

*Grado en Derecho*  
Trabajo de fin de Grado (21067/22747)  
Curso académico 2016-2017

**EL ACOSO SEXUAL LABORAL:  
LA DIFICULTAD DE SU PRUEBA**

Laura Rubio Rodríguez  
163327

Tutora del trabajo:  
Dra. Consuelo Chacartegui Jávega



## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD**

Yo, Laura Rubio Rodríguez, certifico que el presente trabajo no ha sido presentado para la evaluación de ninguna otra asignatura, ya sea en parte o en su totalidad. Certifico también que su contenido es original y que soy la única autora, no incluyendo ningún material anteriormente publicado o escrito por otras personas salvo de aquellos casos indicados a lo largo del texto.

Como autora de la memoria original de este Trabajo de Fin de Grado autorizo a la UPF a depositarla en el e-Repositori: Repositorio Digital de la UPF, <http://repositori.upf.edu>, o en cualquier otra plataforma digital creada por o participada por la Universidad, de acceso abierto por Internet. Esta autorización tiene carácter indefinido, gratuito y no exclusivo, es decir, soy libre de publicarla en cualquier otro lugar.

Laura Rubio Rodríguez

Barcelona, a 2 de junio de 2017

## **Resumen**

La violencia hacia las mujeres se manifiesta en la sociedad en la que vivimos a través de múltiples conductas, constituyendo una de ellas el acoso sexual en el trabajo. El presente estudio tiene como objetivo mostrar la difícil posición en la que se encuentra la víctima de tales conductas en el proceso, mediante un pormenorizado estudio de la jurisprudencia de nuestros tribunales españoles. En tal sentido, se verá cuál es la interpretación dada a la regla de la inversión de la carga de la prueba establecida en los procesos por discriminación –donde se enmarca el acoso sexual laboral– que, en la práctica, escasa protección otorga a la víctima, viéndose ésta obligada a hacerse con la mayor cantidad de pruebas posibles para obtener una resolución favorable. Centrándose gran parte del trabajo, por tanto, a analizar los medios probatorios más significativos y con mayor valor en el proceso laboral, como son los medios mecánicos de reproducción de palabra, imagen y sonido o de archivo y reproducción de datos, el interrogatorio de partes, el interrogatorio de testigos, la prueba pericial y los informes de expertos.

## ÍNDICE

---

I. Introducción .....	1
II. Tipologías de acoso: chantaje sexual y acoso ambiental.....	4
III. La prueba del acoso sexual en el proceso laboral .....	5
3.1.- Análisis de la inversión de la carga de la prueba.....	5
3.2.- Análisis de los medios de prueba.....	14
3.2.1.- Los medios mecánicos de reproducción de palabra, imagen y sonido o de archivo y reproducción de datos .....	14
3.2.2.- El interrogatorio de las partes.....	19
3.2.3.- El interrogatorio de los testigos.....	22
3.2.4.- La prueba pericial y los informes de expertos.....	26
IV. Conclusiones .....	27
V. Bibliografía.....	30
VI. Legislación y normativa de referencia .....	32
VI. Anexo jurisprudencial .....	33
7.1.- Resoluciones relativas a la inversión de la carga de la prueba .....	33
7.2.- Resoluciones relativas a los medios de prueba .....	34
7.2.1.- Medios mecánicos de reproducción de palabra, imagen y sonido o de archivo y reproducción de datos .....	34
7.2.2.- Interrogatorio de las partes .....	34
7.2.3.- Interrogatorio de los testigos .....	35
7.2.4.- Prueba pericial e informes de expertos.....	36

## I. Introducción

---

El acoso sexual laboral es una lacra de nuestra sociedad que surge como consecuencia de la incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo español abandonando el rol inicialmente asignado en la sociedad. En este contexto, el acoso sexual laboral, en palabras de Teresa Pérez del Río, es un *precio* que las mujeres deben pagar para mantenerse en el mercado laboral<sup>1</sup>. Además, “*desde una perspectiva feminista, el acoso sexual se entiende más como un abuso de poder que como una conducta sexual, al que se asocia un valor instrumental de sometimiento de las mujeres, perpetuado a través de la relativa impunidad en la que se ejerce*”<sup>2</sup>.

Según un estudio realizado en el año 2006 por el Instituto de la Mujer, un 14,9% de las mujeres trabajadoras en España sufrieron acoso sexual. No obstante, tan sólo un 9,9% de mujeres percibieron sufrir acoso. Si se aplica ese dato al conjunto de las mujeres activas en España en el 2005, se estima que 1.310.000 trabajadoras sufrieron alguna situación de acoso sexual en su trabajo, pero tan sólo 835.000 lo vivieron como tal<sup>3</sup>.

En este sentido, se observa la importancia, señalada por Rocío Pérez Guardo<sup>4</sup>, de aportar una definición precisa del concepto de acoso sexual laboral para proceder a su estudio, así como para “*diseñar medidas de intervención e investigaciones para identificar, prevenir, medir y erradicar el acoso laboral*”. El hecho de aportar una definición general permitiría establecer con exactitud qué situaciones se enmarcan dentro del acoso y, por ende, susceptibles de ser sancionables. No obstante, debido a su propia naturaleza, el acoso sexual laboral es un concepto cuya definición no es en absoluto sencilla, por cuanto no lo configuran comportamientos concretos y fáciles de reconocer, sino que existe controversia acerca de éstos.

---

<sup>1</sup> Pérez del Río, T. *La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género*. Temas Laborales, núm. 91/2007, pág. 177.

<sup>2</sup> Instituto de la Mujer. (Abril, 2006). *El acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral. Presentación de resultados*. Pág. 10.

<sup>3</sup> Ídem.

<sup>4</sup> Pérez Guardo, R. (2013). *Un análisis del concepto de acoso sexual laboral: reflexiones y orientaciones para la investigación y la intervención social*. Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 31, núm. 1, págs. 195 – 219.

