LECCIONES DE
ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO

MARÍA JOSÉ
ROMERO RODENAS

GRATIELA
MORARU

Editorial Bomarzo

Primera edición: 2022

© Editorial Bomarzo S.L.
c/ Dionisio Guardiola 1, 4º
02002 Albacete (España)
editorialbomarzo@editorialbomarzo.es
www.editorialbomarzo.es

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita del titular del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler.

Impreso en España.

ISBN: 978-84-18330-98-8

D.L.: AB 435-2022

Diseño de portada: Javier Hidalgo Romero.

Maquetación: Juan Gómez Rubio.

Imprime: Publicep

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 11

CAPÍTULO I. MARCO NORMATIVO 13
1. Normativa internacional 13
2. Normativa comunitaria 13
3. Normativa nacional 14
4. Otras normas de derecho interno relacionadas con el acoso sexual y el acoso por razón de sexo 18
5. Notas técnicas de prevención del INSST 20

CAPÍTULO II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO 21
1. Introducción 21
2. Definiciones del acoso sexual en el trabajo. Diferencias entre la LOI y la Directiva 2006/54/CE 22
2.1. Definiciones 22
2.2. Diferencias entre la definición contenida en la LOI y en la Directiva 2006/54/CE 22
2.2.1. Doctrina constitucional 22
3. Elementos constitutivos del acoso 24
3.1. Cualquier tipo de comportamiento verbal, físico, gestual o de cualquier otra naturaleza 24
3.2. Doctrina judicial sobre comportamientos constitutivos de acoso sexual 25
3.3. Naturaleza sexual del comportamiento 27
3.4. Ha de tratarse de una conducta grave 28
3.5. Inexigencia de reiteración 28
3.6. La conducta debe producirse dentro del ámbito de organización de la empresa 29
3.7. El sobreseimiento penal del acoso no impide calificar la conducta como acoso sexual en el ámbito laboral 30
4. Acoso por razón de sexo 30
4.1. Concepto 30
4.2. Conductas constitutivas de acoso por razón de sexo 30
4.3 Doctrina judicial en torno al acoso por razón de sexo 31
5. Elementos comunes al acoso sexual y al acoso por razón de sexo 33

CAPÍTULO III. TIPOLOGÍA, SUJETOS Y CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ACOSO SEXUAL 35
I. TIPOLOGÍA DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO SEXISTA 35
1. Por razón de su incidencia en el persona trabajadora objeto de acoso sexual o sexista 35
1.1. Acoso técnico 35
1.2. Acoso declarado 35
2. Por razón de su objeto 35
2.1. Introducción 35
2.2. Acoso sexual de intercambio o chantaje sexual 36
2.2.1. Concepto 36
2.2.2. Elementos constitutivos 37
2.2.3. Tratamiento de esta modalidad de acoso en la jurisprudencia y en la doctrina judicial 37
2.3. Acoso sexual ambiental 38
2.3.1. Concepto 38
2.3.2. Elementos constitutivos del acoso ambiental 39
2.3.3. Tratamiento del acoso ambiental en la jurisprudencia y doctrina judicial 39
2.4. Acoso sexual vengativo 41
3. Por razón del sujeto activo 41
3.1. Acoso descendente 41
3.1.1. Conductas constitutivas de acoso sexual descendente, en la doctrinal judicial 41
3.2. Acoso horizontal 42
3.2.1. Conductas constitutivas de acoso sexual horizontal, en la doctrina judicial 42
3.3. Acoso ascendente 43
3.3.1. Conductas constitutivas de acoso sexual ascendente, en la doctrina judicial 43
3.4. Acoso mixto 44
3.5. Acoso por personas ajenas a la empresa (proveedores o clientes) o a personas que trabajan en el mismo centro de trabajo, pero pertenecientes a otra empresa (personal de ETTs o de contratas y subcontratas) 44
3.5.1. Tratamiento en la doctrina judicial de conductas constitutivas de acoso sexual en las que aparecen implicadas personas que prestan servicios en las dependencias de la empresa, pero que son ajenas a su plantilla 45

4. En función de las conductas 45
4.1. Acoso por invasión 45
4.2. Acoso a través de presiones 45
4.3. Chantaje sexual 45
4.4. Acoso físico leve 46
4.5. Agresión sexual directa 46
5. En función de la gravedad del acoso 46
6. Otras modalidades de acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales: el ciberacoso laboral 46
6.1. Introducción 46
6.2. Concepto y conductas constitutivas de ciberacoso 47
6.3. Diferentes modalidades de ciberacoso que pueden estar presentes en el ámbito de las relaciones laborales 49
6.3.1. Sexting 49
6.3.2. Hacking 49
6.3.3. Stalking 50
6.3.4. Resoluciones judiciales recaídas en procedimientos en los que está presente la figura del ciberacoso en cualquiera de sus variantes 51
II. SUJETOS 51
1. Sujeto activo 51
1.1. Tipología 51
1.2. Caracteres del sujeto activo del acoso 52
2. Sujeto pasivo 53
III. CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ACOSO SEXUAL 53
1. Agrupación de conductas o comportamientos constitutivos de acoso sexual en el trabajo 53
2. Ejemplos concretos de conductas de acoso sexual y por razón de sexo Siguiendo la guía elaborada por la Universidad Politécnica de Madrid para la prevención del acoso sexual y por razón de sexo, las conductas más comunes de ambas modalidades de acoso 55
2.1. Conductas de acoso sexual 55
2.2. Conductas de acoso por razón de sexo 56

CAPÍTULO IV. CONSECUENCIAS DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN LOS LUGARES DE TRABAJO 57
1. Efectos en las víctimas 57
1.1. Afectación a la salud laboral del acoso sexual 57

1.2. Afectación a la salud laboral del acoso por razón de sexo 58
1.3. Costes económicos para la empresa 58
1.3.1. Costes financieros directos 58
1.3.2. Costes de producción 59
1.3.3. Coste reputacional 59

CAPÍTULO V. EL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO COMO DELITO Y SU CONSIDERACIÓN COMO CONTINGENCIA PROFESIONAL 61
I. El acoso sexual en el trabajo como delito 61
1. Marco normativo 61
1.1. Acoso sexual 61
1.2. Sexting 62
1.3. Stalking 62
1.4. Hacking 63
2. Modalidades 64
2.1. Tipo básico de acoso sexual 64
2.1.1. Diferencias entre acoso sexual y acoso laboral desde una perspectiva penal 64
2.1.2. La solicitud de favores sexuales 64
2.1.3. La situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante para la víctima 65
2.1.4. Resoluciones judiciales sobre acoso sexual tipificados en el art. 184.1 del Código Penal 66
2.2. Tipos agravados de acoso sexual 70
2.2.1. Acoso vertical con prevalimiento o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con la no aceptación de los requerimientos de carácter sexual que se le formula 70
2.2.2. Resoluciones judiciales sobre acoso sexual agravado (art. 184.2 Código Penal) 71
2.3. Víctimas especialmente vulnerables 74
2.4. Tipos de acoso relacionados con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación 74
2.4.1. Sexting 74
2.4.1.1. Conceptos y caracteres 74
2.4.1.2. Resoluciones judiciales sobre esta modalidad de delito 76
2.4.2. Stalking 77
2.4.2.1. Concepto 77

2.4.2.2. Conductas que pueden configurar el delito 78
2.4.2.3. Sujetos del delito 78
2.4.2.4. Tipificación del delito 78
2.4.2.5. Requisitos 79
2.4.2.6. Presencia en el ámbito laboral 80
2.4.2.7. Resoluciones judiciales sobre esta modalidad de delito 80
2.4.3. Hacking 82
2.4.3.1. Introducción 82
2.4.3.2. El delito de intrusismo informático 82
2.4.3.3. Conductas típicas constitutivas de delito 83
2.4.3.4. Plasmación del delito en el ámbito de las relaciones laborales y su posible relación con el delito de acoso sexual 83
II. EL ACOSO SEXUAL COMO RIESGO PROFESIONAL 84
1. Introducción 84
2. El acoso laboral como riesgo psicosocial 85
3. Determinación del origen común o profesional de las lesiones 86
3.1. Marco normativo 86
3.2. Competencia 87
4. Resoluciones que califican las lesiones psíquicas derivadas de acoso sexual o por razón de sexo como contingencia profesional (accidente de trabajo) 87
5. Posibilidad de imponer recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad en supuestos de acoso sexual en el trabajo 89

CAPÍTULO VI. TUTELA JUDICIAL DE LAS VÍCTIMAS DE ACOSO SEXUAL ANTE LA JURISDICCIÓN SOCIAL 91
1. Introducción 91
2. Procedimiento de tutela de derechos fundamentales 92
2.1. Marco jurídico 92
2.2. Bien jurídico protegido 93
2.2.1. Resoluciones sobre vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la persona 94
2.2.2. Resoluciones sobre vulneración del derecho a la dignidad personal 95
2.3. Legitimación activa 97
2.3.1. Legitimación activa de carácter general respecto del personal laboral 97

2.3.2. Legitimación activa del personal funcionario y estatutario, cuando se invoque infracción en materia de prevención de riesgos laborales 97
2.4. Legitimación pasiva 99
2.4.1. Normativa aplicable 99
2.4.2. Sujetos demandados 100
2.5. Intervención del Ministerio Fiscal 101
2.6. Prescripción de las acciones 101
2.7. Requisitos formales de la demanda 102
2.8. Limitación del objeto litigioso 102
2.9. Posibilidad de adopción de medidas cautelares 102
2.10. Reglas especiales sobre la carga de la prueba 103
2.11. Sentencia recaída en los procedimientos sobre tutela 104
3. Demanda de resolución de contrato a instancia de la trabajadora víctima de acoso sexual en el trabajo 104
3.1. Aspectos generales 104
3.2. Medidas cautelares 105
3.3. Pronunciamientos de interés en materia de resolución de contratos a instancia de la víctima de acoso sexual o por razón de sexo 106
4. Demanda de despido de la víctima de acoso sexual o por razón de sexo 107
4.1. Regla general: despido nulo 107
4.2. Pronunciamientos judiciales sobre declaración de despido nulo y reconocimiento del derecho a una indemnización de daños y perjuicios en favor de la persona acosada 108
4.3. Posibilidad de que la víctima de acoso sexual en el trabajo cuyo despido ha sido declarado nulo, opte por la resolución del contrato de trabajo, con derecho a la indemnización, como si de despido improcedente se tratara 109

PRESENTACIÓN

La Cátedra de igualdad de género y diversidad "Clara Campoamor", nace para contribuir a la erradicación de la violencia de género y a la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres como valor superior y el derecho a la no discriminación por razón de sexo, orientación sexual o Identidad sexual y/o expresión de género en la UCLM.

La presente obra se configura como una herramienta de consulta, formativa, de transferencia e Intercambio de conocimiento en materia de acoso sexual y por razón de sexo en la doctrina judicial y se ajusta a los objetivos y finalidades llevadas a cabo por la Cátedra "Clara Campoamor" UCLM-JCCM.

Mª José Romero Rodenas

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCLM. Directora de la Cátedra de Igualdad de Género y Diversidad "Clara Campoamor.

Gratiela Moraru

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, UCLM

MARCO NORMATIVO

1. NORMATIVA INTERNACIONAL

• Artículo 40 del Convenio de Europa sobre violencia contra la mujer y la violencia doméstica hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado mediante Instrumento de 18 de marzo de 2012 (BOE 6 de junio de 2014).

• Declaración de la ONU sobre eliminación de violencia contra la mujer de 20 de diciembre de 1993.

• Convenio núm. 111 OIT, sobre discriminación (empleo y ocupación).

• Convenio núm. 190 OIT, sobre violencia y el acoso.

• Recomendación núm. 206 OIT, sobre violencia y el acoso

2. NORMATIVA COMUNITARIA

• Carta de los Derechos Fundamentales de 30 de marzo 2010.

• Directiva 2002/73/CE de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de Igualdad de trato entre hombres y mujeres.

• Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

• Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación:

- Artículo 2.d) sobre concepto de acoso sexual, definido como "la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

- Artículo 26 sobre adopción de medidas para la prevención del acoso sexual.

• Resolución del Parlamento Europeo de 11 de septiembre de 2018, sobre medidas para prevenir y combatir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política de la Unión.

• Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el trabajo, de 28 de abril de 2007.

3. NORMATIVA NACIONAL

• Constitución Española:

- Artículo 14, al suponer el acoso sexual una vulneración del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo u orientación sexual.

- Artículo 18.1, en relación con el artículo 10, por cuanto que el acoso sexual supone la vulneración de dichos artículos, al tratarse de un atentado a un parcela íntima de la persona como es la sexualidad.

- Artículo 35.1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

- Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo:
  - Artículo 7 sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.
  - Artículo 12.3. Legitimación exclusiva de la persona acosada para accionar en vía judicial.
  - Artículo 14.5. Criterio general de actuación de los poderes públicos sobre adopción de medidas necesarias para la erradicación de todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo.
  - Artículo 46.2.i). Inclusión en los planes de igualdad de la prevención del acoso sexual y por razón de sexo.
  - Artículo 48. Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo.
  - Artículo 51.e) sobre criterios de actuación de las Administraciones públicas consistentes en el establecimiento de medidas efectivas para la protección frente al acoso sexual y por razón de sexo.
  - Artículo 62. Protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito de las Administraciones públicas.
- RDL 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el TRLET.
  - Artículo 4.2.e). Derecho de los trabajadores al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida a la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.
  - Artículo 17.1. Derecho a la no discriminación directa o indirecta por razón de sexo.
  - Artículo 54.2.g) sobre el acoso sexual o por razón de sexo como causa de despido disciplinario.
- 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:
  - Artículo 13. El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma.

- Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril.
  - Artículo 18.9. Las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los Órganos competentes en cada caso, desarrollarán las siguientes actuaciones:

    9. La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.
- Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de 10 de octubre de 2011:
  - Artículo 2.f) sobre competencia de la jurisdicción social en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo en el trabajo.
  - Artículo 95.3. Cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso, el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes.
  - Artículo 96.1. Carga de la prueba en los procedimientos judiciales en los que se invoque la existencia de acoso sexual o por razón de sexo en el trabajo.
  - Artículo 151.5. Legitimación de la víctima de acoso sexual o por razón de sexo para comparecer en los procedimientos sobre sanciones administrativas seguidos frente a la empresa por tales motivaciones.
  - Artículos 177 y siguientes sobre el procedimiento de tutela de derechos fundamentales.
  - Artículo 180. Posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares en los procedimientos seguidos a instancia de las trabajadoras, cuando se invoque la existencia de acoso sexual.
  - Artículo 286.2. En los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso podrá optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la

indemnización procedente y de los salarios de tramitación, en su caso, conforme al apartado 2 del artículo 281.

• Ley 62/2003, de 30 de diciembre, sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social:

– Artículo 28.d). Acoso: toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

• Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público:

– Artículo 14.h). Los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio:

h) Al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral.

– Artículo 95.2.b). Faltas disciplinarias. Son faltas muy graves: "Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo".

• Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal:

– Artículo 184 "1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado,

como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

- 2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

- 3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo".

4. OTRAS NORMAS DE DERECHO INTERNO RELACIONADAS CON EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

• RD 938/2020, de 27 de octubre, por el que se regula el observatorio "Mujeres, Ciencia e Innovación", en cuyo artículo 6 se establece como una de sus funciones "la prevención y abordaje del acoso sexual y acoso por razón de sexo en el trabajo".

• RD 901/2020, de 13 de octubre, sobre desarrollo de Planes de Igualdad:

- Artículo 2. Adopción de medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, "así como promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo".

- Artículo 7.1.i). Inclusión en el diagnóstico de situación de la prevención de acoso sexual y por razón de sexo en el trabajo.

- Artículo 12. Depósito de medidas y protocolos para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo.

• Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia:

- Artículo 4.4. De conformidad con lo previsto en la normativa aplicable, las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral.

• RD 259/2019, de 12 de abril, por el que se regulan las unidades de igualdad en la Administración General del Estado:

- Artículo 3.2.e). En particular, apoyarán a dicho órgano directivo en el ejercicio de las siguientes funciones:

  e) Recabar la información sobre la implementación del protocolo frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en sus respectivos departamentos ministeriales, así como desarrollar las actuaciones que se les asignen en dicho protocolo.

• Resolución de 29 de noviembre de 2021 (BOE 3 de diciembre) por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 16 de noviembre de 2021, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2021-2023:

- Eje 1.2. La igualdad y no discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo.

- Actuación 5.1. Se intensificarán las actuaciones en materia de acoso sexual y acoso por razón de sexo, prestando especial atención a la planificación llevada a cabo para prevenir y erradicar dichas situaciones.

- Instrucción 3/2011, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la vigilancia en las empresas de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

- Criterio Técnico 62/2009, sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo.

• Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación

– Articulo 2.1. Se reconoce el derecho de toda persona a la igualdad de trato y no discriminación con independencia de su nacionalidad, de si son menores o mayores de edad o de si disfrutan o no de residencia legal. Nadie podrá ser discriminado por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

– Artículo 4. El derecho a la igualdad de trato y no discriminación.

1. El derecho protegido por la presente ley implica la ausencia de toda discriminación... En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad. Se consideran vulneraciones de este derecho la discriminación, directa o indirecta, por asociación y por error, la discriminación múltiple o interseccional, la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes.

5. NOTAS TÉCNICAS DE PREVENCIÓN DEL INSST

• NTP 507, sobre acoso sexual.

• NTP 891 y 892/2011, sobre procedimientos de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral.

CONCEPTO Y CARACTERES DEL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

1. INTRODUCCIÓN

El acoso sexual es una realidad tan antigua como la propia humanidad siendo una consecuencia de las desigualdades de poder propias de un modelo de sociedad patriarcal. Generaciones de mujeres han venido siendo sometidas a conductas indeseadas de naturaleza sexual, tanto en el ámbito doméstico como laboral, si bien en este último ha sido la incorporación de la mujer al trabajo, fundamentalmente a lo largo del siglo XX, la que ha evidenciado una realidad que, hasta entonces, tenía su proyección en el ámbito doméstico.

No obstante también el ámbito laboral el acoso laboral ha sido durante muchos años una realidad presente en los centros de trabajo, pero oculta por un modelo de sociedad patriarcal que, conocedora de tales conductas, optaba por mantenerlas acotadas a los centros de trabajo, sin manifestación externa alguna.

Sería el movimiento feminista, principalmente a partir de la décadas de los años 70 del pasado siglo, cuando penetró en todos los estamentos sociales la idea de acoso sexual, aflorando una realidad mediante movilizaciones y estudios que se tradujeron en importantes cambios sociales y normativos. El feminismo en acción ha sido, sin duda, uno de los paradigmas del pasado siglo que más ha contribuido al cambio del modelo social y a la consecución de una sociedad más justa e igualitaria, transformando las relaciones entre mujeres y hombres en todos los aspectos de la vida social.

2. DEFINICIONES DEL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO. DIFERENCIAS ENTRE LA LOI Y LA DIRECTIVA 2006/54/CE

2.1. DEFINICIONES

• Artículo 7 Ley Orgánica de Igualdad (LOI): Constituye acoso sexual 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.

• Directiva 2006/54/CE. Define el acoso como "la actuación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo".

2.2. DIFERENCIAS ENTRE LA DEFINICIÓN CONTENIDA EN LA LOI Y EN LA DIRECTIVA 2006/54/CE

La LOI suprime el vocablo "no deseado", planteando importantes consecuencias prácticas y jurídicas.

¿Es necesario que para la existencia de acoso sexual exista un rechazo claro y terminante por parte de la víctima, evidenciando con ello que se trata de un comportamiento no deseado? Los pronunciamientos judiciales al respecto han sido muy diferentes

2.2.1. Doctrina constitucional

– STC 224/1999, de 13 de diciembre "Debe ser rechazado, pues, el razonamiento judicial, que parece imponer al eventual afectado por un acto de acoso sexual la carga de reaccionar con carácter inmediato y con una contundencia incompatible con la interpretación predicada por la sobredicha recomendación".

– STC 136/2001, de 13 de diciembre, la objetividad y la gravedad del comportamiento son los presupuestos sobre los que asienta la doctrina constitucional la posible existencia de acoso sexual y, por tanto, los elementos que deberán ser valorados a la hora de suministrar los

elementos iniciales de prueba que permitan al juzgado presumir la posible existencia de los hechos discutidos.

