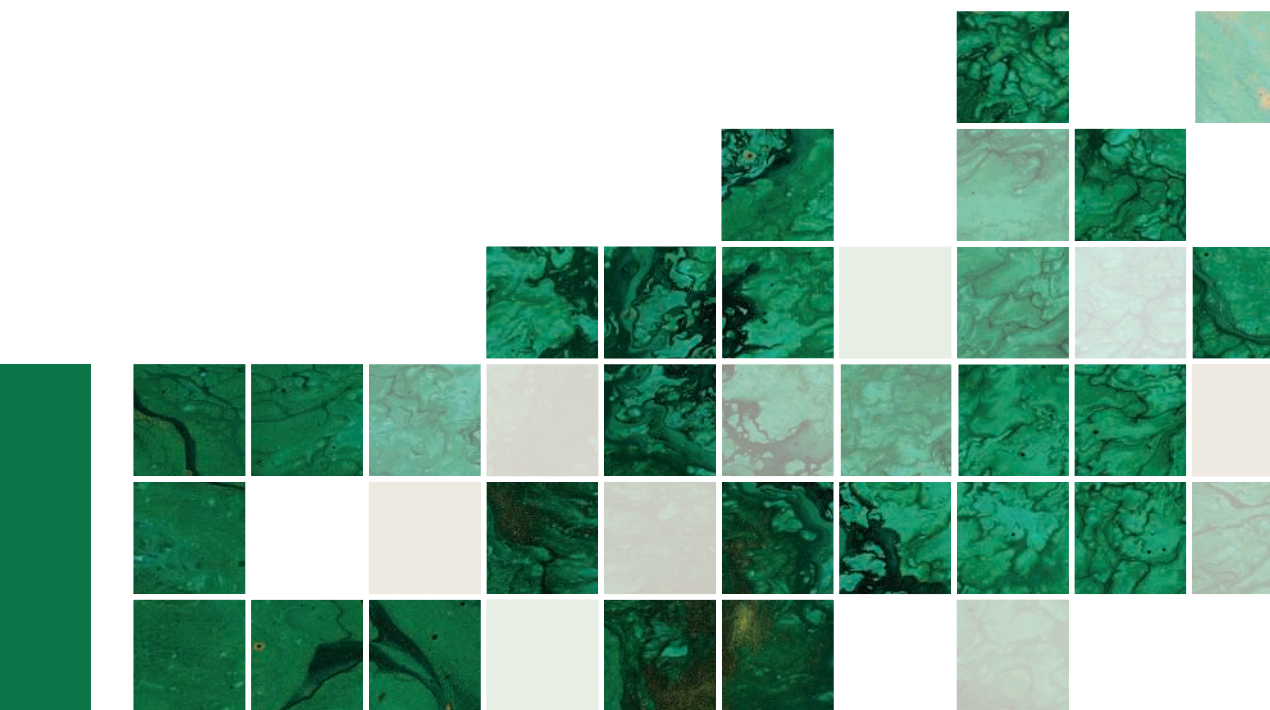


TEMAS

El tratamiento del acoso en el orden civil, penal, laboral y contencioso

*Raquel Vicente Andrés, María Prendes Valle,
David Vázquez García y Fernando Pinto Palacios*



III LA LEY

© De los autores, 2024

© LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.

LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 91 602 01 82

e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es

<https://www.aranzadilaley.es>

Primera edición: Septiembre 2024

Depósito Legal: M-18731-2024

ISBN versión impresa: 978-84-10292-00-0

ISBN versión electrónica: 978-84-10292-01-7

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.

Printed in Spain

© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendój), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendój es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO	19
CAPÍTULO 1. EL ACOSO EN EL ÁMBITO LABORAL. Raquel Vicente Andrés	23
INTRODUCCIÓN.....	25
1. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL CONTRA EL ACOSO .	27
1.1. El Convenio de Estambul.....	27
1.2. El Convenio de la OIT 190 y la Recomendación número 206.....	29
A) Elementos innovadores	29
B) Definiciones y ámbito de aplicación.....	30
C) Ámbito de aplicación	32
D) Principios fundamentales	32
E) Protección y prevención	33
F) Control de la aplicación	34
1.3. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) ...	35
2. LA PROTECCIÓN FRENTE AL ACOSO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO EUROPEO.....	36
2.1. Normativa de <i>Soft Law</i>	37
2.2. Normativa <i>Hard Law</i>	40
3. PROTECCIÓN NORMATIVA NACIONAL.....	46
3.1. La LO 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.....	50

3.2.	Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación: el acoso discriminatorio.	55
3.3.	La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, y su impacto en materia de <i>compliance</i>	56
3.4.	Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI	57
4.	EL DERECHO A LA IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL ACOSO	58
4.1.	El acoso discriminatorio. A vueltas con la intencionalidad y persistencia de la conducta	59
4.1.1.	El acoso discriminatorio como discriminación sexual: acoso sexual y acoso por razón de sexo	59
4.1.2.	Elementos configuradores del acoso discriminatorio	63
4.3.	Los planes de Igualdad y protocolos contra el acoso (incluido el colectivo LGTBI)	65
4.3.1.	Protocolos antiacoso para el colectivo LGTBI	67
4.3.2.	Los protocolos antiacoso en la negociación colectiva	69
4.3.3.	Control jurisprudencial de los planes de igualdad contra el acoso	71
4.4.	La responsabilidad patrimonial y reparación del daño	76
4.4.1.	Responsabilidad en el marco de las infracciones administrativas	77
4.4.2.	La responsabilidad patrimonial del empresario	79
4.4.3.	La reparación del daño moral	80
5.	EL ACOSO MORAL.	83
6.	EL ACOSO LABORAL EN LA ERA DIGITAL: ESPECIAL REFERENCIA AL TELETRABAJO	89
7.	LA DETERMINACIÓN DE LA CONTINGENCIA ACOSO COMO PROFESIONAL.	93
7.1.	La calificación del acoso como accidente de trabajo.	96

