

VIOLENCIA SEXUAL, MULLER E TRABALLO

CARMEN SÁEZ LARA

Catedrática de Dereito do Traballo e da Seguridade Social
Universidade de Córdoba
dtlsalac@uco.es

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 propónse reflexionar sobre a delimitación

conceptual do acoso sexual, neste novo contexto, e sobre os procedementos preventivos e reparadores obrigatorios para as empresas.

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

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.

1.CUESTIÓN INTODUTORIAS

Despois de varias décadas de estudo e tutela xudicial do acoso sexual coa nova Lei orgánica 10/2022, de garantía integral da liberdade sexual¹, o círculo péchase. A finais dos anos 70, Catherine Mackinnon considerará o acoso sexual como unha forma de discriminación sexual afirmando, de forma provocativa e transformadora ao mesmo tempo, que o acoso sexual institucionalizaba a subordinación da muller ao home no traballo². A Lei de garantía da liberdade sexual profunda na protección fronte á violencia e o acoso sexual no traballo, dende a mesma perspectiva. O acceso efectivo das mulleres aos dereitos ligados á liberdade e á seguridade foi, afirmase, “historicamente obstaculizado polos roles de xénero establecidos na sociedade patriarcal, que sustentan a discriminación das mulleres e penalizan, mediante formas violentas, as expresións de liberdade contrarias ao citado marco de roles”. A violencia sexual é pois unha forma de violencia social e estrutural “estritamente relacionada cunha determinada cultura sexual arraigada en patróns discriminatorios que debe ser transformada”³.

Esta lei, como veremos, profunda na protección laboral das traballadoras vítimas de acoso sexual (e de acoso por razón de sexo) e en materia de avaliación de riscos laborais (art. 12) e de dereitos laborais (art. 38); recoñece a responsabilidade penal das persoas xurídicas polo delito de

¹ Lei Orgánica 10/2022, do 6 de setembro, de garantía integral da liberdade sexual (BOE núm. 215, do 7 de setembro de 2022). Son violencias sexuais os actos de natureza sexual non consentidos ou que condicionan o libre desenvolvemento da vida sexual en calquera ámbito público ou privado, o que inclúe o acoso sexual. As violencias sexuais vulneran o dereito fundamental á liberdade, á integridade física e moral, á igualdade e á dignidade da persoa.

² Un estudo sobre a doutrina inicial norteamericana sobre acoso sexual: Kathryn Abrams, *The new jurisprudence of sexual harassment*, Cornell Law Review, 83, p.1169.

³ Ao mesmo tempo que se inflíxe un dano individual a través da violencia sobre a persoa agredida, repercútese de forma colectiva sobre o conxunto das mulleres, (...) que reciben unha mensaxe de inseguridade e dominación radicado na discriminación, e sobre toda a sociedade, na reafirmación dunha orde patriarcal. Por iso, a resposta a estas violencias debe emerxer do ámbito privado e situarse indiscutiblemente na esfera do público, como unha cuestión de Estado.

acoso e amplía o ámbito obxectivo das medidas de prevención, dos chamados protocolos antiacoso (art.12). Ademais, esta lei orgánica pretende dar resposta especialmente ás violencias sexuais cometidas no ámbito dixital.

Pola súa banda, o Convenio 190 da OIT, sobre a eliminación da violencia e o acoso no mundo do traballo⁴, tamén avanza na protección fronte ao acoso, con especial atención á perspectiva de xénero. Para estes efectos, habemos de destacar a delimitación dun ámbito subxectivo, que inclúe xunto á persoa traballadora outras persoas no mundo do traballo (art. 2) e dun ámbito obxectivo de aplicación a toda violencia e acoso no traballo, no marco de comunicacións realizadas por medio de tecnoloxías da información e a comunicación (art. 3). Ao mesmo tempo, impón aos Estados, entre outras, novas obrigas legais en materia de avaliación de riscos de violencia e acoso (art. 9) e procedementos de denuncia e solución de conflitos, con garantías de confidencialidade e indemnidade (art. 10). A ratificación por España do Convenio 190 da OIT esixirá, por tanto, adaptacións normativas, nun breve espazo de tempo, ao entrar en vigor o próximo 25 de maio de 2023.

En definitiva, este novo marco normativo esíxenos reflexionar sobre a delimitación conceptual do acoso sexual, fundamentalmente en relación coa súa proliferación no espazo virtual (ciberacoso e violencia dixital) e sobre os procedementos preventivos e reparadores obrigatorios para as empresas. Agora ben, antes de abordar estas cuestións, resulta preciso un breve repaso da tutela xurídica fronte ao acoso, dende unha perspectiva histórica. En efecto, o seu carácter pluriofensivo, dada a pluralidade de bens xurídicos que poden verse afectados, así como a conexión teórica e práctica entre as diversas formas de acoso laboral aconsellan unha perspectiva histórica de análise da tutela xurídica fronte a estas condutas e practicas inaceptables na empresa.

⁴ BOE do 16 de xuño de 2022. Complementa este Convenio a Recomendación 206 sobre a eliminación da violencia e acoso no traballo.

Como se sabe, a protección fronte ao acoso sexual no traballo tería a súa orixe, na doutrina xudicial e científica en EE UU, ao amparo da prohibición de discriminación por razón de sexo no Título VII da Civil Rights Act de 1964. Con algún antecedente na década dos anos 70 do pasado século, o caso histórico foi *Meritor Savings Bank v. Vinsor*⁵, ao que seguiron un número importante de sentenzas que configurarían conceptualmente o acoso prohibido; sendo relevante tamén o labor da Comisión para a igualdade de oportunidades no emprego, ao recibir anualmente un número significativo de denuncias de acoso laboral.

No ámbito comunitario, non será ata a década dos 90 cando a Resolución do Consello das Comunidades Europeas, do 29 de maio de 1990, relativa á protección da dignidade da muller e do home no traballo e, sobre todo, a Recomendación da Comisión das Comunidades Europeas do 27 de novembro de 1991 (relativa á protección da dignidade da muller e do home no traballo e ao código de conduta sobre as medidas para combater o acoso sexual), establezan o concepto e a tipoloxía do acoso sexual no traballo, considerando que pode ser, en determinadas circunstancias, contraria ao principio de igualdade de trato, garantido pola entón vixente Directiva 76/207/CEE do Consello, relativa á aplicación do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres no que se refire ás condicións de traballo⁶.

En España, en 1989, reformaríase a Lei do Estatuto dos traballadores para incorporar no dereito "ao respecto á súa intimidade e á consideración debida da súa dignidade" a seguinte concreción: "comprendida a protección fronte a

⁵ 477 U.S. 57 (1986). O primeiro caso no que se recoñeceu o acoso sexual como forma específica de discriminación foi *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 Co precedente do histórico traballo de RUBENSTEIN, M., *La dignité de la femme dans le monde du travail: Rapport sur le problème du harcèlement sexual dans les États membres des Communautés européennes*, Comisión V/412/1/87, outubro, 1987. Destacable a 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.

ofensas verbais ou físicas de natureza sexual"⁷. A Lei 50/1998, do 30 de decembro, introduciu unha infracción administrativa de acoso sexual tipificada dentro das moi graves, actualmente no artigo 8. 13º Lei sobre infraccións e sancións da orde social (LISOS)⁸. Pola súa banda, o Código penal, aprobado a través da Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro, introduciu un novo delito de acoso sexual no artigo 184, cuxa tipificación foi ampliada na Lei orgánica 11/1999, do 30 de abril.