Posicionamientos judiciales al respecto:

a) Reiterada doctrina judicial, en nuestra opinión totalmente superada al día de hoy, viene manteniendo que para la existencia de acoso sexual es necesario que exista el rechazo a los comportamientos de acoso "a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del sujeto activo", siendo ejemplo de ello los siguientes pronunciamientos judiciales:

– STSJ Andalucía (Sevilla) de 24 de marzo de 2022, rec. 2057/2020.

– STSJ Cataluña de 12 de julio de 2012, rec. 2911/2012.

– SSTSJ Canarias/Tenerife de 21 de marzo de 2014, rec. 535/2013 y 30 de junio de 2011, rec. 195/2011.

– SSTSJ Canarias/Las Palmas de 16 de mayo de 2011, rec. 227/2011 y 27 de diciembre de 2007, rec. 1007/2006.

– STSJ Murcia de 12 de abril de 2010, rec. 170/2010.

b) Doctrina judicial que inadmite la existencia de un rechazo categórico y contundente por parte de la persona afectada, para apreciar la existencia de acoso sexual.

– SSTSJ Galicia de 6 de mayo de 2021, rec. 1320/2021 y 22 de enero de 2020, rec. 4677/2009 "intentar contra la dignidad de una persona y, en su caso, de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo...".

Mantienen igual doctrina los siguientes pronunciamientos judiciales:

– STSJ Andalucía/Sevilla de 14 de febrero de 2019, rec. 414/2018.

– STSJ Andalucía/Sevilla de 12 de marzo de 2020, rec. 3964/2018.

– SSTSJ Canarias/Tenerife de 21 de marzo de 2014, rec. 535/2013; 30 de junio de 2011, rec. 195/2011 y 21 de julio de 2009, rec. 466/2009, que hacen referencia a las conductas "... que el acosador sabe o debería saber que son ofensivas, por su gravedad, de acuerdo con la conciencia social imperante.

– SJS núm. 7 de Murcia de 8 de septiembre de 2021, autos 362/2021.

c) Posición que las autoras mantienen.

El comportamiento del sujeto activo ha de ser percibido por la víctima como indeseado e indeseable, y además ha de ser grave, pero de ello no se deduce que haya de existir un rechazo categórico y contundente a la conducta acosadora, pues es evidente que el miedo a ser despedida, sobre todo cuando el acoso proviene de un superior jerárquico, motivará en muchos casos que la respuesta no sea inmediata (en un estudio sobre el tema se constató que solo el 30 por 100 de las mujeres trabajadoras acosadas lo comunican a su supervisor, a un directivo o a la representación sindical, lo que significa que aproximadamente el 70 por 100 de quien experimenta acoso sexual no ha reaccionado expresamente).

Para establecer si estamos en presencia de una conducta no deseada o querida por la víctima, no ha de acudirse a una valoración subjetiva de la misma, sino que la conducta debe ser objetivamente grave, acudiendo como baremo a la valoración que dicha conducta llevaría a cabo "una persona razonable en similares circunstancias", de forma que la calificación no dependerá exclusivamente de la sensibilidad de la víctima, sino que en cada caso habrán de valorarse el conjunto de circunstancias concurrentes, como la intensidad, la reiteración, la producción de contactos corporales o si se trata de excesos verbales.

3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL ACOSO

3.1. CUALQUIER TIPO DE COMPORTAMIENTO VERBAL, FÍSICO, GESTUAL O DE CUALQUIER OTRA NATURALEZA

a) Conductas verbales. Ejemplos: Difusión de rumores sobre la vida sexual; Invitaciones o presiones para concertar citas o encuentros sexuales; Formas denigrantes u obscenas para dirigirse a las personas; comentarios sexuales obscenos; comportamientos que busquen la vejación o humillación de la persona trabajadora por su condición sexual; invitaciones persistentes para participar en actividades sociales

o lúdicas, aunque la persona objeto de las mismas haya dejado claro que resultan no deseadas e inoportunas; comunicaciones de cualquier tipo (telefónicas, email, whatsapp, uso redes sociales, etc.).

b) Conductas no verbales. Ejemplos: Uso de imágenes, gráficos, viñetas, fotografías o dibujos de contenido sexual explícito o sujestivo; gestos obscenos, silbidos, o miradas impúdicas; comportamientos que busquen la vejación o humillación de la persona trabajadora por su condición sexual; cartas, notas o mensajes email, o por cualquier otro método informático, de carácter ofensivo y contenido sexual.

c) Conductas de carácter físico. Ejemplos: Tocar intencionadamente o "accidentalmente" los órganos sexuales; arrinconar o buscar deliberadamente, quedarse a solas con la persona de forma innecesaria, etc.

d) Otras conductas. Ejemplos: Exhibición de vídeos de contenido sexual; colocación en la mesa de trabajo de mensajes de contenido amoroso; colocar un anuncio de teléfono de compañera ofreciéndo relaciones sexuales, etc.

3.2. DOCTRINA JUDICIAL SOBRE COMPORTAMIENTOS CONSTITUTIVOS DE ACOSO SEXUAL

A título de ejemplo se señalan algunos pronunciamientos judiciales en los que se califica el acoso sexual en el trabajo los comportamientos que son objeto de análisis en las resoluciones judiciales que se citan:

– STSJ Andalucía (Sevilla) de 12 de marzo de 2020, rec. 3964/2018. Despido procedente por realización de comentarios e insinuaciones de tipo sexual realizados por superior jerárquico.

– STSJ Castilla y León (Valladolid) de 24 de octubre de 2019, rec. 1580/2019. Acoso sexual a compañera de trabajo a la que realiza tocamientos en sus genitales.

– STSJ Canarias (Las Palmas) de 13 de septiembre de 2019, rec. 434/2019. Despido procedente ante la existencia de episodios de acoso verbal y gestuales por parte del trabajador, dirigidos hacia sus com-

pañeras de trabajo, cuyo comportamiento es calificado de obsceno y reiterado.

– STSJ Cataluña de 25 de septiembre de 2019, rec. 3992/2019. Acoso sexual a compañera de trabajo: insistentes propuestas para mantener citas y una relación sentimental, intento de beso sin consentimiento de la compañera de trabajo.

– STSJ Andalucía/Sevilla de 12 de marzo de 2020, rec. 3964/2018. Despido procedente por realización de comentarios e insinuaciones de tipo sexual realizados por superior jerárquico.

– STSJ Navarra de 10 de mayo de 2018, rec. 120/2018. Despido procedente de trabajador que se oculta en el vestuario de mujeres asomando su cabeza y parte del cuerpo en la zona de duchas para tener contacto visual.

– STSJ Madrid de 22 de diciembre de 2014, rec. 587/2014. Comentarios e insinuaciones verbales y físicas de contenido sexual por director de hipermercado.

– STSJ Cataluña de 25 de noviembre de 2014, rec. 3757/2014. Despido procedente por acoso sexual a trabajadoras a su cargo mediante expresiones groseras vertidas con total impunidad y valiéndose de su condición de superioridad.

– STSJ Cataluña de 11 de julio de 2019, rec. 1630/2019. Comentarios obscenos, exhibición de vídeos de contenido sexual, rozamientos, tocamientos. Despido procedente del responsable de sección.

– STSJ Canarias/Las Palmas de 13 de septiembre de 2019, rec. 434/2019. Despido procedente ante la existencia de episodios de acoso verbal y gestuales por parte del trabajador, dirigidos hacia sus compañeras de trabajo, cuyo comportamiento es calificado de obsceno y reiterado.

– STSJ Comunidad Valenciana de 7 de marzo de 2017, rec. 3745/2016. Despido procedente por expresiones y comportamientos libidinosos. Tocamientos y abrazos no consentidos por las trabajadoras a su cargo. Director de la delegación de una agencia de seguros.

– STSJ Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2017, rec. 1313/2017. Tocamientos en el pecho al cruzarse en la escalera, habiéndola pellizcado con anterioridad. Mozo especialista y despido procedente.

– STSJ Galicia de 26 de abril de 2017, rec. 3408/2016. Despido procedente de trabajador que aprovecha su condición de mando para propinar cachetes en las nalgas, buscar situaciones comprometidas arrimándose en exceso y sin motivo a sus colaboradoras y proferir comentarios de tipo sexual.

– STSJ Galicia de 19 de marzo de 2018, rec. 184/2018. Despido procedente de cocinero por tocamientos, roces y miradas lascivas a compañera de trabajo.

– STSJ Galicia de 17 de octubre de 2014, rec. 3365/2014. Acoso sexual a compañera, acompañada de expresiones ofensivas y denigrantes.

– STSJ Madrid de 7 de noviembre de 2016, rec. 715/2016. Envío de notas y mensajes telefónicos de contenido amoroso de forma reiterada.

3.3. NATURALEZA SEXUAL DEL COMPORTAMIENTO

El término sexual no ha de ser identificado en un sentido literal con el de búsqueda de placer ya que en un número de casos muy importante el autor no está consumando con su comportamiento la satisfacción de su placer, de forma que lo que se comete el acoso por el simple hecho de manifestar apetito, deseo o impulso sexual, aunque no se satisfaga el mismo. Diferencia notable en relación con el acoso por razón de sexo, ya que este no persigue una satisfacción sexual.

La conducta sexual del comportamiento podrá consistir en la solicitud de favores sexuales, conductas dirigidas a la realización de un acto carnal –conductas libidinosas- y otras conductas que sean obscenas, por ejemplo el uso de pornografía en el trabajo.

A menudo el carácter sexual del comportamiento será a la vez sexista, puesto que el acoso sexual suele ser una cuestión más de poder y de afirmación de género que de carácter exclusivamente sexual.

3.4. HA DE TRATARSE DE UNA CONDUCTA GRAVE

Así se viene entendiendo al menos desde la STC 224/1999, citada, de forma que tratándose de una conducta reprobable que carezca de la entidad suficiente para ser calificada de acoso sexual, la conducta del agresor merecerá distinta calificación jurídica. STC 136/2001, de 18 de junio.

Así por ejemplo la STSJ de Baleares de 30 de junio de 2000, rec. 192/2002, declara el despido improcedente por entender que los hechos no son suficientemente graves para justificar una medida de tal entidad, aunque no cabe duda del importante componente subjetivo de cada caso ya que en el supuesto enjuiciado el trabajador "aproximándose silenciosamente a una compañera de trabajo le dio una palmada en el culo ..." conducta reprobable que no puede ser calificada de acoso sexual.

En los mismos términos STSJ Castilla y León/Burgos de 22 de septiembre de 2020, rec. 294/2020, que califica como improcedente el despido por falta de gravedad de las ofensas.

3.5. INEXIGENCIA DE REITERACIÓN

A diferencia de lo que ocurre con el acoso laboral en el trabajo, en el que uno de los requisitos es la reiteración de la conducta acosadora, en el supuesto de acoso sexual podría ocurrir que una sola conducta, de notoria gravedad, pudiera ser calificada como constitutiva de acoso sexual, de forma que en la reiteración no es requisito constitutivo del acoso, aunque sí permite la agravación de la conducta o elevar a la categoría de acoso sexual comportamientos que aisladamente resultarían reprobables pero no constitutivos de acoso (piropos no deseados, silbidos al paso de una trabajadora, etc.).

Mantienen la inexigencia de reiteración, entre otros, los siguientes pronunciamientos judiciales:

– STSJ Cataluña de 11 de julio de 2019, rec. 1630/2019.

– STSJ Cataluña de 28 de noviembre de 2018, rec. 4560/2018.

En todo caso resulta evidente que tratándose de chantaje sexual, una sola actuación de esta naturaleza tendrá la gravedad suficiente para que pueda apreciarse la situación de acoso sexual en el trabajo.

3.6. LA CONDUCTA DEBE PRODUCIRSE DENTRO DEL ÁMBITO DE ORGANIZACIÓN DE LA EMPRESA

El acoso sexual debe producirse en el ámbito de organización de la empresa, de forma que lo más frecuente será que tenga lugar en el centro de trabajo, aunque también podría producirse fuera del centro de trabajo, pero relacionada con el mismo (SSTSJ Canarias/Tenerife de 21 de mayo de 2020, rec. 52/2020 y Madrid de 21 de febrero de 2020, rec. 1009/2019).

– STSJ Andalucía/Granada de 22 de marzo de 2018, rec. 2362/2017. Se califica como despido improcedente el acoso sexual a compañera de trabajo fuera del ámbito laboral.

En iguales términos:

– STSJ Madrid de 21 de febrero de 2020, rec. 1009/2009. Despido improcedente ante ofensas verbales y físicas a compañeras de trabajo y fuera del horario de trabajo originados tras una comida de empresa, por un desacuerdo con la máquina tragaperras del restaurante donde se celebró la comida.

– STSJ Aragón de 10 de octubre de 2019, rec. 473/2019. Despido improcedente**:** la empresa carece de la legitimación necesaria para ejercer su poder sancionador en el ámbito laboral cuando la conducta del trabajador se produce fuera de la empresa y de su horario de trabajo, sin que exista conexión alguna con el trabajo, habiéndose decretado su prisión provisional por presunto delito de lesiones en el ámbito de violencia contra la mujer, que es una de la socias de la empresa, y acordado como medida provisional la prohibición de aproximarse y comunicarse con la misma.

– STSJ Madrid de 4 de abril de 2000. rec. 597/2000. Despido improcedente: ofensas verbales a los compañeros de trabajo: falta de gravedad: proposición indecente fuera del horario de trabajo que no puede

ser considerada como acoso sexual y comentarios admirativos sobre la esbeltez de la juventud.

No obstante. Si los hechos se producen fuera del lugar de trabajo, pero relacionados con el trabajo, sí podrían ser objeto de sanción, como es el caso de la STSJ de Canarias/Tenerife de 21 de mayo de 2020, rec. 52/2020, en el que el acoso sexual se produce en el marco de una fiesta organizada por la empresa.

3.7. EL SOBRESEIMIENTO PENAL DEL ACOSO NO IMPIDE CALIFICAR LA CONDUCTA COMO ACOSO SEXUAL EN EL ÁMBITO LABORAL

– STSJ Baleares de 29 de marzo de 2016, rec. 47/2016. La existencia de una sentencia penal absolutoria, por no haberse probado que los tocamientos fueran inconsentidos, no impide calificar la conducta como acoso sexual en el ámbito laboral y aplicar las sanciones oportunas.

– STSJ Canarias/Las Palmas de 6 de marzo de 2018, rec. 1648/2017. Ofensas verbales y físicas, calificadas de acoso sexual de un superior jerárquico con independencia del sobreseimiento penal.

4. ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

4.1. CONCEPTO

Este acoso viene constituido por "cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo" (art. 7.2 LOI).

4.2. CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

– Uso de conductas discriminatorias por el hecho de ser mujer u hombre.

– Bromas y comentarios sobre las personas que asumen tareas que tradicionalmente han sido desarrolladas por personas del otro sexo.

– Uso de formas denigrantes u ofensivas para dirigirse a personas de un determinado sexo.

– Utilización de humor sexista.

– Ridiculizar y despreciar las capacidades, habilidades y potencial intelectual de las mujeres.

– Realizar las conductas anteriores con personas LGTBIQ+.

– Evaluar el trabajo de las personas con menosprecio, de manera injusta o de forma sesgada en función de su sexo o de su inclinación sexual.

– Asignar tareas o trabajos por debajo de la capacidad profesional o competencia de la persona, en función de su sexo.

4.3 DOCTRINA JUDICIAL EN TORNO AL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

– STSJ Andalucía/Sevilla de 14 de octubre de 2021, rec. 432/2020. "... la empresa emitió carta de despido, en el que se hacía constar las denuncias recibidas por tres trabajadoras, compañeras suyas, por su actitud y comportamiento con ellas en el trabajo, constatándose que se dirigía de forma machista e improcedente hacia ellas. Que se negaba a colaborar con las mismas, dirigiéndose de forma y en tono despectivos ante cualquier pregunta que se le formulaba, con comentarios continuos tales como "normal, eres mujer", cuando alguna no sabía alguna cosa del trabajo, o ¿no sois tan listas las tías?, ante situaciones similares de desconocimiento de alguna cuestión laboral, lo que habría generado en tales trabajadoras una situación de amenaza, nerviosismo e inseguridad ante sus reacciones y agresiones verbales". El despido se califica como procedente sobre la base de que no es posible rebajar la gravedad de la falta laboral, al haber quedado probados los hechos imputados en la carta de despido.

– STSJ Cataluña de 28 de octubre de 2019, rec. 2449/2019. "Así ésta clase de acoso, por razón de sexo, es considerada por la ley acoso discriminatorio, y la causa que lo motiva es la discriminación basada en el sexo. La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan, no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino que también engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de con-

diciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa inequívoca".

– STSJ Cataluña de 18 de enero de 2018, rec. 6593/2017. "No cabe duda de que esta conducta de continuas llamadas telefónicas (de 30 a 40 en un mismo turno) durante un año entero constituye un comportamiento continuado y repetitivo de acoso tan grave y persistente que crea esa situación de entorno negativo y de incomodidad en el trabajo a través de unas expresiones verbales y unos requerimientos formulados por el recurrente hacía la persona que era el sujeto pasivo de las mismas, exclusivamente por su condición de mujer, con lo que su modo de actuar ha de calificarse propiamente como acoso por razón de sexo a otra persona que trabaja en la empresa".

– STSJ Asturias de 30 de septiembre de 2015, rec. 1932/2015. La diferencia fundamental entre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo reside en que el primero se caracteriza por su naturaleza sexual, es decir, por la relación o apelación de índole sexual dirigido a la persona acosada; por otra parte, de la definición legal no se desprende necesariamente la concurrencia de un ánimo lúbrico o de satisfacción carnal del agresor, siendo encuadrables en el precepto las conductas de contenido sexual que no pretendan otra cosa que molestar.

– STSJ Andalucía/Sevilla de 19 de enero de 2010, rec. 1675/2009. En fin en el acoso sexista o acoso por razón de sexo, el objetivo del acosador no es sino la manifestación de su desprecio por las mujeres, la desconfianza en sus capacidades y el valor social secundario que en su opinión estas deben seguir ocupando; y en el fondo, en la motivación de dicho comportamiento no existe, o no existe solo, o no existe predominantemente, un deseo sexual sino una finalidad de dominio o de afirmación de poder.

– STSJ de Murcia de 12 de enero de 2009, rec. 1018/2008. "Es difícil distinguir el acoso laboral y por razón de sexo, si ambas conductas afectan a la dignidad de la persona, pero la nota diferencial del acoso discriminatorio es la presencia del móvil discriminatorio, es decir, un trato peyorativo y segregador directamente relacionado con el rasgo

o factor de discriminación rechazado por el derecho, en ese caso el sexo".

5. ELEMENTOS COMUNES AL ACOSO SEXUAL Y AL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

• El acoso se produce con la voluntad o el efecto de generar en quien lo padece una degradación, intimidación u hostigamiento que acaba erosionando la dignidad de la víctima.

• En cualquier caso, el comportamiento del acosador resulta ofensivo.

• El acoso puede materializarse a través de cualquier tipo de comportamiento: activo u omisivo, verbal, gestual, físico, etc. (en estos comportamientos se incluye el chantaje sexual y el acoso ambiental).

• Tiene un componente sexual o sexista (es decir, se produce atendiendo al sexo de la víctima o a las características o condiciones vinculadas al género).

• La situación o situaciones de acoso pueden ser puntuales o pronlogarse a lo largo del tiempo.

TIPOLOGÍA, SUJETOS Y CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ACOSO SEXUAL

I. TIPOLOGÍA DEL ACOSO SEXUAL Y DEL ACOSO SEXISTA

1. POR RAZÓN DE SU INCIDENCIA EN EL PERSONA TRABAJADORA OBJETO DE ACOSO SEXUAL O SEXISTA

1.1. ACOSO TÉCNICO

Se considera como tal el sufrido en el último año por una persona trabajadora, en cualquiera de las formas definidas como acoso sexual, independientemente de que la víctima lo considere o no como tal acoso sexual. Sus conductas más frecuentes suelen ser: piropos, comentarios sexuales, besos y abrazos no deseados, rozamientos, etc.