7.2.	Prevención y sensibilización en el ámbito laboral: medidas específicas de prevención	101
7.3.	Recargo	109
8.	CUMPLIMIENTO NORMATIVO (<i>COMPLIANCE</i>)	111
8.1.	Consideraciones generales del <i>compliance</i> socio laboral en el acoso	112
8.2.	La Ley de protección al informante: el acoso como represalia prohibida.	115
9.	ASPECTOS PROCESALES	117
9.1.	Competencia	117
9.2.	Legitimación y litisconsorcio	119
9.3.	Normas procesales en materia de acoso sobre prueba	123
9.3.1.	Inversión de la carga probatoria y presunciones	124
9.3.2.	Sesgo de género en la valoración probatoria .	126
9.3.3.	Infracción de garantías procesales sobre admisión de la carga probatoria	129
9.4.	Medidas cautelares	132
9.5.	Prejudicialidad	133
9.6.	Excepción de inadecuación de procedimiento.	134
9.7.	Ejecución.	136
9.8.	Inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina	136
10.	DESPIDO Y EXTINCIÓN INDEMNIZADA DEL CONTRATO EN EL ACOSO.	140
10.1.	Despido.	140
10.2.	La extinción indemnizada del contrato por el trabajador.	142
11.	PREGUNTAS Y RESPUESTAS	145
	NORMATIVA	153
	Internacional	153
	Europea	153
	Nacional	154
	JURISPRUDENCIA SOCIAL.	155

BIBLIOGRAFÍA	157
PÁGINAS WEB CONSULTADAS.	158
CAPÍTULO 2. ACOSO Y DERECHO PENAL: LA RELEVANCIA JURÍDICO-PENAL DE LAS CONDUCTAS DE HOSTIGAMIENTO. Fernando Pinto Palacios.	161
1. LA TIPIFICACIÓN DEL ACOSO EN EL DERECHO PENAL. . .	163
2. EL DELITO DE ACOSO (<i>STALKING</i>)	166
2.1. Ubicación sistemática y bien jurídico protegido	168
2.2. Elementos del tipo objetivo	170
2.3. Elementos del tipo subjetivo	172
2.4. Otros elementos relevantes	172
2.5. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.	174
2.5.1. STS (Pleno) 324/2017, de 8 de mayo.	174
2.5.2. STS 554/2017, de 12 de julio	175
2.5.3. STS 554/2020, de 28 de octubre	177
2.5.4. STS 599/2021, de 7 de julio	178
2.5.5. STS 639/2022, de 23 de junio.	180
2.5.6. STS 628/2022, de 23 de junio.	181
3. EL DELITO DE ACOSO EN TORNO A LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO.	183
3.1. Ubicación sistemática y bien jurídico protegido	185
3.2. Elementos del tipo objetivo	186
3.3. Elementos del tipo subjetivo	187
3.4. Otros elementos relevantes	188
3.5. STC (Pleno) 75/2024, de 8 de mayo.	188
4. EL ACOSO COMO DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.	193
5. EL ACOSO LABORAL	195
5.1. Ubicación sistemática y bien jurídico protegido	195
5.2. Elementos del tipo objetivo	196
5.3. Elementos del tipo subjetivo	198
5.4. Otros elementos relevantes	199

5.5.	Jurisprudencia del Tribunal Supremo	202
5.5.1.	STS 694/2018, de 21 de diciembre	202
5.5.2.	STS 406/2020, de 17 de julio	204
5.5.3.	STS 409/2020, de 20 de julio	205
5.5.4.	STS 45/2021, de 21 de enero	207
5.5.5.	STS 426/2021, de 19 de mayo	214
6.	EL ACOSO INMOBILIARIO	217
6.1.	Ubicación sistemática y bien jurídico protegido	217
6.2.	Elementos del tipo objetivo	220
6.3.	Elementos del tipo subjetivo	222
6.4.	Otros elementos relevantes	223
6.5.	Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales	225
6.5.1.	SAP de Cádiz (Sección 1. ^a) 162/2022, de 13 de junio	225
6.5.2.	SAP de Las Palmas (Sección 2. ^a) 415/2022, de 21 de noviembre	227
6.5.3.	SAP de Barcelona (Sección 6. ^a) 383/2021, de 3 de marzo	228
7.	EL ACOSO CALLEJERO	229
7.1.	Ubicación sistemática y bien jurídico protegido	231
7.2.	Elementos del tipo objetivo	231
7.3.	Elementos del tipo subjetivo	233
7.4.	Otros elementos relevantes	233
8.	EL ACOSO SEXUAL	236
8.1.	Ubicación sistemática y bien jurídico protegido	238
8.2.	Elementos del tipo objetivo	240
8.3.	Elementos del tipo subjetivo	245
8.4.	Otros elementos relevantes	245
8.5.	Jurisprudencia del Tribunal Supremo	248
8.5.1.	STS 721/2015, de 22 de octubre	248
8.5.2.	STS 830/2014, de 28 de noviembre	253
8.5.3.	STS 1460/2003, de 7 de noviembre	254
8.5.4.	STS 343/2013, de 30 de abril	257

