



Los canales de denuncia internos (*whistleblowing*) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral

María Teresa Igartua Miró

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Sevilla*

Extracto

La aprobación del Convenio 190 OIT sobre la violencia y el acoso invita a la reflexión, por un lado, por los positivos avances hacia un tratamiento integral, inclusivo y preventivo del acoso y, por otro, al prestar cierta atención a los denominados «canales de denuncias internas» en las empresas y la correspondiente protección del denunciante. Se trata de una faceta aún bastante descuidada en el ordenamiento jurídico interno, que necesitaría ajustes concretos para imponer expresamente la obligatoriedad de estos canales, así como configurar sus elementos y garantías mínimos en aras de fomentar las denuncias, a fin de coadyuvar a frenar la ocultación o banalización del problema. La adecuada protección del «denunciante» (sea la víctima o un tercero) puede contribuir a la evitación de situaciones de acoso o, al menos, a su detección y remedio temprano.

Palabras clave: acoso; tutela; canales de denuncia; *whistleblowing*; prevención.

Fecha de entrada: 16-04-2020 / Fecha de revisión: 05-05-2020 / Fecha de aceptación: 05-05-2020

Cómo citar: Igartua Miró, M.^a T. (2020). Los canales de denuncia internos (*whistleblowing*) como mecanismo de tutela frente al acoso laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 37-69.





Internal complaint channels (whistleblowing) as a mechanism for protection against harassment in the workplace

María Teresa Igartua Miró

Abstract

The approval of ILO Convention 190 on violence and harassment calls for reflection, on the one hand, on the positive progress made towards a comprehensive, inclusive and preventive treatment of harassment and, on the other, on paying some attention to the so-called «internal complaints channels» in companies and the corresponding protection of the complainant. This is a rather neglected area in the domestic legal system, which would require specific adjustments to expressly make these channels mandatory, as well as to configure their elements and minimum guarantees in order to encourage complaints, so as to help halt the concealment or trivialization of the problem. Adequate protection of the «complainant» (whether the victim or a third party) can contribute to the avoidance of harassment situations or, at least, to their early detection and remedy.

Keywords: harassment; guardianship; reporting channels; whistleblowing; prevention.

Citation: Igartua Miró, M.^a T. (2020). Internal complaint channels (whistleblowing) as a mechanism for protection against harassment in the workplace. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 447, 37-69.





Sumario

1. Acoso y canales de denuncia (*whistleblowing*)
 2. Algunas reflexiones sobre el concepto de acoso
 - 2.1. Consideraciones previas
 - 2.2. El concepto omnicomprendivo de acoso de la OIT
 - 2.3. Lagunas en la tipificación legal del «acoso» en el orden interno
 - 2.4. La clamorosa ausencia de un concepto legal de acoso moral (*mobbing*)
 - 2.5. Hacia un concepto omnicomprendivo e inclusivo de acoso
 3. Los sistemas de denuncias internos en la regulación sobre acoso
 - 3.1. El Convenio 190 OIT: política de empresa y canales de denuncia
 - 3.2. Protección de denunciadores en la Unión Europea
 - 3.3. El derecho interno
 4. ¿Resultan obligatorios los canales de denuncias internas frente al acoso?
 5. Elementos básicos de los sistemas de denuncia interna en materia de acoso
 6. Tutela del denunciante
 - 6.1. Confidencialidad versus anonimato
 - 6.2. Sujetos tutelados y represalias prohibidas
 - 6.3. Carga de la prueba y nulidad del despido
 - 6.4. Actuación de buena fe y denuncias falsas
 7. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

Nota: este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PGC 2018-095263-B-100: «Desarrollo tecnológico, cambio sociolaboral y trabajo sostenible», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

1. Acoso y canales de denuncia (*whistleblowing*)

La aprobación por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 21 de junio de 2019 del Convenio 190 sobre violencia y acoso en el trabajo (y la Recomendación 206, que le sirve de complemento), de camino hacia su ratificación por España, abre distintos ámbitos para la reflexión, en particular dados los desajustes y las carencias que, aún hoy, muestra nuestro ordenamiento jurídico laboral en relación con esta temática. No pretendemos abordar todas las cuestiones suscitadas por el concepto de acoso ni el ámbito de aplicación de la norma, la conveniencia de determinados ajustes legales o la necesidad de seguir progresando en el terreno preventivo afrontando nuevos desafíos (por todos, Molina, 2019). Nuestro objetivo en este caso se centra en un asunto bastante más concreto: los canales de denuncias internos y su contribución a la tutela frente al acoso en el mundo laboral. La materia despierta un doble interés debido a la interrelación entre dos aspectos objeto de notoria preocupación y atención en la actualidad. Resultan conocidos los tintes escandalosos cobrados en los últimos tiempos por el problema del acoso, en todas sus formas y en diversos ámbitos, frente a la relativa situación de «ocultamiento» vivida en épocas precedentes, en ocasiones amparada por la superioridad de quien comete los actos violentos o de acoso o por la intimidad del ámbito donde se realizan, que, unido a las carencias preventivas de las empresas, han llevado a un claro déficit de denuncias (Ramos, 2018a, p. 36). En el planteamiento del convenio, que apuesta por un tratamiento del problema desde la perspectiva de la seguridad y salud, la protección del denunciante puede contribuir a paliar esta situación de partida.

Por su parte, con carácter bastante más general se ha puesto sobre el tapete la necesidad de proteger a los denunciantes, a fin de destacar su contribución a la hora de corregir irregularidades o incumplimientos en distintos ámbitos. Así, recientemente, la Unión Europea ha dado un relevante paso en este camino con la aprobación de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión (coloquialmente, Directiva de los *whistleblowers*), con plazo de trasposición antes del 17 de diciembre de 2021 (17 de diciembre de 2023 para entidades privadas de entre 50 y 249 trabajadores). Aun cuando la directiva no resulta aplicable al ámbito que planteamos, no incluido en su campo objetivo o material de actuación (art. 2), sí puede contribuir a dar algunas pistas sobre los elementos básicos de los sistemas de denuncias. En lo que ahora nos interesa, la directiva pone de manifiesto el objetivo perseguido ya desde el primero de sus considerandos, donde expresamente señala que:

[...] los denunciadores potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias. En este contexto, es cada vez mayor el reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciadores.

En el orden interno, en la regulación sobre el acoso sexual o por razón de sexo encontramos una referencia expresa a esta cuestión, si bien excesivamente genérica, planteando incluso dudas acerca de la propia obligatoriedad de los sistemas de denuncias internas, como veremos.

El interés por seguir analizando el tema del acoso es indudable, pues, aunque nuestro ordenamiento contempla medidas para luchar contra esta lacra, sigue siendo una asignatura pendiente (Ginés, 2018, p. 297) en el ámbito laboral y, de forma especial, en los aspectos preventivos y en las respuestas efectivas y eficientes por parte de las empresas, problema que se agrava en las de muy pequeñas dimensiones. Y a ello contribuye también, a buen seguro, la inexistencia de un adecuado sistema de quejas o reclamaciones internas, que podría ayudar de manera eficaz a la solución temprana y eficiente de este gravísimo problema y a minimizar los daños, actuando como un elemento vehicular en la tutela frente al acoso, sobre todo en sus etapas iniciales. Sin que ello obste la conveniencia de una regulación integral y especialmente preventiva del asunto.

Por último, queremos hacer una aclaración de corte terminológico sobre el empleo del término «*whistleblower*», de claro origen anglosajón y literalmente referido al hecho de tocar el silbato (*to blow the whistle*), traducido aproximadamente como denunciante o alertador, que a veces resulta peligroso y más en el concreto ámbito que ahora nos ocupa. Como se sabe, tradicionalmente ha tenido unas connotaciones bastante negativas, empleándose en castellano términos como «chivato», «traidor», «topo», entre otros (por todos, Pérez, 2018, p. 286), y, aunque su evolución posterior tiende a liberarlo de las mismas, apostando la doctrina por superar los prejuicios existentes (Goñi, 2011, p. 5), debemos mirar sobre todo al deber de proteger adecuadamente a las víctimas (y a quienes contribuyen con sus denuncias a su tutela), que necesitan saberse custodiadas para dar el paso de actuar frente a los comportamientos de acoso. En este supuesto, más que en ningún otro, el cariz de los hechos denunciados impone una valoración positiva de quien pretende desvelarlos o contribuir a su esclarecimiento, despojando a la denuncia de cualquier cariz de «estigmatización».

2. Algunas reflexiones sobre el concepto de acoso

2.1. Consideraciones previas

Agotar todas las cuestiones atinentes al complejo concepto de acoso, sus múltiples acepciones y el distinto acercamiento por parte de los ordenamientos internacionales e interno y

de la enorme casuística judicial, desborda las pretensiones de un trabajo de estas características y extensión. Ahora bien, es conveniente enmarcar la aplicación de los sistemas de denuncias al vasto problema del acoso, y para ello se hace preciso contrastar el concepto manejado por el Convenio 190 OIT y la situación jurídica interna, en especial desde la disparidad de tratamientos y las lagunas que presenta el tratamiento jurídico laboral del problema.

2.2. El concepto omnicomprensivo de acoso de la OIT

La OIT insta a los Estados a adoptar una estrategia integral a fin de aplicar medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso, enfoque que brilla por su ausencia en nuestro ordenamiento, donde las disposiciones están bastante dispersas y se centran de forma especial en el acoso como forma de discriminación, ámbito donde se encuentran las referencias legales a la cuestión que nos atañe, siendo patente la carencia de una regulación específica y completa en el ámbito jurídico laboral. El convenio propone un concepto amplio y omnicomprensivo de acoso y violencia en el mundo del trabajo, con la pretensión de dar cabida a todas sus manifestaciones, algo no exento de dificultades, sea por las diferencias terminológicas o por la falta de una definición universal (Ramos, 2018b, p. 92), pero que puede favorecer la existencia de un mayor margen de flexibilidad a los Estados para formular las respuestas nacionales contra tales conductas, de forma conjunta o separada. Ello, además, sin perjuicio de combinar este criterio general con una distinción o modalización de las distintas formas de acoso, a fin de ajustar las respuestas pertinentes (sobre los tipos concretos recogidos en el informe previo al convenio, incluida la violencia doméstica laboral, Ramos, 2018b, p. 95). Afirma que la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo:

[...] designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género (art. 1).

Aun cuando no impide que la legislación nacional los aborde como un concepto único o como conceptos separados.