A pesar de la gran importancia de establecer un concepto exacto de acoso sexual laboral, el presente trabajo no tiene como misión indagar acerca de éste, por lo que se tomarán como referencia las definiciones aportadas por la normativa comunitaria –Directiva 2006/54/CE– y la estatal –Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres–, por cuanto presentan una diferencia notable y merecedora de ser comentada.

La Directiva, en su artículo 2.1.d) establece que se entiende por acoso sexual “*la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo*”. Por su parte, la LO 3/2007 define el acoso sexual laboral como “*(...) cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo*”.

Teniendo en cuenta las definiciones aportadas, los elementos configuradores del acoso sexual laboral son los siguientes<sup>5</sup>: en primer lugar, la exteriorización del acoso mediante cualquier tipo de comportamiento que implique una ofensa para la persona que lo recibe, independientemente del medio utilizado, esto es, gestos, palabras, escritos, etc. Por otro lado, dicho comportamiento, necesariamente, ha de ser de índole sexual. Este requisito permite diferenciar el acoso sexual del acoso por razón de sexo, ya que en el primer supuesto el comportamiento ofensivo va vinculado a la sexualidad de las personas y afecta a la libertad sexual, mientras que en el segundo la ofensa se produce por el simple hecho de ser mujer, es decir, se trata de una “*manifestación del desprecio por las mujeres, la desconfianza en sus capacidades y el valor social secundario que estas deben seguir ocupando*”<sup>6</sup>. Además, la conducta del autor debe ser intencionada –dolosa, en el sentido de que ha de conocer que su comportamiento constituye una intromisión en la esfera íntima de la persona ofendida– y grave, es decir, capaz de generar un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. Finalmente, la LO 3/2007 elimina como elemento configurador del acoso sexual la necesidad de que las conductas constitutivas de acoso tengan el atributo de *no deseadas* tal y como exigía la

---

<sup>5</sup> Quesada Segura, R. *La protección extrajudicial frente al acoso sexual en el trabajo*. Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 92, págs. 131 – 133.

<sup>6</sup> Pérez del Río, T. op. cit., pág. 185.

Directiva 2006/54/CE, es decir, de que la persona que sufra esos comportamientos manifieste expresamente y de manera previa su rechazo. Por lo tanto, de forma novedosa la LO 3/2007 se centra exclusivamente en el carácter intimidatorio, degradante u ofensivo de la conducta realizada, descartando la posible conducta de la víctima consistente en rechazar dicho comportamiento. Ello es así porque “*el hecho de que la persona objeto de acoso rechace o se someta al mismo no condiciona que el hecho constituya, en si mismo, acoso sexual*”<sup>7</sup>.

Por otro lado, es conveniente también tener presente en qué entorno se produce el acoso sexual laboral. Dicho fenómeno se apoya en tres pilares básicos, que son: un contexto de violencia hacia la mujer utilizado como instrumento de poder de género, un entorno laboral sexista donde se producen una diversidad de tratos discriminatorios contra las mujeres –como, por ejemplo, diferencias de salario o reparto de tareas por sexos– y, en último lugar, un marco de abuso de poder<sup>8</sup>.

Llegados a este punto y antes de adentrarnos en las distintas tipologías de acoso sexual y las dificultades que presenta la prueba de tal conducta, cabe hacer la reflexión de si se trata de un problema que sólo afecta a las mujeres. Como se ha podido observar, ninguna de las definiciones aportadas por la Directiva 2006/54/CE y por la LO 3/2007 mencionan de manera explícita que la persona destinataria del acoso sexual laboral sea una mujer, sino que el sujeto objeto de tal conducta queda definido como “*persona*”, aceptando así que tanto mujeres y hombres puedan ser víctimas y, además, que ambos sexos puedan ser los sujetos acosadores. Por consiguiente, es preciso realizar la siguiente observación: el bien jurídico protegido es la sexualidad del trabajador, independientemente de que sea una mujer o un hombre y, en consecuencia, ha de otorgarse protección jurídica a ambos. Ahora bien, desde el momento en que las conductas de abuso sexual se realizan enmarcadas en un entorno de marcado carácter sexista, de violencia hacia la mujer y de abuso de poder, sería un error abordar los estudios desde una perspectiva neutral y que incluyera a los dos géneros como sujetos acosados. Ello es así porque comportaría pasar por alto una manifestación más de la violencia contra las mujeres y ocultar la dimensión de género de la problemática<sup>9</sup>. Además, tal enfoque del asunto resulta respetuoso con la estrategia “*gender mainstreaming*” a nivel de la Unión Europea,

---

<sup>7</sup> Ministerio de Igualdad. Fundación Mujeres. (2010). *Acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral*. Madrid – España. Pág. 4.

<sup>8</sup> Merino, J. y Cruceta, G. (2009). *El acoso sexual en el trabajo en Cataluña. Estudio de casos*. ICEV, núm.7, pág. 4.

<sup>9</sup> Pérez Guardo, R. (2013). op. cit., págs. 198 – 199 y 206 – 207.

caracterizada por “la toma de conciencia de las diferencias entre las condiciones, situaciones y necesidades de hombres y mujeres en todas las políticas y actuaciones comunitarias”<sup>10</sup>.