BIBLIOGRAFÍA	259
JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA.	264
Delito de <i>stalking</i>	264
Delito de acoso en torno a la interrupción voluntaria del embarazo.	265
Delito de acoso laboral	265
Delito de acoso inmobiliario	265
Delito de acoso sexual.	265
CAPÍTULO 3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ACOSO ESCOLAR Y DEL CIBERACOSO. David Vázquez García .	267
1. INTRODUCCIÓN	269
2. LA RESPONSABILIDAD DEL AGRESOR	275
2.1. La responsabilidad civil derivada del ilícito penal . . .	275
2.2. La responsabilidad civil por hechos propios	286
2.3. Especial mención a la responsabilidad civil del menor acosador	289
3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES, TUTORES, ACOGEDORES Y GUARDADORES DE HECHO.	293
3.1. La responsabilidad civil « <i>ex delicto</i> »	293
3.1.1. Sujetos responsables	294
3.1.2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad . . .	299
3.1.3. Interpretación del inciso «por este orden» del artículo 61.3 LORPM	304
3.1.4. El problema de la moderación de la responsabilidad civil	310
3.1.5. Posibles escenarios para el ejercicio de la acción.	313
3.2. La responsabilidad civil derivada del ilícito civil	324
3.3. Responsabilidad en los casos de crisis matrimoniales	331
3.4. Responsabilidad civil en los casos de cyberbullying . .	340
4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS CENTROS ESCOLARES	342
4.1. Centros docentes de titularidad privada.	349

i)	Un acto dañoso causado por un alumno del centro	352
ii)	Centro docente de enseñanza no superior. . .	352
iii)	Negligencia del titular del centro	354
iv)	Comisión del acto dañoso durante el período de tiempo en que los menores se encuentren bajo el control o vigilancia del centro	357
4.2.	Centros docentes de titularidad pública. La responsabilidad civil de la administración pública y de sus funcionarios.	372
5.	DAÑOS INDEMNIZABLES. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL DAÑO MORAL	388
i)	Los daños patrimoniales	390
ii)	Los daños personales	390
iii)	Los daños morales. Su especial consideración	392
	BIBLIOGRAFÍA	407

CAPÍTULO 4. UN ANÁLISIS DEL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. María Prendes Valle 411

1.	INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LA PALABRA ACOSO.	413
2.	EL ACOSO SEXUAL BAJO EL PRISMA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.	416
3.	MARCO NORMATIVO DESDE EL ANÁLISIS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	417
4.	PROTOCOLOS DE ACTUACIÓN Y PREVENCIÓN DEL ACOSO SEXUAL Y POR RAZÓN DE SEXO.	431
5.	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO POR RAZÓN DE SEXO.	436
	BIBLIOGRAFÍA	445
	JURISPRUDENCIA	446

PRÓLOGO

Desde que mi labor profesional se desenvuelve, tras muchos años en la Fiscalía, como Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo me ha ocurrido en más de una ocasión. Un abogado, una abogada, con quien, sin ser grandes amigos, mantengo alguna relación, me ha enviado un mensaje o, al coincidir, me ha hecho un comentario muy laudatorio sobre alguna resolución mía con la que había topado (a veces, era el defensor de una de las partes, la perjudicada por la decisión, lo que daba más valor a su opinión; otras, era sencillamente alguien que había estado buceando en los repertorios buscando respuesta a algún asunto). Y me han felicitado. Disimulando pudorosamente la satisfacción que siempre producen esas alabanzas y, como sin darme importancia o con una fingida apariencia de indiferencia y haciendo protestas —quizás algo hipócritas— de mi convicción de que se trataría de alabanzas inmerecidas o exageradas, la vanidad interior, escondida tras un impostado aire de cierta distancia, he preguntado, como por curiosidad, por la resolución concreta a que se refería.... Y, entonces, lo que era apariencia se ha convertido en autenticidad: la modestia ya no era aparentada. Respondía a la cruda realidad: las alabanzas eran genuinamente inmerecidas. No me correspondían. Me mencionaban un asunto —que no conseguía recordar— y —ahí está el secreto— el Auto de inadmisión que le había puesto punto final. Yo aparecía como ponente, en efecto; yo había estampado mi firma en esa resolución —después de supervisarla y, ocasionalmente, pocas, corregir algún detalle—. Y si estaba conforme con la decisión (lo más frecuente y habitual) la había asumido y suscrito. Pero el Auto, la argumentación, el estilo, era obra de uno de los letrados que, ubicados (al menos la mayoría de los que auxilian a la Sala Segunda) en los sótanos del edificio, rescatados para oscuros y compartidos despachos en la rehabilitación de 1995, soportan una buena parte de la carga de trabajo que pesa sobre las Salas de Justicia del Tribunal Supremo. Le he explicado esto al interlocutor, que ha asentido, aunque alguna vez he percibido un gesto de escepticismo, un errado ¡qué humilde es este Antonio! Luego me ha parecido de justicia averiguar cuál de los letrados había con-

feccionado ese auto por el que me felicitaban y trasladarle, agradecido, los comentarios recibidos.

