

La exigencia del nuevo mapa de riesgos en la empresa tras la reforma del Código Penal en los delitos contra la libertad sexual y el acoso sexual en la empresa

Vicente Magro Servet

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Doctor en Derecho

ÍNDICE

Normativa comentada

LO 3/2007 de 22 Mar. (igualdad efectiva de mujeres y hombres)

TÍTULO IV. El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades

CAPÍTULO III. Los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad

Artículo 48. *Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.*

LO 10/1995 de 23 Nov. (Código Penal)

LIBRO PRIMERO. Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal

TÍTULO V. De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales.

CAPÍTULO II. De las personas civilmente responsables

Artículo 120

LIBRO II. Delitos y sus penas

TÍTULO VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral

Artículo 173.

TÍTULO VIII. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales

CAPÍTULO III. Del acoso sexual

Artículo 184

RD 901/2020 de 13 Oct. (regula los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010 de 28 May., registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo)

RD 713/2010 de 28 May. (registro y depósito de convenios colectivos, acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad)

Resulta interesante la reforma que se está tramitando en el Parlamento con relación a los delitos contra la libertad sexual, en donde se han introducido dos aspectos que vamos a destacar, y que se refieren a la exigencia de los programas de cumplimiento normativo en las empresas para prevenir, por un lado, el trato degradante y humillante en el seno de la empresa y, por otro, los actos de acoso sexual. Veamos.

Se ha introducido en el art. 173 CP, que tipifica el trato degradante y la ejecución de actos hostiles o humillantes en el seno de una empresa, un nuevo párrafo que exige a las empresas que vigilen y esmeren su plan de cumplimiento normativo en estas materias. ¿Frente a qué hechos?

Castiga el art. 173 CP:

1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.

Pues bien, se ha añadido un nuevo párrafo 4º al apartado 1 del artículo 173 que señala que:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los tres párrafos anteriores, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Esto quiere decir que en la implementación de los programas de cumplimiento normativo en las empresas, se deberá prestar especial atención a la previsión de esta circunstancia en el mapa de riesgos, a fin de que si se llevan a cabo estas conductas, la empresa tenga bien cubierta la implementación de medidas tendentes a evitar este delito que causa grave daño a quien lo sufre por la conducta de hostilidad y humillación que, al final, deteriora la relación laboral y puede sumir a la víctima en un estado de depresión que lleve a la empresa a ser responsable penal y civilmente, y a tener que responder del daño psicológico y, posiblemente psíquico causado a la víctima, a no ser que acredite el plan de cumplimiento normativo. Aunque Ello solo liberaría a la empresa de la responsabilidad penal, pero no de la responsabilidad civil subsidiaria, de la que sería responsable por la vía del art. 120.4 CP, por lo que no se trata tan solo de contar con esta adición en el programa de *compliance*, sino de intentar que no se den estas conductas y hacer efectivo el debido control.

Pero todo ello no solo para no responder penal, o civilmente, sino para que las conductas no se lleven a cabo, y que no existan víctimas de estos hechos en el seno de la empresa.

Por otro lado, y en segundo lugar, lo mismo cabe decir del delito de acoso sexual tipificado en el art. 184 CP (LA LEY 3996/1995), que añade en esta reforma un nuevo apartado 5º que señala que:

5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Nótese que en el apartado 2º se hace especial hincapié a que el acoso sexual se lleve a cabo en el seno de una actividad laboral dentro de una empresa, al apuntar que:

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 aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación para el ejercicio de profesión u oficio o de inhabilitación especial de 18 a 24 meses

Resulta, así, importante destacar, que se resalta una agravación por el contexto en que se lleva a cabo el acoso sexual en el seno de la relación laboral, cuando quien lo ejecuta es un superior de la víctima, por lo que habrá que prestar especial atención a la autonomía del *compliance officer* en todos los temas, y más en este, en donde puede ser un directivo el que está realizando actos de acoso a una trabajadora.

