

VIOLENCIA SEXUAL, MUJER Y TRABAJO

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

dtlsalac@uco.es

RESUMEN

El estudio del acoso sexual en el trabajo adquiere un renovado interés a la luz de dos importantes avances normativos. De una parte, la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, profundiza en la protección laboral de las trabajadoras víctimas de acoso sexual en materia de evaluación de riesgos laborales y de derechos laborales; reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de acoso y amplía el ámbito objetivo de las medidas de prevención, de los llamados protocolos anti-acoso. Además, esta ley orgánica pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital. De otra parte, el Convenio 190 de la OIT, sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, también avanza en la protección frente al acoso, con especial atención a la perspectiva de género. Se incluyen junto a la persona trabajadora otras personas en el mundo del trabajo y su protección se extiende a toda violencia y acoso en el trabajo, en el marco de comunicaciones realizadas por medio de tecnologías de la información y la comunicación. Al mismo tiempo, impone a los Estados, entre otras, novedosas obligaciones legales en materia de evaluación de riesgos de violencia y acoso y procedimientos de denuncia y solución de conflictos, con garantías de confidencialidad e indemnidad. El presente

estudio se propone reflexionar sobre la delimitación conceptual del acoso sexual, en este nuevo contexto, y sobre los procedimientos preventivos y reparadores obligatorios para las empresas.

Palabras clave: Violencia sexual; acoso sexual; mujer; trabajo.

ABSTRACT

The study of sexual harassment at work acquires renewed interest in light of two important regulatory advances. On the one hand, Organic Law 10/2022, on the comprehensive guarantee of sexual freedom, deepens the labor protection of female workers who are victims of sexual harassment in terms of occupational risk assessment and labor rights; recognizes the criminal liability of legal persons for the crime of harassment and broadens the objective scope of prevention measures, the so-called anti-harassment protocols. In addition, this organic law aims to respond especially to sexual violence committed in the digital sphere. On the other hand, ILO Convention 190, on the elimination of violence and harassment in the world of work, also advances in the protection against harassment, with special attention to the gender perspective. Along with the worker, other people in the world of work are included and their protection extends to all violence and harassment at work, within the framework of communications carried out through information and communication technologies. At the same time, it imposes on States, among other things, novel legal obligations in terms of risk assessment of violence and harassment and complaint procedures and conflict resolution, with guarantees of confidentiality and indemnity. The present study intends to reflect on the conceptual delimitation of sexual harassment, in this new context, and on the preventive and remedial procedures required for companies.

Keywords: Sexual violence; Sexual harassment; Woman; Worked.

RESUMO

O estudo do acoso sexual no traballo adquire un renovado interese á luz de dous importantes avances normativos. Dunha parte, a Lei orgánica 10/2022, de garantía integral da liberdade sexual, profunda na protección laboral das traballadoras vítimas de acoso sexual en materia de avaliación de riscos laborais e de dereitos laborais; recoñece a responsabilidade penal das persoas xurídicas polo delito de acoso e amplía o ámbito obxectivo das medidas de prevención, dos chamados protocolos antiacoso. Ademais, esta lei orgánica pretende dar resposta especialmente ás violencias sexuais cometidas no ámbito dixital. Doutra parte, o Convenio 190 da OIT, sobre a eliminación da violencia e o acoso no mundo do traballo, tamén avanza na protección fronte ao acoso, con especial atención á perspectiva de xénero. Inclúense xunto á persoa traballadora outras persoas no mundo do traballo e a súa protección esténdese a toda violencia e acoso no traballo, no marco de comunicacións realizadas por medio de tecnoloxías da información e a comunicación. Ao mesmo tempo, impón aos Estados, entre outras, novas obrigas legais en materia de avaliación de riscos de violencia e acoso e procedementos de denuncia e solución de conflitos, con garantías de confidencialidade e indemnidade. O presente estudo proponse reflexionar sobre a delimitación conceptual do acoso sexual, neste novo contexto, e sobre os procedementos preventivos e reparadores obligatorios para as empresas.

Palabras clave: Violencia sexual; acoso sexual; muller; traballo.

1.CUESTIONES INTRODUCTORIAS

Después de varias décadas de estudio y tutela judicial del acoso sexual con la nueva Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual¹, el círculo se cierra. A finales de los años 70, Catherine Mackinnon considerará el acoso sexual como una forma de discriminación sexual afirmando, de forma provocativa y transformadora al mismo tiempo, que el acoso sexual institucionalizaba la subordinación de la mujer al hombre en el trabajo². La Ley de garantía de la libertad sexual profundiza en la protección frente a la violencia y el acoso sexual en el trabajo, desde la misma perspectiva. El acceso efectivo de las mujeres a los derechos ligados a la libertad y a la seguridad ha sido, se afirma, “históricamente obstaculizado por los roles de género establecidos en la sociedad patriarcal, que sustentan la discriminación de las mujeres y penalizan, mediante formas violentas, las expresiones de libertad contrarias al citado marco de roles”. La violencia sexual es pues una forma de violencia social y estructural “estrechamente relacionada con una determinada cultura sexual arraigada en patrones discriminatorios que debe ser transformada”³. Esta ley, como veremos, profundiza en la protección laboral de las trabajadoras víctimas de acoso sexual (y de acoso por razón de sexo) y en materia de evaluación de riesgos laborales (art. 12) y de derechos laborales (art. 38);

¹ Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (BOE núm. 215, de 07 de septiembre de 2022). Son violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye el acoso sexual. Las violencias sexuales vulneran el derecho fundamental a la libertad, a la integridad física y moral, a la igualdad y a la dignidad de la persona.

² Un estudio sobre la doctrina inicial norteamericana sobre acoso sexual: Kathryn Abrams, The new jurisprudence of sexual harassment, Cornell Law Review, 83, p.1169.

³ Al mismo tiempo que se infinge un daño individual a través de la violencia sobre la persona agredida, se repercute de forma colectiva sobre el conjunto de las mujeres, (...) que reciben un mensaje de inseguridad y dominación radicado en la discriminación, y sobre toda la sociedad, en la reafirmación de un orden patriarcal. Por ello, la respuesta a estas violencias debe emerger del ámbito privado y situarse indiscutiblemente en la esfera de lo público, como una cuestión de Estado.

reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de acoso y amplia el ámbito objetivo de las medidas de prevención, de los llamados protocolos anti-acoso (art.12). Además, esta ley orgánica pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital.

Por su parte, el Convenio 190 de la OIT, sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo⁴, también avanza en la protección frente al acoso, con especial atención a la perspectiva de género. A estos efectos, hemos de destacar la delimitación de un ámbito subjetivo, que incluye junto a la persona trabajadora otras personas en el mundo del trabajo (art. 2) y de un ámbito objetivo de aplicación a toda violencia y acoso en el trabajo, en el marco de comunicaciones realizadas por medio de tecnologías de la información y la comunicación (art. 3). Al mismo tiempo, impone a los Estados, entre otras, novedosas obligaciones legales en materia de evaluación de riesgos de violencia y acoso (art. 9) y procedimientos de denuncia y solución de conflictos, con garantías de confidencialidad e indemnidad (art 10). La ratificación por España del Convenio 190 de la OIT exigirá, por tanto, adaptaciones normativas, en un breve espacio de tiempo, al entrar en vigor el próximo 25 de mayo de 2023.

En definitiva, este nuevo marco normativo nos exige reflexionar sobre la delimitación conceptual del acoso sexual, fundamentalmente en relación con su proliferación en el espacio virtual (ciberacoso y violencia digital) y sobre los procedimientos preventivos y reparadores obligatorios para las empresas. Ahora bien, antes de abordar estas cuestiones, resulta preciso un breve repaso de la tutela jurídica frente al acoso, desde una perspectiva histórica. En efecto, su carácter plurifensivo, dada la pluralidad de bienes jurídicos que pueden verse afectados, así como la conexión teórica y práctica entre las diversas formas de acoso laboral aconsejan una perspectiva histórica de análisis

⁴ BOE de 16 de junio de 2022. Complementa este Convenio la Recomendación 206 sobre la eliminación de la violencia y acoso en el trabajo.

de la tutela jurídica frente a estas conductas y prácticas inaceptables en la empresa.