## **II. Tipologías de acoso: chantaje sexual y acoso ambiental**

---

Doctrinalmente se barajan distintas tipologías de acoso sexual laboral, pero la más utilizada es aquella que distingue entre chantaje sexual y acoso ambiental. Así, el chantaje sexual o “*quid pro quo*” es aquel cuyo sujeto activo es un superior jerárquico de la víctima o una persona que pueda incidir sobre el empleo o las condiciones de trabajo de aquella. En esta modalidad de acoso la persona acosadora chantajea a la acosada obligándola a elegir entre someterse a los requerimientos sexuales o perder algún tipo de beneficio laboral o, incluso, el empleo<sup>11</sup>. El chantaje sexual se puede manifestar de dos formas, según José F. Lousada<sup>12</sup>: de una manera explícita o implícita. En el primer caso, se incluirían conductas tales como la proposición o solicitud sexual –cuando no se prescinde totalmente de la voluntad de la trabajadora agredida– y el requerimiento sexual –donde sí se da una ausencia completa de la voluntad de la trabajadora y va acompañado, normalmente, de compulsión física. En el chantaje sexual implícito la trabajadora agredida no es solicitada o requerida sexualmente, no obstante, las otras trabajadoras que se encuentran en las mismas circunstancias profesionales ascienden profesionalmente, mejoran sus salarios o reciben otros tipos de beneficios por acceder al chantaje sexual, lo que incita implícitamente a su aceptación por parte de la trabajadora.

De otro lado, constituye acoso sexual ambiental aquella conducta que crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma. Aquí los sujetos activos no son necesariamente los superiores jerárquicos o aquellos que pueden incidir en el empleo de la víctima, sino que pueden serlo también los compañeros de trabajo<sup>13</sup>, así

---

<sup>10</sup> López López, J. (2007). *Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de "Gender Mainstreaming" y "Empowerment"*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, N° Extra 2, pág. 54.

<sup>11</sup> Piqueras Cuenca, C. (octubre - diciembre 2015). *Factores precipitantes del acoso sexual laboral en España*. Revista Mexicana de Sociología, 77, núm. 4, pág. 526.

<sup>12</sup> Lousada Arochena, José F. (2016). *La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español*. Revista de trabajo y seguridad social, N° 400, págs. 17 - 46.

<sup>13</sup> Piqueras Cuenca, C. (septiembre - diciembre, 2014). *Incidencia en los tipos de acoso sexual en el trabajo en España*. Convergencia Revista de Ciencias Sociales, Núm. 66, págs.130 – 131.



como proveedores, clientes u otras personas relacionadas con la empresa<sup>14</sup>. Entre las conductas que pueden crear dicho ambiente se encuentran, entre otros, chistes o insultos, coqueteos, comentarios acerca del cuerpo o la vida sexual de una persona, comentarios sexualmente degradantes, solicitudes repetidas de citas, gestos sexualmente vulgares, insinuaciones o contactos físicos indeseados<sup>15</sup>. Además, cabe señalar que el acoso ambiental suele darse cuando los sujetos acosadores perciben que la dirección de la empresa es tolerante con ese tipo de comportamientos<sup>16</sup>. Los climas que son tolerantes al respecto envían el mensaje a los perpetuadores de tales conductas que es aceptable acosar. De esta forma, el ambiente laboral de una determinada empresa o entidad refleja los valores, las normas y las contingencias conductuales de la misma. Por lo tanto, el acoso sexual ambiental refleja la confluencia de componentes culturales, incluyendo la tolerancia hacia ese tipo de comportamientos sexuales y una infravaloración del rol de la mujer en la organización<sup>17</sup>.

### **III. La prueba del acoso sexual en el proceso laboral**

---

#### **3.1.- Análisis de la inversión de la carga de la prueba**

Previamente al análisis jurisprudencial relativo a los medios de prueba admitidos o no del acoso sexual laboral, es necesario tener en consideración la inversión de la carga de la prueba establecida en los procesos por discriminación, como es el caso del acoso.

Al respecto, el artículo 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social establece que *“En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”*.

---

<sup>14</sup> Lousada Arochena, José F. (2016). op. cit., págs. 17 - 46.

<sup>15</sup> Sánchez de Lara, C. y Chicano Jávega, E. (2010), *Del acoso sexual. Aspectos penales*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.

<sup>16</sup> Stale Einarsen, Helge Hoel, Dieter Zapf, Cary Cooper. (2010). *Bullying and Harassment in the Workplace: Developments in Theory, Research, and Practice*, Second Edition. USA: CRC Press, pág. 251.

<sup>17</sup> Mindy E. Bergman y Jaime B. Henning. (2008). *Sex and Ethnicity as Moderators in the Sexual Harassment Phenomenon: A Revision and Test of Fitzgerald et al. (1994)*. Journal of Occupational Health Psychology, Vol. 13, No. 2, pág. 165.

Tal y como se observa, el artículo citado establece una inversión de la carga de la prueba a favor de la parte actora que, sin embargo, se ha ido matizando por la jurisprudencia, que establece que en realidad no supone una verdadera inversión de la carga probatoria ya que ambas partes tienen obligaciones<sup>18</sup>, tal y como se analizará a continuación. En este sentido, M<sup>a</sup> Fernanda Fernández López<sup>19</sup> lleva a cabo un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios que muestra el proceso en la interpretación de la carga de la prueba y que servirá de base para ilustrar el presente apartado. Conviene advertir que se analizará la inversión de la carga probatoria desde dos ópticas diferenciadas: primero se verá cuál era la posición mantenida por los tribunales al respecto antes de la Ley Orgánica 3/2007 y, seguidamente, cuál ha sido el cambio sufrido en la jurisprudencia con su entrada en vigor.