El planteamiento, en línea de principio, parece acertado, combinando la definición de la conducta (incluidas las amenazas) con su resultado y flexibilizando algunas de las tradicionales exigencias relativas al acoso, como la reiteración. Nos parece positivo el avance en el tratamiento de los daños, que no resultan indispensables para la existencia del acoso, siendo suficiente que sea susceptible de causarlos, aun cuando quizás se echa en falta una referencia al daño a la propia dignidad de la persona o el daño moral, que concurre en todo caso. Para algunos autores hubiera sido deseable incluir otras distinciones con amplio consenso internacional, como violencia en el trabajo y de terceros, y acoso y acoso discriminatorio, que

hubieran dado mayor profundidad al convenio y hubieran aportado conceptos universales (Velázquez, 2019, p. 124). En lo que ahora nos interesa, y más allá de estrictas conceptualizaciones jurídicas, la imperiosa necesidad de garantizar los sistemas internos de denuncia se extiende a todas estas conductas reprochables, conjuntamente o por separado.

La orientación del convenio también es amplia en lo relativo a los sujetos activos del acoso (incluyendo clientes, proveedores de servicios, usuarios, pacientes o el público –art. 3–) y sus modalidades, sea horizontal o vertical. Lo mismo ocurre con los sujetos tutelados (más allá de un concepto estricto de trabajador por cuenta ajena –art. 2–), con una posible extensión a los autónomos, con la referencia a «las personas que trabajan», dando cabida expresamente a personas en formación, pasantes y aprendices, algo de especial relevancia en relación con posibles colectivos vulnerables como los becarios.

Por último, reviste gran trascendencia la notable expansión y flexibilización de la definición del lugar de trabajo, sustituido por el de «mundo del trabajo», tendiendo a fijar la atención de forma esencial en su conexión –directa o mediata– con el trabajo, que se marca en las referencias a «en el transcurso del trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo», según el artículo 3, trascendental hoy ante la licuación del espacio físico de desarrollo del trabajo y el notorio avance de las nuevas tecnologías y, lamentablemente, también de su empleo como vehículo para el acoso. Aspectos que no resultan indiferentes a la hora de diseñar sistemas de denuncia adecuados y eficaces, con garantías mínimas para los denunciantes, que han de servir de complemento al imprescindible tratamiento preventivo que, hoy por hoy, resulta insuficiente.

2.3. Lagunas en la tipificación legal del «acoso» en el orden interno

Dar un concepto jurídico de acoso supone una tarea extremadamente compleja (Dolz, 2018). Centrados de forma exclusiva en el orden jurídico-laboral, la normativa hace ya tiempo incluye la protección frente al acoso (por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y frente al acoso por razón de sexo) entre los derechos básicos del trabajador (art. 4.2 e) Estatuto de los Trabajadores –ET–), entre las posibles causas de despido (art. 54.2 g) ET; *in extenso*, Gorelli y Marín, 2004), y aporta definiciones de diversos tipos de acoso (acoso discriminatorio, acoso sexual y acoso por razón de sexo) en dispersos textos legales provenientes del ordenamiento comunitario, aunque con algunas diferencias (Ginés, 2018, p. 304), en las que no hemos de entrar¹.

¹ En esencia, las normas que comentamos vienen a trasponer el artículo 1.2 de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; artículo 2 de la Directiva 2004/113/CE,

Un sucinto acercamiento a las principales acepciones legales basta para demostrar su insuficiencia y la falta de un concepto omnicompreensivo e inclusivo de acoso. El «acoso discriminatorio» viene definido en el artículo 28 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, trasposición de sendas directivas comunitarias en materia de igualdad, entendiendo por tal:

[...] toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de la persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

Definición que no incluye todas las posibles causas de acoso discriminatorio, sino que se ha ceñido a las reguladas en la norma comunitaria.

Otras normas específicas contienen otras definiciones de acoso, por ejemplo, en relación con la discapacidad, el artículo 2 f) del Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social.

Por su parte, en la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), se incluye una definición de «acoso sexual» en términos de «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, humillante u ofensivo» (art. 7.1).

El Tribunal Constitucional (TC) venía delimitando sus notas básicas (Sentencias del TC –SSTC– 224/1999, de 13 de diciembre; 136/2001, de 18 de junio; y 5/2003, de 7 de abril), en cuyo estudio no hemos de entrar, poniendo el acento de forma especial en la gravedad de la conducta y en que resulte «no deseado». Aserto que, sin embargo, ya no figura en la norma legal, algo que es aplaudido por un sector de la doctrina (Morato, 2018, p. 2), en consonancia con otros autores que ya se habían mostrado muy críticos con su inclusión en las normas de la Unión Europea (Pérez, 2009, p. 151), aunque ya la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) había flexibilizado su aplicación (Robles, 2014, p. 844). La literalidad de la norma impone relativizar la exigencia y la forma de exteriorizar o manifestar el carácter no deseado de la conducta, siendo suficiente cualquier indicio de que es rechazada por la otra parte o, simplemente, que le incomoda, centrando la atención en su carácter ofensivo (en un sentido parecido, Bustamante, 2012, p. 128; Ginés, 2018, p. 304) y

de 13 de diciembre, por la que se aplica el principio de igualdad de trabajo entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y artículo 2.1 d) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

atentatorio contra los derechos básicos a la dignidad y/o la libertad. La gravedad debe medirse con parámetros objetivos y no solamente según la percepción subjetiva o la sensibilidad particular de quien lo padece (STC 224/1999), habiéndose destacado los inconvenientes del empleo de un estándar subjetivo (Pérez, 2009, p. 167, que apuesta por un criterio ecléctico).

El «acoso por razón de sexo», en cambio, viene definido en la misma norma (art. 7.2) como los comportamientos realizados en razón del sexo de una persona y con el mismo propósito o efecto de atentar contra su dignidad, crear un entorno discriminatorio, degradante u ofensivo. Este acoso se considera que, en todo caso, es discriminatorio (art. 7.3). En puridad, estamos ante una conducta que se basa más en el género, pues normalmente el acosador actúa en relación con los estereotipos sociales asociados al sexo femenino de la víctima². Aunque no se contempla de modo expreso el chantaje sexual o acoso por intercambio (por superior jerárquico, al que se condiciona algún derecho laboral o acceso al empleo...), el artículo 7.4 de la LOIEMH considera que 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. También el TC admite ambos tipos de comportamientos como integrantes de la conducta prohibida (STC 224/1999, de 13 de diciembre).

Pese a las fronteras aparentemente nítidas entre los distintos tipos de acoso señalados, en la práctica, sin embargo, suele apreciarse cierta confusión entre los términos de acoso sexual y por razón de sexo, incluso moral (sobre esta compleja distinción, entre otros, Bustamante, 2012, pp. 115-142). Así en la STSJ de Madrid de 8 de julio de 2009 (rec. 2677/2009) que estima que las expresiones machistas e inapropiadas de un superior, distintas de una finalidad sexual, no son acoso sexual, al no tener connotaciones sexuales, ni existe un sistemático acoso psicológico, aunque seguramente pasa por alto el pronunciamiento que bien pudiera tratarse de un acoso por razón de sexo (o género). La demarcación no resulta tan sencilla, porque en el acoso sexual lo predominante puede no ser el deseo sexual, sino la finalidad de dominio o la afirmación del poder de género (Pérez, 2009, p. 158). En la misma línea, la STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de marzo de 2012

² Según la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía/Sevilla de 19 de enero de 2010 (rec. 1675/2009), en este tipo de acoso 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, 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 afirmación de poder. En muchos supuestos, los comportamientos propios del acoso comienzan tras la baja por maternidad o solicitudes de reducción de jornada por cuidado de menores (entre otras, STSJ de Andalucía/Granada de 25 de enero de 2018, rec. 1846/2017). En relación con aborto sufrido y comunicación de nuevo embarazo, STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2011 (rec. 463/2011). La STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2007 (rec. 4705/2006) habla de acoso sexista y lo define como aquel que discrimina, excluye, subordina, subvalora, estereotipa a las personas en atención a su sexo, constituyendo un atentado contra la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

(rec. 314/2012)³ afirma que el relato de hechos probados demuestra más la violencia del demandado que su deseo sexual por la trabajadora. No es infrecuente que concurren ambas conductas (a modo de ejemplo, STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018, rec. 421/2018)⁴.

2.4. La clamorosa ausencia de un concepto legal de acoso moral (*mobbing*)

Vistas someramente las definiciones legales, la ausencia es clamorosa en lo relativo al acoso moral propiamente dicho; apartándose del concepto omnicomprendido manejado por el convenio. Los tipos de acoso referenciados se pueden englobar perfectamente en el género acoso laboral, pero son claramente insuficientes para abarcar todas las conductas integrantes del mismo, puesto que solo para el acoso moral se han catalogado hasta 45 tipos (Pérez, 2009, p. 159, deudora de Molina, 2001, p. 61). Tampoco existe siquiera una denominación universal, hablándose de acoso laboral, *mobbing*, acoso psicológico o moral u hostigamiento laboral, entre los más frecuentes.

Esta ausencia, aunque existen escuetas menciones expresas a nivel legislativo⁵, ha propiciado una amplia y encomiable labor judicial de construcción de la definición jurídica de acoso⁶, en la que se aprecia una clara tendencia a imponer requisitos que igual conducen a un excesivo rigor y, en ocasiones, a cierta desprotección de los trabajadores que sufren este tipo de comportamiento y, a buen seguro, a cierta inseguridad jurídica. Suele entenderse por acoso moral cualquier conducta que atenta contra el derecho de dignidad de la persona, que crea un entorno intimidatorio, humillante, degradante u ofensivo para la persona afectada y que es susceptible de causar daños a la salud del acosado, constituyendo un atentado a su dignidad e integridad. Por tanto, y en primer lugar, son innumerables los

³ Más discutible es su distinción entre el acoso sexual recusable frente al que no lo es, aceptando una ratio razonable de violencia sexual. *Vid.* STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2019 (rec. 1630/2019).

⁴ Acoso discriminatorio sexista en relación con acoso sexual. O la STSJ de Asturias de 30 de septiembre de 2015 (rec. 1932/2015), que aprecia acoso sexual y acoso discriminatorio tanto por razón de sexo como de raza, dado que se refería por carta a una trabajadora de color con claro contenido sexual, manifestando de forma inapropiada su predilección por las mujeres de color.