1.2. ACOSO DECLARADO

Se entiende como tal el sufrido por la persona trabajadora, en el último año, y que es percibido por la víctima como constitutivas de acoso sexual. Se caracteriza por la gravedad de las conductas y afecta a personas jóvenes, solteras, siendo elevados los índices de vulnerabilidad.

2. POR RAZÓN DE SU OBJETO

2.1. INTRODUCCIÓN

La normativa y la doctrina judicial y científica, han identificado dos tipos de acoso sexual: de un lado el denominado chantaje sexual o

acoso de intercambio, que es realizado por un superior jerárquico (sea o no el empresario) y que consiste en condicionar la contratación, las condiciones de trabajo o la estabilidad en el empleo, al sometimiento de la víctima a una propuesta de tipo sexual; y de otro el denominado acoso ambiental, que es el realizado por cualquier compañero de trabajo o por superiores o inferiores jerárquicos de la víctima, que tiene por efecto crearle un ambiente de trabajo desagradable, intimidatorio, hostil, humillante, ofensivo e inseguro. Esta diferenciación perfectamente delimitable en el ámbito teórico no aparece tan claramente en la realidad ya que ambos tipos pueden aparecer relacionados, sobre todo cuando existe una pluralidad de sujetos implicados y/o una variedad de conductas.

2.2. ACOSO SEXUAL DE INTERCAMBIO O CHANTAJE SEXUAL

2.2.1. Concepto

Se produce cuando el sujeto activo de la conducta de acoso sexual condiciona un decisión negativa o positiva en el terreno de la relación laboral a la respuesta de la víctima de acoso sexual. SAP de Cantabria de 9 de abril de 2021, apelación 340/2020.

La propuesta de chantaje puede ser explícita o implícita:

– Es explícita cuando exista una solicitud de carácter sexual directa o expresa.

– Es implícita en aquellos casos en los que si bien la víctima no ha recibido directamente el requerimiento sexual, otros trabajadores de su mismo sexo y en idénticas circunstancias ven afectadas sus condiciones de trabajo en función de la aceptación de la solicitud sexual, por lo que cabría deducir la posibilidad de mejora o perjuicio en las condiciones laborales en función de la respuesta de la víctima.

En el acoso sexual de intercambio o chantaje sexual el sujeto activo siempre ha de ser un superior jerárquico, sea o no el empresario/a. STS penal de 22 de octubre de 2015, rec. 888/2015.

2.2.2. Elementos constitutivos

a) La acción típica está constituida por la solicitud de favores sexuales; quedando cumplido tal requisito cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presenta 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; bastando con la mera solicitud, la cual podrá realizarse de forma explícita o implícita, pero en todo caso deberá revelarse de manera inequívoca.

b) Tales favores deben solicitarse tanto para el propio acosador, 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, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual.

d) Con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

e) El sujeto activo de la conducta condiciona una decisión negativa o positiva en el terreno de la relación laboral a la respuesta de la víctima del acoso sexual.

2.2.3. Tratamiento de esta modalidad de acoso en la jurisprudencia y en la doctrina judicial

– STSJ País Vasco de 14 de diciembre de 2021, rec. 2099/2021. En los hechos probados se establece que el demandante, objeto de despido, habría solicitado encuentros sexuales a dos trabajadoras, no queridos ni deseados por las mismas, de forma reiterada e insistente a pesar de su negativa, hablando al menos con una de ellas de sus habilidades y capacidades sexuales, que llevaron a una de dichas camareras de piso a trabajar con la puerta cerrada, a ambas a pedir el cambio de hotel o al menos de supervisor, o como en el caso de la otra a no renovar su contrato de trabajo, abusando de su condición de supervisor para que sus subordinados se plegaran a sus requerimientos, con chantaje sexual frente a las mismas, y echando para atrás el trabajo realizado e informando negativamente sobre la actividad de éstas.

– STSJ Cataluña de 11 de julio de 2019, rec. 1630/2019. Para que el comportamiento sea constitutivo de acoso sexual no se precisa la reiteración o habitualidad del mismo. Ello resulta especialmente claro en el chantaje sexual, pero quizás no tanto en el acoso de ambiente hostil, cuyos perfiles se aproximan en ocasiones a otras formas de acoso (mobbing o psicológico) que sí exigen como elemento consustancial la reiteración o habitualidad. Sin embargo, la normativa comunitaria no impide, sino que antes bien obliga, considerar un solo acto como acoso sexual, en función de la gravedad del mismo. Precisamente una de las notas distintivas esenciales entre el acoso sexual y otro tipo de conductas (mobbing, stalking , etc.) es la falta de exigencia de reiteración o habitualidad.

Igual doctrina se mantiene en las SSTSJ Cataluña de 28 de noviembre de 2018, rec. 4560/2018 y 30 de enero de 2018, rec. 5957/2017.

– SJS 1 de León de 20 de noviembre de 2019, autos 554/2019. "El "chantaje sexual" -acoso de intercambio o "quid pro quo"-, relativo a los supuestos en que el sujeto activo del acosos –persona con poder sobre la víctima- condiciona un determinado derecho o beneficio a la realización de un acto de contenido sexual -p.ej., el acceso y mantenimiento del empleo, el reconocimiento de una condición laboral, etc…-; en este caso, su inclusión en la norma se justifica no sólo por quedar dentro de la definición de acoso sexual del artículo 7.1 LOI, sino también por la previsión del art. 7.4 LOI, que califica como acto de discriminación por razón de sexo "…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 se considerará también acto de discriminación por razón de sexo…".

2.3. ACOSO SEXUAL AMBIENTAL

2.3.1. Concepto

Es el realizado por cualquier compañero/a de trabajo o por superiores o inferiores jerárquicos de la víctima y tiene por objeto crearle un ambiente de trabajo desagradable, intimidatorio, hostil, humillante, ofensivo e inseguro.

El acoso sexual ambiental, es aquel que tiene como consecuencia un ambiente laboral negativo e insalubre y puede ser llevado a cabo por los superiores o por los iguales. Comentarios obscenos, bromas sexuales, explicación de fantasías sexuales, rumores sobre la vida sexual de las personas, comentarios groseros sobre el cuerpo, explicación de preferencias sexuales, son ejemplos de acoso sexual de palabra. Por su parte, llevar a cabo miradas al cuerpo fuera de tono, gestos obscenos, cartas, mensajes de móvil, notas, fotos dibujos con contenido sexual constituyen ejemplos de acoso sexual no verbal. Y por último se encuentra el acoso sexual físico, por medio de actos como, a modo de ejemplo, la proximidad excesiva, pellizcar, buscar encuentros a solas, tocar, masajear de forma indeseada, tocar intencionada o "accidentalmente" las partes sexuales del cuerpo (SSTSJ Comunidad Valenciana de 27 de mayo de 2021, rec. 508/2021; Galicia de 16 de junio de 2020, rec. 529/2020, o Madrid de 15 de marzo de 2019, rec. 933/2018, entre otras).

2.3.2. Elementos constitutivos del acoso ambiental

De conformidad con la doctrina establecida por las SSTC 136/2001, de 18 de junio y 224/2009, de 13 de diciembre, para que exista un acoso sexual ambiental, han de concurrir los siguientes requisitos:

– Exteriorización de una conducta, por medio de un comportamiento físico o verbal, que se perciba como indeseado por la víctima o destinataria.

– Que sea grave y capaz de crear un clima radicalmente odioso o ingrato, que pueda afectar a la dignidad de la persona trabajadora.

2.3.3. Tratamiento del acoso ambiental en la jurisprudencia y doctrina judicial

– STSJ Madrid de 30 de septiembre de 2021, rec. 633/2021. En el caso presente ha quedado debidamente acreditado por la amplia prueba practicada en el juicio un acoso sexual ambiental reiterado de carácter verbal a través de comentarios obscenos y groseros dirigidos por el actor a varias trabajadoras de la empresa dependientes de él jerár-

quicamente. Estos comportamientos son de suma gravedad y han creado un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo que atenta a la dignidad de las trabajadoras acosadas, y, por ello, desde un punto de vista gradualista, encajan a la perfección como falta muy grave del art. 67.13 del Convenio susceptible de ser sancionada con el despido. No se trata, empero, de simples desencuentros o de tensiones provocadas en el trabajo por defender los sujetos laborales intereses contrapuestos, sino que van mucho más allá, prevaliéndose el actor de su posición jerárquica superior como supervisor.

– STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2021, rec. 853/2020. "La propia naturaleza de la imputación impide el registro sistemático y minucioso de cada uno de los hechos que integran la conducta, a la sazón continuada. Resulta prácticamente impensable exigir a las trabajadoras que lleven a cabo un registro o diario de cada uno de los comentarios inapropiados que reciben a los efectos de conformar, si es el caso, una denuncia de acoso sexual ambiental. Las relaciones humanas, entre ellas las laborales, se deben desarrollar y normalmente se desarrollan en los límites de la confianza, el respeto y la igualdad. La sutileza de muchos de los comportamientos de acoso y su ambigüedad buscada incluso de propósito, impide que el afectado procese inmediatamente y sin duda la violencia del comportamiento del que está siendo objeto, que normalmente se cuestiona por temor a la incomprensión. De la misma forma impide la reacción inmediata, probablemente en la esperanza de que son hechos aislados, por no hablar de la dificultad de reacción cuando el que la lleva a cabo representa la máxima autoridad empresarial lo que constituye una agravante. Por el contrario, es la repetición, la constancia, la actuación sobre multiplicidad de sujetos pasivos la que genera el daño, el efecto indeseado, humanamente y jurídicamente reprobable y que en un momento dado elimina la sutileza y la ambigüedad, esto es, la duda de la violencia que es objeto de denuncia". Exactamente en los mismos términos STSJ de Madrid de 15 de marzo de 2019, rec. 933/2018.

– STSJ Extremadura, Sala Civil y Penal, de 7 de octubre de 2020, apelación 23/2020. El acoso sexual ambiental "no requiere el aprovechamiento de una situación de superioridad, siendo suficiente que

la solicitud de contenido sexual hubiera provocado en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, y este tipo básico se presenta agravado cuando se hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o con el anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación. Asimismo, incorpora como supuesto agravado aquellos casos en los que la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de edad, enfermedad o situación".

2.4. ACOSO SEXUAL VENGATIVO

Estaría constituido por aquella situación en la que rechazada una propuesta de contenido sexual el acosador intenta crear mediante otro tipo de actuaciones, también relacionadas con el sexo, un ambiente hostil, ofensivo y humillante para la víctima.

3. POR RAZÓN DEL SUJETO ACTIVO

3.1. ACOSO DESCENDENTE

El autor es el propio empresario o cualquier otra persona del centro de trabajo que tiene una ascendencia jerárquica sobre la víctima.

3.1.1. Conductas constitutivas de acoso sexual descendente, en la doctrinal judicial

– STSJ Galicia de 6 de mayo de 2021, rec. 1320/2021. Despido procedente por comentarios e insinuaciones de contenido sexual realizadas por superior jerárquico, constando en los hechos probados que " a los cuatro meses de empezar la actora a trabajar el actor comenzó a realizarle comentarios de contenido sexual, tales como "vamos a jugar a un juego: ¿tú a quién te follarías de esta oficina?", o le preguntaba si le gustaba alguien, o cuales eran sus gustos sexuales, o si le gustaban las relaciones sexuales con varias personas, a veces le preguntaba dónde estaba, o dónde comía y con quién. En ocasiones le llamaba "zorrita", o le decía que "tú tienes de todo menos tetas", "cuando tengas tetas

hablamos", o le decía que "llevarla a un bar era como soltar un conejo en el monte", y en alguna ocasión le llamó "aldeana". Asimismo le comentaba cosas de su vida sexual, tales como que "no entendía porque a algunas de sus parejas no le gustaba que se corriera en sus tetas", o que "las feas follan mejor porque tienen que esforzarse más".

– STSJ Madrid de 28 de septiembre de 2020, rec. 135/2020. Tocamientos indeseados en el pecho por parte del jefe de cocina a una trabajadora de sala, que había entrado en la cocina a reclamar unos platos. Anteriormente se habían producido hechos parecidos. Despido procedente.

– STSJ Andalucía/Granada de 21 de marzo de 2019, rec. 2367/2018. Despido de médico anestesista que ha sido condenado por delito de acoso sexual a una compañera de trabajo del hospital, con categoría de auxiliar de enfermería.

– STSJ Cataluña de 11 de julio de 2019, rec. 1630/2019. Despido procedente de un responsable de sección al haberse acreditado la existencia de acoso sexual a una subordinada, consistente en comentarios obscenos reiterados, exhibición de vídeos de contenido sexual, rozamientos o tocamientos corporales en pechos, nalgas y besos.

3.2. ACOSO HORIZONTAL

Es el realizado por compañeros de trabajo que no mantienen relación jerárquica pero cuya posición social de poder y su culturización les ha convencido de su superioridad y su situación de poder respecto de las mujeres. Es muy común que este tipo de acoso cuente con el consentimiento, cuando no con la instigación, de superiores jerárquicos.

3.2.1. Conductas constitutivas de acoso sexual horizontal, en la doctrina judicial

– STSJ Cataluña de 27 de septiembre de 2021, rec. 3057/2021. Acoso por parte de un agente de RENFE a una compañera de trabajo, por su participación en la grabación y envío de dos mensajes de audio de contenido sexual. Sanción de suspensión de empleo y sueldo.

– STSJ Aragón de 30 de noviembre de 2020, rec. 525/2020. Limpiador de una empresa que palmea el culo de una compañera, también limpiadora, cuando subían unas escaleras, manifestándole esta última que no se volviera a repetir dicha conducta. No obstante, varios días más tarde se aproximó a la trabajadora por detrás rozándole con sus genitales. Despido procedente.

– STSJ Aragón de 9 de noviembre de 2020, rec. 508/2020. Acoso por parte de recepcionista de hotel a otras compañeras de trabajo, a las que enviaba mensajes de contenido sexual, llegando a darle una palmada en el trasero y a efectuar tocamientos que no fueron consentidos. Despido procedente.

3.3. ACOSO ASCENDENTE

Es aquel cuyo autor se encuentra jerárquicamente subordinado a la víctima. Sin duda es minoritario pero no excepcional cuando introducimos el término género, comprobamos la asignación de roles y contemplamos la denominada segmentación vertical del mercado de trabajo, en función de la cual se consideran trabajos masculinos las más altos de las clasificaciones profesionales, encontrándose mayoritariamente las mujeres encuadradas en los de menor categoría: la promoción de mujeres a los puestos de categoría superior, suelen desencadenar procesos de acoso por parte de hombres subordinados que no aceptan obedecer a una mujer que accede a la jefatura o a los puestos de dirección y mando. A pesar de su infrecuencia es igualmente destructivo y el problema más importante que plantea es la determinación de los medios de protección de la víctima y de sanción del autor. Esta modalidad de acoso suele revestir la forma de acoso por razón de sexo, sin contenido sexual, o de acoso moral en el trabajo.

3.3.1. Conductas constitutivas de acoso sexual ascendente, en la doctrina judicial

– STSJ Cataluña de 20 de diciembre de 2018, rec. 4882/2018. El TSJ revoca la sentencia de instancia que había declarado el despido improcedente, considerando que los hechos imputados son constitutivos de una situación de acoso sexual a trabajadora superiora al demandante. Despido procedente.

– STSJ Castilla y León/Valladolid de 19 de abril de 2018, rec. 215/2018. Despido procedente de un dependiente que presta servicios en un estanco y que realiza conductas de carácter verbal y físicas innecesarias de connotación sexual que, por su reiteración, han creado un ambiente intimidatorio en la titular del estanco. Entre los hechos imputados aparece que "delante de un comercial, le dio en el culo con un cartón de tabaco, y, el día 3 de febrero de 2017, a primera hora de la mañana, realiza a la empresaria sin su consentimiento un tocamiento con la mano en el culo". Despido procedente.

3.4. ACOSO MIXTO

En este caso se relacionado el acoso horizontal con el descendente y se incluyen dentro de esta modalidad aquellos casos de acoso horizontal en los que en la propia estructura jerárquica empresarial ha sido la propia instigadora, aunque no la autora directa, incluyendo también aquellos casos en los que siendo conocida la situación no se hace nada para evitarla, asumiendo un cierto nivel de complicidad.

En cuanto al acoso sexual ambiental también admite la misma clasificación, con la particularidad de que cuando hablamos de chantaje sexual o de intercambio, solamente puede ser descendente, en cuanto que el sujeto activo ha de mantener una relación de superioridad jerárquica con la víctima, en el sentido de que de su decisión dependan efectivamente sus condiciones de trabajo.

3.5. ACOSO POR PERSONAS AJENAS A LA EMPRESA (PROVEEDORES O CLIENTES) O A PERSONAS QUE TRABAJAN EN EL MISMO CENTRO DE TRABAJO, PERO PERTENECIENTES A OTRA EMPRESA (PERSONAL DE ETTS O DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS)

En estos casos pueden surgir problemas de competencia judicial dado que el acosador o la víctima no mantienen relación laboral con la empresa, si bien en todos aquellos casos en los que se impute la comisión de medidas de seguridad para evitar estas situaciones de acoso sexual, al tratarse de una materia propia de prevención de riesgos laborales, relacionada con el acoso, la competencia es sin duda de la ju-

risdicción social, máxime en aquellos casos en los que se acredita una cierta tolerancia empresarial en relación con tales conductas.

3.5.1. Tratamiento en la doctrina judicial de conductas constitutivas de acoso sexual en las que aparecen implicadas personas que prestan servicios en las dependencias de la empresa, pero que son ajenas a su plantilla

– SJS 2 de Murcia de 2 de diciembre de 2020, autos 538/2019. Trabajadora afectada por la situación de acoso por parte del chófer de la empresa X que presta servicios contratados para empresa principal. Se procede al despido de un responsable de la empresa principal ya que conociendo el comportamiento denunciado en relación al referido chófer, no puso fin a dicha conducta, sino que actuó, además, conjuntamente con el mismo, cooperando e intermediando para que este pudiera acosar a la trabajadora.

– STSJ Navarra de 10 de mayo de 2018, rec. 120/2018. Se declara la procedencia del despido de un trabajador de la empresa sobre la base de unos hechos consistentes en esconderse en el vestuario de mujeres y desde allí observar como se cambiaba de ropa una mujer perteneciente a una empresa subcontratada.

4. EN FUNCIÓN DE LAS CONDUCTAS

4.1. ACOSO POR INVASIÓN

Comprende aquellos comportamientos en los que la presión y las molestias no se manifiestan verbalmente, ni traspasan un límite físico, siendo sin embargo ofensivas para quien las recibe.

4.2. ACOSO A TRAVÉS DE PRESIONES

Comprende las presiones recibidas de superiores, compañeros, subordinados o clientes, para mantener relaciones sexuales.

4.3. CHANTAJE SEXUAL

Comportamientos en el que se condiciona la vida laboral de una trabajadora, o su contratación, a la aceptación de alguna clase de relación sexual.

4.4. ACOSO FÍSICO LEVE

Acoso producido a través de tocamientos indeseados en zonas no erógenas.

4.5. AGRESIÓN SEXUAL DIRECTA

Agresión en que la parte agresora fuerza o coacciona a la parte agredida a mantener algún tipo de contacto sexual (exista o no penetración) o bien privándole de la libertad para decidir. Incluye tanto violaciones como toqueteos, empujones o retirada del preservativo sin consentimiento/conocimiento del hecho.

5. EN FUNCIÓN DE LA GRAVEDAD DEL ACOSO

El Instituto de la Mujer agrupa distintas conductas como constitutivas de acoso leve, grave o muy grave.

• Acoso leve: chistes de contenido sexual sobre las mujeres; piropos/comentarios sexuales sobre las trabajadoras; pedir reiteradamente citas; acercamiento excesivo; hacer gestos y miradas insinuantes. SJ Penal 1 de Ávila de 7 de julio de 2021, rec. 64/2016; SJ Penal 1 de Santiago de Compostela 57/2020, de 10 de marzo.

• Acoso grave: hacer preguntas sobre su vida sexual; hacer insinuaciones sexuales; pedir abiertamente relaciones sexuales sin presiones; presionar después de la ruptura sentimental con un compañero.