Pois ben, o maior avance na tutela xurídica fronte ao acoso darase no ano 2000 a través de diversas Directivas antidiscriminatorias (ditadas en desenvolvemento do entón vixente art. 13 do Tratado) que inclúen o acoso como comportamento prohibido (xunto coa discriminación directa e indirecta). Xunto coas Directivas 2000/43/CE e a 2000/78/CE situaríase a Directiva 2002/73/CE, do 23 de setembro de 2002, que define ambos os acosos (sexual e por razón de sexo) prohibidos, e establece a obriga de alentar a empresarios e responsables do acceso á formación e a adoptar medidas para a prevención (actuais artigos 2.1.c) e d), 2.2.a) e 26 da Directiva 2006/54/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de xullo de 2006). Xunto ao acoso sexual, a prohibición de acoso por circunstancias específicas e, en consecuencia, por razón de sexo, tipifícase xuridicamente a partir do ano 2000. Paralelamente articúlase tamén na doutrina científica e xudicial o concepto de acoso moral. Incrementáanse as diversas situacións de acoso laboral prohibidas polo ordenamento xurídico, presentando as definicións das distintas modalidades de acoso laboral notas comúns, pois certamente a influencia conceptual foi importante. No ámbito europeo, apréciase así certa tendencia cara á homologación terminolóxica e nos instrumentos normativos en materia de discriminación. Esta configuración conceptual, como atentados á igualdade e á prohibición de

⁷ Na Exposición de Motivos da Lei 3/1989, do 3 de marzo, situábase a protección fronte ao acoso sexual dentro dos obxectivos relativos a impedir a discriminación por razón de sexo.

⁸ Real decreto lexislativo 5/2000, do 4 de agosto, polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social.

discriminación propiciou a aplicación dos instrumentos da tutela antidiscriminatoria predispostos dende a normativa europea.

Aínda compartindo trazos comúns na súa configuración xurídica, en función do elemento teleolóxico distínguense entre acoso sexual, discriminatorio e moral. E estas conexións conceptuais determinan certa comunicación (e ás veces confusión dogmática) en relación cos bens xurídicos protexidos, facilitada, temos que lembrar, porque o acoso é un fenómeno pluriofensivo. Agora ben, a pesar das diferenzas conceptuais dos diversos tipos de acoso, estes preséntanse vinculados entre si en ocasións, nas que un inicial acoso sexual dexenera nun caso de acoso moral, que constitúe un suposto de acoso por razón de sexo.

Tratándose todas elas de condutas que teñen como obxecto a creación dunha contorna intimidatoria, humillante, hostil, degradante e ofensiva para a vítima, serán a dignidade humana e profesional (art. 10 CE) e a integridade moral os bens xurídicos directamente violados pola conduta acosadora. É, de partida, un atentado á dignidade persoal, que é un valor espiritual e moral inherente á persoa, que se manifesta na autodeterminación da propia vida e que implica a pretensión de respecto por parte dos demais (STC 53/1985, do 1 de abril). Esta conduta é susceptible de xerar lesións psicofísicas que afectarán gravemente ao dereito á saúde laboral (art. 15 en relación co art. 40.2 e 43 CE).

Pola súa banda, o acoso sexual, na súa configuración histórica na práctica xudicial norteamericana e na normativa comunitaria, conectouse coa prohibición de discriminación entre mulleres e homes. En España, con todo, a doutrina constitucional inicialmente fundamentou tal prohibición na tutela do dereito á intimidade dos traballadores (STC 224/1999, do 13 de decembro). O acoso sexual é basicamente un atentado ao dereito á intimidade, e se a vítima é unha muller sería tamén unha lesión da prohibición de discriminación por razón de xénero. Pero o acoso sexual é ademais un atentado contra a integridade moral e a liberdade sexual podendo afectar gravemente a saúde psicofísica. O factor relevante diferenciador é a natureza ou connotacións de índole sexual dos actos realizados polos

agresores, con independencia de que se trate do acoso *quid pro quo* ou chantaxe sexual ou do acoso sexual ambiental. É a índole sexual do comportamento, conduta ou acción a través do cal se verifica o acoso o elemento relevante⁹.

Con estas premisas pasaremos xa ao estudo do concepto de acoso sexual dende a perspectiva laboral e complementariamente penal, as súas fortalezas e insuficiencias.

2.DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DO ACOSO SEXUAL

O art. 7 da Lei orgánica para a igualdade (LOI, en diante)¹⁰ define o acoso sexual como calquera comportamento, verbal ou físico, de natureza sexual que teña o propósito ou produza o efecto de atentar contra a dignidade dunha persoa, en particular cando se crea unha contorna intimidatoria, degradante ou ofensiva (acoso ambiental). Igualmente é acoso sexual o condicionamento dun dereito ou dunha expectativa de dereito á aceptación dunha situación constitutiva de acoso sexual ou de acoso por razón de sexo que considerárase tamén acto de discriminación por razón de sexo (acoso *quid pro quo* ou chantaxe sexual)¹¹. O acoso sexual ambiental comparte elementos definitorios co acoso discriminatorio e o acoso moral, pero presenta un importante trazo diferenciador ao constituír un atentado á liberdade sexual da muller.

⁹ No acoso por razón de sexo, a finalidade do agresor non é a consecución dun propósito de índole sexual senón a de danar profesionalmente á persoa traballadora para lograr a súa autoexclusión da empresa debido á súa condición de muller. Igualmente, o acoso por razón de sexo é un atentado á prohibición de discriminación sen prexuízo de que atendendo ao medio elixido tamén poida lesionar outros dereitos, así o de intimidade. O elemento relevante sitúase na vítima e a súa pertenza a colectivos ou grupos vulnerables como é o caso das mulleres.

¹⁰ Lei orgánica 3/2007, do 22 de marzo, para a igualdade efectiva de mulleres e homes.

¹¹ O acoso sexual e por razón de sexo son en todo caso accións discriminatorias. Acoso por razón de sexo: calquera comportamento realizado en función do sexo dunha persoa, co propósito ou o efecto de atentar contra a súa dignidade e de crear unha contorna intimidatoria, degradante ou ofensiva. Son tamén riscos psicosociais que deben ser evitados e en todo caso obxecto dunha política empresarial preventiva, tal e como impón a Lei 31/1995, do 8 de novembro, de prevención de riscos laborais.

De partida, non é preciso verificar a existencia dunha conduta reiterada no tempo, bastando un só acto para desencadear a degradación ambiental que caracteriza o acoso e os efectos que proxecta sobre a vítima, así por exemplo, nos casos de chantaxe sexual, que pode ser tanto explícita como implícita. O relevante é o carácter sexual da conduta e a súa capacidade de crear unha contorna hostil humillante e ofensiva para a vítima afectando á súa dignidade e integridade moral¹².

A vixente delimitación conceptual reproduce con algunha diferenza o art. 2 da Directiva 2006/54/CE (que inclúe o comportamento non verbal) mellorándoo, pois a regulación española non apela ao carácter non desexado; resultando indiferente que concorra ou non un rexeitamento da vítima. O concepto legal mellora tamén a delimitación conceptual desenvolvida, nun contexto normativo diferente, pola STC 224/1999, do 13 de decembro, onde aparece o carácter “non desexado” do comportamento “libidinoso” determinante dun acoso sexual ambiental (FJ 3)¹³. En igual sentido, a utilización do termo libidinoso, por parte desta sentenza constitucional, podería levar a interpretar que só inclúe comportamentos ou condutas dirixidas a satisfacer o apetito sexual do agresor; polo que resulta máis adecuado o termo sexual, que polo demais foi o utilizado de forma xeneralizada por normativa e xurisprudencia. O relevante é a connotación sexual do comportamento agresor; que non se limita ás condutas dirixidas a satisfacer o apetito sexual do axente senón todas aquelas nas que o sexo é o núcleo

¹² Amplamente 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 e El acoso sexual como riesgo laboral en Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, 2007, páxs. 493-498. E v. STSJ (Social) Galicia 29/4/2005 (Rec.1507/2005).

¹³ Aínda que non debe esquecerse que a sentenza matizaría a esixencia primeira e, en relación co caso axuizado, afirmaríase que debe ser rexeitado o razoamento xudicial que parece impoñer ao eventual afectado por un acto de acoso sexual a carga de reaccionar con carácter inmediato e cunha contundencia incompatible coa interpretación predicada pola citada Recomendación da Comisión das Comunidades Europeas do 27 de novembro de 1991, para a protección da dignidade da muller e do home no traballo (FJ 4).

da conduta. Igualmente, nos actos físicos (contactos, rozamentos, tocamientos) será determinante a índole ou ánimo sexual destes¹⁴.

Ademais, o vixente concepto supera a esixencia de gravidade obxectiva do comportamento establecida na citada sentenza constitucional, un elemento que tipifica o delito de acoso sexual, como despois se verá¹⁵. A citada STC 224/1999 esixe efectivamente que as condutas xeren obxectivamente e non só para a acosada un ambiente no traballo hostil e incómodo.