Afronto este prólogo estimulado por gozar de la ocasión de hacer público, consignándolo por escrito, mi agradecimiento y admiración a ese cuerpo de letrados del Tribunal Supremo, maltratados por la normativa y la burocracia orgánica, pero sin los que esa importantísima jurisdicción no funcionaría, colapsaría en poco tiempo. Son profesionales de enorme categoría que renuncian a todo relumbrón, del que serían capaces y merecedores, para enfrascarse en esa labor escondida, nada brillante, discreta, oscura, de la que nos beneficiamos los magistrados del Tribunal Supremo —¡y los justiciables! ¡y los ciudadanos!— y que no va acompañada de una justa recompensa, más allá del sentimiento personal de estar contribuyendo de manera decisiva al desenvolvimiento del Tribunal que está en la cúspide de la jurisdicción ordinaria.

Agradezco a los autores que hayan pensado en mí para este prólogo sobre todo por esto, porque me brinda la ocasión de agradecerles otras cosas: su trabajo. A ellos y a sus compañeros.

El libro, por lo demás, constituye una buena muestra —una prueba documental— de la calidad y nivel de esos silenciosos juristas que contribuyen de forma tan decisiva a eso que conocemos por *jurisprudencia*; pero a los que nunca felicitarán por su trabajo, o por esa resolución que tantas horas se llevó, buceando en los autos, repasando precedentes, o reflexionando para encontrar el argumento adecuado y la forma clara de exponerlo, siempre con la generosa disposición para corregir lo que se les sugiere o adaptarse a cualquier indicación, aunque pudiera no parecerles —ni ser— acertada.

«Dos personas que se reúnen para escribir un libro es igual a tres personas que se reúnen para tener un bebé. Uno de ellos es superfluo». La frase, ingeniosa, sarcástica y exagerada —aunque con un fondo real—, corresponde a Bernard Shaw. No es predicable de esta obra. No sobra nadie. No es un libro escrito por cuatro personas, en un vano intento coral. Son cuatro miradas diferentes, desde distintos ángulos jurídicos, sobre un mismo fenómeno sociológico, el acoso. Por eso no hay un intento de coordinar o de evitar visiones sobre cruzadas sobre una misma cuestión. No se trata de piezas dispersas de un puzzle destinadas a ser ensambladas para generar una imagen única. Son cuatro aportaciones, cada una marcada por la disciplina desde la que se examina el tema —laboral, penal, civil, administrativo—, pero sin pretensión de ser acopladas o de convertirse en compartimentos estancos cada uno con un contenido propio y distinto de los restan-

tes, sin un previo reparto de las cuestiones mixtas o comunes o transversales para evitar solapamientos. Al menos, esa es mi impresión como lector en estrategia que, desde luego, me parece más enriquecedora; menos rígida o encorsetada. Los temas comunes aparecen en distintos lugares, generando comentarios complementarios o, a veces, no coincidentes. No importa. Es bueno. En sí la materia del acoso provoca muchos solapamientos jurisdiccionales y temáticos entre los distintos órdenes (fronteras desvaídas entre lo ilícito penal y administrativo; conceptos comunes a las distintas disciplinas; traslado de la regulación laboral al ámbito funcionarial; responsabilidades civiles derivadas de conductas con relieve penal...). Los solapamientos que se detectan en algunos temas son espejo del panorama jurídico. No sobran.

Se elude una infecunda tarea taxonómica para clasificar las modalidades de hostigamiento, por emplear ese expresivo y más castizo vocablo nacional o acos (laboral, escolar, inmobiliario, psicológico, físico, sexual y por razón de sexo, cibernético...; o, cediendo a la querencia por los anglicismos, *bullying*, *mobbing*, *gaslichting*, *stalking*, *blockbusting*, *ciberbulling*; *blocking*; *etc.*, *etc.*, *etc.*); pero en estas páginas aparece esa poliédrica morfología.

Llamativo es —y me refiero ahora al ámbito en el que me muevo con más soltura, el derecho penal— cómo del vacío —el acoso solo podía reconducirse al genérico tipo de coacciones— se ha pasado a una, a mi juicio excesiva, proliferación de tipos no siempre simétricos, ni en la descripción ni en las penalidades: *stalking*, el muy ideologizado acoso antiabortista, el acoso sexual, el inmobiliario, el laboral... Cada uno de esos tipos es cuidadosamente analizado con cita de la jurisprudencia recaída. Y es que, atendida la condición de los autores, no podía faltar en cada caso una completa referencia jurisprudencial. Cuando no existen sentencias del Tribunal Supremo, se ejemplifica con algunas menciones extraídas de la jurisprudencia menor.

También el cuadro legislativo —nacional e internacional— es exhaustivo, predominando de forma abrumadora la normativa de orden laboral.

Ese orden ocupa por derecho propio el primero de los capítulos.

