

LA NOCIÓN DE “VIOLENCIA DE SEGUNDO ORDEN”:
UNA NOVEDAD LEGISLATIVA
EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS Y LIBERTADES.
A PROPÓSITO DE LA AMPLIACIÓN
DEL PRINCIPIO DE INDEMNIDAD
FRENTE A LAS REPRESALIAS VINCULADAS
A LA VIOLENCIA MACHISTA*

THE LEGAL NOTION OF “SECOND-ORDER VIOLENCE”:
A LEGISLATIVE NOVELTY IN THE PROTECTION
OF RIGHTS AND FREEDOMS.
REGARDING THE RELEVANCE OF EXPANDING
THE PRINCIPLE OF INDEMNITY AGAINST REPRISALS
LINKED TO SEXIST VIOLENCE

ANTONIO MADRID PÉREZ
Universidad de Barcelona
<https://orcid.org/0000-0002-2580-6129>

Fecha de recepción: 31-5-21
Fecha de aceptación: 14-10-21

Resumen: *La introducción de las nociones de “violencia de segundo orden” y de “discriminación de segundo orden” en dos leyes aprobadas a finales de 2020 por el Parlamento de Cataluña plantea una novedad legislativa a nivel estatal e internacional. Mediante estos nuevos conceptos legales se propone ampliar la protección frente a las represalias que, en ocasiones, se ejercen sobre quienes se confrontan con situaciones de violencia machista y/o quienes dan apoyo a las víctimas, aunque no lo hagan en el marco de un procedimiento administrativo o un procedimiento judicial. La inclusión de estos conceptos en sendas leyes centradas en la erradicación de la violencia machista y en la igualdad de trato y*

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto PID2019-110466RB-I00 (“Estudios feministas, de las mujeres y de género: Consentimiento: de los actos de habla a los actos comunicativos”).

no discriminación abre un debate acerca de si la ampliación del ámbito de protección es una medida que contribuye a mejorar la eficacia de los mecanismos de protección de derechos y libertades.

Abstract: *The introduction of the notions of “second-order violence” and “second-order discrimination” in two laws at the end of 2020 by the Parliament of Catalonia means a legislative novelty at the state and international level. Through these new legal concepts, it is proposed to expand the protection against reprisals that are sometimes exercised on those who confront situations of sexist violence and / or those who give support to the victims, even if they do not do so within the framework of an administrative procedure or a judicial procedure. The inclusion of these concepts in two laws focused on the eradication of sexist violence and on equal treatment and non-discrimination opens a debate about whether the expansion of the scope of protection is a measure that contributes to improving the effectiveness of the mechanisms to protect rights and freedoms.*

Palabras clave: violencia machista, violencia de segundo orden, denuncia, represalias, igualdad

Keywords: sexist violence, second-order violence, complaint, retaliation, equality

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El objetivo principal de este artículo es analizar la razón de ser y la aplicabilidad de un concepto legal que es novedoso en el ordenamiento jurídico: “violencia de segundo orden” (en adelante VSO). Para alcanzar este objetivo, este texto se centra en tres cuestiones principales: cómo se ha configurado la noción legal de VSO, qué novedad aporta y por qué es relevante la ampliación de la protección frente a las represalias para avanzar en la prevención y respuesta ante la violencia machista.

El 13 de enero de 2021 entró en vigor la Ley catalana 17/2020, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley catalana 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Esta Ley, en su artículo 4.2.g., introdujo el concepto de VSO como una forma de violencia machista. La definición de VSO incorporada en esta Ley es la siguiente: “consiste en la violencia física o psicológica, las represalias, las humillaciones y la persecución ejercidas contra las personas que apoyan a las víctimas de violencia machista. Incluye los actos que impiden la prevención, la detección, la atención y la recuperación de las mujeres en situación de violencia machista”. De esta definición, interesa subrayar la siguiente idea de cuya considera-

ción se ocupa este artículo: formas de violencia “ejercidas contra las personas que apoyan a las víctimas de violencia machista”.

La incorporación de la noción de VSO ha venido acompañada por una segunda novedad: la introducción de la noción de discriminación de segundo orden (en adelante DSO) en otra Ley catalana aprobada unos días después de aprobarse la que introdujo la noción de VSO. Por DSO se entiende “[e]l maltrato ejercido contra personas o grupos de personas por el hecho de defender a personas o grupos discriminados”¹.

Por razón de coherencia con el marco legal en el que se ha originado la noción de VSO, en este artículo se opta por utilizar la noción legal de “violencia machista” tal como quedó configurada desde hace años en la legislación catalana: “la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y la situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y que, producida por medios físicos, económicos o psicológicos, incluidas las amenazas, intimidaciones y coacciones, tenga como resultado un daño o padecimiento físico, sexual o psicológico, tanto si se produce en el ámbito público como en el privado”². El concepto legal de “violencia machista” es más amplio que el concepto legal de “violencia de género” vigente en el derecho español que se circunscribe a las violencias que se ejercen sobre las mujeres “por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”³. Pese a esta diferencia del ámbito de protección, la noción de VSO tanto puede ser relacionada con el concepto legal de violencia de género como con el de violencia machista.

En el marco de la prevención, identificación y acción contra la violencia machista, la noción de VSO identifica como expresión de violencia aquellos actos que buscan dañar a quienes dan apoyo a la víctima. Para entender si esta noción tiene relevancia o carece de ella, hay que plantearse cómo se puede mejorar la eficacia en la prevención, identificación y acción contra esta

¹ Ley de Cataluña 19/2020, del 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación, art. 4. K.

² Esta noción fue fijada en la Ley de Cataluña 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista en su art. 3. a), optándose en esta ley y en las siguientes que le son concordantes por la noción de violencia machista en vez de la noción de “violencia de género” establecida en el ordenamiento jurídico estatal.

³ Según la definición establecida en el art. 1.1. de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección contra la violencia de género.

forma de violencia. La premisa que subyace a la noción de VSO es que proteger a quienes apoyan a las víctimas de la violencia machista y a quienes se posicionan contra esta violencia en sus distintas expresiones incrementa la eficacia de los mecanismos de protección de los derechos y las libertades que quedan vulnerados en las situaciones de violencia.

El mecanismo jurídico que desde mi punto de vista condensa la ampliación del ámbito de protección que propone la noción de VSO es el principio de indemnidad frente a las represalias. Hasta el momento, el principio de indemnidad contempla a quien denuncia y también a quien participa en un procedimiento administrativo o judicial mediante el que se dirimen las responsabilidades jurídicamente exigibles derivadas de una situación de violencia machista. La noción de VSO propone ampliar los supuestos de hecho protegidos por el principio de indemnidad, de forma que se postula la necesidad de proteger a aquellas personas que reciben represalias, aunque no ejerzan funciones públicas ni actúen en el marco de un procedimiento formalizado, ya sea administrativo o judicial.

En los últimos años se ha observado una tendencia a nivel internacional y, en menor medida a nivel estatal, a ampliar el ámbito de protección que ofrece el principio de indemnidad frente a las represalias en el sentido que ahora lo hace la noción legal de VSO. Es significativo que esta preocupación por proteger frente a las represalias también ha ocupado seriamente a los órganos de gobierno de la Unión Europea en un ámbito que, pese a no ser el de la violencia machista, busca también mejorar la eficacia de las políticas públicas en la defensa del derecho vigente. Como se verá durante el texto, la Unión Europea, mediante la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones de Derecho de la Unión, ha ampliado el ámbito de protección frente a las represalias en un sentido concordante (pese a la diferente especificidad de la regulación) a la noción de VSO que aquí se analiza.

La tesis que se somete a consideración en este texto es la siguiente: el concepto de VSO, y su desarrollo legal, puede contribuir a incrementar la eficacia de las actuaciones contra la violencia machista. Como se explicará a lo largo del texto, son varias las razones que avalan esta afirmación. Por ahora, se pueden enunciar las que tal vez sean las razones de mayor alcance: 1.- pese a que el discurso de la tolerancia cero frente a la violencia machista se ha extendido desde hace tiempo, entre los factores que dificultan tanto los procesos de denuncia como las actuaciones frente a las violencias se encuentra

el temor a recibir represalias; 2.- el desarrollo del principio de corresponsabilidad en la prevención y actuación frente a la violencia machista requiere de mecanismos de protección que protejan frente a posibles represalias a quienes dan apoyo a las víctimas y/o se posicionan contra esta violencia.