Doutra parte, na definición de acoso sexual non resulta esixible acreditar a intencionalidade do agresor de atentar contra a dignidade da vítima, sendo suficiente coa produción deste resultado. Como pode observarse o relevante non sería tanto o comportamento acosador senón a creación (intencionada ou non) dunha contorna degradante para a vítima¹⁶.

Finalmente, o acoso sexual pode ser tanto descendente se o suxeito activo ten unha posición prevalente na organización empresarial, así como horizontal, nese caso tamén pode identificarse asimetría de poder dado o illamento e indefensión que caracteriza a situación da vítima.

Pois ben, en relación co ámbito subxectivo da prohibición de acoso sexual a inicial delimitación conceptual, limitada aos suxeitos dunha relación laboral, devén insuficiente nos supostos de acosos sufridos ou realizados por terceiras

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

¹⁵ Segundo a STC 224/1999 para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primeiro lugar, unha conduta de tal talante (...) que ademais se perciba como non desexada e indesexable pola súa vítima ou destinataria, e que, finalmente, sexa grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravidade que se erixe en elemento importante do concepto. (FJ 3). LOUSADA AROCHENA, F., El concepto de acoso sexual laboral según la sentencia del 13 de diciembre de 1999 del Tribunal Constitucional, Relaciones laborales, 2000, nº 1, pp. 811-826.

¹⁶ No acoso por razón de sexo (comportamento realizado en función do sexo dunha persoa co propósito ou o efecto de atentar contra a súa dignidade e de crear unha contorna intimidatoria, degradante ou ofensiva) a reiteración de actos do mesmo xeito que o elemento intencional tampouco forman parte do ilícito laboral, aínda que concorran na maior parte dos supostos na práctica.

persoas alleas á relación laboral. En efecto, tradicionalmente, o deber empresarial de protección do traballador fronte ás ofensas verbais ou físicas de natureza sexual, no ámbito da relación laboral (art. 4.2.e) LET¹⁷), xorde tanto se o suxeito activo é o empresario persoa física ou o representante legal dunha empresa persoa xurídica, un directivo da empresa ou un compañeiro de traballo, pois o relevante é a realización da ofensa, no ámbito da relación laboral. De forma acertada e máis aló do ámbito estrito da relación laboral, tamén resultaría xa amparada, pola tutela xudicial laboral de dereitos fundamentais, a vítima de acoso protagonizado por terceiros alleos á relación laboral, pero sempre que teña conexión directa coa súa prestación de servizos¹⁸.

Pola súa banda, o citado Convenio núm. 190 OIT define amplamente o seu ámbito subxectivo de aplicación, protexendo xunto ás persoas traballadoras, as persoas en formación, pasantes e aprendices, voluntarias, persoas que buscan ou solicitan emprego e mesmo despedidas (art. 2). En canto ao seu ámbito obxectivo este Convenio aplícase á violencia e acoso no mundo do traballo, é dicir, que ocorren non só durante o traballo senón tamén en relación co traballo ou como resultado do traballo (art. 3). Como xa se indicou, a entrada en vigor do convenio esixirá entre nós precisar a dimensión subxectiva tanto das vítimas como dos agresores, incluíndo expresamente a terceiras persoas, tales como clientes, provedores, pacientes, podendo ampliar ou precisar respecto diso e facendo máis visible que o dereito a un ambiente de traballo libre de violencia e acoso non se limita ás horas laborais e dependencias da empresa¹⁹.

¹⁷ Texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, aprobado por Real decreto legislativo 2/2015, do 23 de outubro.

¹⁸ Así cando o suxeito activo do acoso sexa un terceiro vinculado ao empresario por calquera título, cando a vulneración alegada teña conexión directa coa prestación de servizos, de conformidade co art. 177 Real decreto legislativo 5/2000, do 4 de agosto, polo que se aproba o texto refundido da Lei sobre infraccións e sancións na orde social (LRXS).

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

Unha vez analizado o concepto de acoso sexual, temos que recoñecer que o mesmo deveu insuficiente en todos aqueles casos nos que podería dubidarse da súa conexión co medio laboral, por razóns obxectivas relativas ao medio ou vía de realización. Son os casos, cada vez máis frecuentes e importantes, de acoso a través de medios dixitais que se analizarán máis adiante. Previamente, acudiremos para complementar a delimitación conceptual do acoso sexual, ilícito laboral, aos elementos que tipifican o delito de acoso sexual polo art. 184 do Código penal.

2.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DO DELITO DE ACOSO SEXUAL

Introducido o delito de acoso sexual no Código penal de 1995, a reforma de 1999 configuraríao de acordo con a concepción social usualmente asumida. Este delito inclúe na súa estrutura un tipo básico, cal é a solicitude de favores sexuais no ámbito dunha relación de prestación de servizos, sempre que tal comportamento provoque na vítima unha situación obxectiva e gravemente intimidatoria, hostil ou humillante. Cando ademais a conduta expresada se realiza con abuso de superioridade (prevalecéndose dunha situación xerárquica na dicción do tipo) ou, alternativamente, baixo ameaza expresa ou tácita de causar á vítima un mal relacionado coas lexítimas expectativas que aquela poida ter no ámbito da indicada relación, a conduta subsúmese no tipo agravado.

A comisión deste delito non require pois o aproveitamento dunha situación de superioridade, sendo suficiente que a solicitude sexual provocase na vítima unha situación obxectiva gravemente intimidatoria, hostil ou humillante. O que o tipo penal protexe é o dereito a desempeñar a actividade nunha contorna sen risco para a súa intimidade e liberdade²⁰.

Como lembrou a doutrina xudicial os elementos que deben concorrer para que nos atopemos ante un delito de acoso sexual laboral son: a) a acción típica está constituída pola solicitude de favores sexuais; b) tales favores deben

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

solicitarse tanto para o propio axente delituoso, como para un terceiro; c) o ámbito no cal se soliciten os devanditos favores debe ser no seo dunha relación laboral; d) con tal comportamento hase de provocar na vítima unha situación obxectiva e gravemente intimidatoria, hostil ou humillante; e) entre a acción que desprega o axente e o resultado esixido pola norma penal debe existir unha adecuada ligazón de causalidade; f) o autor ten que obrar con dolo, non permitindo a Lei formas imprudentes na súa comisión²¹. En primeiro lugar e en relación co primeiro elemento, a petición de favores sexuais, o Tribunal Supremo declarou que tal requisito queda cumprido “cando media petición de trato ou acción de contido sexual que se presente seria e inequívoca, calquera que sexa o medio de expresión utilizado”, de tal modo que a dita conduta resulta non desexada, irrazoable e ofensiva para quen a sofre. En efecto, basta coa mera solicitude (a cal poderá realizarse de forma explícita ou implícita, pero en todo caso deberá revelarse de maneira clara e inequívoca) de tal sorte que o delito se consuma dende a súa formulación, de calquera maneira que sexa, se lle segue o efecto indicado, pero sen que sexa necesario que alcance os seus obxectivos²². O comportamento típico consiste nunha directa e inequívoca solicitude á vítima de comportamentos cuxa administración lle corresponde na súa autonomía sexual. Con todo, esa solicitude non ten que ser necesariamente verbalizada, bastando que se exteriorice de maneira que así poida ser entendida pola persoa destinataria, e basta, para que a

²¹ SAP de Madrid de 30/12/2016 (Rec. 1343/2016). Nun caso onde sorprendentemente ante os feitos probados négase a concorrencia dos elementos do delito de acoso, e afirma que, sen dúbida tales feitos puidesen ser constitutivos dun delito de abuso sexual no que se tipifica penalmente a conduta consistente en realizar actos que atentan contra a liberdade sexual doutra persoa sen utilizar violencia nin intimidación e sen que medie consentimento da persoa á que se somete a tales actos.

²² Tampouco naturalmente é preciso que se traduza en actos de agresión sexual ou violación, propiamente delituosos, se concorren, por aplicación do principio de consunción do art. 6.3 CP, debe aplicarse a norma penal que comprende todo o contido de ilícito doutro tipo penal e que é máis grave: STS (Sala do Penal) de 30/4/2013 (Rec. 1338/2012)

actitude requirente sexa típica, que se produza non obstante o rexeitamento do destinatario ou destinataria²³.