El acoso escolar —con las peculiaridades que comporta que los protagonistas sean menores y las responsabilidades se deriven a terceros—, es la temática principal del apartado civil. Y en el ámbito administrativo se encontrará un desarrollo completo del acoso sexual o por razón de sexo en los espacios de la Administración Pública. Por cierto, el libro es estrictamente *paritario*: un tributo a la igualdad que predica.

El acoso es un fenómeno de siempre, pero no ha reclamado una atención específica del derecho hasta hace pocos años. No sé cuáles son las razones de ese olvido secular; ni si obedece a una explosión de esos comportamientos que antes eran más larvados o aislados o sencillamente a una mayor sensibilización. Recuerdo —y no dejo de sorprenderme—, cómo no hace demasiados años me interpellaba un amigo que se quejaba amargamente de los seguimientos, solo seguimientos, a que era sometida una amiga por parte de su expareja y que, ante su impotencia, me pedía una solución jurídica. Y trataba de explicarle que eso no encajaba en ningún tipo penal si se limitaba a ese aparecer de vez en cuando sin acción añadida alguna, ni intimidatoria, ni de intento de entablar conversación... y traducir a términos inteligibles el principio de intervención mínima y otras cuestiones que le sonaban a discurso de leguleyo. Y, seguramente, lo eran. Ahora me asombro de que me parecía incluso razonable ese abstencionismo punitivo. Felizmente ya la gravedad de la perturbación que puede ir asociada a esos comportamientos tiene reflejo en nuestro ordenamiento. Dan buena cuenta de ello las páginas que siguen.

Nunca está justificado el acoso.

¿Nunca?

Es excesiva la aseveración. Hay una modalidad de acoso que no aparece en las enumeraciones o clasificaciones al uso: el acoso al prologuista. *¿Cuándo lo vas a tener? La editorial está pendiente. Dijiste que a finales de este mes.* Es una variante del acoso, más desinhibido normalmente, al retrasado en el libro colectivo: meses esperando todos a esa última aportación prometida y pendiente de la que no se puede prescindir; ese *último* que va consumiendo cada nuevo plazo arrancado a base de promesas sinceras, pero luego incumplidas.

No sé si este libro habrá necesitado algún tipo de empujón o *ultimátum* a alguno de los autores cuyo texto no llegó en el momento prefijado siempre con cierto exceso de optimismo. Lo que sí me consta es que un cierto acoso al prologuista hubiera estado justificado. No se ha producido; tanto solo un delicadísimo y amable recordatorio. Si los primeros párrafos de estas líneas iban destinados al agradecimiento, el último incorpora una disculpa por esas dilaciones que, siendo indebidas, no alcanzan intensidad suficiente para la cualificación.

Antonio del Moral García
Magistrado del Tribunal Supremo. Doctor en Derecho

4.3. Los planes de Igualdad y protocolos contra el acoso (incluido el colectivo LGTBI)

La estrategia de seguridad y salud en el trabajo 2024, prevé, entre sus líneas de actuación, intensificar la vigilancia sobre las empresas, para verificar que cuenten con protocolos de prevención del acoso sexual y por razón de sexo (núm. 93)⁽²⁵⁾.

En efecto, se trata de un imperativo legal del artículo 48 de la LO 3/2007⁽²⁶⁾, que forma parte del cumplimiento normativo y de las políticas de prevención de riesgos laborales de la empresa.

Obligación de elaboración de protocolos de prevención contra el acoso, que alcanza a todas las empresas, con independencia de su tamaño, ya que, tendrán que contar con un plan de prevención contra el acoso, incluyendo medidas de formación, sensibilización e información, que deben ir dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres.

Protocolos de acoso y políticas de prevención contra el acoso sexual y por razón de sexo, que deben reflejarse en los objetivos de los planes de Igualdad.

Planes, que se han venido exigiendo en función del tamaño de la empresa: en primer lugar, para las empresas con más de 150 trabajadores, se impuso como preceptivo, desde marzo de 2020), posteriormente, para las empresas de más de 100 trabajadores, la obligación regía desde marzo de 2021, y, por último, para las empresas de más de 50 personas trabajadoras, desde marzo de 2022⁽²⁷⁾.

No obstante, la elaboración de dicho plan será obligatoria, con independencia del tamaño de la empresa, si así lo impone el convenio colectivo aplicable, en función de lo que este establezca y en los casos en que así se hubiera acordado por la representación legal de los trabajadores y trabajadoras, o dispuesto por la autoridad laboral en el procedimiento sancionador.

(25) <https://www.insst.es/documents/d/portal-insst/plan-de-accion-2023-2024-eesst-2023-2027>

(26) El artículo 48 de la LO 3/2007 lleva por rúbrica «Medidas específicas para prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo».

(27) Información extraída de Plan de igualdad: obligatorio para acceder a las bonificaciones a la Seguridad Social (cecamagan.com) (afiche a 18 de marzo de 2024).

Además, de modo facultativo, aquellas empresas que no vinieran obligadas a su elaboración, podrán aun así, implantarlos, dando previa audiencia a y consulta a la representación legal de los trabajadores y trabajadoras.

Por tanto, en su diseño, jugará un papel fundamental la negociación colectiva (artículo 85.1 del ET) y en todo caso, habrá de observarse el cumplimiento del principio de igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral⁽²⁸⁾.