El interés de analizar el estado actual y la propuesta de ampliación del principio de indemnidad frente a las represalias vas más allá de la actuación legal contra la violencia machista, o contra el fraude o la corrupción (como prevé la Directiva 2019/1937). Apunta en realidad a una cuestión como es si la indemnidad frente a las represalias ha de ser contemplada como un mecanismo básico en las estrategias de defensa de derechos y libertades.

2. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN FRENTE A LAS REPRESALIAS: EL PAPEL DE LAS TERCERAS PERSONAS

La noción de VSO tiene su antecedente más directo en la expresión “second-order sexual harassment”. Esta expresión se utiliza, especialmente en el ámbito anglosajón, para dar nombre a la violencia que en ocasiones se ejerce sobre las personas que dan apoyo a las víctimas de acoso sexual.⁴

En uno de los textos de referencia sobre esta cuestión, *The Lecherous professor*, Linda Weiner, una de las coautoras de este libro junto con Billie Wright Dziech, puso de manifiesto las consecuencias negativas que recibían quienes apoyaban a las personas que sufrían algún tipo de violencia machista en el entorno universitario. Esta autora se expresó en estos términos:

“Sexism on campus creates a second order of sexual harassment victims, those who advise, support, and rule in favor of the primary victims. These are the affirmative action officers, ombudspersons,

⁴ Puede consultarse: A. VIDU, R. VALLS, L. PUIGVERT, P. MELGAR, M. JOANPERE, “Second Order of Sexual Harassment – SOSH”, *Multidisciplinary Journal of Educational Research*, núm. 7 vol. 1, 2017, pp. 1-26, doi:10.17583/remie.2017.2505; R. FLECHA, “Second-Order Sexual Harassment: Violence Against the Silence Breakers Who Supports the Victims”, *Violence against Women*, 1-20, 2021, pp. 1-21, doi/10.1177/1077801220975495; A. VIDU, G. TOMÁS, R. FLECHA, “Pioneer Legislation on Second Order of Sexual Harassment: Sociolegal Innovation in Addressing Sexual Harassment”, *Sexuality Research and Social Policy*, 2021, doi.org/10.1007/s13178-021-00571-0; P. MELGAR ALCANTUD, R. CAMPDEPADRÓS-CULLELL, C. FUENTES-PUMAROLA, E. MUT-MONTALVÀ, “‘I think I will need help’: A systematic review of who facilitates the recovery from gender-based violence and how they do so”, *Health Expectations*, num. 24, vol. 1, 2021, pp. 1-7, doi: 10.1111/hex.13157

counselors, assistant deans – the people assigned, and usually committed, to helping sexual harassment victims. Like their clients, they are overwhelmingly women. And this is simultaneously the source of their competence and their vulnerability in a campus system. I have never heard of anyone getting a merit raise for handling a sexual harassment case well, nor being thanked for solving a problem for the institution. Not only is their good work not valued, but they are devalued –as colleagues, as professionals, and as people. Their motives are questioned, their long-established professionalism challenged, and their credibility diminished or lost. Obviously these women deserve better treatment; in its absence, they deserve more of our involvement and support”⁵.

Este texto tuvo el acierto de identificar, como parte de la violencia machista, los efectos negativos que recibían en ocasiones quienes gestionaban institucionalmente los casos de acoso sexual. La noción legal de VSO parte de esta constatación y amplía su voluntad de protección al 1. identificar las violencias que se ejercen sobre cualquier persona por el hecho de dar apoyo a la víctima y/o confrontarse con una situación de violencia, se formalice o no se formalice jurídicamente esta acción, y 2. expresar la voluntad política de proteger a estas personas como forma de contribuir a prevenir y actuar contra la violencia machista por entender que la respuesta ante la violencia machista ha de ser una respuesta colectiva.

La noción de ‘apoyo’ que se utiliza en el nuevo concepto legal comprende acciones que, por lo general, no están preestablecidas en un procedimiento previamente regulado, sea administrativo o judicial: acompañar cuando la víctima así lo solicita, atender, asistir, respaldar, cuidar o significarse públicamente en contra de las situaciones de violencia machista. A su vez, la ampliación atiende al ámbito subjetivo de protección: la propuesta que incorpora es proteger tanto a quienes participan en procedimientos formalmente reglados (protección que ya está prevista, como se verá más adelante), como a quienes lo hacen de modo informal.

Durante el debate parlamentario sobre la reforma legal que condujo a la introducción de la noción de VSO, se puso de manifiesto que para prevenir y erradicar la violencia machista era necesario atender su dimensión comu-

⁵ B. W. DZIECH, L. WEINER, *The Lecherous Professor. Sexual Harassment on Campus*, University of Illinois Press, 1990, pp. XXVIII-XXIX. Puede verse el texto pionero de C. A. MACKINNON, *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sexual Discrimination*, Yale University Press, 1979.

nitaria y pública⁶. Esta posición no es novedosa en los trabajos especializados⁷, como tampoco lo es en la interpretación judicial. En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Supremo español ha señalado que los daños que provocan violencias como el acoso sexual “en el trabajo o en el estudio no es solo individual sino colectivo porque afecta al status de todos los trabajadores o estudiantes, principalmente a las mujeres aunque no solo a ellas, y perjudica a la sociedad en su conjunto”⁸.

Esta percepción relacional ampliada de la violencia machista también ha sido acogida por las instituciones europeas. El Parlamento europeo, en una Resolución de octubre 2017 en materia de lucha contra el acoso sexual y los abusos, expresó la necesidad de remover las causas que impedían la denuncia de las situaciones de violencia y la necesidad de implicar a los hombres en el rechazo a situaciones que generan violencia machista, incluyendo entre estas actitudes la pasividad ante las situaciones de violencia por parte de quienes tienen noticias de ellas⁹.

Por su parte, la literatura especializada ha aportado numerosos estudios acerca de la importancia que tiene la conducta de quienes observan o tienen conocimiento de las situaciones de violencia machista para conseguir revertir la sensación de impunidad que en ocasiones se da, así como la importancia que esta conducta tiene para prevenir y reducir las situaciones de violencia y dar apoyo a la víctima¹⁰.

⁶ Vid la intervención de la diputada J. DÍAZ, “Diari de Sessions del Parlament de Catalunya”, XII legislatura, 6º periodo, serie P, número 127. Pleno del Parlament, Sesión 68, 4ª reunión, jueves 17 de diciembre de 2020, pp. 86-7.

⁷ Vid., por ejemplo, M. FRIEDMAN, “El feminismo y la concepción moderna de la amistad: dislocando la comunidad”, en C. CASTELLS (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996, pp. 149-166; M. FRIEDMAN, “Autonomy and Male dominance”, *Soundings: An Interdisciplinary Journal*, 2004, pp. 175-200; C. A. MACKINNON, *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995. Tiene especial interés abordar el análisis de esta violencia desde la perspectiva de la configuración de las relaciones de poder, y, de forma especial, la noción de ‘poder sobre’, vid. M. A. BARRÈRE UNZUETA, “Filosofías del derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXIV, 2018, pp. 11-42.

⁸ STS 721/2015, 22 octubre, Fundamento vigesimoprimer (Roj: STS 4705/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4705).

⁹ Resolución del Parlamento Europeo de 26 de octubre de 2017: “On combating sexual harassment and abuse in the EU (2017/2897(RSP)), P8_TA(2017)0417, letra E y puntos 6 y 7.