Como se sabe, la protección frente al acoso sexual en el trabajo tendría su origen, en la doctrina judicial y científica en EEUU, al amparo de la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Título VII de la Civil Rights Act de 1964. Con algún antecedente en la década de los años 70 del pasado siglo, el caso histórico fue Meritor Saving Bank v. Vinson⁵, al que siguieron un número importante de sentencias que configurarían conceptualmente el acoso prohibido; siendo relevante también la labor de la Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo, al recibir anualmente un número significativo de denuncias de acoso laboral.

En el ámbito comunitario, no será hasta la década de los 90 cuando la Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas, de 29 de mayo de 1990, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y, sobre todo, la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, (relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo y al código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual), establezcan el concepto y la tipología del acoso sexual en el trabajo, considerando que puede ser, en determinadas circunstancias, contraria al principio de igualdad de trato, garantizado por la entonces vigente Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere a las condiciones de trabajo⁶.

⁵ 477 U.S. 57 (1986). El primer caso en el que se reconoció el acoso sexual como forma específica de discriminación fue Williams v. Saxbe 413 F. Supp., 654, D.D.C. 1976. DEL REY GUANTER, S., Acoso sexual y relación laboral, Revista Relaciones Laborales, 1993, nº 1, p. 230

⁶ Con el precedente del histórico trabajo de RUBENSTEIN, M., La dignité de la femme dans le monde du travail: Rapport sur le problème du harcèlement sexuel dans les États membres des Communautés européennes, Comision V/412/1/87, Octubre, 1987. Destacable la aportación de PEREZ DEL RIO, T., El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social, Relaciones laborales, 1990, nº 2, pp. 181-199.

En España, en 1989, se reformaría la Ley del Estatuto de los Trabajadores para incorporar en el derecho "al respeto a su intimidad y a la consideración debida de su dignidad" la siguiente concreción: "comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual"⁷. La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, introdujo una infracción administrativa de acoso sexual tipificada dentro de las muy graves, actualmente en el artículo 8. 13º Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS)⁸. Por su parte, el Código Penal, aprobado a través de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, introdujo un nuevo delito de acoso sexual en el artículo 184, cuya tipificación fue ampliada en la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.

Pues bien, el mayor avance en la tutela jurídica frente al acoso se dará en el año 2000 a través de diversas Directivas antidiscriminatorias (dictadas en desarrollo del entonces vigente art. 13 del Tratado) que incluyen el acoso como comportamiento prohibido (junto con la discriminación directa e indirecta). Junto con las Directivas 2000/43/CE y la 2000/78/CE se situaría la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que define ambos acosos (sexual y por razón de sexo) prohibidos, y establece la obligación de alentar a empresarios y responsables del acceso a la formación y a adoptar medidas para la prevención (actuales artículos 2.1.c) y d), 2.2.a) y 26 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006).

Junto al acoso sexual, la prohibición de acoso por circunstancias específicas y, en consecuencia, por razón de sexo, se tipifica jurídicamente a partir del año 2000. Paralelamente se articula también en la doctrina científica y judicial el concepto de acoso moral. Se incrementan las diversas situaciones de acoso laboral prohibidas por el ordenamiento jurídico, presentando las definiciones de las

⁷ En la Exposición de Motivos de Ley 3/1989, de 3 de marzo, se situaba la protección frente al acoso sexual dentro de los objetivos relativos a impedir la discriminación por razón de sexo.

⁸ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

distintas modalidades de acoso laboral notas comunes, pues ciertamente la influencia conceptual ha sido importante. En el ámbito europeo, se aprecia así cierta tendencia hacia la homologación terminológica y en los instrumentos normativos en materia de discriminación. Esta configuración conceptual, como atentados a la igualdad y a la prohibición de discriminación ha propiciado la aplicación de los instrumentos de la tutela antidiscriminatoria predispuestos desde la normativa europea.

Aun compartiendo rasgos comunes en su configuración jurídica, en función del elemento teleológico se distinguen entre acoso sexual, discriminatorio y moral. Y estas conexiones conceptuales determinan cierta comunicación (y a veces confusión dogmática) en relación con los bienes jurídicos protegidos, facilitada hemos de recordar porque el acoso es un fenómeno plurifensivo. Ahora bien, pese a las diferencias conceptuales de los diversos tipos de acoso, estos se presentan vinculados entre sí en ocasiones, en las que un inicial acoso sexual degenera en un caso de acoso moral, que constituye un supuesto de acoso por razón de sexo.

Tratándose todas ellas de conductas que tienen como objeto la creación de un entorno intimidatorio, humillante, hostil, degradante y ofensivo para la víctima, serán la dignidad humana y profesional (art. 10 CE) y la integridad moral los bienes jurídicos directamente violados por la conducta acosadora. Es, de partida, un atentado a la dignidad personal, que es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta en la autodeterminación de la propia vida y que conlleva la pretensión de respeto por parte de los demás (STC 53/1985, de 1 de abril). Esta conducta es susceptible de generar lesiones sicológicas que afectarán gravemente al derecho a la salud laboral (art. 15 en relación con el art. 40.2 y 43 CE).

Por su parte, el acoso sexual, en su configuración histórica en la práctica judicial norteamericana y en la normativa comunitaria, se conectó con la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres. En España, sin embargo, la doctrina constitucional inicialmente fundamentó tal prohibición en la tutela del derecho a la intimidad de los

trabajadores (STC 224/1999, de 13 de diciembre). El acoso sexual es básicamente un atentado al derecho a la intimidad, y si la víctima es una mujer sería también una lesión de la prohibición de discriminación por razón de género. Pero el acoso sexual es además un atentado contra la integridad moral y la libertad sexual pudiendo afectar gravemente la salud psicofísica. El factor relevante diferenciador es la naturaleza o connotaciones de índole sexual de los actos realizados por los agresores, con independencia de que se trate del acoso *quid pro quo* o chantaje sexual o del acoso sexual ambiental. Es la índole sexual del comportamiento, conducta o acción a través del cual se verifica el acoso el elemento relevante⁹.

Con estas premisas pasaremos ya al estudio del concepto de acoso sexual desde la perspectiva laboral y complementariamente penal, sus fortalezas e insuficiencias.

2.DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL ACOSO SEXUAL

El art. 7 de la Ley Orgánica para la igualdad (LOI, en adelante)¹⁰ define el acoso sexual como cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo (acoso ambiental). Igualmente es acoso sexual el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo que se considerará también acto de discriminación por razón de sexo (acoso *quid pro quo* o

⁹ En el acoso por razón de sexo, la finalidad del agresor no es la consecución de un propósito de índole sexual sino la de dañar profesionalmente a la persona trabajadora para lograr su autoexclusión de la empresa debido a su condición de mujer. Igualmente, el acoso por razón de sexo es un atentado a la prohibición de discriminación sin perjuicio de que atendiendo al medio elegido también pueda lesionar otros derechos así el de intimidad. El elemento relevante se sitúa en la víctima y su pertenencia a colectivos o grupos vulnerables como es el caso de las mujeres.

¹⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

chantaje sexual)¹¹. El acoso sexual ambiental comparte elementos definitorios con el acoso discriminatorio y el acoso moral, pero presenta un importante rasgo diferenciador al constituir un atentado a la libertad sexual de la mujer.

De partida, no es preciso verificar la existencia de una conducta reiterada en el tiempo, bastando un solo acto para desencadenar la degradación ambiental que caracteriza el acoso y los efectos que proyecta sobre la víctima, así por ejemplo, en los casos de chantaje sexual, que puede ser tanto explícito como implícito. Lo relevante es el carácter sexual de la conducta y su capacidad de crear un entorno hostil humillante y ofensivo para la víctima afectando a su dignidad e integridad moral¹².