⁵ Artículo 14 h) del Estatuto Básico del Empleado Público (RDleg. 5/2015, de 30 de octubre); artículo 286.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social; o artículo 4.3 c) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

⁶ Para el grupo de estudio Violencia en el trabajo de la Comisión Europea sería el comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/s es objeto de acoso y ataques sistemáticos, durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío. El Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) (NTP 854) lo define como «la exposición a conductas de violencia psicológica, dirigidas de forma reiterada y prolongada en el tiempo, hacia una o más personas por parte de otra u otras que actúan frente a aquellas desde una posición de poder (no necesariamente jerárquica)».

comportamientos (verbales, físicos o de cualquier otro tipo) que podrían encajar en el concepto de acoso moral, difíciles de agrupar pese a los intentos doctrinales (Gorelli y Gómez, 2003, p. 9), pero, como ha sostenido el TC (STC 106/2011, de 20 de junio), ha de enmarcarse necesariamente en el ámbito del artículo 15 de la Constitución española (CE), no solo por la referencia que hace este precepto a la integridad moral, siendo incuestionable que el acoso denunciado afectaría a la dignidad profesional de la persona, sino también en relación con la integridad física, por los efectos derivados para la salud. En brevísima síntesis, los tribunales vienen exigiendo los siguientes requisitos para apreciar el acoso: habitualidad o reiteración, trato (o ambiente) humillante o vejatorio, finalidad y daño⁷.

Una de las notas más destacadas, considerada diferencial respecto a la violencia en el Acuerdo marco europeo sobre acoso y violencia en el trabajo de 26 de abril de 2007 (AMEVT)⁸, es la reiteración y frecuencia de las ofensas. También los tribunales ponen el acento en que la conducta se ejerza de forma sistemática y recurrente, durante un tiempo más o menos prolongado⁹, siendo difícil que se aprecie ante una única conducta, aunque sea muy grave (también Gorelli y Gómez, 2003, p. 11; Morato, 2018, p. 5; Poquet, 2016, p. 3; Sierra, 2017, p. 5). Se ha llegado incluso a cifrar en 6 meses (NTP 476 INSSST), aunque el lapso temporal se va flexibilizando, bastando que se prolongue en el tiempo (NTP 854). Esta nota ha sido objeto de discusión en el seno de la propia OIT donde hay expertos valedores de la posibilidad de que sea un evento puntual, según su gravedad, lo que supone una revisión del concepto tradicional (Ramos, 2018b, p. 98). El convenio da un paso en esta dirección, con una definición que admite comportamientos, prácticas y amenazas de manera puntual o recurrente. Aspecto de crucial importancia que debería aclararse en el orden interno con una definición omnicomprendensiva y flexible que incluya un amplio abanico de conductas ofensivas, siendo lo preponderante la gravedad, valorándose la duración en el tiempo en su apreciación, mas no determinando necesariamente su exclusión. Es verdad que en el orden interno también el Código Penal (CP) incluye entre los tipos delictivos el acoso (arts. 173.1.2.º y 184), fuera del título XV dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores, pero conviene recordar que el derecho penal es la última ratio del ordenamiento, el último recurso y, por ende, queda reservado a las conductas más graves, merecedoras del máximo

⁷ La STSJ de Andalucía/Sevilla de 31 de marzo de 2009 (rec. 2465/2008) distingue entre sus elementos esenciales o estructurales, sin cuya concurrencia no puede apreciarse el *mobbing*, aun pudiendo ser una conducta antijurídica a efectos laborales, que son el elemento cronológico (reiteración) y el elemento medial (la complejidad de la conducta) y los accidentales o contingentes, que pueden estar o no presentes (elementos finalista o subjetivo, voluntad de destruir la personalidad y el resultado, daño psíquico). *Vid.* también la STSJ de Andalucía/Granada de 14 de diciembre de 2017 (rec. 1604/2017).

⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo por la que se transmite el Acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, Bruselas, 8 de noviembre de 2007, COM (2007) 686 final.

⁹ STSJ de Galicia de 23 de octubre de 2018 (rec. 1172/2018). También desestima el acoso por considerar que se trataba de situaciones puntuales, no permanentes, la STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2019 (rec. 760/2019).

reproche, mientras que el ordenamiento laboral debe dar respuesta a otras conductas ofensivas también reprobables aunque no revistan el mismo grado de gravedad. Por ello nos parece más adecuado mantener un claro deslinde entre ambos conceptos sin que resulten trasladables los requisitos de permanencia, gravedad o, incluso, prevalimiento plasmados por la norma penal e interpretados por la jurisprudencia¹⁰ al ámbito que nos ocupa.

Por su parte, el requisito de la reiteración se ha cuestionado en el acoso sexual, siendo las posturas divergentes sobre el carácter persistente o reiterado de la conducta, que en modo alguno es impuesto por la LOIEMH. Así, existen valedores de su inexigibilidad (Ginés, 2018, p. 308, y Pérez, 2009, p. 160, entre otros), pero también algunos autores (Sánchez, 2015, p. 5) ven harto dudoso que un único incidente pueda tener la consideración de acoso sexual, aunque podría considerarse ofensivo. De ahí la necesidad de tratar de objetivar las conductas «ofensivas» y su graduación en función de la gravedad, tendiendo a difuminar tal distinción. Nos parece de recibo traer a colación la STSJ de Andalucía de 14 de abril de 2011 (rec. 3081/2010) que reflexiona sobre cuántos actos de naturaleza sexual se necesitan para constituir acoso sexual, estimando que, en puridad, va a depender de la gravedad, pues, al exigir la norma que se cree un entorno intimidatorio, parece excluir un hecho aislado.

Para el acoso por razón de sexo, la STSJ de Asturias de 27 de julio de 2014 (rec. 564/2014) descarta su existencia al entender que se trata de un acto aislado (también la STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2011, rec. 463/2011), aun cuando la STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2008 (rec. 1396/2008), con mejor criterio, afirma que el acoso en el caso concreto es sexista, discriminatorio y, por tanto, no necesita reiteración de la conducta. Asimismo, en algún supuesto se opta por la valoración en cada caso en función del supuesto concreto¹¹.

Otro de los requisitos que suelen manejarse es la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o destruir su reputación, causar un daño, hacerle el vacío y lograr que la persona abandone la empresa. Esta circunstancia no es compartida por un sector de la doctrina, que estima suficiente que la intencionalidad pueda presumirse. O, como se ha sostenido, nuestra legislación admite la calificación como acoso de una conducta carente de propósito hostigador, siendo suficiente, en su defecto, que la acción provoque un ataque contra la dignidad e intimidad de la persona, por tanto, sin exigir el dolo (Morato, 2018, p. 5; planteamiento objetivo también en Gorelli y Gómez, 2003, p. 13; tendencia patente en el ámbito comunitario, Robles, 2014, pp. 837 y ss.). En este punto, si bien el Convenio 190 OIT alude

¹⁰ Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 23 de junio de 2000 (rec. 325/1998), 26 de abril de 2012 (rec. 349/2012) y 22 de octubre de 2015 (rec. 888/2015).

¹¹ Para la STSJ de Madrid de 9 de abril de 2010 (rec. 520/2010) debe valorarse en cada caso, y no resulta imprescindible que quienes acosan lo hagan por una intencionalidad u objetivo, es suficiente que los efectos producidos contengan un ataque contra la dignidad de la persona que lo padece o se haya creado un entorno hostil, degradante o humillante.

en su preámbulo a la dignidad de las personas, se echa en falta su inclusión como elemento integrante de la definición propuesta.

Ahora bien, a nuestro juicio, si un requisito ha de ponerse en tela de juicio en la construcción judicial es la exigencia de que cause daños a la salud, más a raíz del convenio OIT que incluye conductas que tengan por objeto, causen o sean susceptibles de causar daños físicos, psicológicos, sexuales o económicos. Es indudable que con frecuencia las situaciones de acoso provocan alteraciones de tipo psíquico o psicosomático, más o menos graves, como el estrés, la depresión, la ansiedad, trastornos emocionales o del sueño e, incluso, llegado el caso, el suicidio, pero también lo es que debería ser suficiente en su apreciación el daño moral, inherente al acoso, sin necesidad de desencadenar o sufrir una dolencia o enfermedad (también Gorelli y Gómez, 2003, p. 14; Gudín, 2008, p. 27; Morato, 2018, p. 6; Pérez, 2009, p. 168). Algunas sentencias, con buen criterio, consideran que la existencia de una patología no es en sí misma un elemento integrante del concepto jurídico de *mobbing*. Más bien ha de servir como un indicio de su existencia (STC 160/2007, de 2 de julio), de forma que se admita aun cuando no haya daños a la salud (SSTSJ de Madrid de 10 de diciembre de 2007 y 4 de abril de 2014, recs. 4275/2007 y 27/2014) o como un plus a la hora de fijar la indemnización de daños y perjuicios. No obstante, para la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2009 (rec. 1780/2009), si no se ve quebrada la salud físico-psíquica, no cabe apreciar acoso. Tesis restrictiva en exceso, escasamente ajustada al amplio planteamiento de la OIT, llegando a la posible desprotección de aquellos individuos que se muestren más fuertes psicológicamente, más capaces de soportar la presión o los comportamientos violentos. Lógicamente, ello enlaza con las propias dificultades de la comprobación y valoración de la conducta del acosador, que ha de guiarse por criterios objetivos y no exclusivamente por juicios de valor personales de quien sufre la conducta ofensiva. En este sentido, resulta interesante la STC 56/2019, de 6 de mayo, que avanza en este terreno al matizar los elementos esenciales para la existencia del acoso, tanto la intencionalidad, puesto que la tutela no puede quedar supeditada a la indagación de factores psicológicos y subjetivos, pudiendo bastar la presencia de nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido, como el daño, profundizando en pronunciamientos anteriores que ya consideraban suficiente la existencia de un riesgo relevante de que la lesión pudiera llegar a producirse. Ambos elementos deberían desterrarse o matizarse al menos de la definición si España ratifica el Convenio 190 OIT (para la intencionalidad, Velázquez, 2019, p. 126).

La ausencia de definición legal en nuestra normativa suscita algunas dudas sobre los tipos de acoso prohibidos, aunque nuestros tribunales admiten tanto el acoso vertical (más frecuente el descendente) como el horizontal (entre compañeros de trabajo). Con frecuencia se habla también del acoso ambiental, si no va dirigido contra una persona concreta, sino que afecta a grupos de trabajadores, a toda o una parte importante de la plantilla. En la actualidad resultan notorias las nuevas dificultades que plantean las formas de ciberacoso. Aunque, someramente, también el convenio incluye expresamente el acoso que acontezca «en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación» (art. 3 d) Convenio 190 OIT).