La empresa, por ello, debe poner en marcha con antelación el canal de denuncias y el agente antiacoso, a fin de que se puedan adoptar las medidas oportunas en esta materia, con independencia de que al tratarse de un delito la cuestión no pueda quedar al amparo o abrigo de una mera cuestión disciplinaria, o de índole laboral, sino que se deberá presentar la denuncia en sede policial, o judicial, o ante el Ministerio Fiscal, pudiendo hacerlo la propia empresa por medio de su encargado o agente antiacoso designado especialmente.

En virtud de lo expuesto habrá que prestar especial atención al Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre (LA LEY 18711/2020), por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo (LA LEY 12224/2010), sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo. El capítulo IV desarrolla la obligación de registro de los planes de igualdad

mediante la modificación del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

Dicha obligación se extiende a todos los planes de igualdad, al margen de su origen y naturaleza, así como al depósito voluntario de las medidas y protocolos de prevención del acoso sexual y por razón de sexo que, en defecto de los planes de igualdad, están obligadas todas las empresas a elaborar y aplicar en los términos establecidos en los artículos 45.1 y 48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Por ello, está clara por estas vías, la necesidad de la existencia de un protocolo para prevenir el acoso sexual en el trabajo que forma parte del buen *compliance*, y que no solo debe contemplar medidas de acción cuando se produzcan prácticas de acoso en el trabajo, sino *ex ante* para evitarlo.

Es fundamental, por ello, dentro del buen *compliance* en ejecución de la norma citada, y más aún por la inminente inclusión en el Código Penal de responsabilidad penal de las personas jurídicas en estos casos, la designación en cada empresa de una persona que opere como responsable de «conocimiento de actos de acoso». Ante él las víctimas de acoso pueden denunciar los hechos, y la designación del «agente anti acoso» es buena *praxis* de «haber adoptado las medidas de diligencia exigibles de seguridad interna».

También la denuncia anónima y su canal integran el buen programa de cumplimiento en esta materia de acoso sexual, para que, o bien la víctima, o cualquier compañera de trabajo, lo denuncien a fin de que se tomen medidas urgentes y se abra la debida investigación.

La empresa debe estar en disposición de demostrar «actitud antiacoso». Debe actuar *ex ante* para evitarlo y de una forma reforzada cuando le consta que está ocurriendo. Se hacen precisos, por ello, mecanismos de actuación concreta y de tutela específica frente al acoso sexual, como el Código de buenas prácticas (art. 48.1.2 LO 3/2007), que son protocolos de actuación eficaces que pongan al alcance de cualquier trabajador que se sienta acosado un procedimiento interno, confidencial y rápido para comunicar estas situaciones.

Lo que se sanciona es la «omisión» ante hechos de acoso conocidos por la empresa y la carencia de protocolos de actuación que puedan favorecer estas conductas. Pero su refrendo en la reforma del CP sancionando directamente a la empresa desde el punto de vista de la derivación de responsabilidad penal acrecienta de implementarlo en aquellas que todavía no cuentan con ello. Por ello, el buen *compliance* exige la constancia de la prevención ante el acoso sexual en la empresa.

El programa de prevención en acoso sexual dentro del *compliance* y la designación del agente antiacoso, son buenas prácticas que ahora acrecientan su urgencia con esta reforma penal, y que tienden a evitar

directamente que se produzca el hecho ya que, si a la empresa se le archivan las diligencias por acreditar haber cubierto sus deberes, o se le absuelve en sentencia, quedará latente su responsabilidad civil subsidiaria del art. 120.4 CP, ya que existirá con el acosador y la empresa:

- a)** una relación de dependencia del autor de la acción y la persona o entidad implicada en aquella;
- b)** que el responsable penal actúe en el marco de las funciones propias del cargo o empleo, aun cuando lo hubiera hecho con cierta extralimitación;
- y, c),** consecuentemente, cierto engarce o conexión entre el delito y la clase de actividad propia de la relación de empleo. (Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 805/2017 de 11 de diciembre de 2017, Rec. 2019/2016)

Por todo ello, ante esta reforma de aprobación inminente, y que llevará una *vacatio legis* breve de 30 días para la entrada en vigor tras su publicación en el BOE, se requiere atender la mejora en los planes de cumplimiento normativo adicionando estas dos referencias respecto de las que, a partir de la entrada en vigor, la empresa estará expuesta a contraer responsabilidades penales.