• Acoso muy grave: abrazos o besos no deseados; tocamientos, pellizcos; acorralamientos; presiones para obtener sexo a cambio de mejoras o amenazas; realizar actos sexuales bajo presión de despido; asaltos sexuales.

6. OTRAS MODALIDADES DE ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES: EL CIBERACOSO LABORAL

6.1. INTRODUCCIÓN

Aunque el acoso sexual ha existido desde siempre, como ya se ha dicho anteriormente, el ciberacoso surge recientemente con el uso ma-

sivo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Se trata por tanto de un fenómeno novedoso, con relación al cual no existe por el momento una legislación apropiada para corregir sus abusos. Mediante este mecanismo una persona utiliza las nuevas tecnologías (internet, whatsapp, telefonía móvil o redes sociales) para atacar, humillar o difamar a terceros.

También en el ámbito laboral y a través de estos procedimientos, una persona trabajadora puede ser acosada y sufrir diversas conductas de violencia, provocando, en ocasiones, daños de difícil reparación ante la impotencia para hacer frente a este tipo de conductas.

Como señala cualificada doctrina (Vicente Pachés, Fernando) "el ciberacoso es ejercido en significativa mayor medida por hombres, y aun siendo las víctimas en buena medida personas de ambos sexos, mayoritariamente son las mujeres quien más lo sufren. Mientras que los varones principalmente son insultados o sufren coacciones o amenazas y reportan unos mayores niveles de exposición a la violencia física, las mujeres padecen agresiones de naturaleza sexual, esto es, un mayor número de casos de acoso sexual. Esto ha llevado a utilizarse la expresión de "ciberviolencia de género".

6.2. CONCEPTO Y CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE CIBERACOSO

Se trata de una intromisión en la vida íntima de la persona utilizando los medios digitales de uso común, de manera que la característica de ciberacoso es el instrumento utilizado para llevar a cabo conductas de hostigamiento, a diferencia de lo que ocurre con la mayoría de los comportamientos de acoso sexual o por razón de sexo en los lugares de trabajo, en los que tanto el acosador como la víctima suelen permanecer en un plano oculto a las miradas o comentarios de los demás, haciendo a veces muy difícil la prueba de la existencia de tales conductas.

Una relación de prácticas más frecuentes y comunes sobre ciberacoso la proporcionan Pérez Martínez, Ana y Ortigosa Blanch, Reyes, en su obra sobre "Una aproximación al ciberbullyng", de Editorial Tirant lo Blanch, que enumeran las siguientes actuaciones:

– Distribuir o colgar en internet una imagen comprometida de contenido sexual, real o trucada, o datos susceptibles de perjudicar a la víctima.

– Dar de alta a la víctima en un espacio web donde puede ser objeto de ridiculización.

– Crear un perfil en nombre de la víctima en el que esta comparte intimidades y realiza demandas de ofertas sexuales explícitas, como sería el caso de crear una página falsa de contactos.

– Publicar el teléfono de un compañero o compañera de trabajo en una página de contactos eróticos.

– Usurpar la identidad de la víctima y en su nombre hacer comentarios o participaciones oportunas en chats, de modo que despierte reacciones adversas hacia quien en verdad es la víctima.

– Dar de alta en determinados sitios la dirección de correo electrónico de la persona acosada para convertirla en blanco de correos no deseados, contactos con desconocidos, etc.

– Entrar en el correo electrónico de la víctima accediendo a todos sus mensajes y archivos, colgando en las redes sociales sus documentos y fotos privadas.

– Hacer correr falsos rumores sobre un comportamiento reprochable atribuido a la víctima, de modo que quienes lo lean reaccionen y tomen represalias en contra de la misma.

– Enviar mensajes ofensivos y hostigadores a través de correos electrónicos, mensajería, móvil, whatsapp o redes sociales, así como chistes, comentarios, fotografías o videos de contenido erótico o pornográfico.

– Acosar a través de llamadas telefónicas silenciosas, o con amenazas e insultos, con expresiones de alto contenido sexual, efectuando estas llamadas a horas intempestivas.

– Acciones de presión permanente para actuar conforme a las solicitudes del acosador, solicitando tener una relación o presionando para realizar actos de naturaleza sexual.

6.3. DIFERENTES MODALIDADES DE CIBERACOSO QUE PUEDEN ESTAR PRESENTES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

6.3.1. Sexting

Se trata del envío de material privado por parte de personas a través de teléfono móvil o de internet en el que se muestran fotografías o vídeos de contenidos sexual; siendo uno de sus rasgos característicos el chantaje, la presión o ridiculización de la persona que aparece en las imágenes, no resultando infrecuente que dicha práctica proceda de un compañero de trabajo, mando intermedio o de terceras personas relacionadas con la empresa.

En la actualidad esta figura está tipificada como delito en el artículo 197.7 del Código Penal, conforme al cual "Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona".

En ocasiones se hace referencia a esta modalidad de acoso como sextorsión, ya que mediante la utilización de tales imágenes se pretende la obtención de algo de la víctima amenazando con su publicación.

6.3.2. Hacking

Consiste en usurpación de contraseña para acceder a información personal, lo que permite conocer todos los mensajes y el contenido de los archivos, procediendo, en su caso, a la difusión no autorizada de los mismos.

Esta práctica es relativamente frecuente entre personas trabajadoras del mundo del espectáculo, considerándose en nuestro ordenamiento jurídico como un posible delito de descubrimiento y revelación de secretos, tipificado en el artículo 127 del Código Penal, de forma que el acceso al correo electrónico de otras personas o a su perfil de alguna red social, sin su consentimiento, podría ser objeto de responsabilidad penal.

6.3.3. Stalking

Es la situación que se crea, cuando una persona persigue a otra de forma obsesiva. Mensajes o llamadas de teléfono reiteradas, persecución, espionaje... Se trata de una conducta reiterada por medio de la cual se menoscaba gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, al quedar sometido al control a través de llamadas o mensajes y de otros actos de continuo hostigamiento. En la actualidad esta práctica está tipificada como delito en el artículo 172 ter del Código Penal:

"1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años. 2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo. 3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso. 4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal".

6.3.4. Resoluciones judiciales recaídas en procedimientos en los que está presente la figura del ciberacoso en cualquiera de sus variantes

– STSJ Madrid de 30 de noviembre de 2020, rec. 652/2020. Es constitutivo de despido procedente el hecho de "haber remitido el hoy demandante a la trabajadora desde su teléfono móvil, en horas de trabajo, numerosos mensajes de "whatsapp" al teléfono de la misma, de contenido sexual, con insinuaciones, proposiciones, frases ofensivas, comentarios y gestos obscenos, y también fotografías y videos que reproducen imágenes de órganos sexuales masculinos, que se pueden considerar de naturaleza pornográfica".

– STSJ País Vasco de 10 de noviembre de 2020, rec. 1297/2020. El trabajador despedido, a través de mensajes de whatsapp, Facebook y llamadas telefónicas, ha creado un ambiente ofensivo y laboral no deseado hacia una compañera de trabajo, con comentarios tales como "te quiero", "me vuelves loco", etc. En varias ocasiones la trabajadora le ha manifestado de forma expresa y directo que rechazaba su conducta e incluso le ha bloqueado el whatsapp.

– STSJ Aragón de 9 de noviembre de 2020, rec. 508/2020. Despido procedente, siendo imputados los siguientes hechos: "desde que usted coincidiera por primer vez en el mismo turno de trabajo con Doña, comenzó a enviarle mensajes de whatsapp inapropiados a su móvil personal, interesándose por su vida privada. A partir del día 18 de junio de 2019, usted comenzó a enviarle comentarios de carácter sexual, subidos de tono, aludiendo al aspecto físico de Doña, piropeándola y entrometiéndose en temas privados de la trabajadora".

II. SUJETOS

1. SUJETO ACTIVO

1.1. TIPOLOGÍA

En el acoso sexual los sujetos activos pueden ser compañeros, superiores inmediatos o directivos de la propia empresa, si bien tratándose

de chantaje sexual el sujeto activo siempre ha de ser una persona que ocupa una posición jerárquica superior.

Junto con la persona acosadora directa pueden actuar dos tipos de sujetos: los cómplices, que colaboran de forma activa en el proceso y los cooperadores necesarios. Asumen de forma acrítica la conducta acosadora, manifestando que "algo habrá hecho" la víctima para merecer el tratamiento de que está siendo objeto, siendo frecuente que desarrollen el mecanismo de obediencia debida a los superiores.

1.2. CARACTERES DEL SUJETO ACTIVO DEL ACOSO

Aunque no puede establecerse un perfil muy ajustado del sujeto acosador, ya que las posibles variantes serían infinitas, sí pueden señalarse algunas conclusiones a la vista de las distintas encuestas efectuadas por organismos públicos o entidades privadas:

• La edad no constituye un elemento determinante, aunque sí el estado civil, ya que mayoritariamente los sujetos activos del acoso suelen ser hombres con pareja estable y con hijos e hijas.

• Cuando ocupan un cargo superior en la empresa, mayoritariamente mandos intermedios, cuentan con el respaldo de la dirección en su trabajo cotidiano, con lo cual se consideran invulnerables a los comportamientos ofensivos, humillantes o intimidatorios que puedan llevar a cabo.

• Suelen ser personas de carácter dominante en sus relaciones con el personal subordinado no resultando infrecuente la realización de comportamientos abusivos.

• En la mayoría de los casos el hecho de sentirse respaldados por la dirección de la empresa, no en sus posibles conductas de acoso sexual, por supuesto, sino en su trabajo ordinario, origina que con frecuencia se muestren arrogantes y prepotentes.

• En muchos casos se trata de personas manipuladoras que no aceptan un no por respuesta a cualquier tipo de requerimiento que formulen a su personal.

• Pueden resultar vengativos, si no consiguen lo que pretenden, llegando en ocasiones a situaciones de vejación o humillación de las víctimas.

• El acosador es machista por naturaleza y no considera a las mujeres como iguales.

• Resulta frecuente la minusvaloración del trabajo de las mujeres y se siente incómodo e inseguro cuando se ve obligado a recibir órdenes de las mismas, cuando estas ocupan un nivel jerárquico superior.

2. SUJETO PASIVO

Absolutamente de forma mayoritaria el sujeto pasivo del acoso es la mujer trabajadora presentando un mayor riesgo de victimización el grupo de mujeres cuya situación personal y laboral las hace especialmente vulnerables a este tipo de agresiones (sectores feminizados cuyo trabajo no exige especial cualificación, trabajadoras temporales, con cargas familiares y miedo a perder el empleo, etc.).

No obstante existe algún supuesto de acoso en el que el sujeto activo es una mujer que ocupa una posición jerárquica superior sobre el acosado. Ejemplo de ello sería el contemplado en la SJS número 1 de León 500/2019, de 26 de noviembre, ya citada anteriormente, en la que contempla un supuesto de despido procedente de la encargada de una lavandería respecto de un trabajador a su cargo.

Un supuesto de acoso sexual entre personas del mismo sexo es el contemplado por la STSJ Canarias/Tenerife de 21 de mayo de 2020, rec. 52/2020, que viene referida al acoso sexual de un varón por otro varón que es objeto de despido, declarado procedente.

III. CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE ACOSO SEXUAL

1. AGRUPACIÓN DE CONDUCTAS O COMPORTAMIENTOS CONSTITUTIVOS DE ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

Desde el momento que un ambiente de trabajo hostil puede suponer un amplio rango de actitudes sexuales, dichos comportamientos pue-

den ser subdivididos en seis categorías. Las dos primeras hacen referencia a los que en el mundo jurídico se denomina comportamientos sutiles de tipo socio-sexual que denotan desconsideración a la mujer en general, o a una persona en particular.

• 1ª categoría: actitudes peyorativas que van contra el colectivo de mujeres, pero no dirigido a una en particular.

• 2ª categoría: actitudes despectivas contra una mujer en particular.

Las dos segundas hacen referencia a comportamientos en los que la persona acosadora incluye ya algún tipo de proposición:

• 3ª categoría: presión para tener una cita. Engloba repetidas solicitudes para quedar, o cualquier otra proposición que no tenga naturaleza sexual (invitación a un restaurante, persistir en pedir salir juntos después de que haya sido ya rechazada la primera o anteriores ...).

• 4ª categoría: proposiciones sexuales.

• Hasta aquí ninguna de las categorías supone comportamientos físicos, las siguientes sí implican contacto físico.

• 5ª categoría: es contacto físico sexual. Caricias, besos, presión, o directamente tocar las piernas.

• 6ª categoría: es contacto físico, pero no sexual, por ejemplo, dar un abrazo de felicitación.

En ninguna de las seis anteriores categorías se incluye ningún tipo de fuerza o coerción.

• 7ª categoría: es la coacción sexual, supone la presencia de fuerza o coacción. Incluiría directamente la violación o el abuso sexual, pero también las peticiones sexuales como condición para conseguir un empleo o un ascenso.

Las seis primeras harían referencia a lo que los tribunales definen como ambiente de trabajo hostil, y el séptimo sería el denominado acoso *quid pro quo* o chantaje sexual.

2. EJEMPLOS CONCRETOS DE CONDUCTAS DE ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO SIGUIENDO LA GUÍA ELABORADA POR LA UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE MADRID PARA LA PREVENCIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO, LAS CONDUCTAS MÁS COMUNES DE AMBAS MODALIDADES DE ACOSO

2.1. CONDUCTAS DE ACOSO SEXUAL

• Uso y exhibición de materiales de carácter sexista, pornográficos o sexualmente provocadores en lugares de trabajo.

• Comentarios, chistes o bromas de contenido sexual que resultan desagradables y ofensivos.

• Comentarios deliberados de connotación sexual sobre la apariencia o aspecto físico que resultan intimidatorios.

• Gestos y miradas obscenas que incomodan o intimidan.

• Contactos físicos, acercamientos, tocamientos o caricias innecesarias, con carácter deliberado, no deseados y que incomodan.

• Insinuar o provocar intencionadamente ocasiones para quedarse a solas con la persona acosada.

• Repetidas invitaciones a iniciar una relación sexual, pese a manifestar rechazo.

• Observar clandestinamente a personas en lugares reservados, como servicios, vestuarios, etc.

• Invitaciones comprometedoras, insistencia en que la persona participe en conversaciones o bromas de contenido sexual, aunque no lo desee.

• Dejar notas o enviar emails, mensajes y cartas de carácter sexual que resultan ofensivos e intimidan.

• Insinuar mejoras laborales o académicas a cambio de intercambios sexuales.

• Amenazar con represalias laborales o académicas como presión para mantener citas o encuentros sexuales que la persona acosada no desea.

2.2. CONDUCTAS DE ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

• De manera sistemática ignorar las aportaciones de las mujeres del grupo, menospreciar su trabajo, conocimientos o habilidades.

• Hacer descalificaciones, burlas o comentarios ofensivos de carácter sexista.

• Exigir o presionar a las mujeres embarazadas para que encuentren ellas mismas la persona para cubrir su baja por maternidad/lactancia.

• Recibir un peor trato por acogerse a una baja por maternidad/lactancia que el recibido por personas que tienen otro tipo de permisos o bajas.

• Intentar disuadir o poner trabas para coger la baja por maternidad/lactancia legalmente establecida.

• Penalizar, discriminar o hacer burla por coger una baja de maternidad/lactancia, optar por jornada reducida, o no prolongar el trabajo fuera del horario laboral establecido.

• Denegar una baja por embarazo/maternidad.

• Penalizar o discriminar a las mujeres al reincorporarse al trabajo después de una baja de maternidad.

• Manifestar prejuicios de género tales como:

– Las mujeres deben encargase del hogar y/o tener una jornada laboral más corta que los varones.

– Los padres no deber coger la baja por paternidad, dedicar tiempo al cuidado de los niños y niñas ni a otras tareas domésticas.

– Una trabajadora, docente o estudiante que decide ser madre es menos competente y comprometida con su trabajo/estudio.

– Los hombres que solicitan baja por paternidad o reducción de jornada son femeninos y poco útiles para el trabajo.

CONSECUENCIAS DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO EN LOS LUGARES DE TRABAJO

1. EFECTOS EN LAS VÍCTIMAS

En la guía sobre el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el ámbito laboral, elaborada por CCOO, en 2021, se señala que tanto el acoso sexual como el acoso por razón de sexo tienen múltiples efectos sobre la persona que es objeto del mismo, indicando que aunque hablamos de acoso en el ámbito laboral "afecta a todas las áreas de la mujer víctimas del acoso. Es decir, no estamos hablando que esta mujer cuando llegan las 3 o llegan las 7 se va a su casa, deja ese problema y cuando ficha por la mañana se activa, sino que afecta a toda su vida, a todas las facetas de su vida", añadiendo que muchas mujeres tienen miedo a volver a trabajar precisamente por esta razón.

1.1. AFECTACIÓN A LA SALUD LABORAL DEL ACOSO SEXUAL

El acoso sexual tiene efectos importantes sobre la salud de la persona trabajadora que lo padece, pero también sobre otros ámbitos como es el ambiente de trabajo y la organización de la empresa.

Entre los efectos más comunes se encuentran:

• Alteraciones de la salud psicológica vinculadas con el estrés como son los traumas emocionales, la ansiedad, la depresión y también estados de nerviosismo y sentimientos de baja autoestima.

• Trastornos de la salud física como los relativos al sueño, dolores de cabeza, problemas gastrointestinales, hipertensión, en definitiva, sintomatología física asociada a estrés.

• Todas estas consecuencias, pueden llegar a transformarse en patologías como depresión y ansiedad, que tendrán su repercusión sobre el estado físico de la persona que las padece, afectando al deterioro de la calidad de vida de la persona acosada, de forma que lo que comienza en el ámbito laboral acaba repercutiendo en el ámbito de la vida privada.

1.2. AFECTACIÓN A LA SALUD LABORAL DEL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

Al igual que el acoso sexual, el acoso por razón de sexo tiene sus consecuencias importantes sobre la salud de la trabajadora que lo padece y estas se reflejan tanto a nivel psicológico como a nivel físico. Entre las alteraciones psicológicas los efectos más habituales que pueden sufrir son ansiedad, depresión, sentimientos de baja autoestima, etc., de la misma forma las alteraciones que inciden sobre la salud física se pueden manifestar mediante trastornos del sueño, dolores de cabeza, problemas gastrointestinales, etc. En definitiva, tanto en las alteraciones psicológicas como en las alteraciones físicas, las consecuencias sobre la salud de la trabajadora expuesta al acoso por razón de sexo presentan una sintomatología asociada al estrés, que, de persistir en el tiempo, pueden llegar a transformarse en dolencias muy severas.

En definitiva, se trata de dos acciones que, más allá de los efectos negativos que pueden generar en el ámbito laboral y social, tienen importantes efectos sobre la salud de las víctimas, provocando secuelas físicas y psíquicas en la mujer cuya superación requiere invertir mucho tiempo, además de los efectos que tendrán sobre la vida privada de las personas que las han padecido.

1.3. COSTES ECONÓMICOS PARA LA EMPRESA

1.3.1. Costes financieros directos

Dentro de estos costes podrían incluirse los derivados del asesoramiento legal en caso de demanda judicial; las posibles indemnizaciones a satisfacer; el incremento de gasto de personal en el caso de que la trabajadora pase a la situación de IT y sea necesaria su sustitución por otra contratación; las posibles indemnizaciones por vulneración

de derechos fundamentales o resolución de contratos a instancia de la persona acosada, etc.

1.3.2. Costes de producción

La existencia de una situación de acoso ambiental en el trabajo, puede producirse en:

• Menor productividad.

• Enrarecimiento del clima de trabajo.

• Déficit de motivación.

• Malestar general y preocupación por su propia situación.

• Sensación de decepción por la posible impunidad de la conducta acosadora.

• Desapego de los objetivos de la empresa.

• Incremento del absentismo laboral.

1.3.3. Coste reputacional

Aun cuando resulta de difícil cuantificación, el coste de imagen ante una situación de acoso sexual en el trabajo suele ser muy elevado, e incluso es posible que una marca de prestigio pueda deteriorarse en cuestión de días si un alto ejecutivo o consejero es encontrado culpable de acoso sexual. Es más, el riesgo reputacional afecta también a la predisposición de las personas a no trabajar en una determinada compañía que ha sido declarada responsable de una situación de acoso sexual en el trabajo, con lo que implica de dificultad de captación de talento.