2.5. Hacia un concepto omnicomprensivo e inclusivo de acoso

Las clases de acoso tipificadas legalmente y el concepto jurídico de acoso moral construido por los tribunales resultan restrictivos en exceso, vetan solamente determinadas formas de acoso y, en ocasiones, hacen sumamente difícil la prueba del comportamiento prohibido (*in extenso*, Poquet, 2016). Por su parte, el exigir la reiteración puede suponer un sufrimiento innecesario para la víctima, que debe esperar en su puesto de trabajo, desarrollando las tareas propias de su relación laboral, hasta poder preconstituir una prueba que garantice su tutela. Con la doctrina, cabe sostener que lo esencial no es la duración en sí, sino la actitud persistente del agresor o agresores (Morato, 2018, p. 5). Algún autor abre la puerta también a que un solo acto pueda constituir ciberacoso, en todas sus variables (Molina, 2019), aunque las fronteras para su delimitación de otras conductas de violencia cibernética pueden no resultar en absoluto sencillas.

Como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, los tribunales suelen mostrarse proclives a exigir la presencia de un daño físico o psíquico para el reconocimiento de la existencia del acoso, rechazándolo en caso contrario. Planteamiento que penaliza a las personas más resistentes en cuanto a la afectación de la salud. La existencia de la situación de acoso o de violencia, aunque su prueba no está exenta de complejidad, no debe condicionarse a la demostración del daño, puesto que al ser el acoso una conducta pluriofensiva, en todo caso supone una lesión a la dignidad de la persona, y esta se dará al margen de la posible manifestación de una dolencia o enfermedad.

De todo lo anterior deriva la imperiosa necesidad de una definición del acoso y la violencia en términos omnicomprensivos, en la línea del convenio, con un reconocimiento expreso del principio de tolerancia cero hacia los mismos, en el marco de una política integrada e integral, a ser posible en forma de un único texto normativo que aborde la problemática de forma conjunta en el ámbito laboral, dotada de cierta flexibilidad que permita su adaptación a nuevas realidades y diversidad de conductas. Y ello con independencia de una definición y precisión más concreta de algunas de sus manifestaciones o para determinados colectivos o sectores especialmente vulnerables. La propuesta no es del todo nueva, pues ya a nivel comunitario, ante el despropósito conceptual del acoso, se ha avanzado la necesidad de una acción normativa europea dirigida a definir un único concepto de acoso como categoría jurídica autónoma y genérica a partir de la cual identificar y reformular las distintas modalidades, también en los distintos ámbitos (Robles, 2014, p. 844). Nuestra legislación adolece aún de importantes carencias en orden a la plasmación legal de un concepto general de acoso que facilite su identificación y otorgue seguridad jurídica, requisito no satisfecho con su configuración judicial, sin que ello obste la conveniencia de incluir también definiciones más detalladas o, incluso, elencos ejemplificativos de conductas que constituyen acoso¹².

¹² A este respecto, puede verse el anexo II del Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado, Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública (BOE de 1 de junio de 2011).

Por su parte, y siendo imposible ignorar la creciente digitalización del mundo laboral, debe darse cabida a las nuevas formas de acoso en ocasiones fomentadas por el anonimato que favorecen las redes sociales o por la facilidad de acceso a los dispositivos tecnológicos y a sistemas de mensajería instantánea, que han de ser en todo caso prevenidas y reprimidas, en especial en el ámbito laboral o en relación con el mismo, con independencia de quién, cuándo –fuera del tiempo de trabajo–, con qué motivación o a través de qué vías las realice, siempre que la conexión entre acosador y víctima pueda trazarse en el ámbito laboral (sobre esta cuestión en la que no hemos de entrar, por todos, Molina, 2019; Vicente, 2018).

3. Los sistemas de denuncias internos en la regulación sobre acoso

3.1. El Convenio 190 OIT: política de empresa y canales de denuncia

Como hemos señalado, si bien uno de los aspectos más positivos del convenio es su puesta en valor de la vertiente preventiva del acoso y la adopción de medidas dentro de la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, partiendo de la evaluación de riesgos (art. 9 b) y c), en este momento queremos centrar la atención en la denominada «política del lugar de trabajo relativa a la violencia y el acoso» (política de empresa), que debe adoptarse y aplicarse en consulta con los trabajadores y sus representantes (art. 9 a).

Esta alusión a la política interna de la empresa ya ha aparecido en relación con el derecho a la desconexión digital (art. 88 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales –LOPD–), término de notoria amplitud, con pocas pistas legales sobre su contenido y sin incluir los instrumentos o herramientas básicas que hayan de integrarlo (Igartua, 2019, p. 83). Al igual que allí, aun cuando parece apuntar a dos políticas diversas, nada obsta un tratamiento conjunto, a fin de dar coherencia a las distintas actuaciones emprendidas. Seguramente es la presencia de bienes jurídicos diferenciados, más allá de la tutela del derecho a la vida e integridad física, lo que lleva a buscar enfoques más omnicomprendivos que presten atención a otras facetas del problema y busquen respuestas que tutelen los diversos derechos implicados, algo que cohonesta bien con el carácter pluriofensivo del acoso (con afectación también de la dignidad y la intimidad, entre otros bienes jurídicos).

Aun cuando el convenio no concreta el contenido de la política, encontramos una serie de menciones ejemplificativas en el apartado 7 de la Recomendación 206, que, junto al principio de tolerancia cero, los programas de prevención con objetivos medibles, definiciones de derechos y obligaciones, recomienda contener información sobre los procedimientos de presentación de quejas e investigación o, entre otros, incluir medidas de protección de los denunciantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias.

De forma más concreta, el artículo 10 b) del convenio establece que todo Estado miembro deberá adoptar medidas apropiadas para:

[...] garantizar un fácil acceso [...] a mecanismos y procedimientos de notificación y de solución de conflictos en los casos de violencia y acoso en el mundo del trabajo, que sean seguros, equitativos y eficaces, tales como: i) procedimientos de presentación de quejas e investigación (y, si procede, mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo o externos) [...] iv) medidas de protección de los querellantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias.

[En cualquier caso, se debe] proteger la privacidad de las personas implicadas, así como la confidencialidad, en la medida de lo posible y según proceda, y velar por que estos requisitos no se utilicen de manera indebida (art. 10 c).

3.2. Protección de denunciantes en la Unión Europea

La Unión Europea ha mostrado reiteradamente su preocupación por el tema del acoso, aunque han faltado actuaciones concretas y específicas, incluidas las intervenciones normativas, para la eficacia de la prevención de este tipo de riesgos. No obstante, en sus recomendaciones se destaca esta perspectiva (*in extenso*, Ramos, 2018a) y de modo particular tanto en el código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual¹³ como en el AMEVT, seguido por su acuerdo de seguimiento del año 2011. Dejando al margen en este momento la ineludible inclusión entre los deberes preventivos y su encuadre en la directiva marco, nos ceñiremos a los sistemas de denuncias internos.

El código de conducta establece principios de gran importancia, donde todavía queda un amplio camino por recorrer; así se considera que las políticas preventivas deben apoyarse en la consulta y/o negociación con los representantes de los trabajadores y fundamentarse en cuatro principios básicos: declaración de no tolerancia, medidas preventivas, procedimiento específico y régimen disciplinario; incluyendo además una serie de recomendaciones concretas. En este sentido, resultan bastante reveladoras las palabras contenidas en el propio texto, que ya hace casi 30 años señalaba que:

[...] la ausencia de quejas o denuncias de acoso en una empresa no es en absoluto prueba determinante de su inexistencia pues se ha constatado la renuencia de las víctimas de este tipo de actuaciones a presentar denuncia formal, sobre todo si no tienen seguridad absoluta de ser comprendidas y escuchadas e, incluso, de no ser represaliadas.

¹³ Anexo a la Recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo (DO L 49, de 24 de febrero de 1992).

Por su parte, el AMEVT es aún más claro al fijar la obligación empresarial de protección frente al acoso, incluyendo también una serie de medidas concretas bastante similares, insistiendo en el procedimiento para tramitar las incidencias caracterizado por la discreción, imparcialidad, celeridad en la investigación, acción disciplinaria frente a denuncias falsas, así como apoyo a las víctimas. Pese a no tratarse de medidas propiamente preventivas, sí parecen capaces de contribuir a la efectividad de las denuncias y la adopción de medidas frente a los culpables, desplegando seguramente un efecto ejemplar frente a futuros comportamientos de este tipo.

Más recientemente, con carácter general y no centrada exclusivamente en el ámbito laboral, se aprueba la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de octubre de 2017, sobre la lucha contra el acoso y los abusos sexuales en la Unión Europea¹⁴, que aborda el tema (considerando F) como un problema de salud y seguridad y como tal deben ser considerados y ser objeto de medidas de prevención. Asimismo, incide en el principio de tolerancia cero, condenando con firmeza toda violencia sexual y de acoso físico o psicológico y deplorando que estos actos sean tolerados con facilidad, cuando en realidad constituyen una violación sistémica de derechos fundamentales y un delito grave que debe recibir el castigo correspondiente; subrayando que debe ponerse fin a la impunidad llevando a los agresores ante los tribunales (punto 1). Entre otras recomendaciones de interés, entre las acciones clave para combatir el acoso sexual, deben incluirse subsanar las causas de que no se denuncien muchos casos y de la estigmatización social, así como establecer procedimientos de rendición de cuentas en el lugar de trabajo. Destaca, igualmente, la importancia de organizar acciones de formación específicas y campañas de sensibilización sobre los procedimientos formales existentes para la notificación de casos de acoso sexual en el lugar de trabajo y los derechos de las víctimas, reforzando así el principio de dignidad en el trabajo y promoviendo la tolerancia cero como norma (punto 14).

En general, el tema de los canales de denuncias internas (*whistleblowing*) ha irrumpido con fuerza en los últimos tiempos a nivel comunitario, lo que ha llevado a la aprobación de la Directiva 2019/1937 ya citada, que, como dijimos, no resulta de aplicación al supuesto del acoso y, además, presenta una importante restricción en cuanto al tamaño de la plantilla de la empresa para que el proceso resulte obligatorio. No obstante, la norma sienta algunos principios relevantes, que podrían servir de inspiración para una regulación de la materia en relación con el acoso, a los que se hará referencia en los lugares oportunos del trabajo.

¹⁴ 2017/2897 (RSP) (DOUE de 27 de septiembre de 2018, C 346/192). En el considerando E señala que:

[...] los casos de acoso sexual y de intimidación no se notifican lo suficiente a las autoridades debido a una persistente falta de sensibilización sobre el tema, a la insuficiencia de los canales de apoyo a las víctimas y a la idea de que se trata de un tema sensible para la sociedad, a pesar de que existen procedimientos formales para abordar esta cuestión en el lugar de trabajo y en otras esferas.