En segundo lugar, para que exista o mencionado delito ha de exteriorizarse unha conduta de tal natureza que sexa grave e capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravidade que vén constituír o elemento determinante do concepto. Ademais, non bastaría con que a vítima se sentise vexada ou humillada, tal apreciación ha de ser obxectiva ademais de grave. A obxectividade e a gravidade do comportamento son os presupostos sobre os que asenta a doutrina xurisprudencial a posible existencia do delito de acoso sexual.

Con todo, non require o tipo penal que a vítima sucumba e padeza máis trastornos que a mera localización nunha situación que mereza aquelas cualificacións. Existe pois responsabilidade penal, aínda que a enteireza da vítima lle permita afrontar sen outros danos a situación indicada²⁴.

Doutra parte, a indeterminación do que se considere grave acoso proxéctase en esixencias de proba (para os efectos de destrución da presunción de inocencia) que, na praxe aplicativa, pode sorprender en ocasións a irrelevancia penal de determinadas condutas²⁵. Por iso, debemos lembrar que o Tribunal Supremo vén declarando, de maneira constante e reiterada, que o testemuño da vítima, aínda que non houbese outro máis que o seu, cando non existan razóns obxectivas que invaliden as súas afirmacións ou provoquen dúbidas no Xulgador impedíndolle formar a súa convicción en consecuencia, é considerado apto para destruír a presunción de inocencia. Así o afirma nun caso de acoso sexual, iniciado no ámbito laboral e que, afírmase, adoita derivar cara á submisión sexual da vítima fronte aos poderes do acosador e a falta de controis na organización²⁶.

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

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

²⁵ SAP de Murcia de 17/6/2016 (Rec. 378/2016), nun caso de reiteración do acoso por máis de 2 anos.

²⁶ Declaración cuxa valoración corresponde ao Tribunal xulgador que a presenciou dentro de certas cautelas garante da súa veracidade relativas a aspectos subxectivos relevantes á verosimilitude no testemuño e a persistencia na incriminación STS (Sala do Penal) de 28/11/2014 (Rec. 1005/2014) (Caso Mercadona).

Pois ben, a esixencia de gravidade que contén a norma penal fai que a relevancia penal dun feito sexa moito máis restritiva que a que acolle o ordenamento laboral ou administrativo, quedando fóra da tipicidade penal outros comportamentos tamén ofensivos, que poidan darse no ámbito das relacións especiais nas que o Código sitúa a acción típica, e conforme ao principio de intervención mínima só as condutas máis graves se integran no ámbito penal. Dito doutro xeito, o adverbio "gravemente" predícase tanto da situación intimidatoria como da hostil ou humillante e servirá, en definitiva, para delimitar cando as características da acción desbordan as previsións protectoras do ordenamento laboral ou administrativo, e o comportamento despregado penetra no ámbito do penal.

En definitiva, a diferenza do ilícito laboral, no ámbito penal o comportamento de índole sexual tipificado como acoso sexual sería só a solicitude de favores de índole sexual (que se esixe que desencadee unha situación "obxectiva e gravemente" intimidatoria, hostil ou humillante). Agora ben, iso non impide a relevancia penal doutros comportamentos ou condutas constitutivos de "acosos sexuais laborais", que poden atopar protección, ao amparo do tipo relacionado polo art. 173 do Código penal²⁷.

Ademais, de conformidade co principio de intervención mínima que informa o dereito penal só van ter relevancia neste ámbito os supostos máis graves de acoso. O acoso sexual require que as ofensas sexan graves, por canto se trata doutro requisito esencial na configuración do delito que o deslinda doutros ámbitos. Así, a doutrina xurisprudencial alude, como vimos, a que a gravidade esixida pola norma penal servirá para delimitar se "as características da acción desbordan as previsións protectoras do ordenamento civil ou do laboral e penetran no comportamento despregado no ámbito penal"²⁸.

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

²⁸ STS de 7/11/2003 (RJ 2003, 7573).

2.2. CIBER ACOSO SEXUAL NO TRABALLO

Aínda que a definición do acoso sexual do art. 7 LOI, ao non estar referida só ao acoso sexual laboral non estableza ningún elemento relativo ao lugar ou ao tempo de traballo, con todo, a imputación de responsabilidades preventivas, administrativas ou de seguridade social á empresa, establecidas por normas laborais, si requiren algún tipo de conexión co desenvolvemento da prestación de servizos, por exemplo, art. 8.13º LISOS determina que a responsabilidade por acoso desencadáese “dentro do ámbito a que alcanzan as facultades de dirección empresarial”. Tamén a conexión co traballo establécese para determinar a competencia da orde social (art. 2 f) LRXS)²⁹.

Desta forma, naqueles casos nos que a conexión do acoso co tempo e lugar de traballo esvaécese, a impunidade destas condutas pode ampararse na súa desconexión co ámbito laboral. Entre nós, por exemplo, foi moi coñecido o caso da difusión dun vídeo sexual privado polas redes sociais, entre compañeiros de traballo dunha vítima, sen que se activase o protocolo por considerar a empresa que se trataba dunha cuestión persoal e non laboral³⁰.

A LO 10/2022 presta especial atención ao ámbito dixital como medio no que se realizan ou desenvolven a violencia sexual e o acoso, tanto na definición do seu ámbito de aplicación (art.3) como ao formular concretas medidas de prevención e sensibilización no terreo laboral (art. 12). Temos que destacar ademais a reforma do delito de revelación de segredos do art. 197 CP, o cal castigará a todo aquel que, carecendo de autorización do afectado, difunda, revele ou ceda a terceiras persoas imaxes ou

²⁹ Por exemplo, non se apreciou a atribución de responsabilidade á empresa en caso de acoso sexual dun compañeiro dunha traballadora, cando as ditas prácticas se realizan fóra do lugar de traballo: STSX Andalucía (Selecta), 770/2018, do 22 de marzo.

³⁰ Con todo, afirmaríase que debido a que o acoso se practica presuntamente por un compañeiro de traballo e o vídeo sería compartido igualmente cos compañeiros da empresa, a dita circunstancia é a que confire unha clara dimensión laboral a este suposto 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.

gravacións daquel, supoñendo un menoscabo grave á súa intimidade persoal³¹. Igualmente, o art. 3 do Convenio 190 da OIT determina que o seu contido aplícase á violencia e o acoso que concorren “durante o traballo”, “en relación co traballo” ou “como resultado del” e, de feito, este precepto indica expresamente no seu apartado f) que se aplicará “ás comunicacións relacionadas co traballo, incluídas as realizadas por medio de tecnoloxías da información e da comunicación”.

O acoso expándese polas redes sociais, tan arraigadas na nosa vida cotiá e no lugar de traballo; amplificándose os efectos devastadores sobre as vítimas e xa, máis claramente, á luz destas normas, o acoso sexual laboral (tamén o acoso por razón de sexo) incluíría o producido a través de medios dixitais. Resulta pois necesaria a súa inclusión nos mecanismos de tutela xurídica en relación coa imputación de responsabilidade ao empresario.

En Estados Unidos, o acoso fóra do lugar de traballo cualifícase de laboral se é de tal gravidade que ten consecuencias sobre o traballo e así crea un ambiente laboral hostil³². En parecidos termos podemos afirmar que, sexa cal for o medio a través do que produza a violencia sexual e o acoso, a xeración dunha contorna laboral intimidatoria, degradante ou ofensiva determinará o seu carácter ou natureza laboral, debendo activarse as políticas preventivas e reparadoras obrigatorias para a empresa. A categoría de “ciberacoso no traballo” resulta particularmente apropiada dende a óptica estritamente preventiva³³. A imputación de responsabilidade á empresa derivaría no seu caso da falta de prevención e/ou reparación cando este se manifesta, xerando un ambiente laboral degradante e ofensivo para a vítima.

³¹ Téñase en conta que no caso da traballadora de Iveco, o Xulgado do Penal núm. 5 de Alcalá de Henares, fundamentou o sobresemento provisional na falta de autor coñecido, ao non poderse identificar o responsable da primeira publicación de conformidade co entón vixente art. 197 CP.

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.