A todo lo anterior se añade la posible pérdida de clientes y la dificultad de atraer otros nuevos, sobre todo teniendo en cuenta que en la actualidad las redes sociales juegan un papel muy activo en lo que se refiere a la difusión de este tipo de noticias y comentarios.

EL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO COMO DELITO Y SU CONSIDERACIÓN COMO CONTINGENCIA PROFESIONAL

I. EL ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO COMO DELITO

1. MARCO NORMATIVO

1.1. ACOSO SEXUAL

• Artículo 184 del Código Penal.

"1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva ya gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como a autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo".

• Artículo 191 del Código Penal.

"El delito de acoso sexual solo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o del Ministerio Fiscal. El perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase".

1.2. SEXTING

• Artículo 197.7 Código Penal.

"Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa".

1.3. STALKING

• Artículo 172.ter Código Penal.

"1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:

1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal".

1.4. HACKING

La usurpación de contraseña para acceder a información personal, lo que permite conocer todos los mensajes y el contenido de los archivos, procediendo, en su caso, a la difusión no autorizada de los mismos.

Esta práctica es relativamente frecuente entre personas trabajadoras del mundo del espectáculo, considerándose en nuestro ordenamiento jurídico como un posible delito de descubrimiento y revelación de secretos, tipificado en el artículo 197.1 del Código Penal, de forma que el acceso al correo electrónico de otras personas o a su perfil de alguna red social, sin su consentimiento, podría ser objeto de responsabilidad penal.

2. MODALIDADES

2.1. TIPO BÁSICO DE ACOSO SEXUAL

2.1.1. Diferencias entre acoso sexual y acoso laboral desde una perspectiva penal

El art. 184.1 del Código Penal castiga la solicitud de favores sexuales en el contexto de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, provocando a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante.

La fórmula tipificadora es muy semejante a la del art. 173.1, párrafo segundo, relativa al acoso moral, y aunque ambas formas de acoso en el trabajo, moral y sexual, tienen en común la afectación a la integridad moral de la víctima y el marco del delito, que viene limitado a la relación laboral en sentido estricto, no obstante, el legislador, en lo que no puede interpretarse sino como manifestación de tendencia a huir del rigor, recurre, sin justificación explicable, a una redacción distinta en cada uno de los preceptos: en el acoso sexual lo hostil o humillante –a lo que se añade lo intimidatorio– es el resultado; en el moral, estos adjetivos califican a los medios ("los actos"). En el acoso sexual, el marco es "cualquier relación laboral o funcionarial"; en el sexual "una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual".

El elemento diferencial esencial es el comportamiento típico del sujeto que en el acoso sexual del art. 184.1 del Código Penal consiste en "solicitar favores de naturaleza sexual".

2.1.2. La solicitud de favores sexuales

La acción que tipifica el delito básico de acoso sexual consiste en exigir la solicitud de favores sexuales de forma que el perfeccionamiento del delito no exige que exista o haya existido contacto sexual alguno, sino que resulta suficiente la existencia de una demanda de trato sexual.

Aunque la norma no hace referencia a las vías de expresión de dicha demanda de favores sexuales, habrá que entender que podrá formu-

larse de forma escrita, verbal o gestual, utilizando incluso fórmulas de comunicación electrónicas.

Una cuestión ciertamente polémica es que la norma no tipifica el contenido concreto de la solicitud de favores sexuales, cuando es evidente que estos pueden poner muy distinta identidad, de aquí que dicha indeterminación implique que la solicitud haya de ser clara e inequívoca, lo que dejaría fuera del ámbito penal aquellas conductas de escasa entidad que pudieran responder a un ánimo jocoso propio de relaciones de confianza o amistad en el terreno laboral, e igualmente aquellas otras situaciones de acoso como comentarios, chistes, miradas lascivas, incluso pequeños contactos físicos innecesarios, que aunque pudieran ser objeto de tutela en el ámbito de las relaciones laborales, no alcanzarían la gravedad suficiente para configurar el delito de acoso sexual.

Así pues para calificar la conducta como constitutiva de delito no basta con la solicitud de favores, sino que lo esencial es que la situación sea vivida por la víctima como una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, de forma que no será suficiente con el hecho de que subjetivamente la víctima del acoso sexual lo perciba así, sino que se anuda a ello el que se trate de una situación "objetiva", es decir, de algo que se califique por la sociedad en general como un comportamiento susceptible de generar la intimidación, el hostigamiento o la humillación de la víctima del acoso sexual.

2.1.3. La situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante para la víctima

Constituye este un requisito añadido a la simple solicitud de favores sexuales, dependiendo la objetivación de las características formas y modos de la solicitud sexual, así como también, en su caso, de la situación de prevalencia del solicitante, aunque en tal caso de concurrir dicha circunstancia estaríamos en presencia del tipo agravado de acoso sexual a que hace referencia el artículo 184.2 del Código Penal.

Tratándose de conductas de acoso horizontal, es decir, entre personas trabajadoras que ocupan una posición análoga dentro de la estructura

jerárquica de la empresa, es evidente que las situaciones de acoso en tales casos no comportan la existencia de prevalencia o posición jerárquica dominante, de manera que en estos casos será exigible la existencia de una conducta reiterada, habitual o continua para configurar el delito de acoso, conducta mantenida tras ser conocida la negativa a la solicitud de favores sexuales por parte de la víctima, ya que será esta situación de rechazo la que provoque la situación intimidatoria, hostil o humillante para la víctima. Este factor de la continuidad o habitualidad es el que permite deslindar el delito de acoso sexual del puntual atentado contra la libertad sexual que por ser realizado de forma puntual y concreta no se elevaría automáticamente a la categoría de delito.

Sin embargo, no cabrá exigir la reiteración o habitualidad, como veremos, cuando se trate de acoso laboral descendente, realizado con prevalencia por parte del acosador, en situaciones como las que hemos descrito como constitutivas de acoso sexual, en las cuales una sola conducta podría valorarse en si mismo como constitutiva del delito de acoso.

2.1.4. Resoluciones judiciales sobre acoso sexual tipificados en el art. 184.1 del Código Penal

– STS, Penal, de 22 de octubre de 2015, rec. 888/2015. En el caso actual basta la lectura del relato fáctico para apreciar que nos encontramos ante un comportamiento objetivamente idóneo para generar una situación gravemente intimidatoria, hostil y humillante, tanto por su reiteración como por su intensidad y por el ambiente militar, que por su propia naturaleza es respetuoso y disciplinado, en el que se ejecuta la acción sancionada. Los comentarios iniciales, a los que la víctima procura no dar importancia, van subiendo de tono hasta términos de una grosería inimaginable, manifiestamente humillantes para cualquier persona de una sensibilidad normal. La reiteración, la escalada y la represalia ante la negativa de la víctima a ceder a sus procaces provocaciones, acentúan la gravedad de la conducta del acusado, manifiestamente impropia del Cuerpo al que sirve, y ponen de relieve un resultado notoriamente hostil y humillante, que integra el cuarto requisito del tipo delictivo objeto de sanción.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 7 de junio de 2021, rec. ap. 146/2021. Existe acoso sexual por el hecho de solicitar favores de naturaleza sexual en el ámbito de una relación laboral, dirigiéndose a su compañera de trabajo de forma insistente en un contexto de continuas proposiciones para mantener relaciones sexuales, lo que supone un comportamiento ofensivo y humillante.

– SAP de Murcia de 11 de febrero de 2020, rec. Ap. 137/2019. El acusado realizó reiteradas propuestas a una camarera de su establecimiento para tener relaciones sexuales, que siempre fueron rechazadas abandonando finalmente el trabajo y recibiendo posteriormente un whatsapp con el siguiente contenido: "Kieres que te vaya a buscar y follamos esta noche y mañana trabajas en la cocina o hoy", y tras la negativa de la trabajadora le remitió nuevo whatsapp "que te den por culo a tu hijo y a ti".

– SAP de León de 4 de marzo de 2019, rec. Ap. 1415/2018. Encargada de lavandería que se dirige a un trabajador con expresiones como "aquí viene el chico guapo de mantenimiento, vaya culo que tienes", además de tocarle el trasero e intentar besarlo tras agarrarlo por el cuello y lamerle la cara. Asimismo en varias ocasiones le tocó los genitales por fuera del pantalón, llegando a bajarle el pantalón en una de las ocasiones.

– SAP de Toledo 18-3-2016, rec. Ap. 16/2016. Incurre en el delito quien amenaza con no pagar las nóminas a los familiares, para obtener favores sexuales de una trabajadora.

– SAP de Madrid de 11-7-2016, rec. Ap. 570/2016. Frases soeces de claro propósito sexual, llegando a mostrar los genitales a la víctima, al tiempo que le impedía salir del lugar sujetando la puerta y diciendo "mira como me pones, echamos un polvo".

– SAP de Girona de 13 de junio de 2016, rec. Ap. 503/2016. Incurre en el delito quien reproduce videos pornográficos en el lugar de trabajo y ante la voluntad contraria de la víctima, realizando proposiciones sexuales en el ámbito de la relación laboral.

– SAP de Madrid de 20 de marzo de 2015, rec. Ap. 110/2013. Agente de la Guardia Civil que a compañera más joven continuamente le solicita relaciones sexuales mediante expresiones escabrosas, pese a la oposición continua de la víctima. Existe además agresión sexual al abordarla por detrás y frotar sus genitales contra su cuerpo (confirmada por STS 22 de octubre de 2015, rec. 887/2015).

– SAP de Valencia de 18 de diciembre de 2014, rec. Ap. 423/2013. Agente de la Guardia Civil que dirige expresiones humillantes y soeces a la mujer de la limpieza y que en varias ocasiones la agarra de la cintura y del cuello intentando tocarle los pechos y besarla.

– STS 28 de noviembre de 2014, rec. 1005/2014. Encargado de establecimiento que solicita a trabajadoras comportamientos de tipo sexual dentro de la relación laboral lo que les produce una situación de alteración psíquica. Indemnización a cada una de las víctimas por importe de 75.000 € en concepto de daños morales.

– SAP de Córdoba de 11 de noviembre de 2013, rec. Ap. 501/2013. Propietarios de hotel que acosa sexualmente a trabajadora, que finalmente abandona el trabajo y denuncia la situación a que ha estado sometida. Indemnización por daños morales de 6.000 €.

– SAP de Vizcaya de 4 de octubre de 2013, rec. Ap. 156/2013. Odontólogo propietario de una clínica dental en la que las víctimas realizaban prácticas y que con ocasión de un reconocimiento médico lleva a cabo tocamientos libidinosos, proponiendo un tacto rectal y vaginal innecesario.

– STS 30 de abril de 2013, rec. 1338/2012. Constituye acoso sexual en el trabajo el acometer físicamente a la trabajadora mediante toqueteos o comentarios sexuales y humillaciones en el trabajo. Existe también condena por abuso sexual sin que el acoso sexual quede subsumido en la anterior conducta penal.

– STS 26 de abril de 2012, rec. 1335/2011. Constituye delito de acoso sexual la realización por el jefe de una unidad policial de proposiciones sexuales a una inspectora en comisión de servicios, cuya promoción

profesional dependía de la propuesta del acusado, llegando a besarla contra su voluntad y manteniendo posteriormente una actitud despectiva ante la negativa de esta a sus propuestas, ocasionándole un cuadro de estrés.

– SAP de Valladolid de 4 de diciembre de 2007, rec. Ap. 1/2005. Comete el delito el alguacil de ayuntamiento que de forma reiterada hace requerimientos a la empleada de la limpieza mientras le exhibía películas pornográficas, masturbándose en su presencia ante su negativa.

– SAP de Madrid de 10 de enero de 2007, rec. Ap. 278/2006. Condena por acoso sexual a un encargado de planta de una gran superficie que realiza comentarios obscenos reiterados a una trabajadora, provocándole una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil y humillante.

– SAP de León 14 de marzo de 2006, rec. Ap. 327/2005. Fundador de la empresa para la que trabaja la víctima con contrato temporal renovable que le hace proposiciones formales en su lugar de trabajo, haciéndole intuir que podría perder el trabajo si no accede a tales proposiciones. Indemnización de perjuicios 6.000€.

– SAP de Soria de 25 de enero de 2006, rec. Ap. 21/2005. Secretario general de la cámara de comercio que prevaliéndose de la superioridad jerárquica de su cargo realiza insinuaciones de contenido sexual, premiando con incrementos de sueldo y castigando con la no renovación de contratos, de una forma continuada y habitual sobre las trabajadoras, becarias y alumnas de la cámara. Se le condena como autor de nueve delitos de acoso sexual.

– SAP de Madrid de 16 de mayo de 2005, rec. Ap. 39/2003. Compañero de Escuela Taller que repetidamente solicita un beso "en condiciones" a la víctima, que manifiesta su rechazo constantemente, lo que intensifica la presión, causando trastorno psíquico que precisa de apoyo psicológico.

– SAP de Madrid de 4 de febrero de 2005, rec. Ap. 37/2004. Incurre en acoso sexual quien se insinúa sexualmente a empleada temporal cuya

tarea el acusado estaba encargado de supervisar como trabajador estable de la empresa, intentando quedar con ella para salir de copas o a cenar y haciendo comentarios de naturaleza sexual e intentando besarla, ante cuyo rechazo manifestó que él podía hacer que la despidieran, generando angustia y depresión en la víctima, hasta el punto de solicitar la baja en la empresa.

– SAP de Badajoz de 29 de abril de 2004, rec. Ap. 98/2004. Director de zona de una mutua que realiza constantes requerimientos sexuales a la víctima, auxiliar administrativa del centro de trabajo, con roces y tocamientos más allá del usual, provocando en la víctima una situación de ansiedad y angustia.

– SAP de Madrid de 27 de febrero de 2004, rec. Ap. 39/2004. Realización de tocamientos en piernas y rodillas por compañero de trabajo, con invitación a comer y proponiéndole llevarla a su domicilio en reiteradas ocasiones, enviándole mensajes al teléfono móvil con expresiones tales como que "estaba muy buena" que "fuera más atrevida en el vestir" y que "la iba a follar por todos sus agujeritos", a resultas de lo cual la trabajadora fue dada de baja por depresión.

– SAP de Castellón de 31 de junio de 2002, rec. Ap. 57/2002. Solicitud de actos de contenido sexual a trabajadora de forma reiterada, creando incomodidad y desagrado en la misma, prevaliéndose de una situación de superioridad laboral. El titular de la empresa advirtió a la trabajadora contratada temporalmente que perdería su puesto de trabajo si no aceptaba su solicitud de actos de contenido sexual.

2.2. TIPOS AGRAVADOS DE ACOSO SEXUAL

2.2.1. Acoso vertical con prevalimiento o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con la no aceptación de los requerimientos de carácter sexual que se le formula

El apartado segundo del art. 184 del Código Penal castiga dos formas agravadas de acoso sexual.

La primera es el acoso vertical con prevalimiento. Forma agravada porque el autor se prevale, es decir, se sirve en ventaja o provecho propio

o ajeno (art. 184.1) de su superioridad laboral, docente o jerárquica. La "solicitud" queda reforzada por la situación de dependencia objetiva de la víctima con respecto a su agresor, que debilita las posibilidades de defensa del acosado y potencia las de sumirlo en una situación intimidatoria, hostil o humillante.

La comisión del hecho por parte de quien goza objetivamente de la situación de superioridad, pero no se prevale de ella, es subsumible en el tipo básico, no en el agravado.

También se agrava la pena de quien "hubiere cometido el hecho... con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación". Aquí, la situación objetiva de poder del acosador no deriva de una superioridad jerárquica formalizada, sino de la posibilidad real de condicionar el acceso de la víctima a situaciones más ventajosas o favorables que las que disfruta y a las que puede aspirar legítimamente. Se trata, pues, de un acoso que puede ser horizontal, en la medida en que esa posibilidad condicionante no es exclusiva de los superiores: piénsese en el subordinado que elabora los informes sobre ciertos requisitos de ascenso de sus superiores en la empresa, o en el administrativo que controla en la enseñanza pública el cumplimiento, por parte del personal docente, de ciertas funciones determinantes de su promoción.

2.2.2. Resoluciones judiciales sobre acoso sexual agravado (art. 184.2 Código Penal)

– STS 28 de noviembre de 2014, rec. 1005/2014. Encargado de establecimiento que solicita a trabajadoras comportamientos de tipo sexual dentro de la relación laboral lo que les produce una situación de alteración psíquica. Indemnización a cada una de las víctimas por importe de 75.000 € en concepto de daños morales.

– STS 26 de abril de 2012, rec. 1335/2011. Constituye delito de acoso sexual la realización por el jefe de una unidad policial de proposiciones sexuales a una inspectora en comisión de servicios, cuya promoción profesional dependía de la propuesta del acusado, llegando a besarla

contra su voluntad y manteniendo posteriormente una actitud despectiva ante la negativa de esta a sus propuestas, ocasionándole un cuadro de estrés.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 9 de abril de 2021, rec. ap. 340/2020. Durante un dilatado periodo de tiempo el acusado ha dirigido a la trabajadora reiteradas proposiciones sexuales cuando le ha dicho "pensé que íbamos a dormir juntos ... tienes un culo para darte ..." y otras similares; en otra ocasión encontrándose en un vehículo solos intentó besarla y ante la negativa de esta le dijo "atente a las consecuencias" y desde ese momento la situación laboral de la trabajadora empeoró, siendo cesada en sus funciones ejecutivas. Por estos hechos ha sufrido un trastorno adaptativo mixto, ansioso depresivo.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 11 de febrero de 2020, rec. Ap. 137/2019. El acusado realizó reiteradas propuestas a una camarera de su establecimiento para tener relaciones sexuales, que siempre fueron rechazadas abandonando finalmente el trabajo y recibiendo posteriormente un whatsapp con el siguiente contenido: "Kieres que te vaya a buscar y follamos esta noche y mañana trabajas en la cocina o hoy", y tras la negativa de la trabajadora le remitió nuevo whatsapp "que te den por culo a tu hijo y a ti".

– Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 4 de marzo de 2019, rec. Ap. 1415/2018. Encargada de lavandería que se dirige a un trabajador con expresiones como "aquí viene el chico guapo de mantenimiento, vaya culo que tienes", además de tocarle el trasero e intentar besarlo tras agarrarlo por el cuello y lamerle la cara. Asimismo en varias ocasiones le tocó los genitales por fuera del pantalón, llegando a bajarle el pantalón en una de las ocasiones.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo 18-3-2016, rec.Ap. 16/2016. Incurre en el delito quien amenaza con no pagar las nóminas a los familiares, para obtener favores sexuales de una trabajadora.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de marzo de 2015, rec. Ap. 110/2013. Agente de la Guardia Civil que a compañera

más joven continuamente le solicita relaciones sexuales mediante expresiones escabrosas, pese a la oposición continua de la víctima. Existe además agresión sexual al abordarla por detrás y frotar sus genitales contra su cuerpo (confirmada por STS 22 de octubre de 2015, rec. 887/2015).

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 11 de noviembre de 2013, rec. Ap. 501/2013. Propietarios de hotel que acosa sexualmente a trabajadora, que finalmente abandona el trabajo y denuncia la situación a que ha estado sometida. Indemnización por daños morales de 6.000 €.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 4 de octubre de 2013, rec. Ap. 156/2013. Odontólogo propietario de una clínica dental en la que las víctimas realizaban prácticas y que con ocasión de un reconocimiento médico lleva a cabo tocamientos libidinosos, proponiendo un tacto rectal y vaginal innecesario.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de enero de 2007, rec. Ap. 278/2006. Condena por acoso sexual a un encargado de planta de una gran superficie que realiza comentarios obscenos reiterados a una trabajadora, provocándole una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil y humillante.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de León 14 de marzo de 2006, rec. Ap. 327/2005. Fundador de la empresa para la que trabaja la víctima con contrato temporal renovable que le hace proposiciones formales en su lugar de trabajo, haciéndole intuir que podría perder el trabajo si no accede a tales proposiciones. Indemnización de perjuicios 6.000€.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 25 de enero de 2006, rec. Ap. 21/2005. Secretario general de la cámara de comercio que prevaliéndose de la superioridad jerárquica de su cargo realiza insinuaciones de contenido sexual, premiando con incrementos de sueldo y castigando con la no renovación de contratos, de una forma continuada y habitual sobre las trabajadoras, becarias y alumnas de la cámara. Se le condena como autor de nueve delitos de acoso sexual.