¹⁰ Vid.: L. BOWES-SPERRY, A. M. O’LEARY-KELLY, “To Act or Not to Act: The Dilemma Faced by Sexual Harassment Observers”, *The Academy of Management Review*, 2005, vol. 30, núm. 2, pp. 288-306; L. M. CORTINA, J. L. BERDAHL, “Sexual Harassment in

Los informes disponibles sobre el acoso sexual, una de las formas de violencia machista más extendida, señalan que la mayor parte de casos de acoso sexual no se denuncian¹¹. Cuando se pregunta a las mujeres acosadas a quién informó o con quién habló para explicar los casos graves de acoso, las respuestas son significativas. La encuesta de 2014 realizada por la Agencia europea para los derechos fundamentales a 42.000 mujeres pertenecientes a 28 países aportaron los siguientes resultados: el 35% de mujeres que sufrieron acoso no lo explicaron, el 28% lo hizo a una amiga/o, el 24% a una/un familiar o pariente, el 14% a la pareja, el 6% a la compañera/o de trabajo, el 4% al empleador/a y el 4% a la policía¹².

Estos datos pueden ser complementados con la información que se obtiene cuando en esta misma encuesta europea se pregunta a las mujeres que

Organizations: A Decade of Research in Review”, en J. BARLING, C. L. COOPER, *The Sage Handbook of Organizational Behavior*, vol. I, Micro Approches, Sage, Los Angeles, 2008, pp. 469-497; S. MCMAHON, V. L. BANYARD, “When Can I Help? A Conceptual Framework for the Prevention of Sexual Violence Through Bystander Intervention”, *Trauma, Violence & Abuse*, núm. 13 vol. I, 2012, pp. 3-14; J. COHEN, D. L. ESPELAGE; S. TWEMLOW, M. W. BERKOWITZ, J. P. COMER, “Rethinking Effective Bully and Violence Prevention Efforts: Promoting Healthy School Climates, Positive Youth Development, and Preventing Bully-Victim-Bystander Behavior”, *International Journal of Violence and Schools*, núm. 15, 2015, pp. 2-40; A. C. CARES, V. L. BANYARD, M. M. MOYNIHAN *et al.*, “Changing Attitudes about Being a Bystander to Violence: Translating an In-Person Sexual Violence Prevention Program to a New Campus”, *Violence Against Women*, vol. 21, núm. 2, 2015, pp. 165-187; CH. R. FELDBLUM, V. LIPNIC, *Select Task Force on the Study of Harassment in the Workplace*, U.S. Equal Employment Opportunity Commission, 2016, p. 31, disponible en https://www.eeoc.gov/eeoc/task_force/harassment/report.cfm; F. F. BENYA, SH. E. WIDNALL, P. A. JOHNSON (eds.), *Sexual Harassment of Women: Climate, Culture, and Consequences in Academic Sciences, Engineering, and Medicine*, The National Academic Press, Washington DC, 2018, p. 187; A. SMAIL, *Tackling, gender-based violence, harassment and hate crime: two years on*, Universities UK, 2019, disponible en [Universities UK, 2019, https://www.universitiesuk.ac.uk/policy-and-analysis/reports/Documents/2019/uuk-changing-the-culture-two-years-on.pdf](https://www.universitiesuk.ac.uk/policy-and-analysis/reports/Documents/2019/uuk-changing-the-culture-two-years-on.pdf); P. SEN *What Will It Take? Promoting Cultural Change to End Sexual Harassment*, UN Women, 2019, disponible en <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2019/discussion-paper-what-will-it-take-promoting-cultural-change-to-end-sexual-harassment-en.pdf?la=en&vs=1714>

¹¹ Vid., por ejemplo, para Gran Bretaña, el informe que hizo el Trades Union Congress (TUC), “Still just a bit of banter? Sexual harassment in the workplace”, 2016, pp. 19, 21 y 23. Vid. tb. para investigaciones centradas en EE.UU., CH. SABINA, L. Y. HO, “Campus and College Victim Responses to Sexual Assault and Dating Violence: Disclosure, Service Utilization, and Service Provision”, *Trauma, Violence & Abuse*, núm. 15, vol. 3, 2014, pp. 201-226.

¹² FRA-European Union Agency for Fundamental Rights, “Violence against women: an EU wide-survey”, 2014, p. 116, disponible en <https://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report>

han sufrido violencia física o sexual por parte de su pareja, qué le ayudó a superar la violencia. El principal sistema de ayuda fue el apoyo de la familia y de las amistades, con un 35%, frente al 6% que nombró el apoyo profesional de apoyo a la víctima¹³. Estos datos obtenidos a partir de la vivencia de las mujeres que han vivido situaciones de violencia machista señalan la importancia de tener en cuenta, y de proteger frente a las represalias, a las personas que dan apoyo a las víctimas, ya lo hagan mediante mecanismos no formalizados jurídicamente o mediante mecanismos institucionales de intervención.

En España, la Macroencuesta de violencia contra la mujer de 2015, con una muestra de 10.171 mujeres entrevistadas, del total de mujeres que había sufrido violencia física o sexual de parte de alguna de sus parejas a lo largo de la vida, o que habían tenido miedo de alguna de sus parejas, un 26,8% informó a la policía, y 1,7% acudió al juzgado directamente a denunciar. Un 65% no utilizó esta vía oficial¹⁴.

Unos años después de que se realizara la Macroencuesta de 2015, en la Macroencuesta de 2019, más detallada que la de 2015, los datos fueron similares¹⁵. La suma de los casos que llegan a un juzgado o a la policía, más los casos de los que se tiene conocimiento a través de los servicios sanitarios y los servicios sociales se sitúa en el 37,6%. En 2019 se siguió identificando que la mayoría de los casos de violencia física, sexual y emocional no se denuncia, y que las redes familiares, de amistad y de proximidad desempeñan un importante papel en el apoyo a la víctima. En estas redes de proximidad son las mujeres amigas y familiares a quienes se explica mayormente la violencia que se está viviendo y es en estas redes de proximidad donde se genera el apoyo que se recibe¹⁶. En el mismo sentido, en los casos de acoso sexual, los datos también indican que son las amistades, la familia y la pareja los principales recursos informales a los que se dirige la persona acosada¹⁷.

¹³ FRA, cit., p. 46.

¹⁴ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, “Macroencuesta de violencia contra la mujer”, 2015, p. 175, disponible en https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/coleccion/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf

¹⁵ Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, “Macroencuesta de violencia contra la mujer”, 2019, disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm>

¹⁶ Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, cit., p. 132.

¹⁷ Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, cit., p. 200. En el mismo sentido C. E. AHRENS, R. CAMPBELL, N. K. TERNIER-THAMES, SH. M. WASCO, T. SEFL,

La ampliación del ámbito de protección que expresa la noción de VSO es la continuación de una tendencia que, como se verá, ya se había ido consolidando a nivel internacional desde hace unos años. Si inicialmente tan solo la víctima directa quedaba contemplada como la persona que podía invocar la indemnidad frente a las represalias por el hecho de denunciar o presentar una queja, con el tiempo esta protección se ha ido ampliando a quienes participaban en procedimientos formalizados. El tercer paso se comenzó a dar en el momento en que se reconoció que, si se quería incrementar la eficacia de los modelos de intervención frente a la violencia machista, era necesario proteger a las personas que ayudaban a la víctima, ya fuera en procedimiento formal o en situaciones no formalizadas.

Un estudio recientemente publicado se ha ocupado, entre otras cuestiones, de averiguar por qué en ocasiones no se apoya a la víctima de violencia machista. Uno de los resultados de este estudio es el siguiente: el 40% de las personas encuestadas contestaron que dejaron de apoyar a la víctima por miedo a las represalias¹⁸. Hay pocas dudas acerca de que si se crea un ambiente en el que se protege a quien quiere denunciar o informar (aunque sea de forma anónima¹⁹) y se protege a quien da apoyo a esta persona, se contribuye a crear un ambiente que previene y ayuda a actuar contra las violencias²⁰. En coherencia con esta idea, y ante la necesidad de incrementar la eficacia de los mecanismos de intervención, se ha iniciado desde hace unos años una tendencia a ampliar el ámbito de protección frente a las represalias.

“Deciding Whom to Tell: Expectations and Outcomes of Rape Survivors’ First Disclosures”, *Psychology of Women Quarterly*, vol. 31/1, 2007, pp. 38-49.

