

La responsabilidad penal de las empresas frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo: la incidencia de los programas de cumplimiento normativo

Ana I. Pérez Machío
Profesora Titular Derecho Penal
UPV/EHU
anaisabel.perez@ehu.eus

Modelo de responsabilidad penal

- Art. 31 bis: Responsabilidad penal de personas jurídicas deriva de la comisión de determinados delitos en provecho de la entidad por parte de ciertas personas físicas que deben:
 - Presentar un determinado vínculo de conexión con la persona jurídica, manifestado en su condición de:
 - Representante legal, administrador de hecho o de derecho de la misma, o
 - Personas sometidas a la autoridad de los anteriores
 - Y actuar, además
 - En nombre o por cuenta de las personas jurídicas, si se trata de representantes o administradores
 - Bien por lo que se refiere a las personas sometidas a la autoridad de los anteriores:
 - En el ejercicio de actividades sociales y por cuenta de la persona jurídica
 - Por haberse incumplido gravemente los deberes de vigilancia, control y supervisión de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso

Modelo de responsabilidad penal

- Sujetos que generan responsabilidad a Representante legal:
 - Representantes legales
 - Otros:
 - » Actuar individualmente o como integrantes de un órgano
 - » capacidad adoptar decisiones
 - » Ostentar facultades de organización y control
- En nombre o por cuenta de la persona jurídica:
 - Operar en el tráfico de entidad
- En beneficio directo o indirecto: no limitado al económico
- Personas sometidas a autoridad de anteriores:
 - Bajo autoridad de administradores y/o representantes

Modelo de responsabilidad pen

- 2. La responsabilidad penal será exigible
 - Siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el párrafo anterior,
 - Aun cuando la concreta persona física responsables
 - No haya sido individualizada
 - No haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella
 - Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos
- 3. No excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas:
 - La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad o
 - El hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia
- Injusto propio de la persona jurídica
- culpabilidad

Ámbito de aplicación. “Numerus clausus”

- Tráfico ilegal de órganos (156 bis)
- Trata de seres humanos (177bis)
- Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (189 bis)
- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (197.3 segundo párrafo)
- Estafas y fraudes (251 bis)
- Frustración de la ejecución (art. 258 ter)
- Insolvencias punibles (261 bis)
- Daños informáticos (264.4)
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado, los consumidores y la corrupción entre particulares (288.1 en relación con arts. 270 a 286 bis)
- Blanqueo capitales (art. 302.2)
- Financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis 5)
- Delitos contra la hacienda pública y la seguridad social (310bis)
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis 4)
- Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (319.4)

Ámbito de aplicación. “Numerus clausus”

- Delitos contra el medio ambiente (327 y 328.6)
- Delitos relativos a los materiales y radiaciones ionizantes (343.3)
- Delitos de riesgo por explosivos otros agentes susceptibles de causar estragos, así como delitos relativos a sustancias destructoras del ozono (348.3)
- Delitos contra la salud pública (arts. 366 y 369 bis)
- Falsificación de moneda (art. 386 .5)
- Falsificación de medios de pago (399)
- Cohecho (427.2)
- Tráfico de influencias (430)
- Malversación (435.5)
- Corrupción en las transacciones comerciales internacionales (445.2)
- Discurso de odio (510 bis)
- Organizaciones y grupos criminales (570ter)
- Financiación del terrorismo (576 bis 2)
- Delito contrabando (art. 2.6 LO 12/95)
- **Delitos contra la integridad moral (art. 173. 1 párrafo 4)**
- **Acoso sexual (art. 184.5)**

Penas (y otras consecuencias)

- Art. 33.7:
 - Multa por cuotas o proporcional.
 - Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
 - Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
 - Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
 - Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
 - Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
 - Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.
- Medidas cautelares
 - La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.
- Consecuencias accesorias (art. 129)

Penas (y otras consecuencias)

- Viejas conocidas: consecuencias accesorias anterior 129 CP
- Pena más idónea: multa
 - Proporcional
 - al beneficio obtenido
 - Al perjuicio causado
 - Al valor del objeto
 - A la cantidad defraudada
 - O a la cantidad obtenida indebidamente (art. 52.4 CP)
 - Más adecuada???: daños colaterales
- Buena acogida: inhabilitación para subvenciones públicas
- Intervención judicial = libertad vigilada

Reglas de aplicación de las penas

- Art. 31 bis 4. Atenuantes:
 - haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:
 - Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
 - Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
 - Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
 - Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica
 - Eficacia de los *compliance programs*

Imposición multa

- Art. 31 bis 2.
 - Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas (persona física y persona jurídica) la pena de multa,
 - Los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos

Extinción de la responsabilidad penal: excepciones

- Art. 130.2: la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica
 - No extingue su responsabilidad
 - Que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y
 - Se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión
 - El juez o tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella
- Tampoco extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica
 - Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando
 - Se continúe su actividad económica y
 - Se mantenga la identidad sustancial
 - De clientes, proveedores y empleados o
 - De la parte más relevante de todos ellos