– Sentencia del Juzgado de lo Penal 1 de Ávila de 7 de julio de 2021, proc. 64/2016. El jefe de policía local que somete a subordinada a hostigamiento, primero con expresiones de clara intención sexual y ante el rechazo,de humillación.

2.3. VÍCTIMAS ESPECIALMENTE VULNERABLES

De conformidad con lo establecido en el artículo 184.3 del Código Penal, cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses en los supuestos previstos en el apartado 1 (tipo básico de acoso sexual), y de prisión de seis meses a un año en los supuestos del apartado 2 (tipos agravados).

El mencionado tipo cualificado ha de ser interpretado de forma restrictiva, y básicamente cuando se trate de aplicarlo sobre los supuestos previstos en el apartado 2 del mismo artículo, pues el contexto en el que se producen tales acosos muestra, por sí mismo, una situación que ya podría ser calificada vulnerabilidad de la víctima, dada la posición de inferioridad en que se sitúa cuando el acoso proviene de superiores, o por el riesgo de ver frustradas sus expectativas. Por ello exige el precepto que se trate de supuestos de especial vulnerabilidad, atendida la juventud de la víctima (en este contexto serían improbables situaciones de mayor edad), edad o situación, sin excluir en este supuesto a la propia situación de precariedad laboral cuando a ella se adosen circunstancias añadidas (precariedad económica, necesidades familiares que atender, etc.).

En todo caso deberán ser conocidas por el acosador, y abusar de ellas como elemento decisivo de su ilícita estrategia "seductora".

2.4. TIPOS DE ACOSO RELACIONADOS CON LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN

2.4.1. Sexting

2.4.1.1. Conceptos y caracteres

Esta figura delictiva se introduce en el artículo 197.7 del Código Penal, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2013/40/UE, mediante la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

En estos casos el bien jurídico protegido es el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, reconocidos como derechos fundamentales de la persona en el artículo 18.1 CE, así como el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones garantizado por el artículo 18.3 CE. El expresado derecho a la intimidad supone para los individuos "... un poder jurídico sobre la información relativa a una persona y su familia, pudiendo imponer a terceros, sean estos simples particulares o poderes públicos, su voluntad de no dar a conocer dicha información, prohibiendo su difusión no consentida" (STC 553/2015, de 6 de octubre).

El elemento objetivo del delito consiste en la difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales, mientras que el elemento subjetivo viene configurado por la intención de menoscabar la intimidad ajena.

El delito exige para su comisión que tales imágenes o grabaciones se hayan obtenido con el consentimiento de la persona afectada "en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros", como expresamente establece el citado artículo 197.7 del Código Penal.

Conforme a reiterada jurisprudencia, lo determinante del delito no es tanto la obtención de imágenes como la distribución de las mismas sin el consentimiento de la víctima y, además, que dichas imágenes afecten gravemente a su intimidad, incluyendo aquellas que van más allá de la esfera sexual (por ejemplo la distribución de un desnudo integral de la persona).

El principal medio de realización de las conductas constitutivas de sexting suelen ser cualquier procedimiento informático (correo electrónico, mensajes, whatsapp, redes sociales, etc.). Esta modalidad delictiva excede con mucho del ámbito laboral, si bien no resulta infrecuente que proceda de un compañero de trabajo, de un cuadro intermedio, de un superior jerárquico o de terceros relacionados con la empresa (clientes, proveedores, personal de ETTs o de contratas y subcontratas, etc.).

En ocasiones se hace referencia a esta modalidad de acoso como sextorsión, ya que mediante la utilización de las imágenes, se pretende chantajear a la víctima amenazando con su publicación. En efecto se utiliza esta terminología cuando las fotografías o vídeos de contenido sexual en manos de un tercero pueden constituir un elemento para extorsionar o chantajear a la persona protagonista de esas imágenes. En estos casos el chantaje consiste en utilizar las imágenes para obtener algo de la víctima amenazando con su publicación.

A esta modalidad de acoso en red también se le conoce como "pornovenganza", en aquellos casos en los que ha existido una relación sentimental previa entre la víctima y el acosador, pretendiendo con la difusión de las imágenes, lícitamente obtenidas, atentar contra el derecho a al intimidad, imagen, honor o integridad moral de la víctima, que en ningún momento ha dado consentimiento para la difusión o distribución de dichas imágenes.

2.4.1.2. Resoluciones judiciales sobre esta modalidad de delito

– Sentencia 76/2018, de 14 de febrero de 2018, de la Audiencia Provincial de Almería. Dicha sentencia confirma la dictada por el Juzgado Penal número 5 de Almería, por la que se condenaba a un sujeto por un delito contra la intimidad del artículo 197.7 CP, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

En dicha sentencia se declaran los siguientes hechos probados, que finalmente son calificados como constitutivos de este delito: "En el periodo comprendido entre los días 6 y 7 de julio de 2017, debido al enfado del acusado derivados de las negativas de la víctima a seguir manteniendo encuentros sexuales y guiado por el propósito de lastimarla en su intimidad, tras haber grabado aquel mismo con la anuencia de la misma y con el teléfono móvil de esta última, un vídeo que contenía las imágenes de una felación que le realizó aquella, se lo reenvió a su propio teléfono móvil y mostró el contenido del mismo al compañero de trabajo de ambos, sin consentimiento de la víctima".

– Sentencia 360/2016, de 8 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Burgos. Confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núme-

ro 2 de Burgos, por la que se condenaba al acusado como autor de un delito de revelación de secreto en el ámbito de la violencia de género, al amparo del artículo 197.7 CP, a la pena de tres meses de prisión, con inhabilitación especial para el desarrollo de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y a la prohibición de aproximarse a la víctima, a su domicilio, lugar de trabajo o cualesquiera otro por ella frecuentado en una distancia no inferior a 150 metros durante un año y tres meses.

En los hechos probados de la sentencia se declara que "el condenado tenía varias fotografías de carácter íntimo que le había enviado la víctima a su teléfono móvil y que en su día ...remitió sin consentimiento de la víctima, a un hombre, a una mujer y al marido de la víctima con mensajes en los que decía: "desbloquea ya que tengo más. En la fábrica está todo, dentro de poco te pegarán fotos en la taquilla, no quieres ver más? Los vídeos además de estar en la fábrica están en internet. Menuda guarra estás hecha. Como te gustan las poyas".

2.4.2. Stalking

2.4.2.1. Concepto

En el Convenio de Estambul de 13 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica el acoso de define como adoptar intencionadamente, en varias ocasiones, un comportamiento amenazador contra otra persona, que lleve a esta a temer por su seguridad.

Se trata de una conducta en la que generalmente un hombre persigue de forma reiterada y obsesiva a otra persona, normalmente una mujer.

La acción se realiza de modo reiterado e insistente, menoscabando gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, mediante actos y comportamientos que producen efectos nocivos para las víctimas.

Se trata de una violencia psicológica en la que normalmente no llegan a producirse actos de amenaza explícitos o de violencia física, pero en cuyos comportamientos se coarta la libertad de la víctima.

2.4.2.2. Conductas que pueden configurar el delito

El abanico de conductas es muy amplio como así se infiere de la lectura del artículo 172 ter del Código Penal, que lo tipifica, abarcando desde la vigilancia, persecución o búsqueda de la cercanía física, pasando por el seguimiento de la persona en espacios abiertos, eventos o actos de todo tipo, etc.; realización de llamadas continuas a todas horas, envío de mensajes, cartas, whatsapp, correos, etc.; o el envío de regalos a la víctima con el objeto de buscar su persuasión.

Tales conductas pueden conducir a la persona acosada a modificar sus comportamientos, aislarse, suprimir todo tipo de relaciones sociales, etc. llegando en ocasiones al cambio de domicilio o de trabajo para tratar de evitar el hostigamiento permanente a que se ve sometido.

2.4.2.3. Sujetos del delito

El sujeto activo suele ser un varón que en muchas ocasiones ha mantenido previamente una relación sentimental con la víctima aunque en otros casos lo que se pretende es tenerla, pudiendo igualmente afectar a sujetos que no persiguen esta finalidad.

En aquellos casos en los que ha existido una relación sentimental previa los supuestos de acoso suelen producirse inmediatamente después de la ruptura de la relación.

Es relativamente frecuente que tal actuación se produzca entre compañeros de trabajo, sin necesidad de que el acosador ocupe una posición jurídica superior, dándose en la mayoría de los casos entre personas trabajadoras que ocupan un mismo nivel jerárquico en la empresa (acoso horizontal).

2.4.2.4. Tipificación del delito

Como hemos adelantado el stalking está recogido en el artículo 172 del Código Penal y exige para su comisión que la conducta de acoso se lleve a cabo de forma persistente y reiterada.

Como señala la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, que introdujo esta modalidad delictiva en el Código Penal, su inclusión

"está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de coartar la libertad de la víctima (coacciones) se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas u otros actos continuos de hostigamiento".

2.4.2.5. Requisitos

El delito se articula en torno a las siguientes notas esenciales:

• Exigencia de que consten actos de acoso reiterado y persistente que evidencian una afectación grave o alteración en el devenir de la víctima, en su vida privada o laboral o en sus relaciones con terceros.

• No hace falta que esos hechos probados le afecten en todas sus esferas de la vida, pero sí que trascienda en una alteración de sus comportamientos que comporte un cambio diferencial entre el antes y el después a los actos de acoso.

• La gravedad de los hechos ha de ser superior a la afectación a las meras molestias.

• Debe concurrir la alteración grave de la vida cotidiana, no siendo suficiente con el mero acoso intrascendente o leve para el sujeto pasivo.

• Los actos probados de acoso deben evidenciar que en condiciones de normalidad, supone una obligación de modificar sus hábitos, o la prohibición de realizar determinadas conductas, por el sentimiento de inseguridad que le provoca el acosador.

• Se exige el resultado de alteración de la vida cotidiana en un grado elevado de importancia que sea consecuencia de los hechos constitutivos de acoso. La susceptibilidad de la víctima para alterar su vida ante meras molestias no permite entender cometido el delito.

• El bien jurídico protegido debe estar conectado con el sentimiento de seguridad y tranquilidad de la víctima.

• Se configura como un delito contra la libertad de obrar. Así, la alteración de las rutinas y ámbitos es consecuencia de los actos de acoso.

• No se exige, como en el delito de maltrato psicológico que se tenga que aportar prueba pericial que acredite la afectación psíquica de la víctima, ya que de ser así, en el caso de víctimas más fuertes resultaría que el acosador podría ejercer estas conductas sin que fueran constitutivas de delito.

Mediante la concurrencia de los requisitos anteriores tendrían cabida en este tipo delictivo conductas como la persecución, continua vigilancia, envío masivo de mensajes, cartas, correos electrónicos, whatsapp, etc., logrando causar temor y preocupación en la víctima por parte de la persona acosadora.

Aunque la norma que tipifica el delito no se refiere, a cuantas veces debe llevarse a cabo la conducta para que la misma sea constitutiva de esta modalidad penal, lo determinante es que se produzca "de forma insistente reiterada", lo que deja fuera de los actos de esta naturaleza que se llevan a cabo de forma aislada, debiendo en todo caso analizarse el conjunto de las circunstancias que concurran en cada caso concreto.

2.4.2.6. Presencia en el ámbito laboral

Aunque el delito desborda muy ampliamente el ámbito de las relaciones laborales, no resulta infrecuente que se produzca entre personal que presta servicios en un mismo centro de trabajo debiendo tratarse siempre de una conducta reiterada, continua y no deseada por la víctima de acoso. Dada su tipología puede producirse entre cualquier clase de personal de la empresa con independencia del nivel o rango jerárquico que ocupe la misma, si bien la mayoría de los casos se producen entre compañeros pertenecientes a grupos profesionales de niveles similares, sin descartar por supuesto el componente de superioridad jerárquica que a veces puede estar presente en esta modalidad de acoso.

2.4.2.7. Resoluciones judiciales sobre esta modalidad de delito

– STS, Penal, de 4 de noviembre de 2021, rec. 4682/2019. Existe el delito previsto en el artículo 172.3 CP, al constar acreditado que el

acusado envía, a quien había sido su pareja sentimental, numerosos mensajes de whatsapp, llamándola en 84 ocasiones por esa aplicación y otras 87 veces por vía telefónica normal en un mes y medio aproximadamente. Además en la puerta del domicilio de la mujer se aproximó a ella y le agarró por el brazo diciéndole "tu no vas a ningún lado tu vienes a hablar conmigo", hechos que objetivamente por su reiteración tienen capacidad para alterar la vida ordinaria de la víctima, manifestando una posición de dominación por el autor, expresando así el deseo de regresar con quien no quiere voluntariamente volver a la relación anterior.

– STS, Penal, de 7 de julio de 2021, rec. 3859/2019. Enviar hasta 500 mensajes de móvil y realizar algún seguimiento esporádico por la calle, constituye actos de acoso reiterados en el tiempo que evidencian una afectación de la vida cotidiana de la víctima, por lo que procede apreciar la existencia de delito.

– STS, Pleno, Penal, de 8 de mayo de 2017, rec. 1775/2016. No es sensato ni pertinente establecer un mínimo número de actos intrusivos, ni fijar un mínimo lapso temporal, aunque sí es destacable el dato de una vocación de cierta perdurabilidad como exigencia del delito descrito en el artículo 172 ter del Código Penal.

– Sentencia Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de marzo de 2022, apelación 122/2022. Existe el delito de acoso del artículo 172 ter del Código Penal ante la persistente vigilancia, persecución y búsqueda de la cercanía física de la denunciante, llegando a presentarse en su puesto de trabajo de forma frecuente y afectando a sus hábitos ordinarios de vida.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 16 de noviembre de 2017, apelación 6/2017. Se condena por el delito del artículo 172 ter del Código Penal en un caso en que en menos de un mes el acusado envío un total de 469 mensajes de whatsapp a la perjudicada, calificándose ello de una conducta existente y reiterada, a través de la cual el acusado ejerce un control incesante de la vida de la perjudicada, preguntándole constantemente donde se encuentra, cuando va a llegar a casa, etc., añadiéndose que dicho control ha alterado gravemente la

vida cotidiana de la perjudicada, limitando su libertad de obrar ante la permanente, dilatada, exagerada e injustificada remisión de mensajes, controlando en todo momento su situación y actividad, causando intranquilidad y desasosiego hasta límites intolerables.

– Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 2017, apelación 1273/2017. Se condena por delito de hostigamiento, acecho o stalking regulado en el artículo 172 ter del Código Penal ante los continuos mensajes remitidos por el acusado mediante whatsapp, por SMS, por email y por correo electrónico a lo largo de casi dos meses, de los que se infiere una cadencia diaria constante y reiterativa, por parte del acusado, para contactar con su víctima.

2.4.3. Hacking

2.4.3.1. Introducción

El acceso a las tecnologías digitales por gran parte de la sociedad ha aumentado considerablemente el riesgo de cometer delitos digitales, siendo víctimas potenciales de este tipo delictivo cualquier tipo de persona que de una u otra forma actúa en entornos digitales, incluyendo usuarios y particulares.

El Hacking puede ser definido en general, como un acto de intromisión por parte de un tercero en un sistema informático ajeno, sin el consentimiento de su titular.

2.4.3.2. El delito de intrusismo informático

Como ya hemos visto esta forma delictiva viene tipificada en el artículo 197.1 del Código Penal como "El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses".

El objeto del delito puede ser el conjunto del sistema informático o una parte del mismo, entendiendo por tal "todo aparato o grupo de aparatos interconectados o relacionados entre si, uno o varios de los cuales realizan, mediante un programa, el tratamiento automático de datos informáticos, así como los datos informáticos almacenados, tratados, recuperados o transmitidos por dicho aparato o grupo de aparatos para su funcionamiento, utilización, protección y mantenimiento" (Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto).

En definitiva desde el momento en que el delito se comete mediante el acceso a información personal de la víctima, el bien jurídico protegido, básicamente, es el derecho a la intimidad, si bien el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 que tipifica esta modalidad delictiva, claramente diferencia entre la revelación de datos que afectan a la intimidad personal y el acceso a otros datos o informaciones que puede afectar a la privacidad, pero que no están referidos a la intimidad personal.

2.4.3.3. Conductas típicas constitutivas de delito

Las conductas previstas en el Código Penal son las siguientes:

• Acceder a un sistema informático por cualquier medio o procedimiento, sin estar debidamente autorizado para ello.

• Facilitar a un tercero el acceso al conjunto o a una parte de la información, careciendo de la oportuna autorización.

• Mantenerse en un sistema informático ajeno sin conocimiento o consentimiento de su legítimo titular.

2.4.3.4. Plasmación del delito en el ámbito de las relaciones laborales y su posible relación con el delito de acoso sexual

Esta modalidad delictiva consiste en introducirse por cualquier medio en los sistemas informáticos, con la finalidad de acceder a información personal de todo tipo, para lo cual pueden utilizarse los propios fallos informáticos del sistema, o bien usurpar las contraseñas que permiten el acceso a la información.

En el ámbito de las relaciones laborales el hecho de introducirse en los correos electrónicos, teléfonos móviles o cualquier otro tipo de sistema en el que pueda archivarse la información personal, permite que un tercero, no autorizado para ello, pueda tener conocimiento de tal información que en ocasiones puede venir referida a la vida privada o íntima de la persona pudiendo incluso difundir dicha información, cuando no se acceda a las peticiones que puedan formularse para evitar dicha distribución.

Como puede apreciarse esta situación es muy similar a la que anteriormente hemos denominado como sextorsión, ya que en este caso igualmente se trataría de difundir imágenes de contenido íntimo y/o sexual, en el supuesto de no accederse a las pretensiones de la persona que ilegítimamente ha penetrado en un sistema informático particular, manifestando con tal comportamiento una situación de verdadero acoso, circunstancia que se viene produciendo con cierta frecuencia en los ámbitos laborales, al acceder por cualquier medio ilícito a los sistemas informáticos y de comunicación de naturaleza privada.

II. EL ACOSO SEXUAL COMO RIESGO PROFESIONAL

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de accidente de trabajo actualmente vigente tiene su origen en la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 y su regulación actual, muy breve por cierto, se contempla básicamente en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, si bien la actualización y adaptación de dicho artículo a la vigente realidad social ha sido llevado a cabo por la jurisprudencia y la doctrina judicial, sin perjuicio de las aportaciones doctrinales producidas sobre el tema.

Por ello a pesar de que el concepto legal de accidente de trabajo se haya notoriamente vinculado a las lesiones de carácter físico, es lo cierto que en los últimos años también las dolencias de carácter psicológico han sido calificadas como accidente de trabajo siempre que, por supuesto, se acredite la existencia de una relación entre la lesión y el trabajo, y es que la regulación contenida en el artículo 156 citado

posibilita tal calificación, desde el momento en que se atribuye la condición de contingencia profesional no solo a las lesiones que derivan directamente del trabajo (caídas, golpes, aplastamientos, etc.), sino también aquellas otras lesiones que son consecuencia del trabajo, y es aquí donde tienen cabida las llamadas lesiones psicosociales (acoso moral, acoso sexual, estrés laboral, síndrome por burn out, etc.), que por su relación directa con el trabajo también han accedido a la calificación de contingencia profesional.

Así pues y a día de hoy es un criterio prácticamente unánime el considerar que si de una situación de acoso sexual laboral se derivan lesiones, fundamentalmente de tipo psíquico, las mismas han de ser calificadas como contingencia profesional y más concretamente como accidente de trabajo. De esta forma si las lesiones derivadas del acoso sexual merecen tal calificación de accidente laboral, habrá de entenderse que el riesgo de acoso sexual se traduce también en un riesgo laboral conforme a lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales.

2. EL ACOSO LABORAL COMO RIESGO PSICOSOCIAL

Como ya hemos señalado en el apartado anterior, las conductas de acoso sexual pueden derivar en afecciones psicológicas y, singularmente, en síndromes depresivos que pueden y deben ser calificados como accidente de trabajo al amparo de lo establecido en el artículo 156 TRLGSS, siempre que se acredite que concurre una conexión entre la ejecución del trabajo y las lesiones sufridas, y a salvo de que concurran hechos que desvirtúen el nexo causal entre la lesión y el trabajo.