¹⁸ P. MELGAR, G. GEIS-CARRERAS, R. FLECHA, M. SOLER, “Fear to Retaliation: The Most Frequent Reason for Not Helping Victims of Gender Violence”, *RIMCIS. International and Multidisciplinary Journal of Social Sciences*, 2021, pp. 1-20.

¹⁹ Vid. por ejemplo el documento suscrito por distintas organizaciones sindicales europeas FSESP, UNI-Europa, CSEE, HOSPEEM, CMRE, EFEE, EuroCommerce, CoESS, “Diálogo social europeo: Directrices multisectoriales para solucionar la violencia y el acoso de terceros relacionados con el trabajo”, 2010. Sin embargo, la posibilidad de la denuncia o información anónima no había sido contemplada en el Acuerdo Marco europeo sobre Acoso y Violencia en el trabajo de 2007, suscrito por ETUC/CES, BUSINESSEUROPE, UEAPME y CEEP (Comisión de las Comunidades Europeas, 8-11-2007, COM(2007) 686 final).

²⁰ Este es el sentido dado a la protección frente a las represalias en EE. UU. por la U.S. Equal Employment Opportunity Commission (disponible en <https://www.eeoc.gov/facts-about-retaliation>) de modo que se contempla tanto la participación en procedimientos formalizados como la intervención no formalizada previamente para proteger a otras personas frente a violencias machistas.

3. LA TENDENCIA INTERNACIONAL A AMPLIAR EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LAS TERCERAS PERSONAS FRENTE A LAS REPRESALIAS

Como se acaba de decir, la ampliación de la protección frente a las represalias de quienes apoyan a las víctimas y/o se confrontan con vulneraciones de derechos es una tendencia que ya hace años que comenzó a darse impulsada por distintas organizaciones internacionales. En 2005, Naciones Unidas amplió la noción de víctima al considerar que tanto se podía entender por víctima (víctima directa) la persona que recibe un daño derivado de la vulneración de normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario, como “las personas que hayan sufrido daños al intervenir para prestar asistencia a víctimas en peligro o para impedir la victimización”²¹. Esta ampliación fue utilizada en el contexto español por leyes como las leyes de memoria histórica andaluza, valenciana, aragonesa o asturiana, al reconocer como víctimas a quienes han sufrido daños por dar apoyo a las víctimas y/o impedir la victimización²².

En el ámbito laboral, la OIT presentó en 2018 su V Informe “Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo”²³. En este documento se analizó cómo las diferentes legislaciones estatales abordaban la violencia y el acoso en el trabajo. Al analizar la protec-

²¹ ONU, “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, art. 8.

²² Ley 2/2017, de 28 de marzo, de Memoria histórica y democrática de Andalucía en su art. 4. B); Ley de Valencia 14/2017, de 10 de noviembre, de memoria democrática y para la convivencia, art. 3.b.3.; Ley de Aragón 14/2018, de 8 de noviembre, de memoria democrática, art. 5; Ley de Asturias 1/2019, de 1 de marzo, para la recuperación de la memoria democrática, art. 6.b. Sin embargo, esta ampliación no ha sido recogida en la Ley de Canarias 5/2018, de 14 de diciembre, de memoria histórica, art. 2.2. o la Ley de Extremadura 1/2019, de 1 de enero, de memoria histórica y democrática, art. 4 b).

²³ OIT, “Acabar con la violencia y el acoso contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo”, Conferencia Internacional del Trabajo, 107ª reunión, ILC. 107/V/1, 2018, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_554100.pdf

En 2019 la OIT aprobó el Convenio sobre la violencia y el acoso. Convenio que por ahora (16 de mayo de 2021) no ha sido ratificado por España. Este Convenio recoge en su artículo 10 la protección frente a la victimización y represalias de querellantes, víctimas, testigos e informantes, así como medidas de asistencia jurídica, social, médica y administrativa para querellantes y víctimas.

ción frente a las represalias que se pueden ejercer sobre quien denuncia, así como también sobre quien presta apoyo a quien denuncia, se obtuvieron los siguientes resultados entre los 80 países estudiados: 36 países tenían prevista la protección de los denunciantes contra las represalias, y 24 incluían la protección tanto para los denunciantes como para los testigos²⁴.

Por lo general, incluso los ordenamientos jurídicos más avanzados en materia de protección frente a las represalias se centran en la protección de aquellas personas que participan en un procedimiento administrativo o judicial. El análisis que hizo el grupo de expertos de la OIT y que queda reflejado en el informe citado, identifica algunos elementos contextuales que son significativos de cara a la prevención y reacción frente a situaciones de violencia machista. El informe indica que en ocasiones la persecución contra quien presenta una queja o una denuncia puede venir tanto de los superiores como de los compañeros y compañeras de trabajo²⁵. La segunda cuestión que subrayar en este informe es que se identifica una laguna en las normativas estatales: son pocos los ordenamientos estatales que protegen a los “lanzadores de alerta (también conocidos como reveladores de secretos o denunciantes protegidos, anónimos o confidenciales-*whistleblowers*), que pueden ser víctimas de conductas similares”²⁶.

Al detectar esta laguna, la recomendación que se hace en el informe de la OIT es ampliar la protección frente a las represalias que se pueden ejercer contra los “lanzadores de alerta”²⁷. A pesar de esta indicación, el grupo de expertos no llega a recomendar extender de forma general la protección a quienes dan apoyo a la víctima, como sí se hace mediante la reciente noción legal de VSO que se comenta en este artículo.

En el ámbito de la Unión Europea, en 2019, su Tribunal de Justicia dictó una sentencia que ha adquirido relevancia ya que despeja algunas dudas acerca del alcance de la protección frente a las represalias ejercidas sobre aquellas personas que apoyan a quien es objeto de un acto de discriminación por razón de sexo²⁸.

²⁴ OIT, cit., 2018, p. 87.

²⁵ OIT, cit., 2018, p. 114.

²⁶ OIT, cit., 2018, punto 388, p. 109.

²⁷ OIT, cit., 2018, p. 109.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de junio de 2019, MP: A. Prechal, Casos varios c. WTG Retail BVBA, ECLI:EU:C:2019:523.

En el caso Hakelbracht²⁹ el Tribunal atendió una cuestión prejudicial remitida por el Tribunal de lo Laboral de Amberes. El tribunal belga quería saber si una norma interna en materia de igualdad de género contradecía el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

El artículo 24 de esta Directiva, titulado “victimización”, prescribe la obligación que tienen los Estados miembros de introducir en sus legislaciones aquellas medidas que sean necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido o cualquier “otro trato desfavorable del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato”.

La opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expresada en esta sentencia es que la protección frente a represalias no debe circunscribirse exclusivamente a los testigos oficiales, sino que debe extenderse también a las personas que defienden o apoyan a la persona que ha presentado una reclamación por discriminación por razón de sexo.

Tiene interés ver las circunstancias concretas de este caso para entender el alcance de la interpretación que hizo el Tribunal. La Sra. Vandebom fue despidida 9 meses después de que ella, en calidad de gerente de una de las tiendas de ropa de la empresa WTG Retail BVBA, se opusiera a la decisión de la empresa de no contratar a la Sra. Hakelbracht porque estaba embarazada. La Sra. Vandebom entendió que la Sra. Hakelbracht era apta para ocupar el puesto de trabajo y que no se le podía discriminar negándole la contratación por el hecho de estar embarazada.

Al producirse el despido de la gerente, se planteó la cuestión acerca no solo del motivo real de su despido, sino fundamentalmente si ella quedaba protegida o no por el principio de indemnidad ante las represalias recibidas por el hecho de haber dado apoyo a la trabajadora que había sido discriminada por el hecho de estar embarazada.

La sentencia Hakelbracht se pregunta si el/la trabajador/a que preste apoyo a una persona que se considera víctima de una discriminación por razón de sexo estará protegido/a contra las represalias que pudiera tomar el empresario o si solo quedará protegido/a si interviene en un procedimiento reglado.

²⁹ M. T. VELASCO PORTERO, “La protección de los trabajadores que apoyan a una víctima de discriminación laboral por razón de sexo. Sentencia del Tribunal de Justicia UE de 20 junio 2019 (ECLI:EU:C:2019:523)”, *Temas Laborales*, núm. 149, 2019, pp. 195-200.