La vigente delimitación conceptual reproduce con alguna diferencia el art. 2 de la Directiva 2006/54/CE (que incluye el comportamiento no verbal) mejorándolo, pues la regulación española no apela al carácter no deseado; resultando indiferente que concurra o no un rechazo de la víctima. El concepto legal mejora también la delimitación conceptual desarrollada, en un contexto normativo diferente, por la STC 224/1999, de 13 de diciembre, donde aparece el carácter “no deseado” del comportamiento “libidinoso” determinante de un acoso sexual ambiental (FJ 3)¹³. En igual sentido, la utilización del término libidinoso,

¹¹ El acoso sexual y por razón de sexo son en todo caso acciones discriminatorias. Acoso por razón de sexo: cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Son también riesgos psicosociales que deben ser evitados y en todo caso objeto de una política empresarial preventiva, tal y como impone la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

¹² Ampliamente sobre concepto de acoso sexual, Cabeza Pereiro,J., Lousada Arochena, F., El acoso sexual como riesgo laboral: STSJ Galicia 24 enero 2000 (AS 2000, 60). Aranzadi social, 2000, nº 1, pp. 2893-2897 y El acoso sexual como riesgo laboral en Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, 2007, págs. 493-498. Y vid. STSJ (Social) Galicia 29/4/2005 (Rec.1507/2005).

¹³ Aunque no debe olvidarse que la sentencia matizaría la exigencia primera y, en relación con el caso enjuiciado, afirmaría que debe ser rechazado el razonamiento judicial que parece imponer al eventual afectado por un acto de acoso sexual la carga de reaccionar con carácter

por parte de esta sentencia constitucional, podría llevar a interpretar que sólo incluye comportamientos o conductas dirigidas a satisfacer el apetito sexual del agresor; por lo que resulta más adecuado el término sexual, que por lo demás ha sido el utilizado de forma generalizada por normativa y jurisprudencia. Lo relevante es la connotación sexual del comportamiento agresor; que no se limita a las conductas dirigidas a satisfacer el apetito sexual del agente sino todas aquellas en las que el sexo es el núcleo de la conducta. Igualmente, en los actos físicos (contactos, rozamientos, tocamientos) será determinante la índole o ánimo sexual de los mismos¹⁴.

Además, el vigente concepto supera la exigencia de gravedad objetiva del comportamiento establecida en la citada sentencia constitucional, un elemento que tipifica el delito de acoso sexual, como después se verá¹⁵. La citada STC 224/1999 exige efectivamente que las conductas generen objetivamente y no sólo para la acosada un ambiente en el trabajo hosco e incómodo.

De otra parte, en la definición de acoso sexual no resulta exigible acreditar la intencionalidad del agresor de atentar contra la dignidad de la víctima, siendo suficiente con la producción de este resultado. Como puede observarse lo relevante no sería tanto el comportamiento acosador sino la creación (intencionada o no) de un entorno degradante para la víctima¹⁶.

inmediato y con una contundencia incompatible con la interpretación predicada por la sobredicha Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27 de noviembre de 1991, para la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (FJ 4).

¹⁴ STS Cataluña 30/1/20018 (Rec. 5957/2017).

¹⁵ Según la STC 224/1999 para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusables ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante (...) que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto. (FJ 3). Lousada Arochena, F., El concepto de acoso sexual laboral según la sentencia de 13 de diciembre de 1999 del Tribunal Constitucional, Relaciones laborales, 2000, nº 1, pp. 811-826.

¹⁶ En el acoso por razón de sexo (comportamiento realizado en función del sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra su

Finalmente, el acoso sexual puede ser tanto descendente si el sujeto activo tiene una posición prevalente en la organización empresarial, así como horizontal, en cuyo caso también puede identificarse asimetría de poder dado el aislamiento e indefensión que caracteriza la situación de la víctima.

Pues bien, en relación con el ámbito subjetivo de la prohibición de acoso sexual la inicial delimitación conceptual, limitada a los sujetos de una relación laboral, deviene insuficiente en los supuestos de acosos sufridos o realizados por terceras personas ajenas a la relación laboral. En efecto, tradicionalmente, el deber empresarial de protección del trabajador frente a las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual, en el ámbito de la relación laboral (art. 4.2.e) LET¹⁷), surge tanto si el sujeto activo es el empresario persona física o el representante legal de una empresa persona jurídica, un directivo de la empresa o un compañero de trabajo, pues lo relevante es la realización de la ofensa, en el ámbito de la relación laboral. De forma acertada y más allá del ámbito estricto de la relación laboral, también resultaría ya amparada, por la tutela judicial laboral de derechos fundamentales, la víctima de acoso protagonizado por terceros ajenos a la relación laboral, pero siempre que tenga conexión directa con su prestación de servicios¹⁸.

Por su parte, el citado Convenio núm. 190 OIT define ampliamente su ámbito subjetivo de aplicación, protegiendo junto a las personas trabajadoras, las personas en formación, pasantes y aprendices, voluntarias, personas

dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo) la reiteración de actos al igual que el elemento intencional tampoco forman parte del ilícito laboral, aunque concurran en la mayor parte de los supuestos en la práctica.

¹⁷ Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

¹⁸ Así cuando sujeto activo del acoso sea un tercero vinculado al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios, de conformidad con el art.

177 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LRJS).

que buscan o solicitan empleo e incluso despedidas (art. 2). En cuanto a su ámbito objetivo este Convenio se aplica a la violencia y acoso en el mundo del trabajo, es decir, que ocurren no solo durante el trabajo sino también en relación con el trabajo o como resultado del trabajo (art. 3). Como ya se ha indicado, la entrada en vigor del convenio exigirá entre nosotros precisar la dimensión subjetiva tanto de las víctimas como de los agresores, incluyendo expresamente a terceras personas, tales como clientes, proveedores, pacientes, pudiendo ampliar o precisar al respecto y haciendo más visible que el derecho a un ambiente de trabajo libre de violencia y acoso no se limita a las horas laborales y dependencias de la empresa¹⁹.

Una vez analizado el concepto de acoso sexual, hemos de reconocer que el mismo ha devenido insuficiente en todos aquellos casos en los que podría dudarse de su conexión con el medio laboral, por razones objetivas relativas al medio o vía de realización. Son los casos, cada vez más frecuentes e importantes, de acoso a través de medios digitales que se analizarán más adelante. Previamente, acudiremos para complementar la delimitación conceptual del acoso sexual, ilícito laboral, a los elementos que tipifican el delito de acoso sexual por el art. 184 del Código Penal.

2.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL

Introducido el delito de acoso sexual en el Código Penal de 1995, la reforma de 1999 lo configuraría de acuerdo con la concepción social usualmente asumida. Este delito incluye en su estructura un tipo básico, cual es la solicitud de favores sexuales en el ámbito de una relación de prestación de servicios, siempre que tal comportamiento provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Cuando además la conducta expresada, se realiza con abuso de superioridad (prevaleciéndose de una situación jerárquica en la dicción del

¹⁹ OLARTE ENCABO, S., Ratificación del Convenio núm. 190 OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: Impacto en el ordenamiento español y propuesta para su cumplimiento, Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2023, 154.

tipo) o, alternativamente, bajo amenaza expresa o tácita de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la conducta se subsume en el tipo agravado.

La comisión de este delito no requiere pues el aprovechamiento de una situación de superioridad, siendo suficiente que la solicitud sexual hubiere provocado en la víctima una situación objetiva gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Lo que el tipo penal protege es el derecho a desempeñar la actividad en un entorno sin riesgo para su intimidad y libertad²⁰.

Como ha recordado la doctrina judicial los elementos que deben concurrir para que nos encontremos ante un delito de acoso sexual laboral son: a) la acción típica está constituida por la solicitud de favores sexuales; b) tales favores deben solicitarse tanto para el propio agente delictivo, como para un tercero; c) el ámbito en el cual se soliciten dichos favores lo ha de ser en el seno de una relación laboral; d) con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; e) entre la acción que despliega el agente y el resultado exigido por la norma penal debe existir un adecuado enlace de causalidad; f) el autor tiene que obrar con dolo, no permitiendo la Ley formas imprudentes en su comisión²¹.

En primer lugar y en relación con el primer elemento, la petición de favores sexuales, el Tribunal Supremo ha declarado que tal requisito queda cumplido “cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado”, de tal modo que dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre. En

²⁰ STS (Sala de lo Penal) de 26/4/2012 (Rec. 1335/2011).