Son aínda escasas as referencias ao ciberacoso no traballo como conduta prohibida sendo preciso que os protocolos antiacoso incorporen definicións e especifiquen manifestacións concretas da violencia cibernética como condutas inaceptables. As políticas de prevención non poden descoñecer os distintos medios ou vías a través dos cales se pode levar a cabo un acoso, todas aquelas manifestacións específicas de violencia, que teñen lugar a través de tecnoloxías de información e comunicación. É preciso clarificar a responsabilidade empresarial para que as empresas adopten políticas preventivas claras sobre as accións prohibidas e que estas políticas se comuniquen aos traballadores; determinar que constitúe acoso sexual nas redes sociais; así como alentar a súa denuncia, establecendo un sistema accesible que garanta a indemnidade da persoa denunciante³⁴.

3. PLURALIDADE DE TUTELAS: PREVENTIVA, REPARADORA

O deseño e a articulación dos mecanismos de protección xurídica fronte ao acoso sexual deben ter en conta as esixencias técnicas que suscita cada un dos ámbitos (preventivo, reparador, sancionador) nas que esta tutela se proxecta. A Recomendación de 27/11/1991, da Comisión das Comunidades Europeas, xa apelaría entre as medidas empresariais preventivas, á declaración de principios cun compromiso de tolerancia cero do acoso sexual; a comunicación eficaz á totalidade do persoal; a formación dos directivos; un procedemento informal de solución e un procedemento formal de carácter disciplinario. Con valor normativo, a Directiva 2002/73/CEE establecería a obriga de alentar a empresarios e responsables do acceso á formación e a adoptar medidas para a prevención (agora na Directiva 1006/54/CE). A súa transposición á normativa española sería acometida pola LOI, cuxo art. 48 impoñería ás empresas a obriga de arbitrar procedementos específicos

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

de prevención e para dar canle ás denuncias e reclamacións que poidan formular as vítimas de acoso sexual.

Na mesma liña, a LO 10/2022 adopta medidas preventivas sobre a avaliación do risco laboral de violencia sexual e acoso e modifica o citado art. 48 LOI, redefinindo no seu art. 12.1 os anteriores protocolos antiacoso (ex art. 48 LOI) como procedementos de prevención e denuncia de delitos e outras condutas contra a liberdade sexual e a integridade no traballo, en especial do acoso sexual e do acoso por razón de sexo, incluíndo especificamente as sufridas no ámbito dixital. Ao mesmo tempo, a citada LO reforma o art. 184 do Código penal tipificando a responsabilidade penal da persoa xurídica de conformidade co art. 31 bis CP³⁵. Igualmente, o Convenio 190 OIT incide na protección e prevención da violencia e o acoso (por razón de xénero) no mundo do traballo nestas importantes áreas: avaliación dos riscos laborais, procedementos de denuncias e investigación e mecanismos de solución de conflitos externos ao lugar de traballo (arts. 9 e 10). Antes de abordar estes temas, temos que prestar atención ao estatuto laboral que, a favor das vítimas de violencia sexual, incorporou a citada LO 10/2022.

3.1. GARANTÍAS LABORAIS E DE SEGURIDADE SOCIAL DAS VÍTIMAS DE ACOSO SEXUAL

A LO 10/2022 contén novos dereitos laborais e de Seguridade Social das traballadoras vítimas de violencias sexuais³⁶. En principio recoñéceselles, nos termos previstos pola LET, o dereito á redución ou á reordenación do seu tempo de traballo, á mobilidade xeográfica, ao cambio de centro de traballo, á adaptación do seu posto de traballo e aos apoios que precisen por razón da súa discapacidade para a súa reincorporación, á suspensión da relación laboral, con reserva de posto de traballo e á extinción do

³⁵ A nova Lei orgánica modifica o Código penal, ampliando a listaxe de delitos que poderán impoñerse ás persoas xurídicas (art. 31 bis do Código penal). Do mesmo xeito que o citado art. 184 CP modifícase o 173.1 CP, referente ao delito contra a integridade moral.

³⁶ Art. 38 paralelamente aos dereitos para vítimas de violencia de xénero que recolle o art. 21 da Lei orgánica 1/2004, do 28 de decembro, de medidas de protección integral contra a violencia de xénero.

contrato de traballo. No ámbito da Seguridade Social, tamén se lle recoñece o dereito á protección por desemprego. Para estes efectos, a Disposición Final décimo cuarta modifica os arts. 37.8, 40.4. 45.1.n) e 49.1 m) LET e a Disposición Final décimo sexta reforma, entre outros, os arts.267.1. b) e 329.1.b) LXSS³⁷.

Finalmente tamén se garante a nulidade do despedimento (disciplinario ou por circunstancias obxectivas) das traballadoras vítimas de violencia sexual polo exercicio de dereito á tutela xudicial efectiva ou dos dereitos recoñecidos nesta lei para facer efectiva a súa protección ou o seu dereito á asistencia social integral (art.55.5. b) e art. 53.4.b) LET)

Agora ben, a LO 10/2022 incorpora novos permisos retribuídos que creo necesitarían, dende unha correcta técnica lexislativa, a oportuna reforma estatutaria. En efecto, o apartado 4 do citado art. 38 da LO 10/2022 afirma que as "ausencias ou faltas de puntualidade ao traballo motivadas pola situación física ou psicolóxica derivada das violencias sexuais consideraranse xustificadas e serán remuneradas cando así o determinen os servizos sociais de atención ou servizos de saúde, segundo proceda, sen prexuízo de que as ditas ausencias sexan comunicadas pola traballadora á empresa o máis axiña posible"³⁸.

3.2. AVALIACIÓN DE RISCOS LABORAIS

Aínda que na citada Lei de prevención de riscos laborais non exista unha regulación nin tan sequera alusión aos riscos psicosociais, en contraste cos efectos daniños das consecuentes patoloxías que desencadean, a doutrina xudicial si incluíu na tutela preventiva fronte ao acoso a avaliación dos riscos psicosociais asociados. Así se afirmou, en relación directa co acoso sexual, que a débeda de seguridade da empresa cos seus traballadores esténdese a todos os riscos relacionados coas condicións de traballo, incluídos os riscos psicolóxicos e sociais, e entre eles, os

³⁷ Texto refundido da Lei xeral da Seguridade Social, aprobado por Real decreto lexislativo 8/2015, do 30 de outubro.

³⁸ Cfr. art 37.1 desta mesma Lei, onde de forma ampla relaciónanse outros instrumentos para a acreditación da existencia de violencias sexuais.

inherentes ás relacións interpersoais que se producen no traballo e, moi particularmente, os problemas e conflitos xurdidos entre os compañeiros de traballo³⁹.

No plano normativo, a citada Lei orgánica de igualdade entre mulleres e homes, no seu art. 48, sobre medidas para previr o acoso sexual e por razón de sexo, na súa redacción inicial de 2007, establecería xenericamente que as empresas deberán promover condicións de traballo que eviten estas formas de acoso sexual (e acoso por razón de sexo) no traballo. Na nova redacción dada ao precepto pola citada LO 10/2022, sinálase, con maior amplitude, que as empresas deberán promover condicións de traballo que eviten a comisión de delitos e outras condutas contra a liberdade sexual e a integridade moral no traballo, incidindo especialmente no acoso sexual e o acoso por razón de sexo, incluídos os labores no ámbito dixital.

Máis concretamente, o art. 12.2 *in fine* desta LO 10/2022 establece neste terreo a obriga da empresa de avaliación dos riscos. As empresas deberán incluír na valoración de riscos dos diferentes postos de traballo ocupados por traballadoras, a violencia sexual entre os riscos laborais concorrentes, debendo formar e informar diso ás súas traballadoras. E neste mesmo sentido, o Convenio OIT 190 obriga aos Estados a adoptar unha lexislación que esixa aos empregadores previr a violencia e o acoso no mundo do traballo (incluída por razón de xénero) e en particular a identificar os perigos e avaliar os riscos de violencia e acoso, con participación dos traballadores e os seus representantes, e adoptar medidas para previr e controlar os ditos perigos e riscos.