El Tribunal optó por aplicar una interpretación extensiva. Consideró que el artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE protege a todos/as los trabajadores/as que apoyen a la presunta víctima, ya sea que el apoyo tenga lugar mediante un procedimiento formalizado o se dé en modo informal. Al interpretar en este sentido la disposición del artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE, se refuerza la idea según la cual lo que se protege preferentemente es la acción de apoyo y la indemnidad de quienes apoyan, y no, exclusivamente, que la ayuda quede formalizada mediante la participación en un procedimiento reglado.

En la sentencia HakeIbracht, la formalización procedimental es puesta al servicio de la materialización del principio de igualdad de trato y no discriminación³⁰. Entiende el Tribunal en el párrafo 34 de esta sentencia que de otra forma se iría en contra de la garantía de no discriminación. Tiene interés citar la formulación de este argumento presentada por el Tribunal ya que entronca con la noción legal de VSO: “(...) la efectividad de la protección exigida por la Directiva 2006/54 contra la discriminación por razón de sexo no quedaría garantizada si aquella no cubriera las medidas que un empresario podría tomar contra trabajadores *que, de manera formal o informal, hubieran defendido a la persona protegida o hubieran declarado como testigos en su favor*. En efecto, esos trabajadores, que están en una posición ideal para apoyar a esa persona y para tener conocimiento de casos de discriminación cometidos por el empresario, podrían verse desalentados de intervenir en defensa de dicha persona por temor a quedar desprovistos de protección si no cumplen determinadas exigencias formales (...) lo que podría comprometer gravemente la realización del objetivo perseguido por la Directiva 2006/54, reduciendo la probabilidad de que se detecten y resuelvan casos de discriminación por razón de sexo” [cursiva mía].

4. LA PROTECCIÓN DE TERCERAS PERSONAS FRENTE A LAS REPRESALIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Salvo algunas excepciones recientes que se expondrán en este apartado, el ordenamiento jurídico español contempla la protección frente a las represalias de terceras personas que actúen en procedimientos legalmente

³⁰ Vid. el párrafo 29 de esta sentencia.

Vid. C. SÁNCHEZ TRIGUEROS, A. FOLGOSO OLMO, “Protección frente a las represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa. STJUE (Sala Tercera) de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5, 2019, pp. 1-8.

formalizados, sean de carácter administrativo o judicial. En base a este hecho normativo, la introducción de la noción legal de VSO en el ordenamiento jurídico constituye una propuesta innovadora al proponer la ampliación del ámbito de protección.

El ordenamiento jurídico español, en su ámbito penal, contempla una prohibición general de ejercer violencia o intimidación con la intención de influir directa o indirectamente en quien sea “denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal”³¹. En el segundo apartado de este artículo 464 del Código Penal se prohíbe cualquier represalia que se pueda ejercer contra las personas citadas anteriormente “por su actuación en un procedimiento judicial”. Esta previsión fue incorporada al Estatuto de la Víctima³², que no presentó ninguna novedad en esta cuestión³³.

En el ámbito del derecho antidiscriminatorio, la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres contempló el principio de indemnidad frente a las represalias. En el marco de esta previsión legal, los actos de represalia contra quien presenta una denuncia están considerados como actos de discriminación por razón de sexo³⁴. Se entendió que era preciso proteger a la persona frente a “cualquier trato adverso o efecto negativo” que traiga causa de la presentación de una queja o reclamación por parte de la persona que se considere discriminada por razón de sexo. En esta previsión legal, la persona protegida es la persona contra la que directamente se dirige el acto de discriminación. No se contempla la protección de personas que le presten apoyo, salvo que el apoyo sea la participación en un proceso reglado activado a partir de la denuncia o queja de la víctima. Cabe decir que esta noción no se vio alterada por el Convenio de Estambul. Este Convenio contempló la protección de las víctimas y de sus familiares frente a las represalias y la intimidación, si son familia y si participan en un proceso formal³⁵.

³¹ Art. 464 del Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³² Ley 4/2015, del 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

³³ En el mismo sentido se expresa la Directiva 2012/29, de 25 de octubre, del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

³⁴ Art. 9. “Indemnidad frente a las represalias”.

³⁵ Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, art. 56.1.a). Vid. J. M. GIL RUIZ (ed.), *El convenio de Estambul como marco de derecho antisubdiscriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2018.

Esta misma configuración en el alcance del principio de indemnidad frente a las represalias se ha trasladado a la legislación autonómica antidiscriminatoria³⁶. Las diferentes legislaciones autonómicas sobre igualdad de trato y no discriminación desarrolladas durante los últimos años no han contemplado la ampliación del ámbito de protección frente a las represalias. Como se ha dicho al inicio del artículo, ha sido a finales de 2020 cuando el Parlamento catalán ha aceptado esta ampliación de la noción de discriminación al incluir la noción de “discriminación de segundo orden” en la Ley 19/2020, del 30 de diciembre, de igualdad de trato y no discriminación para referirse a: “El maltrato ejercido contra personas o grupos de personas por el hecho de defender a personas o grupos discriminados” (art. 4.k).

Si el marco legal presentado circunscribe la indemnidad frente a las represalias a quien denuncia y a quien actúa en un procedimiento administrativo o judicial, parecería que la previsión introducida mediante la noción de VSO carece de relación alguna con previsiones normativas que se hubieran dado con anterioridad en España. Sin embargo, pese a que la previsión legal es la que de forma reiterada hemos recordado hasta aquí, existen algunos an-

³⁶ Vid. Ley de Galicia 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales, art. 4.1.; Ley de Extremadura 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, art. 46.4.b.; Ley de la Región de Murcia 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género, art. 3.1.e); Ley de les Illes Balears 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia, art. 36.5; Ley de la Comunidad de Madrid 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación, art. 51.4.b); Ley de la Comunidad de Madrid 3/2016 de 22 de julio, de Protección Integral contra LGTBI fobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual, art. 4.1.e); Ley de la Comunitat Valenciana 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género, art. 4. B; Ley de Andalucía 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares, art. 62.b); Ley de Aragón 4/2018, de 19 de abril, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación, art. 50. 4. B) y también de Aragón Ley 18/2018, de 20 de diciembre, de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género; Ley de la Comunitat Valenciana 23/2018, de 29 de noviembre, de igualdad de las personas LGTBI, art. 4.20; Ley de Cantabria 2/2019, de 7 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, art. 147.4.e) o Ley de Cantabria 8/2020, de 11 de noviembre, de Garantía de Derechos de las Personas Lesbianas, Gais, Trans, Transgénero, Bisexuales e Intersexuales y No Discriminación por Razón de Orientación Sexual e Identidad de Género, art. 44.3.c).

tecedentes normativos en los que ya se ha dado la ampliación del principio de indemnidad. Aunque de forma todavía muy minoritaria, la ampliación del ámbito de protección ya ha aparecido en algunos Planes de igualdad de empresas que incorporan protocolos de actuación frente al acoso³⁷, en algunos Protocolos de actuación en el ámbito de las administraciones públicas³⁸ y en las previsiones de protección incorporadas en algunos Convenios colectivos.

En octubre de 2020 se modificaron algunos de los criterios que se han de observar en la elaboración y aplicación de los Planes de igualdad. En el anexo del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre se ha establecido que el principio de indemnidad contempla tanto a la supuesta víctima como “a las personas que apoyen la denuncia o denuncien supuestos de acoso sexual y por razón de sexo”³⁹. De nuevo, esta previsión centra la atención en el contenido semántico que se le dé a la expresión ‘apoyar la denuncia’, de modo que esta cuestión ocupa una posición estratégica.