²¹ SAP de Madrid de 30/12/2016 (Rec. 1343/2016). En un caso donde sorprendentemente ante los hechos probados se niega la concurrencia de los elementos del delito de acoso, y afirma que, sin duda tales hechos pudieran ser constitutivos de un delito de abuso sexual en el que se tipifica penalmente la conducta consistente en realizar actos que atentan contra la libertad sexual de otra persona sin utilizar violencia ni intimidación y sin que medie consentimiento de la persona a la que se somete a tales actos.

efecto, basta con la mera solicitud (la cual podrá realizarse de forma explícita o implícita, pero en todo caso deberá revelarse de manera clara e inequívoca) de tal suerte que el delito se consuma desde su formulación, de cualquier manera que sea, si le sigue el efecto indicado, pero sin que sea necesario que alcance sus objetivos²². El comportamiento típico consiste en una directa e inequívoca solicitud a la víctima de comportamientos cuya administración le corresponde en su autonomía sexual. Sin embargo, esa solicitud no tiene que ser necesariamente verbalizada, bastando que se exteriorice de manera que así pueda ser entendida por la persona destinataria, y basta, para que la actitud requirente sea típica, que se produzca no obstante el rechazo del destinatario o destinataria²³.

En segundo lugar, para que exista el mencionado delito ha de exteriorizarse una conducta de tal naturaleza que sea grave y capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que viene a constituir el elemento determinante del concepto. Además, no bastaría con que la víctima se sintiera vejada o humillada, tal apreciación ha de ser objetiva además de grave. La objetividad y la gravedad del comportamiento son los presupuestos sobre los que asienta la doctrina jurisprudencial la posible existencia del delito de acoso sexual.

Sin embargo, no requiere el tipo penal que la víctima sucumba y padezca más trastornos que la mera ubicación en una situación que merezca aquellas calificaciones. Existe pues responsabilidad penal, aunque la entereza de la víctima le permita afrontar sin otros daños la situación indicada²⁴.

De otra parte, la indeterminación de lo que se considere grave acoso se proyecta en exigencias de prueba (a los efectos de destrucción de la presunción de inocencia) que,

²² Tampoco naturalmente es preciso que se traduzca en actos de agresión sexual o violación, propiamente delictivos, si concurren, por aplicación del principio de consunción del art. 6.3 CP, debe aplicarse la norma penal que comprende todo el contenido de ilícito de otro tipo penal y que es más grave: STS (Sala de lo Penal) de 30/4/2013 (Rec. 1338/2012)

²³ STS (Sala de lo Penal) de 26/4/2012 (Rec. 1335/2011).

²⁴ STS (Sala de lo Penal) de 26/4/2012 (Rec. 1335/2011).

en la praxis aplicativa, puede sorprender en ocasiones la irrelevancia penal de determinadas conductas²⁵. Por ello, hemos de recordar que el Tribunal Supremo viene declarando, de manera constante y reiterada, que el testimonio de la víctima, aunque no hubiese otro más que el suyo, cuando no existan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones o provoquen dudas en el Juzgador impidiéndole formar su convicción en consecuencia, es considerado apto para destruir la presunción de inocencia. Así lo afirma en un caso de acoso sexual, iniciado en el ámbito laboral y que, se afirma, suele derivar hacia la sumisión sexual de la víctima frente a los poderes del acosador y la falta de controles en la organización²⁶.

Pues bien, la exigencia de gravedad que contiene la norma penal hace que la relevancia penal de un hecho sea mucho más restrictiva que la que acoge el ordenamiento laboral o administrativo, quedando fuera de la tipicidad penal otros comportamientos también ofensivos, que puedan darse en el ámbito de las relaciones especiales en las que el Código sitúa la acción típica, y conforme al principio de intervención mínima sólo las conductas más graves se integran en el ámbito penal. Dicho de otro modo, el adverbio "gravemente" se predica tanto de la situación intimidatoria como de la hostil o humillante y servirá, en definitiva, para delimitar cuándo las características de la acción desbordan las previsiones protectoras del ordenamiento laboral o administrativo, y se adentra el comportamiento desplegado en el ámbito de lo penal.

En definitiva, a diferencia del ilícito laboral, en el ámbito penal el comportamiento de índole sexual tipificado como acoso sexual sería solo la solicitud de favores de índole sexual (que se exige que desencadene una situación "objetiva y gravemente" intimidatoria, hostil o humillante).

²⁵ SAP de Murcia de 17/6/2016 (Rec. 378/2016), en un caso de reiteración del acoso por más de 2 años.

²⁶ Declaración cuya valoración corresponde al Tribunal juzgador que la presenció dentro de ciertas cautelas garantizadoras de su veracidad relativas a aspectos subjetivos relevantes a la verosimilitud en el testimonio y la persistencia en la incriminación STS (Sala de lo Penal) de 28/11/2014 (Rec. 1005/2014) (Caso Mercadona).

Ahora bien, ello no impide la relevancia penal de otros comportamientos o conductas constitutivos de “acosos sexuales laborales”, que pueden encontrar protección, al amparo del tipo relacionado por el art. 173 del Código Penal²⁷.

Además, de conformidad con el principio de intervención mínima que informa el derecho penal solo van a tener relevancia en este ámbito los supuestos más graves de acoso. El acoso sexual requiere que las ofensas sean graves, por cuanto se trata de otro requisito esencial en la configuración del delito que lo deslinda de otros ámbitos. Así, la doctrina jurisprudencial alude, como hemos visto, a que la gravedad exigida por la norma penal servirá para delimitar si “las características de la acción desbordan las previsiones protectoras del ordenamiento civil o del laboral y se adentran en el comportamiento desplegado en el ámbito penal”²⁸.

2.2. CIBER ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

Aunque la definición del acoso sexual del art. 7 LOI, al no estar referida sólo al acoso sexual laboral no establezca ningún elemento relativo al lugar o al tiempo de trabajo, sin embargo, la imputación de responsabilidades preventivas, administrativas o de seguridad social a la empresa, establecidas por normas laborales, sí requieren algún tipo de conexión con el desarrollo de la prestación de servicios, por ejemplo, art. 8.13º LISOS determina que la responsabilidad por acoso se desencadena “dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial”. También la conexión con el trabajo se establece para determinar la competencia del orden social (art. 2 f) LRJS)²⁹.

²⁷ Tipificado tras la reforma llevada a efecto por la LO 5/2010. Sobre este tema la SAP Albacete 20/11/2018 (Rec. 703/2018).

²⁸ STS de 7/11/2003 (RJ 2003, 7573).

²⁹ Por ejemplo, no se ha apreciado la atribución de responsabilidad a la empresa en caso de acoso sexual de un compañero de una trabajadora, cuando dichas prácticas se realizan fuera del lugar de trabajo: STSJ Andalucía (Granada), 770/2018, de 22 de marzo.

De esta forma, en aquellos casos en los que la conexión del acoso con el tiempo y lugar de trabajo se difumina, la impunidad de estas conductas puede ampararse en su desconexión con el ámbito laboral. Entre nosotros, por ejemplo, fue muy conocido el caso de la difusión de un video sexual privado por las redes sociales, entre compañeros de trabajo de una víctima, sin que se activara el protocolo por considerar la empresa que se trataba una cuestión personal y no laboral³⁰.

La LO 10/2022 presta especial atención al ámbito digital como medio en el que se realizan o desarrollan la violencia sexual y el acoso, tanto en la definición de su ámbito de aplicación (art.3) como al formular concretas medidas de prevención y sensibilización en el terreno laboral (art. 12). Hemos de destacar además la reforma del delito de revelación de secretos del art. 197 CP, el cual castigará a todo aquel que, careciendo de autorización del afectado, difunda, revele o ceda a terceras personas imágenes o grabaciones de aquél, suponiendo un menoscabo grave a su intimidad personal³¹. Igualmente, el art. 3 del Convenio 190 de la OIT determina que su contenido se aplica a la violencia y el acoso que concurren “durante el trabajo”, “en relación con el trabajo” o “como resultado del mismo” y, de hecho, este precepto indica expresamente en su apartado f) que se aplicará “a las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación”.

El acoso se expande por las redes sociales, tan arraigadas en nuestra vida cotidiana y en el lugar de trabajo;

³⁰ Sin embargo, se afirmaría que puesto que el acoso se practica presuntamente por un compañero de trabajo y el video habría sido compartido igualmente con los compañeros de la empresa, dicha circunstancia es la que confiere una clara dimensión laboral a este supuesto de ciberacoso sexual: LÓPEZ AHUMADA, J.E., Implicaciones laborales del acoso sexual difundido por redes sociales: privacidad y posibles responsabilidades de las empresas a propósito del caso IVECO, La Ley privacidad, 2019, nº. 2, p. 14.