Por iso, como xa se destacou, resulta necesaria a reforma da nosa lexislación preventiva que adoece de carencias de protección fronte á violencia e o acoso, con ausencia mesmo

³⁹ SSTSX País Vasco de 20/2/2007 (Rec.2742/2006) e de 6/5/2008 (Rec. 1464/2001). A STS de 4/3/2014 (Rec. 788/2013) consideraría que o acoso e demais riscos psicosociais son danos derivados do traballo comprendidos no art. 4.3 da LPRL, do que se deriva a existencia dun deber de protección do empresario que inclúe á protección fronte ao acoso, adoptando cantas medidas sexan necesarias e sendo aplicable a recarga de prestacións de Seguridade Social por omisión de medidas de seguridade e saúde no traballo.

de calquera referencia expresa a estes como riscos psicosociais⁴⁰. A nosa lexislación preventiva debe pois establecer obrigas de avaliación dos riscos de violencia e acoso, así como a obriga de proporcionar ás persoas concernidas, en forma accesible, información e capacitación sobre os perigos e riscos de violencia e acoso identificados e das medidas de prevención e de protección (art. 9 c) e d) Convenio 190 OIT)⁴¹. Ademais, as obrigas de inclusión da violencia e acoso na avaliación de riscos e de formar e informar diso ás súas traballadoras presentes en ambas as normas esténdense dende unha perspectiva obxectiva ao ciberacoso e a todas as situacións de violencia e acoso no mundo do traballo, xa definidas dende unha perspectiva subxectiva ampla.

3.3. PROCEDEMENTOS DE PREVENCIÓN OU PROTOCOLOS ANTIACOSO

A LOI, ao regular no seu artigo 48 as medidas específicas para previr o acoso sexual e o acoso por razón de sexo no traballo, estableceu a obriga das empresas de arbitrar procedementos específicos para a súa prevención e para dar canle ás denuncias ou reclamacións que poida formular quen fose obxecto daquel. Na LOI os protocolos antiacoso configúranse como instrumentos de implantación de medidas preventivas adecuadas e, en consecuencia, para concretar a débeda de seguridade do empresario, a efectos de comprobar os eventuais incumprimentos.

Con todo, o vixente art. 48 LOI, tras a redacción dada pola disposición final décima da LO 10/2022, xa non establece

⁴⁰ Por exemplo, resulta rechamante que a STC 81/2018 do 16 de xullo non analízase a obriga empresarial en materia de riscos psicosociais.

⁴¹ OLARTE ENCABO, S., op. cit. A Recomendación OIT núm. 206 (complementaria do Convenio 190) concreta, no seu apartado 8, estas obrigas preventivas ao establecer que na avaliación de riscos deberíanse ter en conta os factores que aumentan as posibilidades de violencia e acoso, incluíndo os perigos e riscos psicosociais. E neste sentido menciona os seguintes: condicións e modalidades de traballo, organización do traballo e xestión de recursos humanos, implicación de terceiros como clientes, provedores de servizos, usuarios, pacientes ou público, derívense da discriminación, o abuso das relacións de poder e as normas de xénero, culturais e sociais que fomentan a violencia e o acoso.

referencia ningunha a tales procedementos ou protocolos antiacoso; é no art. 12.1 da citada Lei orgánica no que se establece a obriga empresarial de arbitrar procedementos específicos para a prevención e para dar canle ás denuncias ou reclamacións que poida formular quen fose vítima de delitos e outras condutas contra a liberdade sexual e a integridade moral no traballo (incidindo especialmente no acoso sexual e o acoso por razón de sexo, incluíndo especificamente as sufridas no ámbito dixital).

Desta forma, apréciase un tránsito dende instrumentos para a prevención do acoso a medios para a prevención de delitos e condutas contra a liberdade sexual e a integridade moral no traballo. Os protocolos parecen configurarse como procedementos para a prevención da criminalidade sexual na empresa; aproximándose a súa conceptualización aos programas de prevención de riscos penais, previstos polo art. 31 bis do Código penal. O anterior sería coherente ademais coa ampliación da listaxe de delitos que poderán impoñerse ás persoas xurídicas (art. 31 bis CP) aos delitos de acoso sexual (art. 184 CP) e moral (art. 173 CP).

Estes protocolos deberán tamén incluír a prevención da ciberviolencia sexual pois se estende xa ás vítimas de violencia sexual, incluíndo as sufridas no ámbito dixital. Ademais, tamén haberán de asumir un ámbito subxectivo amplo, en relación coas persoas protexidas, pois das medidas adoptadas poderá beneficiarse todo o persoal da empresa calquera que sexa a forma de contratación laboral e tamén poderán beneficiarse as bolseiras e o voluntariado e aquelas persoas que presten os seus servizos a través de contratos de posta a disposición. As empresas promoverán a sensibilización e ofrecerán formación para a protección integral contra as violencias sexuais a todo o persoal ao seu servizo.

Así resulta aínda máis claro o que se defendeu xa na doutrina científica. A difusión de vídeos ou calquera outro material de contido sexual entre compañeiros de traballo que poida xerar un ambiente hostil de traballo é un risco laboral, a previr no sistema de xestión de riscos profesionais. Unha vez o empresario coñeza esta situación debe activar de forma temporánea e eficaz o protocolo, que

debe prever o risco de acoso cibernético dentro dos procedementos de xestión preventiva establecidos⁴².

En todo caso, estes instrumentos deben seguir asumindo unha dobre función preventiva e reparativa; deben identificar e avaliar os riscos, fixando obrigas formais e materiais para evitar a aparición dos fenómenos de acoso; han de indicar os aspectos organizativos sobre os que hai que incidir para a súa prevención e as medidas que deben establecerse respecto diso. Estas medidas deben ir dirixidas á sensibilización, formación e información sobre este tipo de riscos, especialmente dos mandos, avaliación do risco de acoso na organización, planificación da actividade preventiva e vixilancia da saúde. Pero tamén, os protocolos son instrumentos reactivos, ao articular procedementos de denuncia e solución destes conflitos na empresa.

Varias preguntas suscítannos estes procedementos de prevención da violencia e o acoso sexual no traballo. En primeiro lugar, cal sería o seu valor de instrumento de exención da responsabilidade empresarial. Unha cuestión que devén aínda máis relevante no vixente marco normativo no que o art. 184 CP establece xa a responsabilidade penal das persoas xurídicas. En segundo lugar, estes procedementos preventivos inclúen tamén canles de denuncia, polo que haberemos de considerar a súa compatibilidade coas canles de denuncia interna, que impón a transposición da Directiva (UE) 2019/1937 do Parlamento Europeo e do Consello, do 23 de outubro de 2019, relativa á protección das persoas, que informen sobre infraccións do Dereito da Unión.

En terceiro lugar, no desenvolvemento destes procedementos de denuncia da violencia e acoso sexual no traballo debemos considerar a idoneidade dos mecanismos internos de solución de conflitos e dos acordos de confidencialidade, á luz dos últimos avances normativos seguidos por EE UU a este respecto.

⁴² MOLINA NAVARRETE, C., *El ciberacoso en el trabajo*, La Ley, 2019, p. 81; DE VICENTE PACHES, 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 do exemplar electrónico.

3.3.1. Protocolos preventivos e responsabilidade empresarial

Tradicionalmente a doutrina xudicial veu conectando a pasividade ante a situación de acoso sexual e a responsabilidade empresarial⁴³. Máis concretamente e de forma acertada, a doutrina constitucional situou a existencia e cumprimento dos protocolos antiacoso na clave de bóveda da responsabilidade empresarial. Como se sabe, dende a STC 56/2019, do 6 de maio, debemos insistir na importancia dos protocolos establecidos para estes efectos, tanto na delimitación conceptual do acoso, como para a obriga da súa correcta aplicación para os efectos de remediar os comportamentos acosadores⁴⁴. É precisa a efectiva aplicación do protocolo para que o empresario non resulte responsable; responsabilidade que si concorre cando o sistema devén ineficaz como consecuencia da actuación negligente dos responsables da empresa.

Esta relevancia das políticas preventivas na empresa, a efectos de exoneración da súa responsabilidade, apréciase claramente na xurisprudencia norteamericana. En Estados Unidos, baixo a aplicación do Título VII da Civil Rights Act, a responsabilidade do empresario ou empregador por acoso sexual depende do status do agresor. No caso de que se trate doutro traballador da empresa, o empregador só será responsable en caso de incorrer en negligencia no control das condicións de traballo, é dicir, cando non adoptou medidas preventivas ou accións correctivas en resposta do acoso, unha vez tivo coñecemento ou debeu coñecelo⁴⁵.

