumentos finales del Protocolo de Intervención para los casos de Hostigamiento y Acoso Sexual, copio los argumentos que hacen de la realización, desarrollo y utilización por parte de los juzgadores y agentes de la justicia de esta clase de herramientas multidisciplinarias y transversales, cuya perspectiva de género ha permitido una evolución cualitativa en los ámbitos en los que se ha aplicado; así, las autoras, respecto del protocolo en cuestión resaltan lo señalado en las páginas 95 y 96:

- En los hallazgos encontrados en investigaciones internacionales, existe suficiente evidencia que hace posible afirmar que las sanciones disciplinarias son un correctivo efectivo en la lucha por prevenir y erradicar el hosti-

gamiento... Por tal razón, las instituciones, de manera interna, deben:

- Crear un régimen disciplinario, con graduación de sanciones, según la gravedad del hostigamiento y acoso..., las cuales deberán abarcar desde la suspensión de trabajo hasta el despido. Todo hecho comprobado y su correspondiente sanción, deberá quedar documentado en el expediente laboral de la persona que hostiga... Está probado que estas medidas disciplinarias son uno de los remedios eficaces para evitar otros hechos futuros.
- **Regular debidamente los procedimientos, con objeto de garantizar el debido proceso y una valoración de prueba con perspectiva de género.**²⁴

Al buscar remedios es preciso tener en cuenta cuatro principios fundamentales:

1. Detener la discriminación y el hostigamiento presentes. Esto significa que el comportamiento de la parte acusada en el lugar de trabajo debe modificarse para ser aceptable.
2. Impedir que se repitan. Es necesario asegurarse de que el comportamiento no empiece de nuevo. Esto podría lograrse con acciones tan simples como separar a las personas involucradas. Sin embargo, hay que asegurarse de que la persona que presentó la queja no sufra como resultado del traslado (principio de re-victimización). Dado que una

²⁴ Las negritas y el subrayado son de la autora.

disciplina progresiva puede incluir otras acciones, es importante tener en cuenta los siguientes factores:

- Gravedad del incidente (efectos para la parte denunciante).
- Duración de los incidentes (uno aislado o una serie continuada).
- Abuso de autoridad.
- Posición de la parte denunciante (edad, nivel de experiencia, posición en la organización).
- Si el hostigamiento es verbal o físico.
- Si hubo actos similares anteriormente.

3. Reparar cualquier pérdida sufrida por las personas que han sido víctimas de discriminación u hostigamiento.

- Es relativamente fácil reparar las pérdidas tangibles, como un ascenso. Las más difíciles son las intangibles: la pérdida de dignidad y autoestima. En esas situaciones es muy importante que la dependencia/entidad apoye a su personal.
- La confidencialidad debe ser respetada, y si otras/os empleadas/os de la misma área preguntan acerca de los resultados, es preciso aconsejarles al respecto.

La sentencia analizada puede sentar precedente por el solo hecho de hacer pasar un tema tan importante en el espacio laboral en nuestros días, el trabajo de equipos multidisciplinarios con perspectiva de género, en tanto peritos, como asesores de la Corte y formadores de agentes de lo jurídico es trascendental para lograr una verdadera evolución en materia de igualdad

estructural, de cambio de paradigmas y de acceso a la justicia, no sólo a las mujeres, como lo muestra el Protocolo en cuestión, sino que se trata de un trabajo de largo aliento para cambiar la forma en que la sociedad y la cultura a la que pertenecemos se estructura a partir de relaciones desiguales jerarquizadas que deshumanizan los espacios de quehacer humano, que incitan a comportamientos que no deberían existir en una civilización para los derechos humanos; ser animales de caza está en la naturaleza de los animales salvajes de las manadas, y aun así esos grupos dan muestra, muchas veces, de mayor consciencia y empatía que lo que los seres humanos, con vocación de civilidad y hermandad solemos mostrar.

La obligación, la esencia del derecho, es equilibrar las cosas, no re-victimizar a las víctimas; si alguien sabe de ello es el Ministro Cossío, quien ha dado muestra a través de los años, de una vocación constitucionalista, liberal y diversa en la mayoría de sus ponencias y posturas. Es importante resaltar que mientras que el Protocolo de Intervención para casos de Hostigamiento y Acoso Sexual de Inmujeres, existe desde el 2009, el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género de la SCJN existe desde el 2014. De manera, que los comentarios aquí emitidos buscan enriquecer hacia el futuro las posibilidades de otras sentencias sobre el tema de *mobbing*, más que buscar hacer una crítica sobre la sentencia emitida.

3. FUENTES CONSULTADAS

Arazi Roland, "Carga de la Prueba", en *Revista de Derecho Procesal*, Ed. Rubinzal Culzoni, t.I, 2005.

Hirigoyen, Marie France, "El acoso moral, el maltrato psicológico en la vida cotidiana", (1998), Buenos Aires, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 1999.

Instituto Nacional de las Mujeres, *Protocolo de Intervención para casos de Hostigamiento y Acoso Sexual*, D.F., 2009.

Leymann, Heinz, "Liga Española Anti acoso", *El acoso psicológico institucional*, París, Ed. Seuil, 1996.

Piña, Estela y Bonetto de Rizzi, Nevy, "Mobbing, acoso moral y acoso psicológico", *XX Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Chile, 2012.

Piñuel Iñaki, "Mobbing", Aguilar, 2003.

Recomendación General 25. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Sentencia autos: "V., H. G. C/ Lekryzon S.A. y otro S/Despido", Del voto de la Dra. Estela Milagros Fereirós.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, México, SCJN, 2014.