3.3. El derecho interno

Algunas de las cuestiones objeto de nuestro interés aparecen apuntadas de forma expresa en el artículo 48 de la LOIEMH. Este artículo se dedica a regular «medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo», incluyendo tanto la prevención primaria (medidas para evitar las conductas, prevención y concienciación, entre otras, y puesta en marcha de procedimientos de solución de conflictos), como los procedimientos para dar cauce a las denuncias o reclamaciones (prevención secundaria o terciaria) (Serrano, 2014, p. 632). En definitiva, tratamos de poner de manifiesto que los procedimientos para cursar las denuncias despliegan también un efecto preventivo, además de protector, aunque no podamos incluirlos entre las medidas preventivas «de primer orden». Para algunos es una medida «reactiva», por ser su aplicación posterior al problema, pero que puede desplegar ciertos efectos preventivos (Lacomba, 2018, p. 1, siguiendo el criterio técnico de prevención Inspección de Trabajo y Seguridad Social –ITSS– 69/2009). En general tiende a destacarse que los sistemas de denuncias tienen varias virtualidades y, entre ellas, la prevención, ya que pueden ayudar a disuadir la realización de actuaciones irregulares a los integrantes de la organización (Pérez, 2018, p. 292).

En relación con el contenido del precepto legal, aparte de ser de aplicación exclusivamente al acoso sexual o por razón de sexo, aunque nada obstaría su extensión a todo tipo de acoso, se muestra bastante parco, generando diversas dudas interpretativas. No existe unanimidad doctrinal sobre el carácter unitario (incluyendo todos los tipos de acoso) o separado, al tener un origen distinto, que deben revestir instrumentos como el protocolo o los sistemas de denuncias internos (en esta línea, Serrano, 2014, p. 635; o Sierra, 2017, p. 15). Dado el tratamiento integral propuesto por la OIT, nos parece más adecuada una política antiacoso conjunta, con una definición amplia e inclusiva del acoso, si bien con un doble planteamiento: por un lado, un tratamiento netamente preventivo que parta de la evaluación de riesgos laborales y, por otro, otras medidas de sensibilización y actuación frente al acoso, donde se regule de manera adecuada el sistema de denuncias internas.

El precepto legal (art. 48 LOIEMH) se limita a establecer que las empresas deberán «promover» condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo. A lo que añade que «con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación». Al alcance de esta norma, por su interés, dedicaremos cierta atención *infra*.

Por otra parte, una sucinta referencia a los canales de denuncia internos encontramos también en el artículo 24 de la LOPD. Norma en la que ni se contiene referencia al tema específico que nos ocupa ni se impone obligación alguna en relación con su establecimiento, más allá de la «normalización» de su existencia en la empresa, proclamando su licitud,

estableciendo el deber de la empresa de comunicar a empleados y terceros la existencia del canal de denuncias, protección de la confidencialidad y encargados de la gestión del canal, así como determinadas prescripciones mínimas centradas en la protección de datos personales (*in extenso*, Lousada, 2019).

Cabe encontrar otros ejemplos a nivel interno, en especial en normas anticorrupción, reguladoras de instrumentos financieros o prevención del blanqueo de capitales (RDL 11/2018, de 31 de agosto, art. 26 bis), pero también han cobrado una relevancia creciente en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en relación con la cual el artículo 31 bis del CP alude expresamente al canal de denuncias internas como parte de los programas de cumplimiento de las empresas para prevenir riesgos e incumplimientos, dentro de los modelos de *compliance* (puede verse la Circular 1/16 de la Fiscalía General del Estado, que considera esencial la protección del denunciante para informar de los incumplimientos, desde la confidencialidad y sin riesgos de represalias; asimismo la Norma UNE 19601, que, como se sabe, no tiene carácter vinculante). Normas que ponen de manifiesto la relevancia y la actualidad que está tomando la cuestión.

4. ¿Resultan obligatorios los canales de denuncias internas frente al acoso?

Partiendo de la regulación contenida en el artículo 48 de la LOIEMH, la doctrina ya ha puesto de manifiesto su desafortunada redacción, apostando por una interpretación de la norma («se podrán establecer») que rechaza su carácter facultativo, y ello con base en su naturaleza claramente imperativa cuando se refiere a la adopción de medidas para evitar el acoso (Ginés, 2018, p. 322; Pérez, 2009, p. 173). Dando por bueno este planteamiento, resultando preceptivas las medidas, lo que quedaría en manos del empresario y la negociación es decidir qué instrumentos resultarían más adecuados para la evitación del acoso. Quizás hubiera sido más apropiado optar por respuestas más cerradas o bien por una lista no exhaustiva de mecanismos, con previsión de algún instrumento concreto, con unas normas mínimas también para los sistemas de denuncias, que entrasen en juego en defecto de pacto.

Tampoco es diáfano el alcance del deber de negociar ni su contenido, esto es, si alude solamente a las medidas de prevención o también a los procedimientos y vías para las denuncias, siendo seguramente esta interpretación omnicomprensiva la más adecuada al tenor literal de la norma (también Ginés, 2018, p. 323). Por tanto, entre otras, una fórmula apropiada sería la adopción de protocolos antiacoso, donde se regulen de forma específica los canales de denuncia y la protección del denunciante, siendo el cauce más adecuado la negociación colectiva, que podría asumir un papel muy relevante (por todos, Lousada, 2015). Por su parte, como ocurre con otras disposiciones similares, el deber alcanza exclusivamente a la negociación, mas no a la adopción de acuerdos, siendo más dudosa la cuestión relativa a la obligación empresarial de adoptar medidas, en defecto de acuerdo, a la que cabe dar, con la doctrina, una respuesta también positiva (Ginés, 2018, p. 323).

Centrándonos en los canales de denuncia, ya hemos apuntado que su relevancia suele cifrarse en la necesidad de hacer aflorar el problema y aumentar las cifras de denuncias, que aún son relativamente bajas. De modo especial, en relación con el acoso sexual y por razón de sexo, se destaca su relevancia para generar confianza en las mujeres, con la garantía de que el objetivo es protegerlas, aclarar la situación y ahorrar costes y dinero, pero no buscando a toda costa la transacción, que parecería legitimar la violencia contra las mujeres (Serrano, 2014, p. 636). La relevancia de los canales de denuncias, pese a no ser prevención *stricto sensu* y tener un importante componente «reactivo», pues la conducta ya se ha producido, tiene un efecto destacado a la hora de implementar nuevas medidas preventivas y evitar casos futuros. En todo caso, si el conflicto no se solventa a nivel interno, puede servir como prueba irrefutable del conocimiento por la empresa de una situación ya manifestada y, en su caso, de su inacción, esencial frente a las habituales alegaciones empresariales de falta de conocimiento o conocimiento insuficiente de los hechos acaecidos (por todas, el juego de la denuncia previa en STC 74/2007, de 16 de abril). La regulación arroja notorias carencias en lo relativo al procedimiento para tramitar denuncias, puesto que las especificaciones legales en cuanto a sus principios, trámites o garantías mínimas brillan claramente por su ausencia.

En su apartado 2, el artículo 48 de la LOIEMH establece que los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos. Por tanto, deberían ser también parte relevante en los procedimientos de denuncias pactados.

En el ámbito de las Administraciones públicas, del que no hemos de ocuparnos, la tutela es algo más completa en tanto el artículo 62 de la LOIEMH regula la negociación con los representantes legales de los trabajadores de un protocolo de actuación frente al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, con un contenido mínimo preestablecido, en el que se incluye el compromiso de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo¹⁵. Aquí se produce un ajuste mayor con los principios y recomendaciones vistos en el ámbito europeo (en la misma línea, Ginés, 2018, p. 325) y con el planteamiento de la OIT.

¹⁵ Entre otros, pueden verse la Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado de la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado (BOE de 1 de junio); Resolución 400/38199/2015, de 21 de diciembre, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, por el que se aprueba el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las Fuerzas Armadas (BOE de 30 de diciembre); Protocolo frente al acoso sexual, por razón de sexo, discriminatorio y frente a todas las formas de acoso y violencia en la carrera judicial (BOE de 17 de febrero de 2016). Puede verse la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de marzo de 2017 (rec. 810/2015) que descarta la existencia de acoso y de incumplimiento por parte de la Administración de sus obligaciones preventivas.

Se echa en falta un mayor grado de detalle sobre los aspectos esenciales o básicos de la tramitación y un reforzamiento de las citadas garantías, en especial, a la hora de proteger la confidencialidad (o, incluso, el anonimato) del denunciante y de tutelarlos frente a posibles actos de retorsión o represalias empresariales, aspecto que propiciaría que las quejas salieran a la luz, disminuyendo el número de estos comportamientos que quedan en el ámbito de la intimidad del acosado, que tiene normalmente grandes reservas para hacer «pública» la situación denigrante sufrida.

Nuestro ordenamiento carece, en general, a la espera también de la trasposición de la directiva comunitaria, que parcialmente podría cubrir esta laguna, de un sistema de protección del denunciante y en el terreno que nos ocupa, aunque hemos defendido su obligatoriedad en relación con el acoso sexual y por razón de sexo, sería conveniente un diseño legal de un sistema ágil y eficaz de denuncia, y ulterior protección del denunciante. Aun cuando nuestro TC (por todas, STC 183/2015, de 13 de octubre) y los tribunales ordinarios no dudan en acudir a la construcción sobre la garantía de indemnidad, que se ha extendido incluso a actos previos y no estrictamente judiciales, esta protección resulta insuficiente para la cuestión aquí tratada. Y ello porque, anticipándose a esta tutela, se debe facilitar en el seno de la propia empresa la existencia de vías para afrontar el problema, garantizando los derechos básicos del denunciante (sea o no la víctima), protegiéndolo también frente a posibles represalias, sin necesidad de acudir a otros cauces públicos, por eficaces que estos pudieran ser y que, en principio, deben quedar reservados para el incumplimiento de la opción preferente. Y ello sin desconocer tampoco que se van dando pasos importantes en la extensión de la garantía, así resulta significativa la Sentencia del TJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/2018, asunto Hakebbracht y Vandebon) que, en relación con la discriminación por razón de sexo, amplía su ámbito de aplicación a los testigos informales. La sentencia profundiza en la tendencia expansiva de la protección brindada por la tutela judicial, incluyendo incluso las quejas internas, con una interpretación amplia del precepto legal, a fin de evitar que el temor a las medidas de reacción pueda disuadir a los trabajadores de intentar su defensa y retraer a otras personas que hubieran defendido al sujeto protegido o declarado como testigos a su favor (Rodríguez, 2020, pp. 9-10; Sánchez, 2019, p. 5).