³¹ Téngase en cuenta que el caso de la trabajadora de Iveco, el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Alcalá de Henares, fundamentó el sobreseimiento provisional en la falta de autor conocido, al no haberse podido identificar el responsable de la primera publicación de conformidad con el entonces vigente art. 197 CP.

amplificándose los efectos devastadores sobre las víctimas y ya, más claramente, a la luz de estas normas, el acoso sexual laboral (también el acoso por razón de sexo) incluiría el producido a través de medios digitales. Resulta pues necesaria su inclusión en los mecanismos de tutela jurídica en relación con la imputación de responsabilidad al empresario.

En Estados Unidos, el acoso fuera del lugar de trabajo se califica de laboral si es de tal gravedad que tiene consecuencias sobre el trabajo y así crea un ambiente laboral hostil³². En parecidos términos podemos afirmar que, sea cual sea el medio a través del que produzca la violencia sexual y el acoso, la generación de un entorno laboral intimidatorio, degradante u ofensivo determinará su carácter o naturaleza laboral, debiendo activarse las políticas preventivas y reparadoras obligatorias para la empresa. La categoría de "ciberacoso en el trabajo" resulta particularmente apropiada desde la óptica estrictamente preventiva³³. La imputación de responsabilidad a la empresa derivaría en su caso de la falta de prevención y/o reparación cuando este se manifiesta, generando un ambiente laboral degradante y ofensivo para la víctima.

Son aún escasas las referencias al ciberacoso en el trabajo como conducta prohibida siendo preciso que los protocolos anti-acoso incorporen definiciones y especifiquen manifestaciones concretas de la violencia cibernética como conductas inaceptables. Las políticas de prevención no pueden desconocer los distintos medios o vías a través de los cuales se puede llevar a cabo un acoso, todas aquellas manifestaciones específicas de violencia, que tienen lugar a través de tecnologías de información y comunicación. Es preciso clarificar la responsabilidad empresarial para que las empresas adopten políticas preventivas claras sobre las acciones prohibidas y que estas políticas se comuniquen a los trabajadores; determinar que constituye acoso sexual en las redes sociales; así como alentar su denuncia,

³² V. Crowley v. L.L. Bean, Inc., 303 F.3d 387, 409-10 (1st Cir. 2002).

³³ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., El ciberacoso en el trabajo como categoría jurídica, Temas Laborales, 2021, nº 157, pp. 167-192 192.

estableciendo un sistema accesible que garantice la indemnidad de la persona denunciante³⁴.

3. PLURALIDAD DE TUTELAS: PREVENTIVA, REPARADORA

El diseño y la articulación de los mecanismos de protección jurídica frente al acoso sexual deben tener en cuenta las exigencias técnicas que plantea cada uno de los ámbitos (preventivo, reparador, sancionador) en las que esta tutela se proyecta. La Recomendación de 27/11/1991, de la Comisión de las Comunidades Europeas, ya apelaría entre las medidas empresariales preventivas, a la declaración de principios con un compromiso de tolerancia cero del acoso sexual; la comunicación eficaz a la totalidad del personal; la formación de los directivos; un procedimiento informal de solución y un procedimiento formal de carácter disciplinario. Con valor normativo, la Directiva 2002/73/CEE establecería la obligación de alentar a empresarios y responsables del acceso a la formación y a adoptar medidas para la prevención (ahora en la Directiva 1006/54/CE). Su trasposición a la normativa española sería acometida por la LOI, cuyo art. 48 impondría a las empresas la obligación de arbitrar procedimientos específicos de prevención y para dar cauce a las denuncias y reclamaciones que puedan formular las víctimas de acoso sexual.

En la misma línea, la LO 10/2022 adopta medidas preventivas sobre la evaluación del riesgo laboral de violencia sexual y acoso y modifica el citado art. 48 LOI, redefiniendo en su art. 12.1 los anteriores protocolos anti-acoso (ex art. 48 LOI) como procedimientos de prevención y denuncia de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad en el trabajo, en especial del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital. Al mismo tiempo, la citada LO reforma el art. 184 del Código Penal tipificando la responsabilidad penal de la persona jurídica de

³⁴ Kristen N. Coletta, Sexual Harassment on Social Media: Why Traditional Company Sexual Harassment Polices Are Not Enough and How to Fix It, Seton Hall L. Rev., 2018, nº 48, p. 449.

conformidad con el art. 31 bis CP³⁵. Igualmente, el Convenio 190 OIT incide en la protección y prevención de la violencia y el acoso (por razón de género) en el mundo del trabajo en estas importantes áreas: evaluación de los riesgos laborales, procedimientos de denuncias e investigación y mecanismos de solución de conflictos externos al lugar de trabajo (arts. 9 y 10). Antes de abordar estos temas, hemos de prestar atención al estatuto laboral que, a favor de las víctimas de violencia sexual, ha incorporado la citada LO 10/2022.

3.1. GARANTIAS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS VICTIMAS DE ACOSO SEXUAL

La LO 10/2022 contiene nuevos derechos laborales y de Seguridad Social de las trabajadoras víctimas de violencias sexuales³⁶. En principio se les reconoce, en los términos previstos por la LET, el derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la adaptación de su puesto de trabajo y a los apoyos que precisen por razón de su discapacidad para su reincorporación, a la suspensión de la relación laboral, con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo. En el ámbito de la Seguridad Social, también se le reconoce derecho a la protección por desempleo. A estos efectos, la Disposición Final decimocuarta modifica los arts. 37.8, 40.4. 45.1.n) y 49.1 m) LET y la Disposición Final decimosexta reforma, entre otros, los arts. 267.1. b) y 329.1.b) LGSS³⁷.

Finalmente, también se garantiza la nulidad del despido (disciplinario o por circunstancias objetivas) de las trabajadoras víctimas de violencia sexual por el ejercicio de derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos

³⁵ La nueva Ley Orgánica modifica el Código Penal, ampliando el listado de delitos que podrán imponerse a las personas jurídicas (art. 31 bis del Código Penal). Al igual que el citado art. 184 CP se modifica el 173.1 CP, referente al delito contra la integridad moral.

³⁶ Art. 38 paralelamente a los derechos para víctimas de violencia de género que recoge el art. 21 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

³⁷ Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral (art.55.5. b) y art. 53.4.b) LET)

Ahora bien, la LO 10/2022 incorpora nuevos permisos retribuidos que creo habrían necesitado, desde una correcta técnica legislativa, la oportuna reforma estatutaria. En efecto, el apartado 4 del citado art. 38 de la LO 10/2022 afirma que las “ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de las violencias sexuales se considerarán justificadas y serán remuneradas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad”³⁸.

3.2. EVALUACIÓN DE RIESGOS LABORALES

Aunque en la citada Ley de Prevención de Riesgos Laborales no exista una regulación ni tan siquiera alusión a los riesgos psicosociales, en contraste con los efectos dañinos de las consecuentes patologías que desencadenan, la doctrina judicial sí ha incluido en la tutela preventiva frente al acoso la evaluación de los riesgos psicosociales asociados. Así se ha afirmado, en relación directa con el acoso sexual, que la deuda de seguridad de la empresa con sus trabajadores se extiende a todos los riesgos relacionados con las condiciones de trabajo, incluidos los riesgos psicológicos y sociales, y entre ellos, los inherentes a las relaciones interpersonales que se producen en el trabajo y, muy particularmente, los problemas y conflictos surgidos entre los compañeros de trabajo³⁹.

³⁸ Cfr. art 37.1 de esta misma Ley, donde de forma amplia se relacionan otros instrumentos para la acreditación de la existencia de violencias sexuales.

³⁹ SSTSJ País Vasco de 20/2/2007 (Rec.2742/2006) y de 6/5/2008 (Rec. 1464/2001). La STS de 4/3/2014 (Rec. 788/2013) consideraría que el acoso y demás riesgos psicosociales son daños derivados del trabajo comprendidos en el art. 4.3 de la LPRR, del que se deriva la existencia de un deber de protección del empresario que incluye a la protección frente al acoso, adoptando cuantas medidas sean necesarias y siendo aplicable el recargo de prestaciones de Seguridad Social por omisión de medidas de seguridad y salud en el trabajo.