No obstante lo anterior, suele ser frecuente que las entidades aseguradoras no reconozcan las bajas laborales que tienen su origen en el acoso sexual como accidente de trabajo, derivando a la víctima del acoso a los servicios comunes del INSS y al objeto de que las dolencias sean tratadas como contingencia común y no como profesional.

Pues bien, en estos casos procederá acudir al procedimiento de determinación del origen de la contingencia, al que nos referimos en el

apartado siguiente, ya que la calificación de las consecuencias lesivas del acoso sexual o por razón de sexo como accidente laboral, presenta un tratamiento más favorable que la contingencia común, desde el momento en que no se exige periodo alguno de carencia para acceder a las prestaciones de IT o incapacidad permanente; la cuantía del subsidio o de la pensión, en su caso, es más elevada; se aplica el principio de automaticidad en el pago de prestaciones, aun cuando la empresa haya incumplido con sus obligaciones en materia de afiliación, alta o cotización, cabe la exigencia de reclamación de indemnización de daños y perjuicios a la empleadora o, en su caso, a la persona acosadora y, podría, incluso, accederse al recargo de prestaciones por omisión de medidas de seguridad, entre otras mejoras.

3. DETERMINACIÓN DEL ORIGEN COMÚN O PROFESIONAL DE LAS LESIONES

No es infrecuente que las personas trabajadoras inicien procesos de incapacidad temporal o permanente como derivados de enfermedad común, cuando en realidad el origen de las lesiones es de naturaleza profesional, lo que se traduce en que las prestaciones a percibir son inferiores, dado que el accidente de trabajo tiene mayor y mejor cobertura que la enfermedad común o el accidente no laboral y, por otra parte, se cargan a la caja común de la Seguridad Social prestaciones que debían ser satisfechas con cargo a las primas por contingencia profesional.

3.1. MARCO NORMATIVO

• Artículo 82.2 TRLGSS, conforme al cual "Respecto de las contingencias profesionales, corresponderá a las mutuas la determinación inicial del carácter profesional de la contingencia, sin perjuicio de su posible revisión o calificación por la entidad gestora competente de acuerdo con las normas de aplicación".

• Artículo 1.a) RD 1300/1995, de 11 de septiembre, a cuyo tenor "Será competencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social, cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia

de que se trate: a) Evaluar, calificar y revisar la incapacidad y reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por invalidez permanente, en sus distintos grados, así como determinar las contingencias causantes de la misma".

• Artículo 6 del Real Decreto 1430/2009, de 11 de septiembre, en el que se regula el procedimiento sobre determinación del origen común o profesional de la contingencia de que se trate, y cuyo artículo fue introducido por RD 625/2014, de 18 de julio.

3.2. COMPETENCIA

Aun cuando la redacción del artículo 82.2. TRLGSS pudiera dar lugar a equívocos, en realidad lo que se establece en dicha disposición es que las mutuas llevarán a cabo una primera valoración, pero la decisión final corresponde al INSS conforme al citado artículo 1.a) RD 1300/1995, debiendo seguirse el procedimiento que a tal fin se establece en el artículo 6 RD 1430/2009.

4. RESOLUCIONES QUE CALIFICAN LAS LESIONES PSÍQUICAS DERIVADAS DE ACOSO SEXUAL O POR RAZÓN DE SEXO COMO CONTINGENCIA PROFESIONAL (ACCIDENTE DE TRABAJO)

– STSJ Canarias/Las Palmas de 10 de febrero de 2021, rec. 1481/2021. "Ha resultado probado en el procedimiento penal que el proceso de baja médica de la actora iniciado el 5/4/18 y que se prolongó hasta el 25/10/18 deriva directamente del acoso sexual perpetrado por el empleador (HP3º), y a ello se añade que tal acoso sexual se produjo "en el centro de trabajo" y durante "horario laboral", repitiéndose los actos de acoso "casi a diario" (HP3º), todo lo cual deja claro que el daño moral que reclama la actora en su demanda, deriva de una acción dolosa directa del empresario que no solo ha vulnerado sus derechos fundamentales sino, además, tiene una conectividad directa con el proceso de baja médica sufrido por la trabajadora que, con independencia de su tramitación formal, se corresponde con una contingencia de carácter profesional (accidente de trabajo), en aplicación nítida del art. 156 de la LGSS".

– STSJ Navarra de 5 de julio de 2014, rec. 146/2014. "Los procesos encajan en las previsiones del apartado f) del mismo precepto en cuanto la demandante, que ya había tenido otras bajas médicas por ansiedad, que no guardaban ninguna relación con el trabajo, presentaba cierta predisposición de base a este tipo de afectaciones psiquiátricas, su enfermedad se habría agravado como consecuencia de la situación laboral sufrida, siendo diagnosticada ahora de un trastorno de ansiedad generalizada".

– STSJ Andalucía/Granada de 7 de octubre de 2009, rec. 1357/2009. Aun cuando la sentencia viene referida a acoso moral en el trabajo y no a trabajo sexual entendemos que su doctrina resulta plenamente aplicable a estos últimos supuestos, al establecer que "La extinción de la relación laboral solicitada por la trabajadora por acoso laboral o "mobbing", ha de conectarse dicha patología con ésas circunstancias estresantes, ése acoso, sufrido/o sentido, en el trabajo diario, en ése volver al lugar que le era hostil o en el que se sentía hostigada y por todo ello, no habiéndose probado por la parte recurrente que la trabajadora sufría, con anterioridad al inicio de su prestación servicial dicha alteración funcional/orgánica y que su agravación es del todo ajena a la labor desarrollada en la empresa, no habiéndose acreditado la existencia de extremos que rompan la relación de causalidad entre trabajo/padecimiento, la conclusión no puede diferir de la dada en la instancia".

– STSJ Cantabria de 23 de noviembre de 2006, rec. 919/2006. "Como pone de relieve la doctrina científica, a efectos clínicos, es posible distinguir distintas fases por las que sucesivamente atraviesan las personas sometidas al acoso; así tras un tiempo relativamente breve de acoso, los síntomas son muy cercanos al estrés y los sujetos pasivos del mismo presentan síntomas de cansancio, nerviosismo, problemas de sueño, trastornos digestivos..., en estos casos un periodo de baja laboral suele ser suficiente para reparar el daño recibido. Sin embargo, si el hostigamiento se prolonga en el tiempo, sigue afirmando esta doctrina, los síntomas descritos terminan por cronificarse, llegándose a situaciones de estrés postraumático y a estados depresivos severos; la evolución descrita culmina con la exclusión de victima traumatiza-

da del mercado de trabajo, apoderándose de la misma, al evocar las escenas de violencia y humillación vividas, las conductas de miedo y evitación". Reconocimiento de incapacidad permanente absoluta.

– STSJ Cantabria de 25 de enero de 2006, rec. 1233/2005. "En consecuencia, los diferentes datos conocidos en el proceso, de los que la sentencia impugnada, da cuenta (acoso sexual), muestran que la enfermedad de la demandante tiene un enlace directo y exclusivo con su condición de trabajadora y la prestación de servicios por cuenta ajena que desempeñó en la empresa condenada. El caso de la demandante encaja a la perfección en el artículo 115.2 e) de la Ley General de la Seguridad Social, por lo que su incapacidad temporal deriva de accidente de trabajo".

– STSJ Cataluña de 11 de junio de 2004, rec. 1760/2003. Incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo por depresión mayor a consecuencia de acoso sexual en el trabajo.

– STSJ Galicia de 24 de enero de 2000, rec. 5818/1996. "Ha quedado acreditado, que el Jefe inmediato de la actora, estando aquélla en el centro de trabajo y prestando servicios la hizo objeto de distintos acosos sexuales que determinaron la condena de aquél por vulneración de la prohibición de discriminación sexual y otros derechos fundamentales, derivados de acoso sexual ...".

• La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto contemplado en la presente litis, lleva a la conclusión de esta Sala de que la enfermedad que sufre deviene como consecuencia del trabajo, y es constitutiva de accidente de trabajo, resultando claro y evidente que existe un nexo causal entre la situación laboral y el síndrome psíquico que padece.

5. POSIBILIDAD DE IMPONER RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD EN SUPUESTOS DE ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

El acoso sexual puede ser constitutivo de un riesgo laboral y más concretamente de un riesgo psicosocial que la empresa viene obligada a

evaluar y a adoptar la medida necesaria para evitar que dicho riesgo pueda manifestarse.

Como consecuencia de lo anterior resultará que esa falta de evaluación de riesgos o la actitud pasiva de la empresa ante una denuncia de acoso sexual en el trabajo que origina una baja laboral, o incluso una declaración de incapacidad permanente, puede ser objeto de la imposición del recargo por omisión de medidas de seguridad, en cuantía comprendida entre el 30 y el 50 por 100 de la prestación, en los términos establecidos en el artículo 164 TRLGSS, como ha tenido ocasión de señalar la STSJ de Cataluña de 9 de junio de 2020, rec. 6737/2019, al establecer la siguiente doctrina: "Queda, por tanto, acreditada, la relación de causalidad entre este proceso de incapacidad temporal, y la omisión de adopción de medidas preventivas por la empleadora, lo que conduce a concluir que el estado secuelar que determinó aquel es imputable a la conducta infractora empresarial, y, concretamente, a la falta de adopción de medidas para eliminar o reducir el riesgo psicosocial, no evaluado, a que se encontraba sometido la trabadora, lo que generó, o, cuando menos, aumentó el riesgo de que dicho resultado se produjese", confirmando el recargo del 30% sobre las prestaciones a que la trabajadora tuviera derecho, impuesto por el INSS.

TUTELA JUDICIAL DE LAS VÍCTIMAS DE ACOSO SEXUAL ANTE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

1. INTRODUCCIÓN

Todas las directivas sobre igualdad entre mujeres y hombres de contenido sustantivo ha venido regulando lo que se ha venido a denominar las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva. La Directiva 2006/54/CE, norma marco de tutela de la igualdad de género en el ámbito comunitario, señala al respecto en su art. 17.1. "Los Estados miembros velarán por que, tras el posible recurso a otras autoridades competentes, incluidos, cuando lo consideren oportuno, procedimientos de conciliación, existan procedimientos judiciales para exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas con arreglo a la presente Directiva en favor de toda persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiera, del principio de igualdad de trato, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se haya producido la discriminación".

En el ámbito de los derechos derivados de las relaciones laborales, su tutela se contiene, básicamente, en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que declara la competencia de dicha jurisdicción para conocer los procedimientos de acoso "sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios ..."; en cuyo proceso se podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes (art. 95.3); estableciendo reglas especiales en relación con la carga de la

prueba (art. 96) y regulando un proceso especial de tutela de derechos fundamentales para recabar su protección (art. 177 y ss.), cuyas singularidades analizaremos posteriormente, sin perjuicio de que cuando se accione por cualquiera de los procedimientos a que hace referencia el artículo 184 (despido, resolución de contrato, etc.), tales procedimientos se tramitarán inexcusablemente con arreglo a su modalidad procesal específica, sin perjuicio de que se acumulen a ellos las pretensiones propias de la tutela de derechos fundamentales.

Así pues, ante la existencia de acoso en el trabajo, en cualquiera de sus variantes, la víctima podrá plantear una demanda de tutela de derechos fundamentales solicitando el cese en el comportamiento acosador y el derecho a una indemnización de daños y perjuicios, manteniendo en vigor su relación con la empresa, o bien podrá recabar la extinción de su contrato con derecho al percibo de la indemnización correspondiente como si de un despido improcedente se tratara, más una indemnización adicional por daños y perjuicios morales.

Con independencia de lo anterior, si la víctima de acoso hubiera sido, además, objeto de despido, podrá solicitar la declaración de nulidad, con derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo y abono de los salarios de tramitación y de una indemnización adicional por daños morales, sin perjuicio de la singularidad prevista en el artículo 286.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, conforme al cual "En los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso podrá optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación, en su caso, conforme al apartado 2 del artículo 281".

2. PROCEDIMIENTO DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. MARCO JURÍDICO

• Artículos 177 a 184 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

• En todo caso y aun cuando se accione por otro procedimiento (despido, resolución de contrato, etc.) en el que se invoque la existencia

de acoso sexual, habrá de seguirse el procedimiento propio de la acción que se ejercita, si bien le resultarán de aplicación las previsiones contenidas en la LRJS en materia de derechos fundamentales (intervención del Ministerio fiscal, personación del sindicato como coadyuvante, inversión de la carga de la prueba, ejecutividad de la sentencia, fijación de indemnizaciones, etc.).

2.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

El art 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho de las personas trabajadoras al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Por su parte, el art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, define el acoso sexual en los siguientes términos: Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual 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. Finalmente, los tribunales del orden social (por ejemplo, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de marzo de 2019 -rec.933/2018- y de Canarias de 21 de julio de 2009 -rec.572/2009-) vienen afirmando que para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento 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 (SJS 1 de Cartagena de 18 de enero de 2022, autos 542/2021).

Como se infiere de la definición anterior el acoso sexual tiene carácter pluriofensivo, de forma que su existencia compromete y vulnera distintos derechos fundamentales de la persona, de aquí que las de-

mandas sobre tutela de derechos fundamentales, por causa de acoso, podrán basarse en la vulneración de distintos derechos fundamentales de la persona, de forma individual o conjunta.

Así, nuestros tribunales han considerado que existe vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y del derecho a la intimidad, sin perjuicio de continuas referencias a la integridad física y moral y a al no discriminación por razón de sexo.

2.2.1. Resoluciones sobre vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la persona

– STS, Sala Penal de lo Militar, de 4 de mayo de 2022, rec. 1/2022. Existe un evidente ataque a la intimidad de las personas, mediante la acreditada difusión de vídeos y fotografías, grabados mientras mantenían relaciones sexuales o de contenido íntimo.

– STSJ Galicia de 3 de mayo de 2022, rec. 1728/2022. "En el supuesto de autos y a la vista de los Whatsapps –cuyo contenido no se niega por el recurrente– son patentes las reiteradas manifestaciones referidas a cuestiones de sexo, configurando desde un punto de vista objetivo una conducta que puede resultar atentatoria a la libertad sexual e intimidad de la mujer. En definitiva, de todo lo expuesto se desprende que han existido unas conductas por parte del empresario que objetivamente pueden tipificarse dentro del marco de la agresión sexual en el ámbito laboral, dando lugar a un rechazo de la trabajadora la cual, y atendiendo al contenido de los Whatsapps, es lógico que se sintiese afectada, agredida e intimidada en su libertad sexual, así como en su dignidad personal, siendo así que se ha vulnerado su derecho fundamental a la intimidad".

– STSJ Cataluña de 20 de abril de 2022, rec. 7603/2021. "El derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la personal (art. 10.1 CE), "implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"…. Así pues, "lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los

terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada".

– STSJ País Vasco de 14 de diciembre de 2021, rec. 2099/2021. "De la investigación realizada se puede afirmar que Ud. ha abusado de su posición, especialmente por lo que se refiere a la Sra. Natalia , tratando a través de la misma de vulnerar la intimidad de sus compañeras e intentado obtener un teléfono móvil privado, llegando al uso de la amenaza de dejar sin empleo a dicha trabajadora en caso de no acceder a su petición".

– STSJ Aragón de 28 de octubre de 2021, rec. 657/2021. "Estos actos atentan contra el derecho a la intimidad moral de quienes soportan tales conductas, derivan de un proceder reiterado que ha sido rechazado repetidamente por quien lo sufre (basta recordar lo ya dicho a propósito de la revisión de los hechos declarados probados en cuanto a los mensajes dirigidos al recurrente: creo que ayer dejamos claro que en cuanto a lo laboral tendremos un trato cordial de compañeros como debe ser, pero fuera del trabajo evita escribirme y mucho menos darme abrazos), y obliga al empresario a reaccionar para poner fin inmediato y definitivo a esa situación".

2.2.2. Resoluciones sobre vulneración del derecho a la dignidad personal

– STSJ Cataluña de 13 de enero de 2022, rec. 6235/2021. "Debe concurrir el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de la víctima, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, siendo precisamente éste el requisito que permitirá distinguir entre acoso sexual doloso o imprudente; en el primero la finalidad es atentar contra la dignidad de la persona, aunque no se consiga, mientras que en el segundo dicho efecto se produce aun sin ser ésta la finalidad del sujeto activo".

– STSJ País Vasco de 14 de diciembre de 2021, rec. 2099/2021. "Todo lo cual lleva a la Juzgadora de instancia a considerar probado que el actor ha cometido las conductas reflejadas en la carta de despido tanto respecto a varios de las camareros/as de piso, que se hallaban bajo su supervisión como hacia la gobernanta del hotel, considerando que

existió acoso sexual hacía varias de sus compañeras y subordinadas, y una conducta reiterada de falta de respeto, de atentado a la dignidad de las mismas, además de abuso de superioridad y prevalimiento del cargo, también hacía otros trabajadores que consideró que no se ponían de su parte".

– STSJ Madrid de 19 de noviembre de 2021, rec. 862/2021. "Los hechos acreditados son de una suma gravedad atentando directamente a la dignidad de la mujer y son merecedores de la máxima sanción del despido".

– STSJ Aragón de 28 de octubre de 2021, rec. 657/2021. "Los hechos e incumplimientos que someramente han sido descritos en los párrafos anteriores, suponen la realización continuada de actos atentatorios a la dignidad personal de dos compañeras de trabajo, con el objetivo claro de quebrar su voluntad y conseguir sus propósitos sentimentales y sexuales, conculcando su libertad individual. Dichos hechos se ven agravados por desempeñar Vd. un puesto de trabajo cuyas tareas incidían especialmente en los cometidos asignados a las dos víctimas, y prevaliéndose de la especial confianza que se había ganado de su inmediato superior, Igualmente, se ven agravados por su reacción ante la negativa de ambas de ceder a sus proposiciones, mediante amenazas, cuestionamiento y menosprecio profesional y personal frente a terceros, represalias de carácter profesional etc., con el claro objetivo de desprestigiar a las trabajadoras denunciantes frente a sus superiores y compañeros de trabajo, así como para intentar de ese modo conseguir sus propósitos sentimentales mediante coacción".

– SJS 1 de Albacete de 15 de marzo de 2022, autos 397/2021. "... al haber llevado a cabo el actor conductas con tres trabajadoras de la empresa con discapacidad, que implican una falta de respeto y consideración a la dignidad de cada una de ellas, y sobre las que tenía autoridad, al estar a su cargo, en la Sección donde prestaban sus servicios laborales, habiendo procedido a ofender físicamente a las tres trabajadoras, con acoso verbal y tocamientos no consentidos por ellas, lo que supone una conducta reprochable por su gravedad, por lo que se considera justificado que la empresa en base a estos hechos

procediera a su despido, sanción de máxima gravedad en el ámbito laboral".

2.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

2.3.1. Legitimación activa de carácter general respecto del personal laboral

• El artículo 177.1 LRJS atribuye la legitimación a cualquier trabajador (con) derecho o interés legítimo, en relación con la invocación de la vulneración de derechos fundamentales "incluida la prohibición del tratamiento discriminatorio y del acoso".

• Asimismo el artículo 177.2 dispone que podrán personarse como coadyuvantes el sindicato al que pertenezca la trabajadora, así como cualquier otro sindicato que ostente la condición de más representativo, si bien "no podrán personarse, recurrir ni continuar el proceso contra la voluntad del trabajador perjudicado.

• Tratándose de discriminación, también podrán personarse las entidades públicas o privadas entre cuyos fines se encuentre la promoción y defensa de los intereses legítimos afectados, con las singularidades a que se ha hecho referencia.

2.3.2. Legitimación activa del personal funcionario y estatutario, cuando se invoque infracción en materia de prevención de riesgos laborales

La atribución de competencia corresponde a la jurisdicción social en aplicación de lo establecido en el artículo 2.e.) LRJS conforme al cual "para garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales ya convencionales en materia de prevención de riesgos laborales, tanto frente al empresario como frente a otros sujetos obligados legal o convencionalmente, así como para conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados, bien sean éstos funcionarios, personal estatutario de los servicios de salud o personal laboral, que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumpli-

miento de la normativa de prevención de riesgos laborales que forma parte de la relación funcionarial, estatutaria o laboral; y siempre sin perjuicio de las competencias plenas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones".