La implementación de esta tutela resulta esencial para el incremento del número de denuncias, la puesta en práctica por las empresas de la tolerancia cero y el rechazo de estas conductas, unida a posibles sanciones disciplinarias u otras acciones frente al presunto responsable. Mecanismos que no restan un ápice de su valor a la aplicación plena del artículo 14 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL) y su grupo normativo, que obligan al empresario a adoptar medidas preventivas (suficientes, adecuadas y eficaces) frente al acoso. Igual que no obsta, en absoluto, que la persona víctima del acoso u otra distinta pueda poner las conductas en conocimiento de los delegados de prevención o de los servicios de prevención, recabando su asesoramiento y, en su caso, la exigencia al empresario de la adopción de medidas preventivas que, en todo caso, se imponen *ex lege* sin necesidad de exigencia o denuncia expresa. La denuncia, de todas formas, actualiza la situación de riesgo (incluso

de daño) y exigirá la adopción de medidas adicionales frente a la gravedad de la situación planteada. Las denuncias tempranas, en fases incipientes, acompañadas de las decisiones empresariales oportunas en todos los órdenes, pueden contribuir, si bien se mira, a minimizar el alcance de los daños causados a la víctima.

El artículo 48 de la LOIEMH no hace referencia a un umbral mínimo de trabajadores para su aplicación, lo que lógicamente lleva a sostener que las medidas resultan obligatorias en los términos vistos con independencia del número de trabajadores. Ahora bien, a nadie escapan las notorias dificultades que se darán con los canales de denuncia, en especial, para garantizar la objetividad e independencia. En consecuencia, cobran especial interés, dadas las dimensiones de un gran número de nuestras empresas, los mecanismos a los que alude el artículo 10 b) ii) del convenio, consistentes en facilitar por parte de las autoridades protocolos externos de gestión de quejas sobre violencia y acoso en el trabajo, que existen ya en algunos países de nuestro entorno.

Dadas estas notorias insuficiencias, seguramente lo más adecuado sería que el propio ET incidiera en este aspecto y desarrollara la política de empresa (también Velázquez, 2019, p. 137), fijando un contenido mínimo, regulando de manera más concreta la obligación de desarrollar canales internos de denuncia y los derechos mínimos que habrían de asistir al denunciante, arbitrando soluciones para las empresas de pequeñas dimensiones. Sin perjuicio de las posibles y necesarias actuaciones normativas en el contexto de una modernización del marco normativo de la prevención de riesgos laborales o, más allá incluso, apostando por la elaboración de una ley integral contra la violencia y el acoso en el trabajo.

5. Elementos básicos de los sistemas de denuncia interna en materia de acoso

Aun cuando los procedimientos de denuncia pueden ser de distinto tipo y desplegar mayor o menor grado de exigencias formales, en todo caso deberían contener una serie de elementos mínimos. Pese a la inexistencia de una definición unívoca de canal de denuncias (o *whistleblowing*), sí hay cierto consenso a la hora de considerarlo como un mecanismo interno establecido en una organización para comunicar de forma confidencial una información relevante sobre alguna infracción en su seno (Pérez, 2018, p. 291).

Si, como vimos, el artículo 48 de la LOIEMH es excesivamente parco y no aporta detalles sobre los procedimientos de denuncias, su forma, contenido, principios informadores o derechos y deberes mínimos de las partes, hemos de recurrir a algunos otros instrumentos para intentar delimitar la cuestión abordada, empezando por el artículo 62 de la LOIEMH también citado que, aunque tampoco demasiado explícito, sí incluye dos principios mínimos que han de figurar en todos los sistemas de denuncias: el tratamiento

reservado de las denuncias y la identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia. El recurso al convenio de la OIT tampoco arroja demasiada luz sobre la cuestión, al limitarse a señalar algunas notas básicas de los procedimientos de presentación de quejas e investigación que deben ser seguros, equitativos y eficaces. Siendo opcionales (si procede) los mecanismos de solución de conflictos en el lugar de trabajo.

En esta tarea puede servirnos de orientación, aunque no resulte exigible, el elenco de elementos que, a tenor de la Directiva del *whistleblower*, debe cumplir todo canal de denuncias internas (art. 9): diseñados, establecidos y gestionados de una forma segura que garantice la confidencialidad de la identidad del denunciante y de cualquier tercero mencionado en la denuncia e impida el acceso a personal no autorizado; acuse de recibo de la denuncia al denunciante en un plazo máximo de 7 días a partir de la recepción; designación de una persona o servicio imparcial que sea competente para tramitar las denuncias; tramitación diligente de las denuncias (incluidas las anónimas si las prevé el ordenamiento interno); plazo razonable para dar respuesta al denunciante sobre la tramitación de la denuncia, que no sea superior a 3 meses a contar desde el acuse de recibo o, si no hubo acuse de recibo, desde el vencimiento del plazo de 7 días desde la presentación; información clara y fácilmente accesible sobre las condiciones y procedimientos de denuncia externa ante las autoridades competentes. Por su parte, contempla de manera flexible la posibilidad de que la denuncia se presente por escrito en formato electrónico o en papel, o bien oralmente o vía telefónica, grabadas o no grabadas, o también reuniones presenciales con la persona o el servicio designados para recibir denuncias a petición del denunciante (art. 9.2).

Por su parte, la doctrina considera que los canales de denuncia, para el logro de sus objetivos, deben cumplir una serie de exigencias o características: respaldo por la dirección, información previa a los destinatarios del mecanismo, accesibilidad y proporcionalidad del sistema, documentación del sistema, independencia del órgano de gestión de las denuncias, completud del sistema de infracciones o sanciones y protección del denunciante o alertador (Pérez, 2018, p. 292).

De todo lo anterior, podríamos sintetizar los cuatro elementos ineludibles en cualquier sistema de denuncias: información y accesibilidad, designación de los responsables de gestión del sistema con garantía de imparcialidad e independencia, incluidos mecanismos de separación de alguno de ellos, celeridad y transparencia en la tramitación y protección del denunciante; dada la relevancia de este último apartado, le dedicaremos mayor atención en el epígrafe siguiente.

El cauce más idóneo para la regulación de estos canales de denuncias internos, que resultan obligatorios, es la negociación colectiva, donde, hasta la fecha, el tratamiento viene siendo bien dispar. Sin que las características del estudio admitan un análisis detallado de convenios, sí puede traerse a colación algún ejemplo de regulación adecuada de

un procedimiento de tramitación de denuncias en caso de acoso¹⁶. Así puede verse el artículo 118 del Protocolo de prevención y tratamiento de situaciones de acoso (sexual y por razón de sexo y discriminatorio) contenido en el XIX Convenio colectivo de la industria química¹⁷, donde se recogen los principios básicos (confidencialidad, prioridad y tramitación urgente, investigación, garantía de actuación, indemnidad frente a represalias, indicando también las consecuencias adversas de las denuncias falsas) y las reglas de tramitación, con intervención de los representantes (salvo negativa de la víctima), previendo incluso la adopción de medidas cautelares.

Por su parte, dado el pequeño tamaño de algunas empresas y las notorias dificultades para dotar de eficacia al sistema y de forma especial garantizar la independencia del órgano encargado de tramitar y resolver las denuncias, cabe acudir a fórmulas donde se prevea la intervención de terceros ajenos a la empresa, siempre que se garantice la confidencialidad y la protección del denunciante. Así, pueden rastrearse buenas prácticas tales como la creación de una comisión sectorial ajena a las empresas, donde plantear los casos de mayor gravedad, dotándola de medios para la investigación de las denuncias formuladas y proponer soluciones al conflicto, vinculantes para la empresa. También convenios donde se crea una Defensoría de Igualdad que actúa como receptora y asesora en las denuncias de acoso sexual y por razón de sexo (así en el Protocolo anejo al Convenio colectivo de ámbito estatal de radiodifusión comercial sonora 2019-2020, BOE de 1 de octubre de 2019)¹⁸. Por tanto, la negociación abre una serie de posibilidades en la materia, insuficientemente exploradas hasta el momento y que permitirían afrontar supuestos de acoso moral, sin necesidad de acudir a la vía judicial (Rodríguez, 2014, p. 571). Mucho más excepcional resulta encomendar a la Comisión mixta del convenio la evaluación y seguimiento del funcionamiento e implantación en las empresas afectadas de los procedimientos de actuación frente al acoso (Rodríguez, 2014, p. 572).

¹⁶ Otro ejemplo digno de mención en el Protocolo para la prevención del acoso laboral y sexual anexo al Convenio colectivo de la Sociedad General de Autores y Editores (BOE de 20 de diciembre de 2019). *Vid.* artículo 57 del XXI Convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámicas y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales (BOE de 23 de noviembre de 2018); Convenio colectivo estatal para las industrias lácteas y sus derivados (BOE de 12 de junio de 2018). En algunos casos se crean buzones de denuncias, además de difundir el código de buenas prácticas, así en el Plan de igualdad de ENAIRE, EPE, y el colectivo de controladores laborales de tránsito aéreo (BOE de 18 de marzo de 2019).

¹⁷ BOE de 8 de agosto de 2018.

¹⁸ En otros casos se prevé la actuación de la Comisión por la igualdad, así en Convenio colectivo estatal para las industrias del curtido, correas y cueros industriales y curtición de pieles para peletería (2019-2020) (BOE de 2 de octubre de 2019). En ocasiones, sin embargo, solamente se prevé genéricamente una garantía de indemnidad frente a represalias para los denunciantes dentro del protocolo antiacoso, así Convenio colectivo de la Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas, Norbega, SLU, para sus centros de trabajo de Galdakao, San Sebastián, Vitoria, Santander, Pamplona, Burgos y Logroño (BOE de 3 de octubre de 2019).

Una brevísima referencia merece la cuestión de la participación de los delegados de prevención, donde existiesen, en los procedimientos de denuncias internas. En este sentido, normas recientes en el ámbito de la Administración pública (así art. 6.3 RD 1932/1998, reformado por RD 60/2018) consideran tiempo de trabajo efectivo, sin imputación al crédito horario, el que se dedique por los delegados de prevención a las actuaciones derivadas de la aplicación de los protocolos de acoso existentes en el Ministerio de Defensa, siempre que dichas actividades estén previstas en los mismos, hayan sido formalmente solicitadas por alguno de los afectados o se realicen a instancias de la instrucción del caso de que se trate, que se mueve en la línea ya contenida por el Real Decreto 67/2010. Y, en este sentido, sería conveniente que en los procedimientos de denuncia se previera la participación de los delegados de prevención en la instrucción de los expedientes tramitados o que asumieran otras funciones específicamente diseñadas para ellos.