Con respecto al Tribunal Constitucional, se puede observar la evolución sufrida desde su primera sentencia dictada en un caso de discriminación por motivos sindicales –STC 38/1981, de 23 de noviembre–, donde establecía, con una evidente intención generalizadora, que el empresario es quien ha de asumir la carga de probar que su comportamiento es “*ajeno a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional*”. No obstante, dicho pronunciamiento fue atenuado en la propia doctrina constitucional y plasmado en el texto de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990, concretamente en su art. 96, donde ya se establecía que “*En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*”. De esta forma, la ley española establecía la posibilidad de que de los indicios se dedujesen directamente de las alegaciones de la demandante y no necesariamente de pruebas efectuadas por ella, aunque no las excluyera. Por lo tanto, se admitía la prueba plena, los indicios y el principio de prueba, el cual permite, en palabras de García-Perrote, “*garantizar la seriedad de la alegación de discriminación en el sentido de que los hechos en que se funda son verosímiles o al menos probables, evitando alegatos (...) temerarios o totalmente infundados*”<sup>20</sup>. No obstante, el Tribunal Constitucional rectificó su postura acerca de la inversión total de la carga de la prueba en los procesos por discriminación

---

<sup>18</sup> Llovera, S.; Alfaro, R.; Bautista, J. (Julio 2014). *Acoso Laboral: Un análisis normativo y jurisprudencial*. Pág. 17.

<sup>19</sup> Fernández López, María F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid 2008, págs. 129 – 172.

<sup>20</sup> García Perrote, I., *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid 1994, pág. 211.

y, en la STC 44/1999, de 22 de marzo, dictaminó que al demandado sólo le correspondía acreditar que su conducta no es discriminatoria en los supuestos en los que *“la parte demandante aporte al proceso un mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba, que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia”*. Si la parte actora lleva a cabo tal conducta, esto es, aporta indicios o un principio de prueba, sobre el demandado recae la carga probatoria de que su comportamiento no tuvo ánimo discriminatorio, tratándose de una verdadera actividad probatoria, no bastándole el mero hecho de *“intentarlo”*<sup>21</sup>. Como se observa, el Tribunal Constitucional comienza a descartar la simple alegación de los hechos por la demandante y, en su sentencia 144/2006, de 8 de mayo, establece la necesidad de que la parte actora aporte un indicio razonable de que el comportamiento del demandado lesiona su derecho fundamental, no bastando *“la mera alegación o la afirmación del actor tildándolo de discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia del algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad”*. No obstante, la intensidad de la prueba que debe realizar la parte actora no necesariamente ha de ser siempre la misma, pero ha de superar el umbral mínimo de llevar al juez a una creencia racional o a la plena convicción de que el comportamiento del demandado es discriminatorio o contrario a un derecho fundamental para que la carga de la prueba se traslade a éste.

En el caso del acoso sexual, la STC 136/2001, de 18 de junio, evidencia los problemas que presenta la aportación de tal indicio para proceder a la inversión de la carga de la prueba. En dicha sentencia se establece, tal y como se ha venido exponiendo, que *“para imponer al empresario la carga probatoria (...) no basta la mera afirmación de discriminación o lesión de un derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una apariencia de aquella discriminación o lesión. Se hace necesario por ello, que quien afirma la referida vulneración acredite la asistencia de indicios que establezcan razonablemente la probabilidad de lesión alegada”*. En el caso de autos la parte actora presentó un informe médico que evidenciaba un cuadro médico de ansiedad como consecuencia del acoso sexual sufrido en su trabajo. No obstante, la sentencia recurrida consideró que dicho informe no era un indicio suficiente para entender cometido el acoso y el Tribunal Constitucional, al resolver el recurso y limitado por el art. 44.1.b) LOTC que le

---

<sup>21</sup> STC 87/1998, de 21 de abril.

impide alterar los hechos declarados probados en la instancia, dictaminó que el hecho de que hubiese transcurrido un tiempo considerable desde que la actora comenzó a sufrir el acoso hasta que acudió a la consulta médica, sumado a las precauciones con que la facultativa emitió su informe y que la crisis de ansiedad se produjo después de haber sido despedida –y, en consecuencia, cuando ya habría cesado el acoso–, eran motivos suficientes para que el tribunal tuviese una duda razonable y razonada acerca de la verdadera existencia del acoso denunciado.

De manera análoga la STC 250/2007, de 17 de diciembre, exterioriza el mismo problema. No obstante, en este caso el Tribunal Constitucional hace una reflexión enlazando el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE con el derecho fundamental a la igualdad del art. 14 CE, lo que obliga al órgano jurisdiccional a demostrar una especial sensibilidad frente a la denuncia de casos como los de acoso sexual, que no suelen producirse en público ni ante testigos. De ahí que el Juez haya de apreciar de forma apropiada los indicios que pueda presentar la parte actora al proceso, en el sentido de tomar seriamente en consideración la gran dificultad probatoria que presentan estos comportamientos y evaluar en consecuencia.

Por otro lado, los tribunales ordinarios acogieron la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta hasta el momento y la endurecieron, teniendo como resultado el aumento de casos donde se desestimaron las pretensiones de la parte demandante debido a la falta de prueba. Así, en relación con el Tribunal Supremo, éste ha sostenido que es necesario diferenciar entre “indicios” y “sospechas”, ya que, tal y como pone de manifiesto en la STS 3012/1998, de 25 de marzo, *“los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto, lo que es diferente del significado del término sospechoso que no es sino imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencias”*. Como se ha visto, el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo que la prueba de indicios suficiente para entender que se ha producido un resultado discriminatorio es aquella que lleva al Juez a una convicción cercana a la certeza de que la discriminación se ha producido. No obstante, la prueba de presunciones no es la única que admite, sino también el clima discriminatorio o la duda fundada acerca de la discriminación producida –entre otros– que permiten a la demandante situarse en una posición probatoria más cómoda. No obstante, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se confieren tales facilidades a la parte actora –como ejemplos: SSTS núm. 1007, de 9 de febrero de 1996, y núm. 3080, de 15 de abril de 1996.