En el plano normativo, la citada Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres, en su art. 48, sobre medidas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo, en su redacción inicial de 2007, establecería genéricamente que las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten estas formas de acoso sexual (y acoso por razón de sexo) en el trabajo. En la nueva redacción dada al precepto por la citada LO 10/2022, se señala, con mayor amplitud, que las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital. Más concretamente, el art. 12.2 in fine de esta LO 10/2022 establece en este terreno la obligación de la empresa de evaluación de los riesgos. Las empresas deberán incluir en la valoración de riesgos de los diferentes puestos de trabajo ocupados por trabajadoras, la violencia sexual entre los riesgos laborales concurrentes, debiendo formar e informar de ello a sus trabajadoras. Y en este mismo sentido, el Convenio OIT 190 obliga a los Estados a adoptar una legislación que exija a los empleadores prevenir la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (incluida por razón de género) y en particular a identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes, y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos.

Por ello, como ya se ha destacado, resulta necesaria la reforma de nuestra legislación preventiva que adolece de carencias de protección frente a la violencia y el acoso, con ausencia incluso de cualquier referencia expresa a estos como riesgos psicosociales⁴⁰. Nuestra legislación preventiva debe pues establecer obligaciones de evaluación de los riesgos de violencia y acoso, así como la obligación de proporcionar a las personas concernidas, en forma accesible, información y capacitación sobre los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados y de las medidas

⁴⁰ Por ejemplo, resulta llamativo que la STC 81/2018 de 16 de julio no analizara la obligación empresarial en materia de riesgos psicosociales.

de prevención y de protección (art. 9 c) y d) Convenio 190 OIT)⁴¹. Además, las obligaciones de inclusión de la violencia y acoso en la evaluación de riesgos y de formar e informar de ello a sus trabajadoras presente en ambas normas se extiende desde una perspectiva objetiva al ciber acoso y a todas las situaciones de violencia y acoso en el mundo del trabajo, ya definidas desde una perspectiva subjetiva amplia.

3.3. PROCEDIMIENTOS DE PREVENCIÓN O PROTOCOLOS ANTI-ACOSO

La LOI, al regular en su artículo 48 las medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, estableció la obligación de las empresas de arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. En la LOI los protocolos anti-acoso se configuran como instrumentos de implantación de medidas preventivas adecuadas y, en consecuencia, para concretar la deuda de seguridad del empresario, a efectos de comprobar los eventuales incumplimientos.

Sin embargo, el vigente art. 48 LOI, tras la redacción dada por la disposición final décima de la LO 10/2022, ya no establece referencia alguna a tales procedimientos o protocolos anti- acoso; es en el art. 12.1 de la citada Ley Orgánica en la que se establece la obligación empresarial de arbitrar procedimientos específicos para la prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones, que puedan formular quienes hayan sido víctimas de delitos y

⁴¹ OLARTE ENCABO, S., op. cit. La Recomendación OIT núm. 206 (complementaria del Convenio 190) concreta, en su apartado 8, estas obligaciones preventivas al establecer que en la evaluación de riesgos se deberían tener en cuenta los factores que aumentan las posibilidades de violencia y acoso, incluyendo los peligros y riesgos psicosociales. Y en este sentido menciona los siguientes: condiciones y modalidades de trabajo, organización del trabajo y gestión de recursos humanos, implicación de terceros como clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes o público, se deriven de la discriminación, el abuso de las relaciones de poder y las normas de género, culturales y sociales que fomentan la violencia y el acoso.

otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo (incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital).

De esta forma, se aprecia un tránsito desde instrumentos para la prevención del acoso a medios para la prevención de delitos y conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo. Los protocolos parecen configurarse como procedimientos para la prevención de la criminalidad sexual en la empresa; aproximándose su conceptuación a los programas de prevención de riesgos penales, previstos por el art. 31 bis del Código Penal. Lo anterior sería coherente además con la ampliación del listado de delitos que podrán imponerse a las personas jurídicas (art. 31 bis CP) a los delitos de acoso sexual (art. 184 CP) y moral (art. 173 CP).

Estos protocolos deberán también incluir la prevención de la ciber violencia sexual pues se extiende ya a las víctimas de violencia sexual, incluyendo a las sufridas en el ámbito digital. Además, también habrán de asumir un ámbito subjetivo amplio, en relación con las personas protegidas, pues de las medidas adoptadas, podrá beneficiarse la plantilla total de la empresa cualquiera que sea la forma de contratación laboral y también podrán beneficiarse las becarias y el voluntariado y aquellas personas que presten sus servicios a través de contratos de puesta a disposición. Las empresas promoverán la sensibilización y ofrecerán formación para la protección integral contra las violencias sexuales a todo el personal a su servicio.

Así resulta aún más claro, lo que se había defendido ya en la doctrina científica. La difusión de vídeos o cualquier otro material de contenido sexual, entre compañeros de trabajo que pueda generar un ambiente hostil de trabajo es un riesgo laboral, a prevenir en el sistema de gestión de riesgos profesionales. Una vez el empresario conozca esta situación debe activar de forma temporánea y eficaz el protocolo, que debe de prever el riesgo de acoso cibernético

dentro de los procedimientos de gestión preventiva establecidos⁴².

En todo caso, estos instrumentos deben seguir asumiendo una doble función preventiva y reparativa; deben identificar y evaluar los riesgos, fijando obligaciones formales y materiales para evitar la aparición de los fenómenos de acoso; han de indicar los aspectos organizativos sobre los que hay que incidir para su prevención y las medidas que deben establecerse al respecto. Estas medidas deben ir dirigidas a la sensibilización, formación e información sobre este tipo de riesgos, especialmente de los mandos, evaluación del riesgo de acoso en la organización, planificación de la actividad preventiva y vigilancia de la salud. Pero también, los protocolos son instrumentos reactivos, al articular procedimientos de denuncia y solución de estos conflictos en la empresa.

Varias preguntas nos suscitan estos procedimientos de prevención de la violencia y el acoso sexual en el trabajo, en primer lugar, cuál sería su valor de instrumento de exención de la responsabilidad empresarial. Una cuestión que deviene aún más relevante en el vigente marco normativo en el que el art. 184 CP establece ya la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En segundo lugar, estos procedimientos preventivos incluyen también canales de denuncia, por lo que habremos de plantearnos su compatibilidad con los canales de denuncia interna, que impone la trasposición de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas, que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

En tercer lugar, en el desarrollo de estos procedimientos de denuncia de la violencia y acoso sexual en el trabajo hemos de plantear la idoneidad de los mecanismos internos de solución de conflictos y de los acuerdos de confidencialidad,

⁴² MOLINA NAVARRETE, C., El ciberacoso en el trabajo, La Ley, 2019, p. 81; DE VICENTE PACHÉS, F., Ciberacoso en el trabajo, Atelier, Barcelona, 2018, p. 33; "El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo", Información Laboral, nº 2, 2017, BIB 2017/634, pp. 10-20 del ejemplar electrónico.

a la luz de los últimos avances normativos seguidos por EE. UU. a este respecto.

3.3.1. Protocolos preventivos y responsabilidad empresarial
Tradicionalmente la doctrina judicial ha venido conectando la pasividad ante la situación de acoso sexual y la responsabilidad empresarial⁴³. Más concretamente y de forma acertada, la doctrina constitucional ha situado la existencia y cumplimiento de los protocolos anti-acoso en la clave de bóveda de la responsabilidad empresarial. Como se sabe, desde la STC 56/2019, de 6 de mayo, hemos de insistir en la importancia de los protocolos establecidos a estos efectos, tanto en la delimitación conceptual del acoso, como para la obligación de su correcta aplicación a los efectos de remediar los comportamientos acosadores⁴⁴. Es precisa la efectiva aplicación del protocolo para que el empresario no resulte responsable; responsabilidad que sí concurre cuando el sistema deviene ineficaz como consecuencia de la actuación negligente de los responsables de la empresa.