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- MODELOS DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN (COMPLIANCE PENALES):
art. 31 bis 5 CP:
 - 1. Identificación de actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos
 - 2. Establecerán Protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos
 - 3. Dispondrán Modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos
 - 4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimiento al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención
 - 5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo
 - 6. Obligación de verificar periódicamente la eficacia del modelo

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- 1. Identificación de actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos:
 - Mapa de riesgos penales
 - Inherentes al sector
 - Vinculadas con: totalidad de procedimientos, procesos, estructura organizativa de la empresa, división de funciones, jerarquización
 - LO 10/2022: Acoso moral y acoso sexual:

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- ***Artículo 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. (MOBBING)*
- *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.*
- *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”.*

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- ***Art. 184 CP:*** 1. El que **solicite favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral**, docente, de prestación de servicios o análoga, 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 seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.
- 2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho **prevaleiéndose de una situación de superioridad laboral**, docente o jerárquica, o sobre persona sujeta a su guarda o custodia, 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 especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses.
- **[...] 4. Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, la pena se impondrá en su mitad superior.**
- **5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atenidas 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.**

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- Delimitación jurídico penal acoso laboral:
 - fenómeno que se caracteriza por humillar, degradar y envilecer a la víctima contra la que se dirige, características todas ellas propias del delito de trato degradante .
 - la habitualidad, sistematicidad y reiteración se convierten en elementos básicos que favorecen el clima y la atmósfera degradante
 - Definición: el acoso moral o “mobbing” viene a concretarse en la inflicción habitual y reiterada de sufrimientos y padecimientos de carácter físico, psíquico o de otra naturaleza, cometidos en el ámbito laboral o como consecuencia de una relación laboral que provocan, potencialmente, sentimientos de humillación, degradación y envilecimiento de especial intensidad, contrarios a la integridad moral y a la dignidad humana .

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- Delimitación acoso sexual ámbito penal:
 - Solicitud de favores sexuales en el ámbito laboral que generan situación objetiva, y gravemente intimidatoria, hostil o humillante (184.1 entre compañer@s)
 - Solicitud de favores sexuales en el ámbito laboral por parte del superior jerárquico, con amenaza de causar un mal en las legítimas expectativas laborales de la víctima (184.2)
 - Abusar de situación de vulnerabilidad de la víctima (184.3)
 - RPPJ (184.5)
 - Concepto más restrictivo que el contemplado en normativa de igualdad

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- 2. Protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos
 - Protocolos, códigos de conducta
 - Acceso trabajador@s, mandos intermedios, Consejo administración
 - Cursos, web, revistas, grupos de trabajo, reuniones equipo...

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- 3. Modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos
- 4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimiento al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención
 - » Canal de denuncias
 - » FGE: elemento clave
 - Canal confidencial
 - Garantizar no sufrir represalias
 - Opción de externalizar el servicio (más independiente)
 - PROTECCIÓN INFORMANTES

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- Derechos de l@s trabajador@s y canal de denuncias:
 - Medidas de protección del denunciante? (represalias) –derecho a la intimidad-
 - » Informe 2007 de la AGPD:
 - Todos l@s emplead@s de la compañía podrán ser denunciantes y denunciados
 - Serán informados previamente de la existencia y finalidad del sistema , su funcionamiento y la garantía de confidencialidad de los datos del denunciante y la garantía de la información al denunciado de la existencia de la denuncia
 - Información figurará en contrato trabajo
 - Procedimiento de denuncia telefónico o personal
 - Sólo accederán a los datos el responsable de “compliance counter”
 - Sistema incorporará los datos de denunciante y denunciado, los hechos denunciados y el resultado de las investigaciones
 - No se informará de la identificación del denunciante, a menos que se haya obrado con mala fe
 - Datos cancelados en plazo máximo de 2 meses tras el fin de las investigaciones, si los hechos no hubieran sido probados
 - Denuncia no anónima, sólo confidencial

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- » Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción
 - Sistema interno de información
 - Sistema externo de información: Canal externo de información de la Autoridad Independiente del Informante
 - Garantía de confidencialidad
 - Comunicación anónima
 - Obligadas: empresas de más de 50 trabajador@s
 - Sistema interno de información:
 - Acoge distintos canales internos de información
 - Comunicaciones orales, escritas o ambas
 - Acciones/omisiones que constituyan infracciones del Derecho de la Unión Europea
 - Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave y, en todo caso, las que impliquen quebranto económico para la Hacienda pública y para la Seguridad social

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

» Problemas con el canal de denuncias:

- Investigaciones internas: garantías de trabajador@s y facultad de control de la empresa
 - a) Registro personal del trabajador/a (taquilla, efectos personales) –art. 18 ET-
 - Facultad excepcional, estrictos límites
 - Necesario para protección de patrimonio empresa
 - Dentro del centro de trabajo
 - En horario laboral
 - Asistencia de representante legal
 - Respeto máximo a dignidad e intimidad
 - Idónea, necesaria y proporcionada

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

» b) Registro medios productivos empresa –art. 20.3 ET-

- Instrumentos de trabajo (ordenador, cuenta correo electrónico, teléfono)
- Art. 20.3: "*El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por parte del trabajador/a de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana*"
- Facultad de control: micrófonos, cámaras, control de cuentas de correo (no elementos idóneos para albergar información personal)
- Prevalece el derecho de control del empresario sobre el derecho al uso personalizado de estos medios, siempre que el empresario lo haya comunicado previamente al trabajador como parte de su relación contractual, la existencia de mecanismos de control de conversaciones telefónicas, ordenador, etc, en defecto de tal información prevalece la intimidad" (STC, 27 diciembre de 2010)

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- 5. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo
- 6. Obligación de verificar periódicamente la eficacia del modelo (art. 31bis 5. 6. CP)
 - Medidas de evaluación periódicas
 - » Evidencien infracciones relevantes
 - » Cambios en organización, en estructura de control o en actividad desarrollada
 - » Informes periódicos grado efectividad programa
 - Contenido y resultado de denuncias
 - Procedimientos internos seguidos
 - Procedimientos civiles y penales
 - Auditorías legales
 - No previsto un plazo, ni procedimiento evaluación
 - Elemento clave para la valoración judicial de la eficacia e idoneidad del programa
- **Aun cumpliéndose todas las condiciones y requisitos examinados, la persona jurídica solamente quedará exenta de pena si los autores del delito lo cometieron eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y control**

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

– Criterios para valorar la eficacia de los modelos:

- Programas no meras defensas para eludir la responsabilidad
- Evitan la sanción penal y promueven una cultura de cumplimiento de la legalidad
- Importancia en toma de decisiones empresariales, expresión de una cultura de cumplimiento y fidelidad al derecho
- Certificaciones sobre idoneidad no salvoconducto, para evitar la valoración judicial
- Requiere de compromiso de Consejo de Administración
- Comisión delito no invalida el programa
- Comportamiento anterior de corporación, evidencia si el delito es puntual o manifestación de ausencia de cultura de cumplimiento
- Fiscalía analizará la existencia de anteriores procedimientos penales o en trámite
- Valorar las actuaciones de la persona jurídica tras la comisión del delito: medidas disciplinarias, revisión del programa, reparación inmediata del daño, colaboración activa con Administración Justicia = alto compromiso ético

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- PARA IR TERMINANDO

- Acoso sexual o acoso laboral en nombre, por cuenta, en beneficio directo o indirecto o por haberse incumplido gravemente los deberes de vigilancia, supervisión y control
- Ejemplos:
 - Solicitar a una trabajadora que mantenga relaciones sexuales con un cliente, con la finalidad de que la empresa pueda obtener algún beneficio de todo ello (empresa dedicado a la organización de eventos)
 - Acosar laboralmente a una persona miembro del Consejo de Dirección de una Empresa, de cuyo voto favorable, en uno de los Consejos de Dirección, depende la adopción de una decisión muy beneficiosa para la corporación. Si como consecuencia del acoso laboral, abandona la empresa, el puesto vacante del Consejo de Dirección, puede ser ocupado por otra persona que garantice el logro del acuerdo perseguido por la misma, generando, así un beneficio para la propia empresa.
- Las empresas tendrán el deber de promover la sensibilización sobre este asunto, además de ofrecer formación a sus trabajadore@ para lograr la protección integral de la libertad sexual de toda su plantilla.

LUCHA CONTRA EL ACOSO SEXUAL Y EL ACOSO LABORAL EN EL ÁMBITO EMPRESARIAL

- Además, contarán con la obligación de incluir en la valoración de riesgos de los distintos puestos de trabajo de las trabajadoras, la violencia sexual como uno de los riesgos laborales presentes, teniendo que formar e informar de ello a todas sus trabajadoras.
- Todas estas medidas conducirán a que las empresas logren alcanzar una correcta implantación del sistema de Compliance, actualizando o redactando un nuevo análisis de riesgos para poder detectar una posible comisión de este tipo de delitos.
- En definitiva, las empresas deberán de establecer todas aquellas medidas necesarias para evitar todas aquellas conductas que actúen en contra de la libertad sexual de sus trabajador@s, implantando políticas de detección y erradicación de conductas sancionables, al igual que ofreciendo canales de denuncia para que las víctimas de estas conductas puedan denunciar el trato sufrido.
- De no ser así, el resultado será la existencia de numerosas empresas sancionadas por no evitar situaciones de acoso sexual laboral.

- Mila esker
- anaisabel.perez@ehu.eus