El reflejo de la doctrina del Tribunal Supremo en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia es evidente: aplican de igual modo la necesidad de aportar indicios que prueben la discriminación, consideran insuficiente que la parte actora se limite a alegar la existencia de un comportamiento discriminatorio y, por último, realizan una distinción entre los indicios y las sospechas, con tal de separar los *“elementos probatorios suficientes como para ser tenidos como prueba del indicio exigido (...) y las que simplemente suponen meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como el de invertir la carga de la prueba”* –en palabras del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia núm. 4985/2000, de 8 de junio de 2000. En esta misma línea se pronuncia el Tribunal en una resolución posterior de 9 de febrero de 2007, al sostener que hay que realizar una distinción entre *“la aportación de elementos probatorios suficientes para ser tenidos como prueba de indicios, para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación de la empresa, de lo que simplemente son sospechas y conjeturas, sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico de inversión de la carga de la prueba y la prueba indiciaria, pues debe tenerse en cuenta que sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios”*<sup>22</sup>.

Esta posición mantenida por los tribunales ordinarios supone, en palabras exactas de M<sup>a</sup> Fernanda Fernández López, la *“devaluación de las reglas sobre facilitación de la carga de la prueba”*<sup>23</sup> establecidas en la Ley y en la propia doctrina del Tribunal Constitucional, ya que si en la actividad probatoria de la demandante se exige algo más allá del principio de prueba –o sospecha de discriminación– existe el riesgo de imponer a la parte actora –y la protegida por las reglas objeto de análisis– la prueba plena de la discriminación.

Sin embargo, en la propia jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia existe una corriente minoritaria<sup>24</sup> que afirma que sobre la parte demandante recae la obligación de aportar un principio de prueba, pero la actividad de alegación y prueba a

---

<sup>22</sup> TSJ de Castilla-La Mancha, sentencia núm. 227/2007, de 9 de febrero de 2007.

<sup>23</sup> Fernández López, María F., op. cit., pág. 149.

<sup>24</sup> STSJ País Vasco 1042/2006, de 20 de junio, STSJ País Vasco 3724/2004, de 10 de julio; y STSJ Extremadura 3634/2005, de 13 de septiembre, entre otras.

desarrollar puede tener distinta intensidad dependiendo de las circunstancias del caso. Así, cuando los hechos sean claramente reveladores de la existencia de discriminación su mera alegación puede ser suficiente, mientras que cuando tales hechos no manifiesten de una forma tan patente la discriminación denunciada, será necesario aportar indicios que revistan suficiente entidad para abrir razonadamente la hipótesis de que se haya vulnerado un derecho fundamental.

Si nos fijamos específicamente en los casos de acoso sexual laboral, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia refleja, de igual modo que la del Tribunal Constitucional, las dificultades probatorias que presentan tales conductas. En razón de la aplicación de las reglas generales sobre la carga de la prueba de la discriminación que se han venido exponiendo hasta el momento, las actoras no consiguen aportar al proceso indicios aptos para convencer al Juzgador sobre la veracidad de los hechos denunciados, lo que tiene como consecuencia que las pretensiones de las demandantes se vean desestimadas. Así lo han reconocido los propios tribunales, que al exigir a la actora que aporte al proceso los ya comentados indicios, son *“conscientes de la dificultad que tiene no sólo la prueba, sino la aportación de indicios de tales conductas cuando la persona presuntamente perjudicada es una sola; pero debe valorarse también el conjunto de la prueba practicada en el acto del juicio para alcanzar conclusiones no sólo respecto a los hechos que deban declararse probados, sino también a la mera concurrencia de indicios: así la descripción que la trabajadora hace de los hechos acaecidos, sus comentarios a sus compañeras de trabajo, el momento en que se pone de manifiesto el conflicto con la empresa y la concurrencia en ese momento de otras actuaciones empresariales que pudieran ser perjudiciales para ella”*<sup>25</sup>. De este modo, se consideran indicios aptos para llevar al Juez a la creencia racional de que la conducta discriminatoria ha tenido lugar la temprana reacción contra los comportamientos denunciados, el hecho de ponerlos en conocimiento de los superiores y de los compañeros de trabajo<sup>26</sup>, la existencia de reclamaciones en vía interna de la empresa<sup>27</sup>—que es un indicio altamente significativo cuando no se da aisladamente—, o ante la Inspección de Trabajo, así como la interposición de querrelas criminales.

---

<sup>25</sup> STSJ Cataluña núm. 4796/2000, de 31 de mayo de 2000.

<sup>26</sup> STSJ Madrid 262638/2004, de 14 de diciembre de 2004, STSJ Cataluña núm. 3732/2006, de 15 de mayo de 2006 o STSJ Valencia núm. 1042/2001, de 22 de febrero de 2001.

<sup>27</sup> STSJ Asturias núm. 257/2002, de 1 de febrero de 2002.

Lo expuesto hasta el momento es lo que venían estableciendo los tribunales con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que en su artículo 13.1 establece que *“De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”*. Como se observa, el precepto citado establece una regla de distribución de la carga de la prueba, aunque no define con claridad cuál es exactamente el alcance de la misma, lo que lleva a preguntarse si la mera alegación de la parte actora impone al demandado la carga probatoria. Una respuesta afirmativa a esta pregunta no sería muy plausible debido a las carencias que presenta el precepto –que no hace referencia a los hechos o indicios que ha de aportar la parte actora– y teniendo en cuenta el marco de la leyes procesales en que debe ejercitarse la regla contenida en el artículo citado. En consecuencia, M<sup>a</sup> Fernanda Fernández entiende que la LO 3/2007 no establece una verdadera inversión de la carga probatoria, ya que las alegaciones de la demandante han de ser fundadas y no arbitrarias, de las que se desprenda una apariencia de buen derecho.