No caso de que o agresor sexa un xerente ("supervisor") aplícanse regras diferentes dependendo de que o acoso determinase ou non consecuencias sobre a situación laboral

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

⁴⁴ A STC 74/2007 do 16 de abril, non resolvería, nun caso de acoso moral, ao ser unha cuestión de estrita legalidade, a posible extensión de responsabilidade á empresa xa sexa por infracción do seu deber de prevención previsto na lexislación laboral ou mediante a aplicación do art. 1.903 do Código civil, pola existencia de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*.

⁴⁵ Determinadas sentenzas de tribunais de circuíto federais protexeron fronte ao acoso doutras persoas traballadoras, pero tamén do acoso de terceiros contratantes, clientes, e mesmo pacientes no caso de acoso en residencias.

da vítima, é dicir, significase un cambio substancial no seu status profesional (por exemplo, modificación substancial de condicións, traslados, falta de promoción profesional ou económica, despedimento)⁴⁶. No primeiro caso (acoso *quid pro quo*) o empregador será automaticamente responsable do acoso realizado por un xerente ou supervisor⁴⁷. Agora ben, no caso de que o acoso non determinase unha decisión empresarial adversa sobre as súas condicións de traballo e si xerase un ambiente hostil de traballo (acoso ambiental), o empresario non incorre en responsabilidade se consegue probar, primeiro, que contaba na empresa con políticas e procedementos adecuados para previr e corrixir as situacións de acoso sexual no lugar de traballo e, segundo, que a vítima inxustificadamente non aproveitou a protección preventiva ou correctiva dispoñible⁴⁸.

No caso pois de que a conduta do supervisor xere un ambiente de traballo hostil para un empregado (unha conduta que haberá de ser extrema, severa ou xeneralizada), o empregador, para eludir a súa responsabilidade, haberá de probar ambos os elementos, de conformidade co criterio establecido pola Comisión para a igualdade de oportunidades no emprego (EEOC). Polo que respecta ao primeiro elemento de proba, o mesmo normalmente implica a adopción de medidas en contra do acoso, que inclúen procedementos de queixas ou denuncias, accións formativas sobre os dereitos dos traballadores, así como formas de avaliación destas medidas. Ademais, é preciso que estas medidas preventivas e reparadoras estean implementadas efectivamente. A efectos de acreditar a efectividade da política antiacoso na empresa, especifícanse algunhas esixencias, por exemplo, a definición das condutas prohibidas, accesibilidade dos traballadores aos procedementos de denuncia, persoas de contacto,

⁴⁶ Se o acosador é o álter ego do empresario é responsable sempre. No caso de que o acosador sexa o xerente ou supervisor opera a referida distinción. Supervisor é a persoa competente para adoptar decisións empresariais de contratación, promoción e despedimento.

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

⁴⁸ Faragher v. Boca Raton, 524 Ou.S. 775. Máis recentemente, v. EEOC v. Autozone, Inc., 692 Fed. Appx. 280, 282 (6th Cir. 2017).

investigación efectiva e resposta en tempo razoable, confidencialidade e protección *versus* indemnidade do denunciante.

Polo que respecta ao segundo elemento, non se consideraría inxustificada a actuación da vítima que atrasou a súa denuncia ou non utilizou o procedemento de denuncias por acoso establecido na empresa, se concorren obstáculos de acceso a el, ou a vítima cre razoablemente que ese procedemento é ineficaz ou considera que concorre risco de sufrir represalias. Tampouco concorrería este segundo elemento se a vítima, aínda que non utilizase o procedemento de denuncias establecido na empresa, seguiu outras actuacións dirixidas igualmente a denunciar estes feitos, por exemplo, ante os representantes sindicais ou ante a citada Comisión para a Igualdade de Oportunidades no Emprego (EEOC).

A clave para evitar a responsabilidade baixo este estándar radica no establecemento e o estrito cumprimento das políticas e procedementos contra o acoso por parte da empresa. Políticas cuxa efectividade esixe avaliación de riscos, información e formación sobre estes, procedementos adecuados de denuncia (canles accesibles, investigación e solución en tempo razoable).

Pois ben, igualmente, entre nós, á luz do marco normativo vixente a responsabilidade empresarial estará vinculada á falta de procedementos de prevención cuxa efectividade esixirá, no seu contido, a definición dos comportamentos prohibidos, a declaración de principios, compromiso da empresa e dos directivos de tolerancia cero, promoción de que as vítimas denuncien, formación dos diversos operadores; procedemento adecuado de denuncias, garantía de indemnidade das vítimas que denuncien; así como unha regulación do procedemento sancionador (celeridade, confidencialidade, formación da titular da instrución e tipificación das infraccións gradualista e precisa)⁴⁹.

⁴⁹ Art. 112 do Convenio Colectivo da Industria Química; Convenio Colectivo de Instalacións Deportivas e Ximnasios; II Convenio Colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España (BOE de 13/11/2019).

3.3.2. Protocolos anti acoso e responsabilidade penal da empresa

A cuestión analizada adquire un singular interese pois o vixente art. 184.5 CP, tras a redacción introducida polo apartado dez da disposición final cuarta da LO 10/2022, establece que, cando de acordo co establecido no art. 31 bis, unha persoa xurídica sexa responsable do delito de acoso sexual, imponse-lle a pena de multa de seis meses a dous anos. Desta forma, os procedementos de prevención do acoso sexual na empresa poderán actuar a modo dos programas de prevención de riscos penais previstos polo art. 31 bis CP. Vexamos con algo máis de detalle estes programas de *compliance* normativo.

En efecto, a introdución da responsabilidade penal das empresas polo citado art. 31 bis CP⁵⁰ poñería de manifesto a relevancia dos programas de prevención de riscos penais, a través de sistemas de *compliance* corporativo. Na nosa regulación, a exoneración de responsabilidade da persoa xurídica vincúlase a que o órgano de administración adopte e execute con eficacia, antes da comisión do delito, modelos de organización e xestión que inclúen as medidas de vixilancia e control idóneas para previr delitos da mesma natureza ou para reducir de forma significativa o risco da súa comisión; a que a supervisión do funcionamento e do cumprimento do modelo de prevención implantado fose confiada a un órgano da persoa xurídica con poderes autónomos de iniciativa e de control ou que teña encomendada legalmente a función de supervisar a eficacia dos controis internos da persoa xurídica; a que os autores individuais cometesen o delito eludindo fraudulentamente os modelos de organización e de prevención; e a que non se producise unha omisión ou un exercicio insuficiente das súas funcións de supervisión, vixilancia e control por parte do órgano de control do modelo de prevención. Estas

⁵⁰Tras a Lei orgánica 5/2010, que modificaba o noso Código penal e, fundamentalmente, coa regulación establecida pola Lei orgánica 1/2015 do 30 de marzo.

circunstancias tamén poden actuar como atenuantes da responsabilidade penal da persoa xurídica⁵¹.

Para que exista a responsabilidade penal dunha persoa xurídica é preciso que se cometese o feito delituoso por incumprirse gravemente os deberes de supervisión, vixilancia e control da súa actividade, atendidas as concretas circunstancias do caso, pois a persoa xurídica só responde penalmente cando se percibe nela un "defecto de organización" ou unha clara infracción do deber de control⁵². En consecuencia, a responsabilidade penal da empresa está vinculada á inexistencia de instrumentos adecuados e eficaces de prevención do delito e á ausencia dunha cultura de respecto ao dereito. Un sistema de prevención de riscos penais na empresa adecuado á súa concreta natureza, tamaño e actividades resultaría necesario para os efectos de afirmar que integrou na súa organización unha cultura de respecto ao dereito, como fonte de inspiración da actuación da estrutura organizativa e de cada unha das persoas físicas que a integran, para poder aplicarse a eximente completa de responsabilidade penal.

A extensión da responsabilidade penal das persoas xurídicas aos delitos de acoso sexual (e moral) determina unha singular relevancia dos protocolos para a súa prevención, na medida que as empresas poidan quedar exoneradas de responsabilidade penal, tras a implementación adecuada de procedementos de prevención deste delito. A anterior doutrina resultaralles pois plenamente aplicable.