En este sentido, algunas empresas ya han ampliado el ámbito de protección que ofrece el principio de indemnidad frente a las represalias. Como ejemplo, el Plan de igualdad de la empresa Etralux S.A. (I Plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres 2018-2022). Este Plan de igualdad incorpora como anexo 3 su “Protocolo para la prevención y actuación en los casos de acoso”. En este protocolo, el principio de indemnidad frente a las represalias aparece con este redactado: “Se prohíbe expresamente cualquier represalia contra las personas que efectúen una denuncia, atestigüen, colaboren o participen en las investigaciones que se lleven a cabo, y contra aquellas personas que se opongan a cualquier situación de acoso frente a sí mis-

³⁷ E. BODELÓN, C. GALA, “Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las empresas”, en J. M. GIL RUIZ (ed.), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, Consejo General del Poder Judicial, Justicia y Sociedad, n. 36, 2013 pp. 133-259.

³⁸ D. MORONDO TARAMUNDI, “Protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las administraciones públicas”, en J. M. GIL RUIZ (ed.), *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: actuación de las administraciones públicas y de las empresas*, Consejo General del Poder Judicial, Justicia y Sociedad, n. 36, 2013, pp. 87-132; F. DE VICENTE PACHÉS, “Los Protocolos de actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo”, en A. VENTURA FRANCH, S. GARCÍA CAMPÁ, *El Derecho a la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres. Una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Pamplona, Aranzadi, 2018.

³⁹ Anexo sobre “Disposiciones aplicables para la elaboración del diagnóstico”, apartado 7: “Prevención del acoso sexual y por razón de sexo”, letra d).

mo o frente a terceros”⁴⁰. En los mismos términos, por citar otro ejemplo, se expresa el VII Plan de Igualdad y Protocolo de actuación en los supuestos de acoso laboral para empresas vinculadas a Telefónica de España, Telefónica Móviles España, y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones⁴¹.

Sin embargo, la mayoría de los Planes de igualdad se mantienen en la literalidad de la previsión que se introdujo en la Ley integral de 2007. Por ejemplo, el “Protocolo para la prevención y tratamiento del acoso sexual y por discriminación de género” incorporado como anexo en el Plan de Igualdad de la empresa de Seguridad integral Secoex S.A: “La empresa asegurará que los trabajadores y trabajadoras que consideren que han sido objeto de acoso, las que planteen una queja en materia de acoso o quienes presten asistencia en cualquier proceso, por ejemplo, facilitando información o interviniendo en calidad de testigo, no serán objeto de intimidación, persecución o represalias. Cualquier acción en este sentido se considerará susceptible de sanción disciplinaria”⁴².

En el ámbito de la Administración pública predomina también el criterio de protección frente a las represalias reservada a la persona que denuncia y a quienes participan en un procedimiento formalizado. De esta forma, por ejemplo, el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración general del Estado y de los Organismos públicos vinculados a ella recoge esta comprensión del principio de indemnidad frente a las represalias⁴³.

En el ámbito universitario, los Protocolos contra el acoso expresan una notable disparidad de criterios, de forma que en algunos se ha ampliado el ámbito de protección frente a las represalias previsto inicialmente en la Ley orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. La Universidad de Granada se puede citar como un ejemplo de la ampliación del ámbito de protección ya que reguló en su Protocolo para la prevención y respuesta frente al acoso⁴⁴ la indemnidad frente a las represalias como garantía del procedimiento es estos términos: “Se prohíben expresamente las represalias contra las personas que efectúen una queja o una denuncia, comparezcan como testigos o participen de otro modo en un procedimien-

⁴⁰ Art. 8. Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo.

⁴¹ Resolución de 28 de diciembre de 2015, de la Dirección General de Empleo.

⁴² Art. 7 g), Resolución de 24 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo-

⁴³ Arts. 2.2 y 2.4.

⁴⁴ Aprobado en sesión del Consejo de Gobierno de 26 de octubre de 2016.

to formal o informal sobre acoso en los términos previstos en la normativa aplicable”⁴⁵.

La clave en este mandato está en la noción de procedimiento informal. Este mismo protocolo entiende por “procedimiento informal” las actuaciones que se realizan sobre situaciones y circunstancias vinculadas a posibles conductas de acoso con la intención de atender y proteger a quien realiza la queja o es víctima de acoso, y así mismo actuar sobre las circunstancias de origen para evitar que se mantenga el acoso (art. 7.4). Se entiende pues que estas actuaciones, aunque no estén formalizadas, quedan protegidas por el principio de indemnidad frente a las represalias porque son relevantes para prevenir y actuar contra el acoso, ya que la institución tiene el deber de querer saber qué ocurre y de facilitar la transmisión de información y de protección hacia quien transmite la información sobre un posible ilícito⁴⁶. En el mismo sentido se ha expresado el Protocolo de la Universidad Complutense de Madrid⁴⁷ o el Protocolo de la Universidad de Huelva⁴⁸.

Por el contrario, el criterio mayoritario que se sigue actualmente en los Protocolos universitarios españoles ante el acoso sexual es contemplar exclusivamente como sujetos protegidos frente a las represalias a quienes denuncian y a quienes participan en un procedimiento formal. Así, por ejemplo, la Universidad de Castilla-La Mancha⁴⁹, la Universidad Jaume

⁴⁵ Art. 7.3.g.

⁴⁶ En este sentido es ha pronunciado repetidas veces el Tribunal Supremo al defender la flexibilidad del canal mediante el que se da noticia de la posible comisión de un delito. Esta flexibilidad en la forma de comunicar posibles ilícitos es puesta al servicio de la prevención y actuación contra la acción delictiva, de modo que no puede ser excusa la forma en la que se recibe la noticia para dejar de actuar. Vid., entre otras, STS 298/2019, de 7 de junio, Sala de lo penal (Roj: STS 1875/2019 - ECLI: ES:TS:2019:1875); STS 354/2019, de 10 de julio, Sala de lo penal (Roj: STS 2349/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2349); STS 644/2016, de 14 de julio, Sala de lo penal (Roj:STS 3436/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3436); STS 542/2016, de 20 de junio, Sala de lo penal (Roj: STS 2907/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2907); STS 342/2015, de 2 de junio, Sala de lo penal (Roj: STS 2718/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2718); STS 773/2013, de 22 de octubre (Roj: STS 5060/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5060); STS 17/2005, de 3 de febrero (Roj: STS 607/2005 - ECLI:ES:TS:2005:607).

⁴⁷ Protocolo para la prevención, detección y actuación ante situaciones de acoso sexual, acoso por razón de sexo (sexista) y acoso por orientación sexual e identidad y expresión de género, diciembre 2016, art. 2.3.g).

⁴⁸ Protocolo de prevención y actuación sobre el acoso sexual y acoso por razón de sexo, aprobado en Consejo de Gobierno el 20 de junio de 2014, art. 7.b.3.

⁴⁹ Protocolo de actuación frente al acoso sexual, al acoso por razón de sexo, al acoso discriminatorio y frente a todas las formas de acoso y violencia, 2016, art. 10.

I⁵⁰, la Universidad Pompeu Fabra⁵¹, la Universidad del País Vasco⁵², la Universidad de Barcelona⁵³, la Universidad de Almería⁵⁴ o la Universidad de Extremadura⁵⁵, entre otras.

Esta contención a la hora de identificar quiénes quedan protegidos frente a las represalias también ha sido superada en algunos Protocolos en los que se ha recalcado que el ejercicio de represalias es una forma de acoso laboral⁵⁶. Así lo ha hecho, por ejemplo, la Agencia española de protección de datos al referirse a la indemnidad frente a las represalias en estos términos: “Acciones de represalia frente a trabajadores que han planteado quejas, denuncias o demandas frente a la organización, o frente a los que han colaborado con los reclamantes”⁵⁷.

La ampliación del ámbito de protección frente a las represalias también se ha dado ya en algunos convenios colectivos, pese a que el criterio mayoritario

⁵⁰ Protocolo para la detección, prevención y actuación en los supuestos de acoso laboral, acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por orientación sexual e identidad y expresión de género, aprobado por el Consejo de Gobierno el 26 de octubre de 2017, art. 17.

⁵¹ Protocolo para prevenir y solucionar conflictos en materia de conductas violentas, discriminatorias y de acoso, aprobado por el Consejo de Gobierno el 17 de febrero de 2016, art. 3.6. Pese a esta previsión, este mismo protocolo contempla como evidencia de acoso laboral “Represaliar empleados que hayan planteado quejas, denuncias o demandas ante la Universidad, o ante los que han colaborado con los reclamantes”, art. 5.5. Sin embargo, no incluye esta evidencia al describir situaciones tipo de acoso sexual.