Además, como la Ley de Igualdad no deja clara la actividad que la demandante ha de llevar a cabo, se entiende que puede aportar hechos que acrediten la discriminación sufrida, así como indicios en el sentido que ya se ha comentado con anterioridad, o bien *“simplemente aportar un principio de prueba, una apariencia de buen derecho, de seriedad de su denuncia, que desencadenará la obligación del demandado de probar lo que le impone la LO 3/2007”*<sup>28</sup>. De forma análoga, Pilar Rivas Vallejo –magistrada suplente de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña– señala que *“no resulta exigible que tales indicios sean estrictamente aportados por la propia parte actora, sino que se deduzca la existencia de indicios de discriminación, por lo que puede perfectamente sostenerse que aquélla queda incluso exonerada de aportar tales indicios, que se sustituyen por meras alegaciones, eso sí, suficientemente convincentes”*<sup>29</sup>. Tal postura se ve reforzada si, además, se tiene en cuenta la Directiva 2006/54/CE –de donde deriva la LO 3/2007–, que en su artículo 19 establece *“una*

---

<sup>28</sup> Fernández López, María F., op. cit., pág. 160.

<sup>29</sup> Rivas Vallejo, P. (2007). *La Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres frente a la violencia de género*. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, N° 20, pág. 55.

*carga indiciaria que recae en la víctima y que consiste en la alegación de hechos que permita presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta*”<sup>30</sup>.

Así pues, el artículo 13.1 LO 3/2007 incorpora la posición –ya mencionada– de la jurisprudencia minoritaria de los Tribunales españoles, pues se admite la mera alegación de la parte actora en los casos donde los hechos revelen de forma evidente la efectiva existencia de discriminación, y, en los casos en los que no sea así, se hace necesario la aportación de indicios. De esta forma, parece producirse un distanciamiento con la posición jurisprudencial mayoritaria hasta entonces, que pasó de exigir indicios a imponer sobre la demandante la prueba plena de la conducta discriminatoria, desatendiendo lo prescrito por el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad, el mandato establecido por el artículo 13.1 LO 3/2007 no ha sido incluido en la Ley de Procedimiento Laboral –a diferencia de otras normativas como la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que sí que han visto modificados su preceptos en virtud de las Disposiciones Adicionales 5ª y 6ª de la Ley de Igualdad en el sentido comentado del artículo 13.1. En consecuencia, hay autores que señalan que la Ley de Procedimiento Laboral sigue manteniendo el mismo régimen probatorio, en el sentido de condicionar la inversión de la carga de la prueba a la aportación de indicios por la demandante<sup>31</sup>. Ello se argumenta en base a los siguientes motivos señalados por Altés Tárrega<sup>32</sup>: en primer lugar, el artículo 13 es lo suficientemente genérico como para incluir en su tenor tanto la inversión de la carga de la prueba como el debilitamiento de la misma. Además, dicho precepto se remite en cuanto a la regulación a las distintas normas procesales, validando en consecuencia las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Laboral<sup>33</sup>. Por otro lado, el tenor de la LO 3/2007 y la Ley de Procedimiento Laboral son coincidentes, por lo que el régimen procesal laboral de la prueba no se habría visto modificado<sup>34</sup>. Así pues, la expresión “*que las alegaciones de la parte*

---

<sup>30</sup> López López, J. (2007). op. cit., pág. 57.

<sup>31</sup> Castro Argüelles, Mª Antonia; Álvarez Alonso, D. (2007). *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo*. Asturias: Civitas. Pág. 210.

<sup>32</sup> Altés Tárrega, Juan A. (2008). *El acoso del trabajador en la empresa (Consideraciones al hilo de la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*. Valencia: Tirant lo Blanch. Pág. 101.

<sup>33</sup> Escudero Rodríguez, R. (2007). *El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres*. Revista crítica de teoría y práctica, Nº 1. Págs. 991-1010.

<sup>34</sup> García-Perrote Escartín, I; Mercader Uguina, Jesús R.; Álvarez del Cuvillo, A. (2007). *La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*. Valladolid: Lex Nova. Pág. 185.



*actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias*” puede interpretarse en el sentido de que el precepto de la LO 3/2007 está exigiendo que las alegaciones estén fundadas en presunciones o indicios de discriminación, de manera que el traslado de la carga de la prueba sólo se dará cuando se aporten dichos indicios y no la mera alegación del comportamiento discriminatorio<sup>35</sup>.

Así mismo, la jurisprudencia de nuestros Tribunales tampoco refleja ningún cambio en el régimen probatorio, tal y como se desprende del pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), en su sentencia núm. 4383/2014, de 17 de junio de 2014, al establecer que en los casos en los que se alega la existencia de una conducta lesiva de derechos fundamentales se produce una inversión de la carga probatoria, *“pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato”*<sup>36</sup>. Así, *“la mera alegación sobre una presunta vulneración de un derecho fundamental no es elemento suficiente para invertir la carga de la prueba, sino que es necesario que se aporten indicios suficientes que hagan presumir que el empleador actuó motivado por represalia o discriminación”*<sup>37</sup>. Por tanto, ni con la entrada en vigor en el año 2007 de la Ley de Igualdad se ha conseguido establecer una verdadera inversión de la carga probatoria a favor de la parte demandante cuando ésta alega la existencia de un comportamiento discriminatorio.

Finalmente, cabe hacer mención que la LO 3/2007 no hace referencia expresa al acoso sexual, pero en la medida que el artículo 7.3 de la citada Ley lo declara como conducta discriminatoria, junto con el acoso por razón de sexo, le son de aplicación las reglas contenidas en la Ley a combatir la discriminación, incluyendo las referentes a la carga de la prueba.

---

<sup>35</sup> Altés Tárrega, Juan A. (2008). op. cit., pág. 102.

<sup>36</sup> En el mismo sentido se pronuncia el TSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social, Sección 1ª), en su sentencia núm. 1842/2015, de 3 de diciembre de 2015.

<sup>37</sup> STSJ Cataluña núm. 688/2011, de 31 de enero de 2011. De igual modo se pronuncian: STSJ Comunidad Valenciana núm. 2882/2014, de 11 de diciembre de 2014, STSJ Galicia núm. 5056/2013, de 8 de noviembre de 2013.