Para facilitar la elaboración de tales planes, el Instituto de la Mujer facilita un modelo editable, que está disponible en el siguiente enlace: https://www.igualdadenlaempresa.es/asesoramiento/acoso-sexual/docs/Protocolo_Acoso_Sexual_Por_Razon_Sexo_2023.pdf

Ahora bien, esta obligación preventiva no es privativa de las empresas, ya que, alcanza a la Administración Pública y en este sentido, el artículo 62 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, indica que para la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, las Administraciones Públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios:

- «El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.
- La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.
- El tratamiento reservado de la comunicación de los hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.
- La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia».

En desarrollo de este mandato legal, el Consejo de Ministros ha aprobado el Real Decreto 247/2024, de 8 de marzo, sobre el protocolo de actuación frente al acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado (AGE) y de sus organismos públicos⁽²⁹⁾, donde se señala que, la Administración General del Estado y la representación del

(28) Artículos 45 y ss. de la LO 3/2007 y 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro.

(29) <https://elderecho.com/protocolo-de-actuacion-frente-al-acoso-sexual-y-acoso-por-razon-de-sexo-en-la-age-y-organismos-publicos>

personal a su servicio se comprometen a: «prevenir conforme a lo regulado por medio del presente protocolo y la normativa aplicable, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, con las debidas garantías, tomando en consideración las normas constitucionales, laborales, administrativas y declaraciones de principios y derechos fundamentales en el trabajo. El presente protocolo tiene por finalidad definir, implementar y comunicar a todo el personal a su servicio las medidas que la Administración General del Estado despliega para evitar los casos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, haciendo posible una sociedad más justa e igualitaria, con unos ambientes de trabajo exentos de violencia contra las mujeres»⁽³⁰⁾.

Las líneas esenciales de dicho protocolo son: el cumplimiento de la normativa, la detección de la situación de acoso, la obligación de cualquier empleado que tenga conocimiento de esa situación de denunciarlo, la protección de la persona acosada, incluida la prohibición de represalias, la salvaguarda de la garantía de confidencialidad, y la aplicación de los principios de celeridad, cooperación y coordinación.

4.3.1. *Protocolos antiacoso para el colectivo LGTBI*

La violencia y el acoso contra el colectivo LGTBI está en alza según una encuesta elaborada por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, de ahí que sea sumamente necesario implementar en las organizaciones medidas y protocolos antiacoso para esta comunidad.

En particular, la encuesta señala que la proporción de aquellos que experimentaron acoso motivado por el odio en la vida cotidiana en los 12 meses anteriores a la encuesta fue mayor en 2023 (55%) que en 2019 (37%). La tasa es mayor para los encuestados intersexuales (74% en 2023 frente al 42% en 2019) y para los encuestados trans (69% en 2023 frente al 47% en 2019). La proporción de encuestados que no denunciaron el incidente más reciente de violencia física o sexual motivada por el odio a las autoridades siguió siendo muy alta en 2023 (82%), al igual que en 2019 (80%). Más de la mitad de los encuestados cree que la violencia ha aumentado un poco o mucho en los últimos 5 años en su país (59%) y que los prejuicios y la intolerancia también han aumentado (53%)⁽³¹⁾.

(30) https://portal.mineco.gob.es/RecursosNoticia/mineco/prensa/noticias/2024/20240308_Protocolo_acoso_AGE.pdf

(31) https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2024-lgbtqi-equality_en.pdf

En cuanto a la elaboración de los protocolos antiacoso LGTBI, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, impone a las empresas de más de cincuenta personas trabajadoras, la obligación de contar con un conjunto planificado de medidas y recursos para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, incluyendo un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI (artículo 15).

En la elaboración y diseño de tales medidas, entrará en juego nuevamente la negociación colectiva, puesto que serán pactadas y acordadas con la representación legal de las personas trabajadoras.

Este mandato alcanza no solamente al ámbito privado, sino también al conjunto de las Administraciones Públicas (artículos 21, 29, 61) de la Ley 4/2023), dado que, habrán de promover la aplicación de protocolos de prevención del acoso y ciberacoso escolar. En este sentido, el Real Decreto 247/2024, de 8 de marzo, aprueba el protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos.

La problemática que plantea la imposición legal de elaboración de estos protocolos es por un lado, que en determinados ámbitos, como el relativo al colectivo LGTBI, no hay un modelo que permita servir de guía a las empresas obligadas a su implantación, lo que conlleva un riesgo de imposición de sanciones por inadecuación a la obligación legal, teniendo en cuenta que se ha catalogado tal incumplimiento como de infracción administrativa muy grave, con multas de 10.001 a 150.000 euros (artículos 14 h, 15, 79.4 y 80 de la Ley 4/2023).

Por otro lado, el riesgo de incumplimiento en otros ámbitos afectados, como el de la salvaguarda de la protección de datos y la intimidad. En este ámbito de la protección de datos, no debe olvidarse que en las «categorías especiales de datos», a los efectos del Reglamento (UE) 2016/679 (artículo 9.2.a), el solo consentimiento del afectado, no bastaría para levantar la prohibición del tratamiento de datos cuya finalidad principal fuera identificar su ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico.

En el ámbito del derecho a la intimidad, es obvio, que la persona trabajadora, no tendrá a qué informar sobre su orientación sexual⁽³²⁾.