Esta relevancia de las políticas preventivas en la empresa, a efectos de exoneración de su responsabilidad, se aprecia claramente en la jurisprudencia norteamericana. En Estados Unidos, bajo la aplicación del Título VII de la Civil Rights Act, la responsabilidad del empresario o empleador por acoso sexual depende del estatus del agresor. En el caso de que se trate de otro trabajador de la empresa el empleador sólo será responsable en caso de incurrir en negligencia en el control de las condiciones de trabajo, es decir, cuando no adoptó medidas preventivas o acciones correctivas en respuesta del acoso, una vez tuvo conocimiento o debió haberlo conocido⁴⁵.

⁴³ STSJ (Social) País Vasco 6/5/2008 (Rec. 1464/2001).

⁴⁴ La STC 74/2007 de 16 de abril, no resolvería, en un caso de acoso moral, al ser una cuestión de estricta legalidad, la posible extensión de responsabilidad a la empresa ya sea por infracción de su deber de prevención previsto en la legislación laboral o, mediante la aplicación del art. 1.903 del Código civil, por la existencia de culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

⁴⁵ Determinadas sentencias de tribunales de circuito federales han protegido frente al acoso de otras personas trabajadoras, pero también del

En el caso de que el agresor sea un gerente ("supervisor") se aplican reglas diferentes dependiendo de que el acoso haya determinado o no consecuencias sobre la situación laboral de la víctima, es decir, haya significado un cambio sustancial en su estatus profesional (por ejemplo, modificación sustancial de condiciones, traslados, falta de promoción profesional o económica, despido)⁴⁶. En el primer caso (acoso *quid pro quo*) el empleador será automáticamente responsable del acoso realizado por un gerente o supervisor⁴⁷. Ahora bien, en el supuesto de que el acoso no haya determinado una decisión empresarial adversa sobre sus condiciones de trabajo y sí haya generado un ambiente hostil de trabajo (acoso ambiental), el empresario no incurre en responsabilidad si consigue probar, primero, que contaba en la empresa con políticas y procedimientos adecuados para prevenir y corregir las situaciones de acoso sexual en el lugar de trabajo y, segundo, que la víctima injustificadamente no aprovechó la protección preventiva o correctiva disponible⁴⁸.

En el caso pues de que la conducta del supervisor genere un ambiente de trabajo hostil para un empleado (una conducta que habrá de ser extrema, severa o generalizada), el empleador, para eludir su responsabilidad, habrá de probar ambos elementos, de conformidad con el criterio establecido por la Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo (EEOC). Por lo que respecta al primer elemento de prueba, el mismo normalmente conlleva la adopción de medidas en contra del acoso, que incluyen procedimientos de quejas o denuncias, acciones formativas sobre los derechos de los trabajadores, así como formas de evaluación de estas medidas. Además, es preciso que estas medidas preventivas y reparadoras estén implementadas

acoso de terceros contratantes, clientes, e incluso pacientes en el caso de acoso en residencias.

⁴⁶ Si el acosador es el alter ego del empresario es responsable siempre. En el caso de que el acosador sea el gerente o supervisor opera la referida distinción. Supervisor es la persona competente para adoptar decisiones empresariales de contratación, promoción y despido.

⁴⁷ Burlington Industries, Inc. v. Ellerth, 524 U.S. 742, 761.

⁴⁸ Faragher v. Boca Raton, 524 U.S. 775. Mas recientemente, vid. EEOC v. Autozone, Inc., 692 Fed. Appx. 280, 282 (6th Cir. 2017).

efectivamente. A efectos de acreditar la efectividad de la política anti-acoso en la empresa, se especifican algunas exigencias, por ejemplo, la definición de las conductas prohibidas, accesibilidad de los trabajadores a los procedimientos de denuncia, personas de contacto, investigación efectiva y respuesta en tiempo razonable, confidencialidad e protección versus indemnidad del denunciante.

Por lo que respecta al segundo elemento, no se consideraría injustificada la actuación de la víctima que retrasó su denuncia o no utilizó el procedimiento de denuncias por acoso establecido en la empresa, si concurren obstáculos de acceso al mismo, o la víctima cree razonablemente que ese procedimiento es ineficaz o considera que concurre riesgo de sufrir represalias. Tampoco concurriría este segundo elemento si la víctima, aunque no utilizara el procedimiento de denuncias establecido en la empresa, siguió otras actuaciones dirigidas igualmente a denunciar estos hechos, por ejemplo, ante los representantes sindicales o ante la citada Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC).

La clave para evitar la responsabilidad bajo este estándar radica en el establecimiento y el estricto cumplimiento de las políticas y procedimientos contra el acoso por parte de la empresa. Políticas cuya efectividad exige evaluación de riesgos, información y formación sobre los mismos, procedimientos adecuados de denuncia (canales accesibles, investigación y solución en tiempo razonable).

Pues bien, igualmente, entre nosotros, a la luz del marco normativo vigente la responsabilidad empresarial estará vinculada a la falta de procedimientos de prevención cuya efectividad exigirá, en su contenido, la definición de los comportamientos prohibidos, la declaración de principios, compromiso de la empresa y de los directivos de tolerancia 0, promoción de que las víctimas denuncien, formación de los diversos operadores; procedimiento adecuado de denuncias, garantía de indemnidad de las víctimas que denuncien; así como una regulación del procedimiento sancionador (celeridad, confidencialidad, formación de la

titular de la instrucción y tipificación de las infracciones gradualista y precisa)⁴⁹.

3.3.2. Protocolos anti acoso y responsabilidad penal de la empresa

La cuestión analizada adquiere un singular interés pues el vigente art. 184.5 CP, tras la redacción introducida por el apartado diez de la disposición final cuarta de la L.O. 10/2022, establece que, cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis, una persona jurídica sea responsable del delito de acoso sexual, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. De esta forma, los procedimientos de prevención del acoso sexual en la empresa podrán actuar a modo de los programas de prevención de riesgos penales previstos por el art. 31 bis CP. Veamos con algo más de detalle estos programas de *compliance* normativo.

En efecto, la introducción de la responsabilidad penal de las empresas por el citado art. 31 bis CP⁵⁰ pondría de manifiesto la relevancia de los programas de prevención de riesgos penales, a través de sistemas de *compliance* corporativo. En nuestra regulación, la exoneración de responsabilidad de la persona jurídica se vincula a que el órgano de administración haya adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; a que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona

⁴⁹ Art. 112 del Convenio Colectivo de la Industria Química; Convenio Colectivo de Instalaciones Deportivas y Gimnasios; II Convenio Colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España (BOE de 13/11/2019).

⁵⁰Tras la Ley Orgánica 5/2010, que modificaba nuestro Código Penal y, fundamentalmente, con la regulación establecida por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo.

jurídica; a que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; y a que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de control del modelo de prevención. Estas circunstancias también pueden actuar como atenuantes de la responsabilidad penal de la persona jurídica⁵¹.

Para que exista la responsabilidad penal de una persona jurídica es preciso que se haya cometido el hecho delictivo por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso, pues la persona jurídica sólo responde penalmente cuando se percibe en ella un "defecto de organización" o una clara infracción del deber de control⁵². En consecuencia, la responsabilidad penal de la empresa está vinculada a la inexistencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito y a la ausencia de una cultura de respeto al Derecho. Un sistema de prevención de riesgos penales en la empresa adecuado a su concreta naturaleza, tamaño y actividades resultaría necesario a los efectos de afirmar que la misma ha integrado en su organización una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de la estructura organizativa y de cada una de las personas físicas que la integran, para poder aplicarse la eximente completa de responsabilidad penal.

La extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los delitos de acoso sexual (y moral) determina

⁵¹En los casos en los que las circunstancias exonerantes solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. Se considera una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades, Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica (art. 31 quater d). Por lo demás se establecen los requisitos que han de cumplir estos modelos de organización y gestión de riesgos penales (art. 31 bis.5).

⁵²Sentencia de la AP de Zaragoza 116/2018, de 18 de mayo.

una singular relevancia de los protocolos para su prevención, en la medida que las empresas puedan quedar exoneradas de responsabilidad penal, tras la implementación adecuada de procedimientos de prevención de este delito. La anterior doctrina les resultará pues plenamente aplicable.