⁵¹Nos casos nos que as circunstancias exonerantes soamente poidan ser obxecto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada para os efectos de atenuación da pena. Considérase unha circunstancias atenuantes da responsabilidade penal das persoas xurídicas realizar, con posterioridade á comisión do delito e a través dos seus representantes legais, as seguintes actividades: establecer, antes do comezo do xuízo oral, medidas eficaces para previr e descubrir os delitos que no futuro puidesen cometerse cos medios ou baixo a cobertura da persoa xurídica (art. 31 quater d). Polo demais establécense os requisitos que han de cumprir estes modelos de organización e xestión de riscos penais (art. 31 bis.5).

⁵²Sentenza da AP de Zaragoza 116/2018, do 18 de maio.

3.3.3 Protocolos antiacoso e canle interna de denuncias de irregularidades

A citada Directiva (UE) 2019/1937 relativa á protección das persoas que informen sobre infraccións do Dereito da Unión, establece un sistema de denuncias de infraccións, en organizacións privadas e públicas, que se articula sobre unha dobre canle interna e externa. A transposición ao noso dereito implica a obriga das empresas de establecer esta canle interna de denuncias de irregularidades ou infraccións empresariais.

Aínda que a Directiva teña como obxecto fundamentalmente a protección dos denunciante como instrumento de prevención da criminalidade económica e a corrupción pública, o seu ámbito obxectivo de aplicación enténdese “sen prexuízo da facultade dos Estados para ampliar a protección no seu Dereito nacional a outros ámbitos ou actos non previstos” (art. 2.2). Por iso, aínda que as denuncias relativas ás infraccións da normativa laboral e de Seguridade Social non estean expresamente incluídas no ámbito de aplicación da Directiva, formulouse a cuestión de se estas canles deben estenderse ás denuncias de acoso laboral.

Consecuentemente, a eventual inclusión neste ámbito material das denuncias relativas a acoso sexual considera a relación entre estes novos sistemas de denuncias de irregularidades e os existentes sistemas de denuncias de acoso laboral previstos nos protocolos que operan na actualidade en moitas empresas. O sistema de denuncias dalgúns países, como é o caso de Gran Bretaña e EE UU, inclúe as denuncias de acoso e de infraccións da normativa sobre seguridade e saúde laboral, respectivamente. Con todo, unha eventual exclusión destes temas no sistema estatal de denuncias podería ampararse en que Directiva prevé, no seu considerando 22, que os Estados membros poden determinar que as denuncias relativas a reclamacións interpersoais, que afecten exclusivamente ao denunciante (é dicir, reclamacións sobre conflitos interpersoais entre o denunciante e outro traballador), poidan ser canalizadas a través doutros procedementos dispoñibles.

Por iso, vin defendendo que deberían seguir sendo canles independentes, aínda que certamente son importantes tamén os argumentos a favor da simplificación de canles de denuncias na empresa⁵³. En todo caso, sexa cal for a solución que adopte o lexislador nacional, creo que non podemos esquecer que os vixentes sistemas de denuncias dos acosos nas empresas teñen certas características específicas, que deben ser atendidas. En primeiro lugar, o denunciante natural é a vítima (e en caso de ser un terceiro habitualmente esixírase a ratificación da vítima). En segundo lugar, trátase de canles de denuncia establecidos *ad hoc* e exclusivamente para informar destas situacións de acoso, co fin da súa prevención e reparación⁵⁴. En terceiro lugar, a súa finalidade é previr un déficit organizativo empresarial que determine comportamentos de acoso laboral. Por último, a irregularidade denunciada, neste caso, o acoso sufrido é, ademais dun risco psicosocial para a saúde dos traballadores, un atentado á súa dignidade e aos seus dereitos fundamentais á intimidade, á igualdade e á integridade moral no lugar de traballo.

Estes caracteres especiais esixen un tratamento propio e integral das diversas medidas (preventivas e reparadoras) de protección legal establecidas. Por iso, na miña opinión, a súa denuncia a través dos protocolos antiacoso debe manterse e excluírse do ámbito obxectivo das canles de denuncias de irregularidades, orientados a previr outro tipo

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 As canles de denuncia interna establecen procedementos tanto formais como informais de solución do conflito que especialmente atende á protección da vítima durante este. Trátase de procedementos diversos, segundo cada protocolo, aínda que presentan trazos comúns. Un estudo exhaustivo dos procedementos dende o seu inicio á 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 e 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.

de comportamentos ilícitos. A nosa experiencia na loita contra o acoso na empresa a través dos protocolos antiacoso e a súa imbricación necesaria no sistema colectivo e sindical de relacións laborais impoñen, ao meu xuízo, a exclusión do acoso das infraccións obxecto de denuncia, a través da futura norma legal.

3.3.4. Protocolos antiacoso e resolución interna e externa de conflitos

Finalmente, a experiencia empresarial e os cambios normativos para a súa rectificación acontecida noutros países en materia de xestión dos supostos de acoso sexual, pode ser de utilidade para os efectos de erradicar prácticas empresariais que perpetúen, a través da súa ocultación, estas condutas discriminatorias e atentatorias da liberdade sexual no traballo.

Con data do 3 de marzo de 2022, promulgouse en EE UU a Ending Forced Arbitration of Sexual Assault and Sexual Harassment Act de 2021 (EFAA), co obxectivo de poñer fin aos acordos de arbitrxes obrigatorias nos casos de agresión e acoso sexual. A lei reforma a Lei Federal de Arbitraje (FAA) para prohibir aos empresarios impoñer acordos de arbitrxes obrigatorias previas aos procedementos xudiciais fronte a demandas de agresión e acoso sexuais. Ademais, os acordos xa asinados non impedirán ás persoas traballadoras acudir aos órganos xudiciais. A lei aplícase a calquera demanda por agresión ou acoso sexuais interposta a partir do 3 de marzo de 2022. As persoas traballadoras que asinaron acordos de arbitraje antes da promulgación da lei non están obrigadas polos devanditos acordos; o que significa que esas persoas poden interpoñer directamente as súas demandas por agresión ou acoso sexuais ante os órganos xudiciais, aínda que tamén poden optar voluntariamente por utilizar a arbitraje.

Na experiencia de EE UU, os cambios normativos indican unha progresiva desconfianza cara ás fórmulas privadas de resolución de conflitos tamén neste ámbito. A prohibición dos acordos de arbitraje obrigatoria entre empregados e empregadores xustifícase porque estes acordos puideron ocultar acosos sexuais, que agora grazas ás accións ante os

tribunais, quedarán expostos ante a luz pública. É certo que, en termos xerais, estes acordos de arbitrase obrigatoria consideráronse favorables aos intereses da persoa traballadora, pois considérase que a arbitrase constitúe un instrumento de resolución de disputas laborais máis conveniente para ela, ante a desigualdade de recursos económicos, tendo en conta o custo económico e a prolongada duración dos procedementos xudiciais. Agora ben, como se dixo, a arbitrase como medio para resolver disputas segue sendo unha opción para as persoas traballadoras e os efectos de ocultación e perpetuación do acoso sexual nas empresas non pode ignorarse.

Outra iniciativa legal a favor da transparencia empresarial ante os casos de acoso sexual foi a Lei Speak Out⁵⁵, que invalida os acordos de confidencialidade, que obrigan aos traballadores a gardar silencio nestes casos. Os acordos de confidencialidade que son de uso habitual polos departamentos de recursos humanos e vinculan a máis dun terzo da forza laboral de EE UU produciron un efecto de encubrimento e de illamento da vítima e favoreceron finalmente aos acosadores. Tras a Lei Speak Out estes acordos non vinculan á persoa traballadora, en casos de acoso ou de agresión sexual.

En definitiva, nos procedementos de resolución de conflitos establecidos polos protocolos antiacoso, debemos ter presente que a confidencialidade non pode ser sinónimo de ocultación e que a transparencia é a mellor vía para a protección das vítimas.

⁵⁵ O Senado aprobou o proxecto de lei por unanimidade o 29 de setembro de 2022 e a Cámara de Representantes votou a favor da medida, 315-109, o 17 de novembro de 2022. O presidente Biden expresou a súa intención de asinar o proxecto de lei e converterase en lei inmediatamente despois da súa firma.