⁵² Protocolo de la UPV/EHU contra las violencias de género, aprobado por Consejo de Gobierno el 7 de junio de 2018, art. 6.g).

⁵³ Protocolo para la prevención, la detección y la actuación contra las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo, identidad de género y orientación sexual, y otras conductas machistas, aprobado por Consejo de Gobierno el 16 de mayo de 2019, art. 2. f).

⁵⁴ Protocolo para la prevención y el tratamiento del acoso sexual, por razón de sexo, orientación sexual e identidad de género, aprobado por Consejo de Gobierno el 1 de febrero de 2018, art. 9.4.4.

⁵⁵ Protocolo para prevención, detección y actuación frente al acoso sexual, acoso por razón de sexo u orientación sexual e identidad y expresión de género, aprobado en Consejo de Gobierno el 30 de mayo de 2017, art. 4.1.6.

⁵⁶ Vid. R. PÉREZ GUARDO, C. RODRÍGUEZ SUMAZA, “Una propuesta de intervención corresponsable sobre el acoso sexual laboral”, *Cuadernos de relaciones laborales*, núm. 34, vol. 1, 2016, pp. 107-127; J. F. LOUSADA AROCHENA, R. P. RON LATAS, *Protección laboral frente a las represalias por la denuncia de irregularidades en la empresa (whistleblowing)*, Bomarzo, Albacete, 2020.

⁵⁷ Protocolo de Actuación frente al Acoso laboral en la Agencia española de protección de datos, Anexo III-Listado de referencia de conductas que son, o no son, acoso laboral. Conductas consideradas como acoso laboral, 2011, actualizado en 2019, p. 16, disponible en <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-05/protocolo-acoso-laboral-aepd-2019.pdf>.

sigue siendo el que se mantiene como criterio dominante: ceñirse a quienes participan en procedimientos formalizados. El Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas ha expresado esta ampliación de forma muy clara: “Se prohíbe expresamente cualquier represalia contra las personas que efectúen una denuncia, atestigüen, colaboren o participen en las investigaciones que se lleven a cabo, y contra aquellas personas que se opongan a cualquier situación de acoso frente a sí mismo o frente a terceros”⁵⁸. Y en el mismo sentido se expresa el Protocolo para la prevención y actuación del acoso recogido como anexo en Convenio laboral de la compañía Siemens Mobility⁵⁹. Como se ha dicho, pese a estas excepciones, el criterio que sigue aplicándose mayoritariamente centra la protección en la participación en un procedimiento formalizado. Por citar algunos ejemplos: el Convenio colectivo estatal de Supercor, S. A.⁶⁰, el II Convenio colectivo marco del grupo E.ON España⁶¹, el XVIII Convenio colectivo general de la industria química⁶², el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes⁶³, o el Convenio colectivo para las futbolistas que prestan sus servicios en clubes de la primera división femenina de fútbol⁶⁴.

Por último, señalar que en contra de lo que se podría pensar dado su característica de autorregulación que permitiría introducir una protección más amplia que la prevista legalmente⁶⁵, los Códigos de conducta de los que ya disponen las grandes compañías como parte de sus programas de *compliance* tienden a mantener el criterio dominante: reconocer exclusivamente la indemnidad frente a las represalias de quien denuncia o presenta una queja y de quien participa en un procedimiento formal. Como ejemplos, la empresa Seat prevé explícitamente la protección de denunciantes, pero no menciona a las personas que dan apoyo⁶⁶. Y en el mismo sentido, los Códigos de conduc-

⁵⁸ Resolución de 2 de agosto de 2018, de la Dirección General de Trabajo, art. 8.

⁵⁹ Resolución de 4 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Trabajo, art. 7.3. del Anexo 18.

⁶⁰ Resolución de 17 de julio de 2008, de la Dirección General de Trabajo, art. 49.7.

⁶¹ Resolución de 20 de enero de 2015, de la Dirección General de Empleo, art. 2.d.10.

⁶² Resolución de 3 de agosto de 2015, de la Dirección General de Empleo, art. 112.

⁶³ Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, Disposición final 2ª.

⁶⁴ Resolución de 11 de agosto de 2020, de la Dirección General de Trabajo, Apartados 1 y 10 del Anexo II.

⁶⁵ A. RUBIO CASTRO, “Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva. La experiencia española”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXX, 2014, pp. 37-68.

⁶⁶ *Código de conducta. Seat S.A. Compliance e Integridad*, abril 2020, disponible en <https://www.seat.es/sobre-seat/codigo-de-conducta-seat.html>

ta de Nestlé⁶⁷, Grupo Mercadona⁶⁸ o de compañías que cotizan en el IBEX 35: por ejemplo, Acciona⁶⁹, Acerinox⁷⁰, ACS⁷¹, AENA⁷² o Grupo Inditex⁷³, entre otras.

5. LA AMPLIACIÓN DE LA PROTECCIÓN FRENTE A LAS REPRESALIAS EN LA DIRECTIVA EUROPEA 2019/1937 DE 23 DE OCTUBRE, DEL PARLAMENTO Y EL CONSEJO, RELATIVA A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN

Si se analiza qué novedades se han producido durante los últimos años en el derecho comunitario en materia de protección frente a las represalias, se aprecia que la principal novedad ha venido de la mano de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre, del Parlamento y el Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión⁷⁴

⁶⁷ Noviembre 2007, <https://empresa.nestle.es/sites/g/files/pydnoa431/files/es/libreria-documentos/documents/publicaciones/codigo-conducta-empresarial-nestle.pdf>

⁶⁸ Resolución de 4 de febrero de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo de empresas Mercadona, S.A., y Forns Valencians Forva, SA, Unipersonal (BOE núm. 42, 18.02.2019).

⁶⁹ Código de Conducta, julio 2016, disponible en https://mediacdn.acciona.com/media/34wpmg4c/codigo-de-conducta-acciona_2016_es_28-9.pdf#_ga=2.28410748.1965671845.1614946794-1881247904.1614946794

⁷⁰ Código de conducta y buenas prácticas de Acerinox, S.A. y su grupo de empresas, octubre 2016, disponible en <https://www.acerinox.com/opencms901/export/sites/acerinox/content/galerias/galeria-descargas/reglamentos-gob-corporativo/Codigo-de-conducta-y-buenas-prcticas-de-Acerinox-S.A-xy-su-grupo-de-empresas.pdf>

⁷¹ Código de Conducta, noviembre 2015, disponible en https://www.grupoacs.com/ficheros_editor/File/05_Compliance/Pol%C3%ADticas/L_codigo_de_conducta.pdf

⁷² Código de Conducta, julio 2018, disponible en https://serviciostelematicos.aena.es/csee/Satellite?Language=ES_ES&SiteName=AdministracionElectronica&c=AdminElec_FP&cid=1445450255900&p=12375442278392&pageid=1227011778998&pagename=AdministracionElectronica&todos=0&_ga=2.158637882.1632847015.1614948144-576015536.1614948141

⁷³ julio 2012, disponible en <https://www.inditex.com/documents/10279/241584/C%C3%B3digo+de+Conducta+y+Pr%C3%A1cticas+Responsables/c74a0a88-e824-4e18-97fd-06fd2753570c>

⁷⁴ Puede consultarse: J. MIRANZO DÍAZ, “La nueva directiva europea de protección del denunciante: un análisis desde el derecho público”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 49, 2019, pp. 361-385; D. MARTÍNEZ SALDAÑA, J. ABRIL MARTÍNEZ, E. RODRÍGUEZ CELADA, L. I. REYES RICO, “La protección del *whistleblower* tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral,

Esta Directiva tiene por objetivo mejorar la protección de quienes “informan sobre infracciones del Derecho de la Unión Europea” (art. 1). La Directiva parte de dos premisas que coinciden con las razones que han llevado al legislador a introducir la noción de VSO: con frecuencia quienes tienen conocimiento de infracciones no denuncian ni informan sobre sus “preocupaciones o sospechas por temor a represalias”⁷⁵. A esta premisa se une una segunda premisa que queda implícita: si las represalias se extienden sobre terceras personas que apoyan a quien denuncia (compañeros de trabajo, familiares, clientes...) se crea un ambiente que también dificulta la denuncia de las infracciones⁷⁶.