### **3.2.- Análisis de los medios de prueba**

El acoso sexual en el proceso laboral podrá ser probado por los medios expresamente establecidos en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Concretamente, en el apartado primero de su artículo 90, relativo a la admisibilidad de los medios de prueba, se establece que las partes *“podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos”*. Así pues, la citada Ley regula como medios de prueba, en sus artículos 91 a 95, el interrogatorio de las partes, el interrogatorio de testigos, la prueba pericial, la prueba documental y los informes de expertos, mientras que en el último inciso del artículo 90.1 regula, como medio de prueba autónomo en sí mismo, los medios mecánicos de reproducción de palabra, imagen y sonido o de archivo y reproducción de datos.

El objetivo en el presente apartado es realizar un estudio de las resoluciones de nuestros tribunales respecto de los medios de prueba más relevantes en los procesos por acoso sexual laboral. Para ello se procederá a analizar los medios de prueba por separado, a fin de ofrecer un análisis estructurado.

#### **3.2.1.- Los medios mecánicos de reproducción de palabra, imagen y sonido o de archivo y reproducción de datos**

Respecto de la prueba consistente en los medios mecánicos de reproducción de palabra, imagen y sonido o de archivo y reproducción de datos es preciso tener en cuenta la regla contenida en el apartado segundo del artículo 90, que establece que *“no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”*. La importancia de este precepto se halla, fundamentalmente, al suscitarse la duda de si las grabaciones de las conductas denunciadas suponen una vulneración del derecho fundamental a la intimidad y, más concretamente, al derecho al secreto de las comunicaciones de las personas intervinientes en tales grabaciones, garantizado en el apartado tercero del artículo 18 de la Constitución Española.

En relación a este asunto es imprescindible tener en consideración la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, que estableció, ya en el año 1984<sup>38</sup>, que en la protección del derecho a la intimidad contenido en el artículo 18 de la Constitución Española es preciso efectuar una distinción según si la grabación ha sido realizada por terceras personas ajenas a la conversación o situación, o bien se ha efectuado por uno de los intervinientes en ella. Así, *“quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la constitución, por el contrario quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado”*. Para fundamentar esta decisión el Tribunal se amparó en el hecho de que el precepto constitucional *“se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (...) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado”*, ya que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones consagra *“la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así -a través de la imposición a todos del «secreto»- la libertad de las comunicaciones”*. De tal forma que *“no hay «secreto» para aquel a quien la comunicación se dirige ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención por cualquier medio del contenido del mensaje. (...) Dicha retención (la grabación en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones”*.

De igual modo se pronunció el Tribunal Supremo en el mismo año<sup>39</sup>, al establecer que *“[no] puede reputarse como conculcación del precepto constitucional que se dice violado, que lo que garantiza es que entre remitentes y destinatarios de cualquier comunicación, especialmente de las postales, telegráficas o telefónicas (mencionadas sin duda por realizarse a través de servicios públicos) no se interponga o interfiera un tercero que viole así la intimidad y el secreto propios de toda relación interpersonal; pero que no contempla el uso que puedan hacer tales destinatarios de lo que les fue comunicado”*. Además, en sus

---

<sup>38</sup> STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre de 1984.

<sup>39</sup> STS núm. 878/1984, de 15 de febrero de 1984.

sentencias núm. 883/1994, de 11 de mayo, núm. 178/1996, de 1 de marzo, núm. 914/1996, de 20 de diciembre, núm. 702/1997, de 20 de mayo y núm. 286/1998, de 2 de marzo, dispuso que *“la grabación de una conversación que tiene lugar entre dos personas y que uno de los intervinientes desea conservar para tener constancia fidedigna de lo tratado entre ambos, no supone una invasión de la intimidad o espacio reservado de la persona ya que el que resulta grabado ha accedido voluntariamente a tener ese contacto y es tributario y responsable de las expresiones utilizadas y del contenido de la conversación, que bien se puede grabar magnetofónicamente o dejar constancia de su contenido por cualquier otro método escrito. Cuando una persona emite voluntariamente sus opiniones o secretos a un contertulio sabe de antemano que se despoja de sus intimidades y se las trasmite, más o menos confiadamente, a los que les escuchan, los cuales podrán usar su contenido sin incurrir en ningún reproche jurídico”*.

Resulta de especial interés la sentencia núm. 678/2014, de 20 de noviembre de 2014, en la que el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación interpuesto contra la sentencia núm. 373/2012, de 10 de octubre, dictada por la sección quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que condenó a la demanda por haber grabado con su teléfono móvil a su superior mientras éste le entregaba una carta con una sanción de suspensión de empleo y sueldo, considerando que tal acto vulneraba el derecho constitucional del demandante a la intimidad. Concretamente, los hechos relevantes fijados en la instancia indican que la grabación se realizó en la vía pública, a la entrada de la empresa, donde se recoge la conversación entre la empleada y su superior. Le demandada alegó en dicho proceso que mientras se mantuvo vigente la relación laboral entre ésta y la empresa de la que el demandante era apoderado estuvo sometida a un hostigamiento laboral continuado, que fue desde vejaciones y ofensas verbales y escritas, hasta el impago deliberado de salarios, ostracismo laboral y sanciones reiteradas indebidas. En este sentido, la demandada realizó la grabación porque, al llegar a su puesto de trabajo y observar la presencia del vehículo del demandante, tuvo la creencia de que iba a pasarle algo. Una vez se acercó al lugar de trabajo y sin todavía entrar en él, el demandante salió, entregó la carta y requirió a la demandada las llaves de la oficina. Además, consta que en la conversación grabada no se contienen referencias a la vida personal o familiar ni profesional. En vista de lo expuesto, el Tribunal Supremo concluyó que *“la conducta de la demandada no supuso una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal del demandante porque la conversación se dio entre ambos y la parte de la conversación que pertenece a lo manifestado por el demandante no puede considerarse*