(32) <https://www.msn.com/es-es/dinero/formacion-empleo/los-protocolos-antiacoso-lgtbi-coren-el-riesgo-de-vulnerar-la-proteccion-de-datos/ar-BB1is497>

1. INTRODUCCIÓN. LA IMPORTANCIA DE LA PALABRA ACOSO

La progresiva sensibilización y concienciación de la igualdad efectiva de los hombres y mujeres ha ido generando paulatinamente un desarrollo normativo acorde con la realidad social de nuestro tiempo. Evidentemente, la Administración pública no ha permanecido inerte al cambio social y ha tratado de incrementar su actividad normativa en este campo con el objeto de incorporar las nuevas exigencias sociales.

Centrándonos en el acoso, la Administración pública ha venido enfocando su actuación desde dos esferas concéntricas: primero, combatiendo directamente estas conductas en el seno de la función pública y segundo, pautando a los poderes públicos las instrucciones necesarias para hacer frente a este fenómeno, cualquiera que sea el ámbito en el que se producen.

El término «acoso» es uno de los mejores ejemplos que permiten corroborar como la elección de una palabra adecuada puede llegar a ser esencial en el reconocimiento fáctico de un comportamiento que se venía asimilando como natural y de aquí, su consiguiente permisibilidad. En este sentido, la normalización de la conducta se fomenta en parte como consecuencia de que sólo somos capaces de reconocer aquello que previamente identificamos y definimos de forma concreta, pues al final solo podemos ser conscientes de aquello que podemos clasificar en una categoría que nos resulte familiar.

Desde esta perspectiva, no cabe duda que la actuación contra el acoso ha comenzado a ser realmente eficaz desde que se ha reconocido expresamente el hostigamiento sexual que supone esta conducta y se le ha otorgado además de una denominación exacta, de aquí que se afirme por la American Psychological Association que «*el acoso sexual es un problema con un pasado extenso, pero con una historia corta*»⁽¹⁾. En consecuencia, no resulta extraño

(1) «Sexual harassment is a problem with a long past but a short history», American Psychological Association, 1993 en Gutiérrez Arranz, Roberto (2018), *El Acoso sexual: Prevención Compliance y Marco Legal*, Aranzadi.

que el nacimiento del término «acoso» sea considerado como un hito en este campo.

Pero comenzando por el principio, ¿de dónde surge el término acoso? Carmita Wood trabajaba en el departamento de Física Nuclear como asistente de las labores administrativas en la Universidad de Cornell, cuando una noche, después de una fiesta de Navidad, un profesor que no dejaba de hostigarla llegó a besarla a la fuerza en el ascensor. En lo sucesivo, ella trató de mantener la mayor distancia posible, evitando incluso utilizar el mencionado ascensor. Pero esta situación le generó unos altos niveles de estrés que terminaron en dolores crónicos de espalda, cuello y entumecimiento del pulgar derecho.

A raíz de sus problemas de salud, solicitó un cambio de departamento dentro de la misma Universidad, pero fue denegado, lo que propició que Carmita decidiese finalmente renunciar a su puesto de trabajo.

Al solicitar el seguro de desempleo, se le preguntaron las razones por las cuales había dejado su trabajo tras ocho años de dedicación. No explicó nada, simplemente se limitó a apuntar «razones personales». Su solicitud fue finalmente denegada.

Carmita acudió, entonces, a un seminario sobre las mujeres y el trabajo, cuya coordinación estaba en manos de la profesora Lin Farley, periodista y activista feminista. El relato efectuado de la vivencia de Wood sería el siguiente:

[...] no sabía por qué había sido señalada, o si incluso había sido señalada, pero un distinguido profesor parecía incapaz de mantener sus manos lejos de ella.

Según contaba Wood, aquel hombre ilustre se sacudía la entrepierna cuando se detenía cerca de su escritorio y miraba su correspondencia, o le rozaba deliberadamente los pechos mientras trataba de alcanzar unos papeles. Una noche, cuando los trabajadores del laboratorio salían de la fiesta de Navidad que celebraban cada año, la acorraló en el ascensor y le plantó varios besos no deseados en la boca. Tras ese incidente, Carmita Wood comenzó a utilizar las escaleras del edificio del laboratorio para evitar que se repitiera el encuentro, pero el estrés de los abusos furtivos y sus esfuerzos por mantener al científico a distancia mientras

preservaba una relación cordial con su esposa, que le era grata, le produjeron una serie de síntomas físicos. (Brownmiller 1990, 280-1; cit. en Fricker 2007, 150)⁽²⁾.

A partir de entonces, Wood, Lin Farley y un grupo de mujeres decidieron denunciar estas prácticas al percatarse que sus experiencias no respondían a vivencias personales aisladas, sino que se trataba de un comportamiento asumido en las organizaciones laborales. Las asistentes a estos seminarios se hicieron llamar *Working Woman United*.

En la lluvia de ideas para concretar el contenido de los carteles que debían portar en sus manifestaciones se hizo alusión a términos como «intimidación sexual», «coerción sexual», «explotación sexual en el trabajo», pero ninguno de ellos conseguía atraer la atención. Estaban de acuerdo que debía tratarse de un concepto que abarcara una variedad de acciones y que incluyese no sólo aquellos comportamientos más burdos y directos, sino también las tácticas y expresiones sutiles utilizadas contra las mujeres. Fue en este momento, cuando se acuñó el término «acoso sexual». No obstante, sería Lin Farley quien consiguió generalizar el término al utilizarlo públicamente y *The New York Times* ayudó definitivamente a popularizarlo al informar de las actividades del grupo.