La Directiva 2019/1937, al regular la protección frente a las represalias, ha previsto tres figuras que son susceptibles de ser protegidas: 1. quien denuncia (el denunciante o *whistleblower*: “una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales”, (art. 5.7.); 2. quien facilita la denuncia (el facilitador: “una persona física que asiste a un denunciante en el proceso de denuncia en un contexto laboral, y cuya asistencia debe ser confidencial”, art. 5.8) y 3. quienes por su relación con el denunciante en su acto de denunciar pueden recibir represalias, como compañeros de trabajo o familiares: “terceros que estén relacionados con el denunciante y que puedan sufrir represalias en un contexto laboral, como compañeros de trabajo o familiares del denunciante” (art. 4. b.).

El planteamiento que introduce esta Directiva, que se halla en curso de ser transpuesta al derecho español, propone una razón de ser en la ampliación del ámbito de protección frente a las represalias que coincide con las últimas novedades normativas que tienden a proteger a quienes ayudan a quien denuncia, a quienes facilitan la denuncia o quienes se confrontan con la situación de vulneración de derechos y libertades.

Durante la elaboración de esta Directiva, se sometió a consideración pública un cuestionario en el que se preguntaba acerca de por qué las personas no informaban de las malas prácticas de las que tenían conocimiento.

público, penal y de protección de datos”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 53, 2019, pp. 24-68; J. M. PÉREZ MONGUIÓ, “Del chivato al cooperador: el whistleblowing”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 115, 2019, pp. 343-375; A. GARRIDO JUNCAL, “La protección del denunciante: regulación autonómica actual y propuestas de futuro”, *Revista de estudios autonómicos y locales*, núm. 12, 2019, pp. 126-151.

⁷⁵ Considerando 1, de la Directiva 2019/1937.

⁷⁶ Considerando 41, de la Directiva 2019/1937.

Respondieron esta encuesta 5.516 personas a título individual (grupo 1) y 191 como representantes de una institución (grupo 2). Son significativas las repuestas que dieron a la pregunta acerca de por qué no informaban de las malas prácticas de las que tenían conocimiento. Se anotan aquí las que tuvieron mayor apoyo en el formulario multirrespuesta: “miedo a las consecuencias legales” (el 80% -grupo 1- y el 70% -grupo 2-); “miedo a las consecuencias económicas” (el 78 % -grupo 1- y 63% -grupo 2-; “miedo a la mala reputación” (el 45% -grupo 1- y el 38% -grupo 2-); “actitudes negativas ante los alertadores” (el 44% -grupo 1- y el 38% -grupo 2-); “no saber dónde o cómo informar” (el 42% -grupo 1- y el 30% -grupo 2-); “la dificultad de probar el daño o la amenaza al interés público” (el 37% -grupo 1- y el 24% -grupo 2-); “no se actuará para remedir la mala acción” (el 35% -grupo 1- y el 31% -grupo 2-)⁷⁷. Como se aprecia por las respuestas, además del miedo a las repercusiones legales o económicas que puedan darse, destaca el peso que tiene el miedo a la mala reputación y el miedo a recibir actitudes negativas, es decir, represalias⁷⁸. Estos datos coinciden con los resultados obtenidos en las investigaciones que se presentaron en el apartado 3 de este artículo referidas a los motivos que llevan a dejar de prestar ayuda a quienes sufren violencia machista.

Como se ha dicho al poner en relación la lógica normativa subyacente a esta Directiva en lo referente a la protección frente a las represalias y a la noción de VSO, la premisa de la que se parte es que entre los factores que ayudan a informar sobre las infracciones de las que se tiene conocimiento se encuentra el apoyo de los compañeros y compañeras de trabajo, de ahí que se haya previsto la ampliación del ámbito de protección frente a las represalias, además del apoyo de las autoridades institucionales y de la adecuación de los procedimientos establecidos.

⁷⁷ Comisión Europea, “Summary Results of the Public Consultation on Whistleblower Protection”, 2017, p. 5, disponible en https://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=54254

⁷⁸ En la Sentencia del Tribunal de la Función pública de la Unión europea (sala primera), de 18 de septiembre de 2012 (ECLI:EU:F:2012:130), se reconoció que en la investigación que se llevó a cabo para investigar un caso de acoso psicológico (MP: H. Kreppel, caso Timo Allgeier c. la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea -FRA-) se había detectado en la unidad de administración un “intenso ambiente de temor” y “temor a las represalias” que dificultaba que los trabajadores explicaran con libertad lo que se sabían acerca de caso en cuestión (en especial considerandos 71 y 72). Recuérdese que este Tribunal fue disuelto en septiembre de 2016 y sus funciones pasaron al Tribunal General.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La principal aportación que introduce la noción de VSO es extender el ámbito de protección a aquellas personas que reciben represalias por confrontarse con situaciones de violencia machista y/o por dar apoyo a la víctima, aunque al hacerlo no ejerzan una función pública o no lo hagan en el marco de un procedimiento administrativo o judicial. Varios son las razones que aconsejan esta ampliación en el enfoque legislativo de la intervención contra la violencia machista. Por una parte, el reconocimiento de que, en ocasiones, quienes apoyan a las víctimas y se enfrentan a los agresores son objeto de represalias. Por otra parte, que en la medida en que las represalias se dirigen contra quienes apoyan, se incrementa el riesgo de aislamiento y silenciamiento de la víctima, así como el mantenimiento de los factores que de forma aislada o en combinación pueden favorecer el mantenimiento de las situaciones de violencia. A estas tres razones hay que añadir una cuarta que guarda coherencia con el llamamiento a pasar de posiciones de observación a posiciones de implicación en la prevención e intervención contra las violencias machistas. La activación de las terceras personas que dan apoyo a las víctimas exige que estas personas también queden protegidas en el caso de ser objeto de represalias por haber prestado este apoyo.

En contra de esta ampliación se puede aducir que existe el riesgo de caer en lo que se conoce como *caza de brujas*: hacer un uso espurio de los mecanismos de protección frente a las represalias. Frente a este miedo, que ha de ser atendido, hay que presentar tres argumentos: como se ha mostrado en este artículo, una parte importante de las víctimas no denuncia ni informa de lo que les está ocurriendo, y cuando lo hacen prefieren explicarlo a las personas que le son más cercanas y no a los mecanismos oficiales previstos legalmente. Esta realidad lleva a reconocer la importancia de proteger a quienes protegen, en defensa tanto del interés público, como del interés de la víctima y de quienes le dan apoyo. Como se ha recordado al aprobar la Directiva 2019/1937, lo relevante es la denuncia y la protección de quienes facilitan la denuncia o la comunicación de lo que está sucediendo, no los motivos que llevan a denunciar o comunicar una infracción: “Los motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección”⁷⁹.

El segundo argumento ante el miedo a *la caza de brujas* lo constituye la exigencia de que ha de existir una “estrecha relación” entre la denuncia o

⁷⁹ Considerando 32 de la Directiva 2019/1937.

el acto de apoyar a quien denuncia y el trato desfavorable sufrido⁸⁰. El tercer argumento expresa una realidad que ha sido presentada en este texto: una parte importante de las personas que dejan de dar apoyo a las víctimas y dejan de confrontarse con las situaciones de violencia machista lo hacen por miedo a las represalias. No es la única razón que explica este comportamiento, pero es suficientemente relevante como para desarrollar legalmente la ampliación del principio de indemnidad frente a las represalias, como ya se está haciendo en otros ámbitos de actuación como es la lucha contra la corrupción y el fraude.

ANTONIO MADRID PÉREZ
Filosofía del Derecho
Universidad de Barcelona
Diagonal 684
08034 Barcelona
e-mail: antoniomadrid@ub.edu

⁸⁰ Considerando 44 de la Directiva 2019/1937.