6. Tutela del denunciante

Para concluir, baste una sucinta referencia a la protección del «denunciante». Ha de tenerse en cuenta que, obviamente, el tema guarda una clara conexión con la garantía de indemnidad del trabajador, bien construida por nuestro TC y estudiada por la doctrina, ligada, como es sabido, al ejercicio de acciones judiciales de defensa de sus derechos por parte del trabajador. Ahora bien, normalmente se han planteado más problemas ante actos previos al proceso, denuncias ante la ITSS o protección de testigos. Con las denuncias internas lo que se pretende es anticipar la protección, intentar dar una respuesta inmediata al problema, desplegar efectos preventivos y que la garantía del denunciante quede ligada incluso a los primeros eslabones de utilización de los propios cauces establecidos por la empresa, normalmente encaminados a la adopción de medidas de contención y/o puesta en marcha del protocolo antiacoso. La posible denuncia por parte de la víctima o de otra persona concedora de la posible situación de acoso debe garantizar al máximo posible la tutela frente a cualquier tipo de represalia, por sutil que esta sea.

6.1. Confidencialidad versus anonimato

Si elemento central de los canales de denuncias internas es la protección del denunciante, una primera cuestión suscitada hace referencia a las denuncias anónimas y a la garantía de la confidencialidad del denunciante (incluso, dentro de lo posible, del denunciado), respecto a las que conviene realizar alguna precisión adicional. Hipotéticamente podría pensarse que lo más adecuado (en especial, si quien denuncia no es la víctima) es garantizar la presentación de denuncias de forma anónima, como la forma más eficaz de frenar las represalias. Ahora bien, es lugar común indicar que el anonimato abre la puerta a abusos, denuncias falsas e, incluso, «masivas». En la práctica están bastante extendidos sistemas que garantizan la confidencialidad, mas no el anonimato. La LOPD admite

esta doble posibilidad, ya que el precepto se refiere a «incluso anónimamente». En su día, la Agencia Española de Protección de Datos se decantó por no admitir las denuncias anónimas, como reflejó en el Informe 0128/2007 sobre creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (*whistleblowing*), apostando por el tratamiento confidencial de las denuncias, para evitar denuncias anónimas, garantizándose así la exactitud e integridad de la información. En este terreno se aprecia cierta división doctrinal, apostando algunos por tolerar las denuncias anónimas (Pérez, 2018, p. 294), capaces de garantizar que no se tomen represalias ni se los considere «chivatos» por sus colegas; otros, más matizadamente, aunque piensen que para la veracidad de las acusaciones es más efectivo que el denunciante no sea anónimo, afirman que la decisión debe quedar en manos de este, para evitar el efecto «disuasión» (Blázquez, 2019, p. 581). Por su parte, el vetar denuncias anónimas ha recibido importantes críticas, entre otras razones, por ser poco realista, pues no es de esperar que las organizaciones rechacen este tipo de denuncias si existen rasgos de certeza en las mismas (así, Goñi, 2011, p. 11; y Lousada, 2019, p. 6).

En este terreno es poco esclarecedor el convenio OIT, que se limita a señalar que es preciso «proteger la privacidad de las personas implicadas, así como la confidencialidad, en la medida de lo posible y según proceda, y velar por que estos requisitos no se utilicen de manera indebida» (art. 10 c). La recomendación, por su parte, avanza algo más en este terreno considerando que las legislaciones deberían definir el derecho de las personas a la privacidad y confidencialidad, manteniendo un equilibrio con el derecho de todos los trabajadores a estar informados de todos los riesgos. Por ende, admitiendo que sean los Estados los que definan la admisibilidad o no de las denuncias anónimas y el grado de tutela que otorga a la confidencialidad de los denunciantes.

La directiva, por su parte, garantiza la confidencialidad del denunciante (art. 16) y deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de admitir denuncias anónimas. Recientemente, el TS (Sala de lo Penal), en su Sentencia de 6 de febrero de 2020, razona también sobre la importancia de las denuncias anónimas en aplicación de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre. En el terreno que nos ocupa, aun asumiendo algún riesgo en relación con las denuncias falsas, deberían atenderse también con mínimas garantías sobre la veracidad las quejas anónimas.

De manera concreta, las nuevas formas de comunicación y de difusión de la información y su posible relación con conductas de acoso propician la existencia de potenciales denunciantes anónimos en supuestos de ciberacoso o de difusión de vídeos íntimos de trabajadores, al modo de lo ocurrido en el caso IVECO, y que, seguramente, deberían ser tenidos en cuenta por la empresa para poner en marcha de forma inmediata los correspondientes protocolos de actuación. En tales hipótesis, aparte de la necesaria información a los trabajadores y sensibilización respecto a que la conducta consistente en la difusión de imágenes u otros contenidos bien pudiera constituir un hecho delictivo, cabría incluso cuestionarse si cabría exigir la denuncia (o, al menos, su impulso) por parte de los trabajadores, al amparo de las obligaciones contenidas en el artículo 29 de la LPRL y, en concreto, de su deber

de informar de inmediato a su superior jerárquico directo y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores. Este tipo de colaboración, incluso informal, también debiera dar lugar a la protección. En estos casos habría que ser bastante flexibles tanto con el anonimato como con la buena fe, de forma que prácticamente esta se presume si el denunciante (informante) cree objetivamente en la existencia del riesgo y siempre que se articule primero por los cauces internos oportunos. Ello, lógicamente, no interfiere en otros procedimientos externos a disposición de los trabajadores ni en el ejercicio de su libertad de expresión o derecho de información, si bien aquí, lógicamente, la exigencia de la buena fe será bastante más estricta, en especial si se da publicidad y difusión a la pertinente denuncia cuando no sea estrictamente necesaria (principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad).

6.2. Sujetos tutelados y represalias prohibidas

Resulta patente que la clave de bóveda de los canales de denuncia internos no es otra que la protección del denunciante. En este sentido, el texto del convenio OIT, aparte de exigir esta protección, aporta pocas pistas sobre el alcance de la tutela. Tampoco es mucho más expresiva la recomendación, que se limita a indicar la conveniencia de incluir medidas de protección de los denunciantes, las víctimas, los testigos y los informantes frente a la victimización y las represalias. En línea con la ampliación del concepto de acoso, del de lugar de trabajo y de las víctimas y los acosadores, también la tutela se brinda a cualesquiera sujetos que aporten información o se dirijan, de una u otra forma, a los canales de denuncia internos.

La postura de la directiva en este punto es tajante en cuanto impone a los Estados miembros la adopción de cuantas medidas sean necesarias para prohibir «todas las formas de represalias, ya sean directas o indirectas, sobre los informantes [...]». Esta declaración de principios se completa con un listado no exhaustivo de posibles represalias en el puesto de trabajo (arts. 19 y 20), entre las que se contemplan la suspensión o despido, no renovación o terminación anticipada de un contrato temporal, coacciones, falta de formación o de promoción, cambio de puesto de trabajo, reducción salarial o discriminación, entre las más relevantes y frecuentes. También cabe destacar la previsión de apoyo económico para afrontar procesos judiciales frente a represalias.

A la espera de la regulación interna para el cumplimiento de la directiva, que podría significar tanto su extensión a otros tipos de materias no contemplados en la misma como la ampliación de su ámbito de aplicación a empresas de menor tamaño, para un sector de la doctrina sería deseable que el legislador no se limitara a esta regulación de mínimos y adoptase una regulación completa del *whistleblowing* (Bachmaier, 2019). Ello no obsta el

cumplimiento del deber mencionado en relación con el acoso e, incluso, más allá de eso, la conveniencia de una regulación integral y preventiva en el ámbito jurídico laboral que contemplara sus múltiples formas y consecuencias.

Especial interés reviste la posible repercusión de la denuncia realizada por una persona que haya participado en los hechos a la hora de enjuiciar su conducta, esto es, si sería factible que se atenuaran las posibles consecuencias sancionadoras debido a su «arrepentimiento». Es una cuestión ciertamente difícil de determinar y habría que sopesar tanto la gravedad de la conducta y los bienes jurídicos en juego, como los efectos positivos de una denuncia temprana (dado el carácter habitualmente prolongado en el tiempo de las conductas), en especial en la salud de la víctima. Ahora bien, sin que ello pueda ser objeto de automatismos ni de un exceso de «recompensa».

6.3. Carga de la prueba y nulidad del despido

Como se sabe, la principal ventaja de la construcción jurídica sobre la garantía de indemnidad, firmemente consolidada en doctrina y jurisprudencia, es su asentamiento sobre las reglas de alteración de la carga de la prueba (prueba indiciaria) y la nulidad del despido consecuencia del ejercicio de una acción judicial (y sus progresivas extensiones). En este sentido, no sorprende la importancia que la directiva otorga al papel de la carga de la prueba, de forma que, aportados indicios razonables para creer que el menoscabo tuvo relación con el hecho de haber efectuado la denuncia o revelación, se desplaza la carga de la prueba al empresario, que debe probar que el menoscabo no es consecuencia de la denuncia.

Ahora bien, aunque, llegado el caso, el trabajador gozara de esta protección, la relevancia de los sistemas de denuncia internos, reforzados por la protección al denunciante, radica en las posibilidades de denunciar las conductas tempranamente, en la propia empresa, y el anticipo de la garantía frente a las represalias a este mismo momento, sin necesidad de recabar la tutela judicial. Las vías internas pueden suponer una respuesta rápida al problema incipiente con claros efectos positivos, en especial sobre la salud e integridad de la víctima. Si tenemos en cuenta que en nuestro ordenamiento la protección de la indemnidad ha funcionado relativamente bien, igual el efecto es más casi de «placebo» que real, pero, si bien se mira, puede cumplir el objetivo primario señalado que no es otro que el de evitar la «disuasión» de los denunciantes o alertadores, en especial, cuando son otros trabajadores que no sufren la situación de acoso o la padecen de manera menos intensa, si estamos ante situaciones de acoso personalizadas, pero que acarrearán también acoso ambiental.

La ineludible conexión del acoso (en cualquiera de sus manifestaciones) con un nutrido grupo de derechos fundamentales, y de forma especial con la integridad moral (art. 15 CE), debe suponer que cualquier acto de retorsión al trabajador, ya en estas primeras etapas de recurso a los mecanismos internos de denuncia, deba considerarse, en todo caso, como

una transgresión de derechos fundamentales, desplegando, caso de ser necesario, todos los mecanismos que el ordenamiento jurídico brinda para su protección, sin que quede vinculado, lógicamente, al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

La Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, en relación con la igualdad de trato y no discriminación, incluye entre las infracciones muy graves las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa (art. 8.12).