3.3.3 Protocolos anti acoso y canal interno de denuncias de irregularidades

La citada Directiva (UE) 2019/1937 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, establece un sistema de denuncias de infracciones, en organizaciones privadas y públicas, que se articula sobre un doble canal interno y externo. La traspוסición a nuestro derecho implica la obligación de las empresas de establecer este canal interno de denuncias de irregularidades o infracciones empresariales.

Aunque la Directiva tenga como objeto fundamentalmente la protección de los denunciantes como instrumento de prevención de la criminalidad económica y la corrupción pública, su ámbito objetivo de aplicación se entiende "sin perjuicio de la facultad de los Estados para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos" (art. 2.2). Por ello, aunque las denuncias relativas a las infracciones de la normativa laboral y de Seguridad Social no estén expresamente incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, se ha planteado la cuestión de si estos canales deben extenderse a las denuncias de acoso laboral.

Consecuentemente, la eventual inclusión en este ámbito material de las denuncias relativas a acoso sexual plantea la relación entre estos nuevos sistemas de denuncias de irregularidades y los existentes sistemas de denuncias de acoso laboral previstos en los protocolos que operan en la actualidad en muchas empresas. El sistema de denuncias de algunos países, como es el caso de Gran Bretaña y EE. UU., incluye las denuncias de acoso y de infracciones de la normativa sobre seguridad y salud laboral, respectivamente. No obstante, una eventual exclusión de estos temas en el sistema estatal de denuncias podría

ampararse en que Directiva prevé, en su considerando 22, que los Estados miembros pueden determinar que las denuncias relativas a reclamaciones interpersonales, que afecten exclusivamente al denunciante (es decir, reclamaciones sobre conflictos interpersonales entre el denunciante y otro trabajador), puedan ser canalizadas a través de otros procedimientos disponibles.

Por ello, he venido defendiendo que deberían seguir siendo canales independientes, aunque ciertamente son importantes también los argumentos a favor de la simplificación de canales de denuncias en la empresa⁵³. En todo caso, sea cual sea la solución que adopte el legislador nacional, creo que no podemos olvidar que los vigentes sistemas de denuncias de los acosos en las empresas tienen ciertas características específicas, que deben ser atendidas. En primer lugar, el denunciante natural es la víctima (y en caso de ser un tercero habitualmente se exigirá la ratificación de la víctima). En segundo lugar, se trata de canales de denuncia establecidos *ad hoc* y exclusivamente para informar de estas situaciones de acoso, con fines de prevención y reparación de estas⁵⁴. En tercer lugar, su finalidad es prevenir un déficit organizativo empresarial que determine comportamientos de acoso laboral. Por último, la irregularidad denunciada, en este caso, el acoso sufrido es, además de un riesgo psicosocial para la salud de los

⁵³ VALLEJO DA COSTA, R., Los canales de denuncia y la protección del whistleblower en la Directiva (EU) 2019/1937 y la perspectiva de género: una reflexión integral e integrada con el convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el lugar de trabajo, Análisis de la Directiva UE 2019/1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera. Aranzadi, 2021.

⁵⁴ Los canales de denuncia interna establecen procedimientos tanto formales como informales de solución del conflicto que especialmente atiende a la protección de la víctima durante el mismo. Se trata de procedimientos diversos, según cada protocolo, aunque presentan rasgos comunes. Un estudio exhaustivo de los procedimientos desde su inicio a la fase de conclusión en MELLA MENDEZ, L., Los protocolos de acoso en los planes de igualdad en España: Una visión general, Dereito, 2013, nº Extra1, pp. 301-317 y SIERRA HERNAIZ, E., Los protocolos de acoso moral y política preventiva en la empresa: puntos críticos y propuestas de mejora, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, 2017, nº 203, pp. 93-123.

trabajadores, un atentado a su dignidad y a sus derechos fundamentales a la intimidad, a la igualdad y a la integridad moral en el lugar de trabajo.

Estos caracteres especiales exigen un tratamiento propio e integral de las diversas medidas (preventivas y reparadoras) de protección legal establecidas. Por ello, en mi opinión, su denuncia a través de los protocolos anti acoso debe de mantenerse y excluirse del ámbito objetivo de los canales de denuncias de irregularidades, orientados a prevenir otro tipo de comportamientos ilícitos. Nuestra experiencia en la lucha contra el acoso en la empresa a través de los protocolos anti acoso y su imbricación necesaria en el sistema colectivo y sindical de relaciones laborales imponen, a mi juicio, la exclusión del acoso de las infracciones objeto de denuncia, a través de la futura norma legal.

3.3.4. Protocolos anti acoso y resolución interna y externa de conflictos

Finalmente, la experiencia empresarial y los cambios normativos para su rectificación acontecida en otros países en materia de gestión de los supuestos de acoso sexual, puede ser de utilidad a los efectos de erradicar prácticas empresariales que perpetúen, a través de su ocultamiento, estas conductas discriminatorias y atentatorias de la libertad sexual en el trabajo.

Con fecha de 3 de marzo de 2022, se promulgó en EE UU la Ending Forced Arbitration of Sexual Assault and Sexual Harassment Act de 2021 (EFAA), con el objetivo de poner fin a los acuerdos de arbitrajes obligatorios en los casos de agresión y acoso sexual. La ley reforma la Ley Federal de Arbitraje (FAA) para prohibir a los empresarios imponer acuerdos de arbitraje obligatorios previos a los procedimientos judiciales frente a demandas de agresión y acoso sexuales. Además, los acuerdos ya firmados no impedirán a las personas trabajadoras acudir a los órganos judiciales. La ley se aplica a cualquier demanda por agresión o acoso sexuales interpuesta a partir del 3 de marzo de 2022. Las personas trabajadoras que firmaron acuerdos de arbitraje antes de la promulgación de la ley no están

obligadas por dichos acuerdos; lo que significa que esas personas pueden interponer directamente sus demandas por agresión o acoso sexuales ante los órganos judiciales, aunque también pueden optar voluntariamente por utilizar el arbitraje.

En la experiencia de EE. UU., los cambios normativos indican una progresiva desconfianza hacia las fórmulas privadas de resolución de conflictos también en este ámbito. La prohibición de los acuerdos de arbitraje obligatorio entre empleados y empleadores se justifica porque estos acuerdos pudieron ocultar acosos sexuales, que ahora gracias a las acciones ante los tribunales, quedarán expuestos ante la luz pública. Es cierto que, en términos generales, estos acuerdos de arbitraje obligatorio se han considerado favorables a los intereses de la persona trabajadora, pues se considera que el arbitraje constituye un instrumento de resolución de disputas laborales más conveniente para ella, ante la desigualdad de recursos económicos, teniendo en cuenta el coste económico y la prolongada duración de los procedimientos judiciales. Ahora bien, como se ha dicho, el arbitraje como medio para resolver disputas sigue siendo una opción para las personas trabajadoras y los efectos de ocultamiento y perpetuación del acoso sexual en las empresas no puede ignorarse.

Otra iniciativa legal a favor de la transparencia empresarial ante los casos de acoso sexual ha sido la Ley Speak Out⁵⁵, que invalida los acuerdos de confidencialidad, que obligan a los trabajadores a guardar silencio, en estos casos. Los acuerdos de confidencialidad que son de uso habitual por los departamentos de recursos humanos y vinculan a más de un tercio de la fuerza laboral de EE. UU han producido un efecto de encubrimiento y de aislamiento de la víctima y han favorecido finalmente a los acosadores. Tras la Ley Speak Out estos acuerdos no vinculan a la persona trabajadora, en casos de acoso o de agresión sexual.

⁵⁵ El Senado aprobó el proyecto de ley por unanimidad el 29 de septiembre de 2022 y la Cámara de Representantes votó a favor de la medida, 315-109, el 17 de noviembre de 2022. El presidente Biden ha expresado su intención de firmar el proyecto de ley y se convertirá en ley, inmediatamente después de su firma.

En definitiva, en los procedimientos de resolución de conflictos establecidos por los protocolos anti-acoso, hemos de tener presente que la confidencialidad no puede ser sinónimo de ocultamiento y que la transparencia es la mejor vía para la protección de las víctimas.