La importancia del caso de Carmita Wood, recopilado por Susan Brownmiller (1975) y analizado por Miranda Fricker reside en que no sólo se gestó un nuevo vocablo, sino que detrás de esta innovadora construcción dogmática, se permitía visualizar un comportamiento discriminatorio que se encontraba hasta el momento plenamente asumido.

En consecuencia, hoy en día, proporcionar una correcta definición sobre qué es el acoso, de modo que nos permita abordar el conjunto de su contenido, se presenta como imprescindible si con ello se pretende llevar a cabo una lucha eficaz contra lo que no deja de ser una forma de discriminación.

Llegados a este punto, no resulta extraño la importancia otorgada a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de noviembre de 2023, rec. 1569/2023 en cuanto la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal

(2) Hilkje Hänel (2021), «Who's to Blame? Hermeneutical Misfire, Forward-Looking Responsibility, and Collective Accountability», *Social Epistemology*, 35:2, 173-184, DOI:10.1080/02691728.2020.1839591 y Martínez-Sáez, Carmen (2022), «Testimoniar sometida a la injusticia hermenéutica. Daño sexual y discernimiento», *Quaedams de filosofía*, ISSN 2341-1414, Vol. 9, n.º 2, 2022, págs. 51-61.

Supremo define las características que deben concurrir en un comportamiento implícito para subsumirlo en la noción de acoso sexual.

Ciertamente, el principal hándicap al que se enfrenta la lucha frente el acoso es su escasa visibilidad debido a la tendencia de mantenerlo oculto y su escasa notoriedad, cuando se trata de conductas leves, más alejadas de la frontera del delito. Son precisamente este tipo de comportamientos los que resultan más concurrentes y no por ello resultan de menor gravedad.

Unido a lo anterior, debemos añadir que el acoso sexual no es sólo una forma de poder para conseguir sexo, sino también una forma de utilizar el sexo para mantener el poder⁽³⁾. Del mismo modo, el acoso por razón de sexo no es sólo un mero comportamiento basado en el sexo, es una fórmula para alejar a la mujer de su inserción plena y dicha inserción no sólo es exigible en el ámbito laboral, sino también en el seno de la Administración pública.

2. EL ACOSO SEXUAL BAJO EL PRISMA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

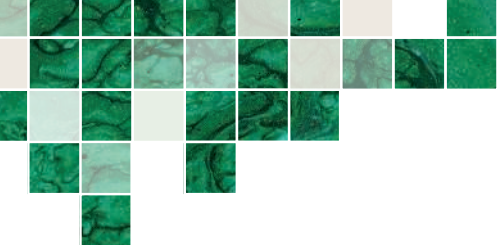
En el presente capítulo, trataremos de analizar precisamente el concepto del acoso, si bien, lo abordaremos desde la óptica de la jurisdicción contencioso-administrativo y las normas de derecho público, pues nos hallamos ante un concepto transversal que afecta a distintas ramas del derecho.

Y es que, a pesar de que la doctrina del acoso sexual se ha venido desarrollando históricamente en el mercado laboral, lo cierto es que no se puede ignorar que en el ámbito de las Administraciones públicas se reproducen las mismas dinámicas, roles y estereotipos de género que en cualquier otra organización.

En el III Plan de Igualdad de la Administración General del Estado aprobado en 2020⁽⁴⁾ se hace hincapié en que «Los sesgos de género, las conductas sexistas, y las barreras invisibles (propias y ajenas) influyen, por ejemplo, en la promoción profesional —techo de cristal—, en una segregación o representación desigual según qué ocupaciones profesionales, o en la división tradicional de los roles de cuidado, y explican diferentes situaciones de discriminación directas e indirectas».

(3) B. Pernas, M. Olza y M. J. Naredo (2000).

(4) Resolución de 29 de diciembre de 2020, de la Secretaría General de Función Pública, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros de 9 de diciembre de 2020, por el que se aprueba el III Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado y en los Organismos Públicos vinculados o dependientes de ella.



El acoso es un fenómeno social que se encuentra presente en muchas parcelas de la vida humana. Aunque el perfil de esta conducta puede diferir en función del entorno en el que se produce —laboral, escolar, sentimental, familiar—, el acoso presenta una serie de rasgos comunes que se traducen en conductas de hostigamiento y persecución.

El objetivo de la presente obra es ofrecer una visión transversal del acoso dado su carácter pluriofensivo y vulnerador de derechos fundamentales como la dignidad de la persona (artículo 10 CE), el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículo 14 CE), el respeto a la integridad personal (artículo 15 CE) o el derecho a la intimidad (artículo 18 CE).

Para lograr este objetivo, la obra ofrece una visión teórica sobre la incidencia de las distintas conductas de acoso en el ámbito civil, penal, contencioso-administrativo y laboral y, al mismo tiempo, sistematiza la jurisprudencia más relevante en la materia.

ISBN: 978-84-10292-00-0



9



ER-0280/2005



GA-200501100