6.4. Actuación de buena fe y denuncias falsas

En línea de principio, la protección debe brindarse exclusivamente al denunciante de buena fe, por tanto, debe mantenerse «un equilibrio entre el incentivo de las denuncias y el rechazo de las denuncias falsas y de mala fe» (Pérez, 2018, p. 296). Por ello reviste crucial relevancia el conocimiento por todos los integrantes de la organización de la existencia de los canales de denuncias y la protección brindada frente a las represalias. Información que debería extenderse a las consecuencias jurídicas de todo orden que corresponden a las denuncias falsas o de mala fe, dando especial relevancia a las sanciones disciplinarias, al movernos aún en los canales internos de denuncia.

La directiva viene a reconducir la protección al denunciante a aquellos casos en que «tenga motivos razonables para creer que la información que va a revelar es cierta en el momento en el que interpone la denuncia» (art. 13.1). Si acudimos al considerando 60, señala expresamente que:

[...] deben creer razonablemente, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los hechos que notifican son veraces. Esta creencia razonable debe presumirse hasta que se demuestre lo contrario. Se trata de una salvaguarda esencial contra las denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas y para garantizar que quienes deliberada y conscientemente comunican información incorrecta o engañosa no gocen de protección. Al mismo tiempo, garantiza que la protección no se pierde cuando el informante comunique información inexacta por error cometido de buena fe («*honest error*»).

A nadie escapa la problemática de las denuncias falsas, situación real, pero que está lejos de ser una conducta generalizada, y por ello no puede constituir una pretendida vía de escape frente a la adopción de las pertinentes garantías. Lógicamente, la constatación de este tipo de conductas, que merecen un alto grado de reproche, abre la puerta a la adopción de medidas disciplinarias contra el trabajador que incurrió en el acto fraudulento. Es más, dado el efecto lesivo que despliegan contra el denunciado y contra la tutela de las propias situaciones

de acoso, las respuestas de la empresa deberían ser contundentes¹⁹. También la directiva incide en las sanciones a imponer tanto a quienes realicen denuncias falsas como a quienes tomen represalias contra los denunciantes (art. 17).

7. Conclusiones

El déficit de denuncias en los supuestos de acoso podría paliarse, al menos en parte, con la previsión de sistemas adecuados de protección equilibrada y efectiva del denunciante, que cobra relevancia en nuestro ordenamiento, donde, pese a las medidas ya existentes, sigue siendo una asignatura pendiente en el ámbito laboral, en especial, en la faceta preventiva y en la respuesta temprana que contribuya a evitar el problema y/o minimizar los daños.

Una somera comparación entre el concepto de acoso omnicomprendivo en el «mundo del trabajo» del convenio de la OIT y la tipificación legal no exhaustiva, carente de un concepto de acoso moral, del orden interno aconsejaría acompañar nuestras normas a esta realidad, refiriendo la obligación de organizar canales de denuncias internas a todas las conductas ofensivas que encajan en el concepto «internacional» de acoso. Procedimientos que, si bien se mira, despliegan claros efectos preventivos, además de protectores, pues contribuyen a disuadir de la realización de actos reprochables.

La dicción literal del artículo 48 de la LOIEMH resulta parca y poco acertada, pero permite descartar el carácter «facultativo» de la adopción de medidas, que resultan de todo punto insoslayables, aunque la negociación y/o el empresario ostenten la capacidad de decidir sobre los instrumentos más adecuados para evitar el acoso, entre los que se deben incluir canales de denuncias internos. Hubiera sido más adecuada la previsión de unas normas mínimas que resultasen en todo caso de aplicación o, al menos, que entrasen en juego en defecto de pacto, con garantías para el denunciante, aspectos que podrían abordarse en el propio ET, aclarando el concepto de política de empresa, con soluciones para las de pequeñas dimensiones. Ello sin perjuicio de otras intervenciones legislativas en el contexto de una modernización del marco normativo de la prevención de riesgos laborales o, más allá incluso, apostando por la elaboración de una ley integral contra la violencia y el acoso en el trabajo.

Podríamos cifrar, en breve síntesis, los cuatro elementos ineludibles en cualquier sistema de denuncias en la información y accesibilidad, la designación de los responsables de gestión del sistema con garantía de imparcialidad e independencia, incluidos mecanismos de separación de alguno de ellos, celeridad y transparencia en la tramitación y, por último, pero no por ello menos importante, la protección del denunciante. Es sin duda la negociación

¹⁹ Entre otras, SSTSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2017 (rec. 4179/2017), Madrid de 16 de abril de 2018 (rec. 1427/2017) o Murcia de 29 de mayo de 2019 (rec. 1632/2018).

colectiva, que arroja resultados bien dispares, el cauce más idóneo para la regulación de estos canales de denuncias internos, que resultan obligatorios, debiéndose reclamar un rol más incisivo para los delegados de prevención en estos procedimientos.

Una regulación legal de esta cuestión debería abordar la confidencialidad del denunciante y la posible oportunidad de admitir denuncias anónimas, sobre todo si se pretende que el trabajador cumpla con su deber (*ex art. 29 LPRL*) de informar a su superior jerárquico y a los responsables de la prevención de conductas de acoso (en especial, ciberacoso) que suponen, obviamente, una situación de riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores. La tutela debe abarcar todo tipo de represalias y extenderse tanto a los denunciantes como a las víctimas, los testigos y los informantes, y viene a cumplir el objetivo primario ya señalado de frenar la «disuasión» de los denunciantes o alertadores, en especial, si son terceros que no sufren el acoso.

Para concluir, la protección ha de centrarse en el denunciante de buena fe o quien tiene motivos para creer en la certeza de la información que denuncia, evitando las conductas malintencionadas, frívolas o abusivas, garantizando que quienes deliberada y conscientemente comuniquen información incorrecta o engañosa no gocen de protección. Actuaciones reprobables que deben merecer una respuesta disciplinaria contundente por parte del empresario.

Referencias bibliográficas

- Bachmaier Winter, L. (2019). *Whistleblowing europeo y compliance: la Directiva EU de 2019 relativa a la protección de personas que reporten infracciones del derecho de la Unión*. *Diario La Ley*, 9527.
- Blázquez Agudo, E. M. (2019). El canal de denuncias o *whistleblowing* en el ámbito laboral: un instrumento preciso a instaurar en la empresa. En A. de la Puebla Pinilla y J. R. Mercader Uguina (Dir.), *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y la cohesión social* (pp. 561-586). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bustamante Ruano, M.^a Á. (2012). [Acoso, acoso por razón de sexo y acoso discriminatorio, ¿tres denominaciones para una misma cosa?](#) *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 353-354, 115-142.
- Dolz Lago, M. J. (2018). El acoso ante el derecho: fronteras interdisciplinares. *Diario La Ley*, 9112.
- Ginés i Fabrellas, A. (2018). Acoso sexual y por razón de sexo en la Ley orgánica de igualdad. Prevención y responsabilidad empresarial. En A. Romero Burillo (Dir. y Coord.), *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la Ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (pp. 295-367). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.

- Goñi Sein, J. L. (2011). Sistemas de denuncia interna de irregularidades («whistleblowing»). En J. L. Goñi Sein (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta* (pp. 1-22). Madrid: La Ley.
- Gorelli Hernández, J. y Gómez Álvarez, T. (2003). El acoso moral. Perspectivas jurídico-laborales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2, 1-46.
- Gorelli Hernández, J. y Marín Alonso, I. (2004). El acoso como causa de despido disciplinario. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 7, 1-57.
- Gudín Rodríguez-Magariños, F. (2008). *Mobbing* como accidente laboral: crónica de un desiderátum jurídico. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 18, 1-32.
- Igartua Miró, M.^a T. (2019). [El derecho a la desconexión en la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 432, 61-87.
- Lacomba Pérez, F. R. (2018). Problemas aplicativos de los protocolos antiacoso. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 211, 1-16.
- Lousada Arochena, J. F. (2015). Acoso sexual y sexista en la negociación colectiva: el estado de la cuestión. *Aequalitas*, 36, 15-24.
- Lousada Arochena, J. F. (2019). Sistemas de denuncias internas (*whistleblowing*) y derechos fundamentales en el trabajo. *Trabajo y Derecho*, 42, 1-16.
- Molina Navarrete, C. (2001). La tutela frente a la «violencia moral» en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización. *Aranzadi Social*, 5.
- Molina Navarrete, C. (2019). Redes sociales digitales y gestión de riesgos profesionales: prevenir el ciberacoso sexual en el trabajo, entre la obligación y el desafío. *Diario La Ley*, 9452.
- Morato García, R. M.^a (2018). Principales vías de tutela frente al acoso moral en el trabajo y su problemática jurídica. *Trabajo y Derecho*, 37, 1-23.
- Pérez del Río, T. (2009). *La discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo. Guías de negociación*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Pérez Triviño, J. L. (2018). *Whistleblowing. Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 14, 285-298.
- Poquet Catalá, R. (2016). Las dificultades probatorias del acoso laboral. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10, 1-15.
- Ramos Quintana, M. I. (2018a). [Actos de violencia y estrés en el trabajo: análisis jurídico y marco europeo de prevención y protección](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 421, 19-44.
- Ramos Quintana, M. I. (2018b). Enfrentar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo: la discusión normativa de la OIT. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 138, 91-114.
- Robles Carrillo, M. (2014). El concepto de acoso en el derecho de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 49, 805-846.
- Rodríguez Escanciano, S. (2020). La extensión de la garantía de indemnidad a testigos informales de situaciones de discriminación por razón de sexo. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de junio de 2019, C-404/2018, asunto Hakelbracht y Vandenbon. *Trabajo y Derecho*, 61, 1-16.
- Rodríguez Pérez, M.^a C. (2014). Los protocolos de actuación en situaciones de acoso

- laboral. En L. Mella Méndez (Ed. y Coord.), *Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo. Estudios desde el derecho internacional y comparado* (pp. 570-586). Módena: Adapt University Press.
- Sánchez Pérez, J. (2015). El acoso sexual y su proyección en las relaciones laborales. *Revista de Información Laboral*, 8, 1-15.
- Sánchez Trigueros, C. (2019). Protección frente a represalias a quien se opone a una discriminación en el seno de la propia empresa. STJUE (Sala Tercera) de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18). *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5/2019, 1-8.
- Serrano Argüeso, M. (2014). La prevención de las situaciones de acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito empresarial. Una visión desde la responsabilidad social corporativa. En L. Mella Méndez (Ed. y Coord.), *Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo. Estudios desde el derecho internacional y comparado* (pp. 625-640). Módena: Adapt University Press.
- Sierra Hernáiz, E. (2017). Los protocolos de acoso moral y política preventiva de la empresa: puntos críticos y propuestas de mejora. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 203/2017, 1-21.
- Velázquez Fernández, M. P. (2019). [El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 437-438, 119-142.
- Vicente Pachés, F. (2018). *Ciberacoso en el trabajo*. Barcelona: Atelier.