– STS, Pleno, de 24 de junio de 2019, rec. 123/2019. Atribuye la competencia a la jurisdicción social para todas las cuestiones referidas a seguridad y salud laboral, con independencia de que se trate personal funcionario estatutario o laboral. En el mismo sentido SAN de 11 de septiembre de 2019, proc. 251/2017.

• Pronunciamientos judiciales que atribuyen la competencia a la jurisdicción social, tratándose de situaciones de acoso sexual en las que la parte demandante invoca el incumplimiento de normas en materia de prevención de riesgos laborales:

- STSJ Andalucía/Málaga de 25 de abril de 2018, rec. 117/2018. Secretaria del Ayuntamiento que acciona por vía de tutela de derechos fundamentales para determinar la existencia de conductas vejatorias que han provocado una situación de acoso (asunto dudoso).

- STSJ Andalucía/Málaga de 21 de febrero de 2018. Policía municipal, funcionario que invoca la situación de acoso sexual por infracción de normas en materia de PRL.

- STSJ Andalucía/Sevilla de 20 de diciembre de 2017. Funcionario de carrera que invoca incumplimiento en materia de PRL. Se desestima la demanda pero se declara la competencia.

- STSJ Cataluña de 20 de noviembre de 2017, rec. 5165/2017. Policía local funcionario. Derecho a indemnización de 25.000 euros por incumplimiento de normativa en materia de PRL. Acoso sexual.

• Si el funcionario o el personal estatutario que demanda invoca la tutela de derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la vida o a la integridad física, la demanda no será competencia de la jurisdicción social, ya que en materia de tutela de derechos fundamentales la competencia se le atribuye solo con relación al personal laboral.

Ejemplo: Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de mayo de 2020, proc. 123/2020.

2.4. LEGITIMACIÓN PASIVA

2.4.1. Normativa aplicable

• Artículo 182.1.b) LRJS. Se alude como posibles condenados a "empleador, asociación patronal, Administración pública o cualquier otra persona, entidad o corporación pública o privada", lo que constituye una lista abierta que permite la inclusión de otros sujetos.

• Artículo 177.4. Corresponde a la víctima elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la Ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión. La víctima del acoso "podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le une al empresario", lo que implica la posibilidad de demandar al causante directo de la situación de acoso sexual en el trabajo, aun cuando no tuviera la condición de trabajador de la empresa.

• Artículo 2.f) Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que declara la competencia de la jurisdicción social "Sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios; sobre las reclamaciones en materia de libertad sindical y de derecho de huelga frente a actuaciones de las Administraciones públicas referidas exclusivamente al personal laboral; sobre las controversias entre dos o más sindicatos, o entre éstos y las asociaciones empresariales, siempre que el litigio verse sobre cuestiones objeto de la competencia del orden jurisdiccional social, incluida en todos los supuestos de este apartado la responsabilidad por daños; y sobre las demás actuaciones previstas en la presente Ley conforme al apartado 4 del artículo 117 de la Constitución Española en garantía de cualquier derecho".

2.4.2. Sujetos demandados

Con carácter general mantendrá la legitimación pasiva la empresa, particularmente en aquellos casos en los que el empresario sea quien realice la situación de acoso sexual, o la permita aun siendo terceros los que la lleven a cabo.

En todo caso cabe también la posibilidad de demandar a la persona acosadora, incluso en el supuesto que no preste servicios directos en la empresa, como podría ser el caso de un proveedor, un cliente, etc.; con la particularidad de que será necesario demandar a la persona acosadora/s cuando la víctima pretenda su condena para que cese en el comportamiento de acoso y asimismo responda solidariamente de la indemnización que pueda establecerse a favor de la persona acosada.

• STSJ País Vasco de 29 de septiembre de 2020, rec. 936/2020. El artículo 177.4 "permite a la víctima de la violación de un derecho fundamental dirigir la demanda de tutela contra el empleador y otros posibles causantes de la lesión de tales derechos distintos de su empleador, como pudiera ser un tercero, un compañero, o un cliente, como en este caso, siempre, claro está, que la vulneración tenga vinculación con el trabajo".

• STSJ Castilla y León/Burgos de 7 de febrero de 2018, rec. 2/2018. Se condena a la indemnización de daños y perjuicios directamente al acosador (en este caso laboral), con absolución del ayuntamiento para el que ambos trabajan.

• STSJ Galicia de 18 de abril de 2016, rec. 496/2016. Competencia de la jurisdicción social para conocer de un procedimiento de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, tratándose del acoso de un tercero vinculado al empresario por vínculo laboral y teniendo la vulneración alegada conexión directa con la prestación de servicios. Un supuesto singular vendría constituido por la posibilidad de accionar separadamente en un procedimiento ordinario (despido, extinción del contrato, etc.) y posteriormente accionar por la vía de tutela de los derechos fundamentales. Este es el caso contemplado, por ejem-

plo, por la STSJ de Canarias/Las Palmas de 10 de febrero de 2022, rec. 1481/2021, en el que la demandante accionó primeramente por resolución de contrato alcanzándose así un acuerdo en conciliación en el que la empresa reconocía los hechos que daban lugar a la demanda, y posteriormente se accionó por la vía de tutela de derechos fundamentales, una vez extinguida la relación laboral, en la que se reconoció el derecho a una indemnización de 150.000 euros.

2.5. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

• Tanto el artículo 124 CE como los artículos 3.3º y 10º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal le atribuyen el "velar por el respeto ... de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa", por lo que en cumplimiento de dichas previsiones "el Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos adoptando, en su caso, las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas" en aplicación del artículo 177.3 LRJS.

• Como parte procesal que es resultará que:

– Puede alegar, probar y recurrir con independencia de las demás partes.

– Su ausencia no se suple con la remisión de actuaciones para la emisión de informes.

– Puede demandar o continuar la acción si hay renuncia o desistimiento con vulneración del derecho fundamental.

– Debe ser citado al acto del juicio oral obligatoriamente.

– Le corresponde velar especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas.

2.6. PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES

• Artículo 179.2 LRJS. La demanda habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública de que se trate.

• Cuando la demanda se dirija contra la empresa será de aplicación lo establecido en el artículo 59.1 ET, conforme al cual las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año.

• En el supuesto de que se ejercitara la acción por despido nulo derivado de acoso sexual en el trabajo, el ejercicio de la acción caducará a los 20 días siguientes a aquel en que se hubiera producido el despido (artículo 59.3 ET).

2.7. REQUISITOS FORMALES DE LA DEMANDA

• Artículo 179.3 LRJS. Se expresarán en la demanda "con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida ...".

2.8. LIMITACIÓN DEL OBJETO LITIGIOSO

• Artículo 178.1 LRJS El objeto del procedimiento queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental o libertad pública de que se trate, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos distintos a la tutela del derecho fundamental.

• Si la pretensión ejercitada se sustenta en vulneración de derechos fundamentales y, a la vez, en infracción de legalidad ordinaria, la sentencia solo resolverá acerca de la vulneración de los derechos fundamentales sin entrar en la infracción de la legalidad ordinaria.

• En aplicación de lo establecido en el artículo 179.4 LRJS, el juez o tribunal podrá rechazar de plano las demandas que no deban tramitarse con arreglo al procedimiento de tutela de derechos fundamentales.

2.9. POSIBILIDAD DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

• Artículo 180.1 LRJS. Se podrá solicitar, como medida cautelar, la adopción de las medidas necesarias para adoptar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en la sentencia.

• En concreto y a tenor de lo establecido en el artículo 180.4 LRJS cuando la demanda se refiere a protección frente al acoso, así como en los procesos seguidos a instancia de la trabajadora víctima de violencia de género, podrán solicitarse cualquiera de las siguientes medidas:

- Suspensión de la relación laboral.
- Exoneración de prestación de servicios.
- Traslado de puesto o de centro de trabajo.
- Reordenación o reducción del tiempo de trabajo.
- Cuantas otras medidas tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, incluidas, en su caso, aquellas que pudieran afectar al presunto acosador, en cuyo supuesto deberá ser oído este.

• Artículo 180.5 LRJS. Regula un procedimiento sumario para la adopción de las medidas cautelares, debiendo citarse a las partes y al Ministerio Fiscal para que dentro de las 48 horas siguientes comparezcan a una audiencia preliminar para resolver sobre tales medidas, adoptando el órgano judicial la decisión que proceda al término de dicha audiencia (artículo 180.6 LRJS).

2.10. REGLAS ESPECIALES SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

• Artículo 96.1 LRJS. En los procesos en que de las alegaciones de la parte demandante se deduzca la existencia de indicios racionales de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, acoso y cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probado, de las medidas adoptadas.

• Artículo 181.2 LRJS. Una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación de un derecho fundamental o libertad pública, corresponde al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

2.11. SENTENCIA RECAÍDA EN LOS PROCEDIMIENTOS SOBRE TUTELA

La sentencia en la que se aprecie la existencia de acoso sexual en el trabajo contendrá los siguientes pronunciamientos:

• Ordenará el cese inmediato de la situación de acoso sexual en el trabajo.

• Se pronunciará sobre la cuantía que en su caso corresponda a la parte demandante por la vulneración del derecho fundamental (artículo 183 LRJS).

• A efectos de fijación de la indemnización podrán tenerse en cuenta los siguientes extremos:

- Gravedad de la lesión.
- Culpabilidad de la gente.
- Reiteración de la lesión.
- Circunstancias concurrentes.
- Gastos del proceso.
- Etc.

• Para la cuantificación de la indemnización puede tenerse en cuenta los criterios sancionadores establecidos el RDL5/2000, de 4 de agosto, Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

3. DEMANDA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO A INSTANCIA DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO

3.1. ASPECTOS GENERALES

• En estos casos la persona trabajadora opta por la resolución del contrato al amparo del artículo 50 ET con derecho al percibo de la indemnización correspondiente a la extinción del contrato de trabajo, más otra indemnización adicional en concepto de daños y perjuicios.

• Son mayoritariamente trasladables al proceso de resolución de contrato las previsiones contenidas en el procedimiento de tutela de derechos fundamentales, fundamentalmente en materia de intervención del Ministerio Fiscal, carga de la prueba, indemnización de daños y perjuicios, etc.

3.2. MEDIDAS CAUTELARES

Si la persona objeto de acoso sexual en el trabajo plantea demanda de extinción del contrato, la regla general aplicable es que debe permanecer en supuesto de trabajo, al menos hasta la sentencia de instancia que acceda a la pretensión, con lo cual resulta evidente que puede ocasionarse una situación compleja y conflictiva a partir del momento en que la empresa o el sujeto acosador tengan conocimiento de la existencia de la demanda.

Pues bien para prevenir esta situación el artículo 79.7 LRJS dispone que "En los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores en aquellos casos en los que se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral de trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior, podrá acordarse, a instancia del demandante, alguna de las medidas cautelares contempladas en el apartado 4 del artículo 180 de esta Ley¸ con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia".

Así pues, en estos casos parece conveniente solicitar las medidas cautelares por medio de un otrosi de la demanda, aportando indicios suficientes que permitan la adopción de la medida cautelar, máxime teniendo en cuenta que la persona acosada tiene derecho a ausentarse del trabajo manteniendo su cotización a la Seguridad Social y el derecho al abono de los horarios correspondientes.

3.3. PRONUNCIAMIENTOS DE INTERÉS EN MATERIA DE RESOLUCIÓN DE CONTRATOS A INSTANCIA DE LA VÍCTIMA DE ACOSO SEXUAL O POR RAZÓN DE SEXO

• STSJ Andalucía/Granada de 20 de diciembre de 2018, rec. 1763/2018. Resolución de contrato por acoso sexual con derecho a indemnización de 25.000 €, al margen de la correspondiente a la resolución del contrato.

• STSJ Galicia de 13 de abril de 2018, rec. 421/2018. Acoso discriminatorio sexista en relación con el acoso sexual sufrido por la esposa del trabajador. Acoso sexual por asociación. Resolución del contrato con indemnización adicional de 15.000€.

• STSJ Galicia de 16 de marzo de 2018, rec. 5398/2017. Procede la resolución del contrato ante la pasividad de la empresa en adoptar medidas necesarias ante el acoso sexual sufrido por la trabajadora. Indemnización adicional de 15.000€.

• STSJ Cataluña de 30 de enero de 2018, rec. 5957/2017. Extinción por voluntad del trabajador invocando su derecho a la protección frente a los riesgos laborales.

• STSJ Murcia de 18 de abril de 2016, rec. 546/2015. Trabajadora de residencia geriátrica acosada sexualmente por residente. Falta de adopción de medida alguna por parte de la empresa. Indemnización adicional de 12.000 €.

• STSJ Madrid de 8 de abril de 2016, rec. 804/2015. Extinción del contrato ante la existencia de acoso sexual por parte de socio y administrador de la empresa. Validez de la grabación audiovisual presentada por la trabajadora. Indemnización adicional de 1.000 €.

• STSJ Cataluña de 26 de febrero de 2015, rec. 6729/2014. Procedencia de la resolución ante la conducta del presidente del consejo de administración que consintió en hacer comentarios de índole sexual, efectuar regalos, hacer comentarios sobre situación íntima de la trabajadora, etc. Indemnización adicional de 19.474,75 €.

• STSJ Cataluña de 17 de julio de 2012, rec. 2811/2012. Extinción del contrato por acoso sexual. Responsabilidad empresarial en la indemnización al tener conocimientos de los hechos e incumplir su obligación de seguridad. Indemnización de 10.000 €.

• STSJ Andalucía/Sevilla de 22 de julio de 2008, rec. 3837/2007. Extinción del contrato por voluntad del trabajador concurriendo acoso moral y acoso sexual. Trato vejatorio por parte de los compañeros y conducta omisiva y permisiva por parte del empresario. Indemnización de 12.000 euros.

• SJS 1 de Badajoz de 23 de diciembre de 2019, autos 195/2019. Procede la extinción del contrato de trabajo ante la inactividad empresarial que no adopta ni una sola medida preventiva ante la situación de acoso sexual denunciada por la trabajadora, que se traduce en una situación de incapacidad temporal ante la persistencia de las conductas de acoso.

• SJS 5 de Alicante de 20 de octubre de 2011, proc. 533/2011. Extinción del contrato por parte de la trabajadora ante la existencia de acoso sexual por el empresario. Indemnización de 6.000 euros.

4. DEMANDA DE DESPIDO DE LA VÍCTIMA DE ACOSO SEXUAL O POR RAZÓN DE SEXO

4.1. REGLA GENERAL: DESPIDO NULO

Se trata de aquellas situaciones en las que la persona acosada es objeto de despido, fundamentalmente por rechazar las proposiciones de chantaje sexual o, simplemente, por oponerse al mantenimiento de una situación de acoso sexual ambiental que produce una situación humillante, degradante, hostil, para quien lo sufre.

Es obvio que en estos casos la causa de despido se disfraza con otras motivaciones, pero en el fondo el despido obedece a la persistencia de una situación de acoso sexual o por razón de sexo, de forma que cuando se acredita dicha circunstancia y al constar, por tanto, la vulneración de derechos fundamentales de la víctima de acoso, el despi-

do ha de ser declarado nulo con las consecuencias legales inherentes a tal declaración, que no son otras que las de readmisión, con abono de salarios de tramitación, y el reconocimiento del derecho a una indemnización adicional por los daños y perjuicios morales ocasionados, que suele imponer libremente el Juzgado de lo Social, en función de las circunstancias concurrentes y principalmente atendiendo a la gravedad de las conductas constitutivas de acoso sexual o sexista.

4.2. PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES SOBRE DECLARACIÓN DE DESPIDO NULO Y RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A UNA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN FAVOR DE LA PERSONA ACOSADA

• STSJ Galicia de 16 de junio de 2020, rec. 529/2020. Despido objetivo de la trabajadora tras haber sufrido una conducta de acoso sexual por parte del empresario que realizó numerosas llamadas telefónicas con contenidos verbales de naturaleza lujuriosa, en lo que se califica como acoso sexual. Despido nulo y fijación de indemnización de 25.000 € a cuyo pago se condena solidariamente al acosador y a la empresa.

• STSJ Galicia de 9 de diciembre de 2019, rec. 3789/2019. Despido nulo al haberse llevado a cabo como represalia por la denuncia por delito de acoso sexual. Indemnización por la lesión de derechos fundamentales en cuantía de 6.000 €.

• Sentencia 154/2018, de 29 de mayo, del Juzgado de lo Social número 3 de Plasencia. Se califica como despido nulo la baja en Seguridad Social de la trabajadora a los pocos días de anunciar su intención de interponer denuncia penal frente a la empresa por presunto acoso sexual. No se reconoce indemnización adicional.

• STSJ Asturias de 30 de septiembre de 2015, rec. 1932/2015. Existencia de acoso sexual por la conducta del administrador que remitió a una de las trabajadores una carta manuscrita de claro contenido sexual, que suponía un menosprecio a su dignidad. Actuación discriminatoria tanto por razón de sexo como por razón de raza, tanto porque se dirigía a una trabajadora de color y manifestaba de forma inapropiada su predilección por las mujeres de raza negra. Despido nulo e indemnización de 15.500 €.

• STSJ Galicia de 21 de abril de 2014, rec. 4705/2013. Despido nulo. Acoso sexual mediante frases e insinuaciones de contenido sexual por compañeros de trabajo que motivan una baja por IT y la no renovación del contrato. Indemnización adicional de 12.000 €.

• STSJ Galicia de 22 de enero de 2010, rec. 4677/2009. Despido nulo. Frases e insinuaciones de contenido sexual por superior jerárquico que motiva un puntual incumplimiento laboral sin entidad suficiente para justificar el despido disciplinario. Indemnización adicional de 4.000€.

4.3. POSIBILIDAD DE QUE LA VÍCTIMA DE ACOSO SEXUAL EN EL TRABAJO CUYO DESPIDO HA SIDO DECLARADO NULO, OPTE POR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO, CON DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN, COMO SI DE DESPIDO IMPROCEDENTE SE TRATARA

Dado que la declaración de nulidad del despido implicaría volver al centro de trabajo en el que la trabajadora está siendo objeto de acoso, el artículo 286.2 LRJS contiene la siguiente previsión: "En los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso podrá optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación en su caso ...".

Así pues, en estos casos la víctima del acoso sexual tendría derecho al percibo de la indemnización por daños morales, a los salarios de tramitación, y a al indemnización propia del despido, previsión esta que se establece legalmente con la finalidad de evitar que se vea obligada a reincorporarse a un puesto de trabajo en el que está siendo objeto de acoso sexual.

En tal supuesto la extinción del contrato debe solicitarse por la víctima del acoso en el trámite de ejecución de sentencia (STS 16 de abril de 2012, rec. 1467/2011 y STSJ La Rioja de 31 de mayo de 2018, rec. 134/2018).

OTROS TÍTULOS DE ESTA COLECCIÓN

Lecciones de trabajo autónomo. Régimen profesional y protección social.
Elena Desdentado Daroca

Lecciones de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social.
Elena Desdentado Daroca

Lecciones de Derecho de la Seguridad Social.
Elena Desdentado Daroca

OTROS TÍTULOS DE EDITORIAL BOMARZO

COLECCIÓN ESTUDIOS

Nuevas formas de negociación colectiva en la empresa digital.
José Manuel Gómez Muñoz (director) y José Manuel Moreno Díaz (Coordinador)

Digitalización y protección de datos en el empleo público: normas y prácticas.
Cristóbal Molina Navarrete

Transparencia en el ámbito de los recursos humanos de las Administraciones públicas: cuestiones prácticas.
Joaquín Meseguer Yebra (Coordinador)

El acceso al empleo público. *Remedios Roqueta Buj y Carlos L. Alfonso Mellado*

La protección de Seguridad Social a las personas mayores, retos para el Siglo XXI. *Salvador Perán Quesada y Francisco Vila Tierno (Dirección general)*

La fatiga informática en el trabajo. *Francisco Trujillo Pons*

www.editorialbomarzo.es