referida a un ámbito propio y reservado que no puedan conocer los demás. Aunque la conversación se mantuviera en la puerta del centro de trabajo y se refiriese a cuestiones laborales, ámbito en el que según la doctrina del Tribunal Constitucional se puede desarrollar también la intimidad protegida por el art. 18.1 de la Constitución, tampoco puede considerarse que hubiera por ello una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal del demandante pues de su contenido se deduce que este está actuando en su condición de representante de la empresa para la que trabajaba la demandada y en el ejercicio de facultades disciplinarias respecto de esta, sin que eso suponga una manifestación de su intimidad. La existencia de una previa situación de conflicto entre las partes añade además una nota de razonabilidad a la conducta de la demandada”. Por otro lado, respecto la posible vulneración del derecho constitucional del demandante al secreto de las comunicaciones, el Tribunal Supremo entiende que tampoco puede entenderse vulnerado y cita la sentencia ya comentada del Tribunal Constitucional para fundamentar tal decisión – STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre de 1984–, llegando a la conclusión de que “*ni desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 de la Constitución) ni desde la del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la Constitución), existe vulneración del derecho fundamental del demandante por la conducta de la demandada*”.

Así pues, se concluye que es plenamente admisible como prueba la grabación del acoso sexual siempre se den los requisitos señalados por la jurisprudencia española. Como ejemplo de tal admisibilidad resulta relevante una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid<sup>40</sup>, donde la actora grabó una conversación mantenida con el administrador de la empresa donde trabajaba, en la que se escucha que el demandado utiliza un lenguaje con connotaciones sexuales respecto a la demandante<sup>41</sup>. El tribunal resuelve que “*no constituye vulneración alguna de los derechos fundamentales de D. Horacio [el demandado], sino una actuación legítima en defensa de sus intereses, siendo además un medio adecuado y razonable para poder hacer valer sus derechos ante la Justicia*”.

Dicho lo anterior, cabe hacer mención que con los avances tecnológicos las víctimas de los acosos no sólo tienen a su disposición las grabaciones, sino que también pueden aportar al proceso como prueba las conversaciones mantenidas por la aplicación de mensajería

---

<sup>40</sup> STSJ Madrid núm. 320/2016, de 8 de abril de 2016.

<sup>41</sup> En los hechos probados quedó fijado que en tal conversación el demandado afirmaba que “*el otro día le vio las tetas, si llevaba tampax y le tocaba hoy, si tenía una novia y la dejó pero por ella iba a luchar, ...*”.

instantánea de “WhatsApp”<sup>42</sup>. Así lo confirma el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja – sentencia núm. 14/2016, de 22 de enero de 2016– en un caso donde la demandada fue despedida por haber enviado más de sesenta mensajes de “WhatsApp” a un compañero de trabajo a altas horas de la madrugada<sup>43</sup>. El trabajador puso en conocimiento de la dirección de la empresa tal suceso y se procedió al despido disciplinario de la demandada, que recurrió por considerar que el hecho de que un tercero –la empresa– utilice el contenido de la conversación privada para justificar el despido supone una intromisión en su intimidad y, en consecuencia, una vulneración del artículo 18.3 de la Constitución Española. El Tribunal desestima este motivo por cuanto *“el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Así, quien entrega a otro la carta o comunicación recibida no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera «intima» del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución”*. De ahí que *“no puede afirmarse que la actuación del receptor de los Whatsapps -compañero de trabajo de la demandante- entregando aquellos a la empresa, vulnere el derecho al secreto de las comunicaciones, a lo que hay que añadir que tampoco cabe apreciar vulneración alguna del derecho a la intimidad de la recurrente pues tal derecho (art. 18.1 CE), protege la «vida íntima de las personas», pero tal garantía no es aplicable en el caso presente pues el contenido de los mensajes no lo fueron sobre nada que pudiera estimarse inserto en dicho ámbito, sino que conformaron meras expresiones, prácticamente unilaterales y ciertamente insultantes de la demandante a un compañero de trabajo”*.

---

<sup>42</sup> Esteban, P. (28 de abril de 2017). *Mobbing a través del Whatsapp: la nueva forma de violencia en el trabajo*. Recuperado el 6 de mayo de 2017, de Noticias Jurídicas. Sitio web: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11892-mobbing-a-traves-del-whatsapp:-la-nueva-forma-de-violencia-en-el-trabajo/>

<sup>43</sup> En los hechos probados consta que: *“La madrugada del día 1 de enero de 2015 la trabajadora remitió a su compañero de trabajo un mensaje con el texto Feliz Año, contestando el Sr. Alejandro en iguales términos. Seguidamente la demandante remitió 60 mensajes de texto al Sr. Alejandro mediante el sistema whatsapp, sin que su compañero contestara a ninguno de ellos. En esos mensajes la actora utilizó frases como: «Muérete», «conmigo no juega nadie», «donde estás durmiendo o acojonado?», «se te levanta o no?», «funcionas o no?», «besos a la puta payasa y su hija», «vete a la mierda». En la mañana del 1 de enero la actora remitió 7 mensajes de texto más sin obtener respuesta. El día 2 de enero la actora mando otros 12 mensajes con un único contenido «¿me perdonas?». El día 7 otros tantos mensajes con el texto «Salud y Amor», y finalmente el 14 de enero un mensaje diciéndole a su compañero «hijo de puta”*.

### 3.2.2.- El interrogatorio de las partes

El interrogatorio de las partes, regulado en el artículo 91 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, se configura en el juicio del acoso sexual como un medio de prueba que puede llegar a tener un peso importante en el proceso. Ello es así debido a las propias dificultades probatorias de tal conducta, por cuanto se ocasionan en la intimidad y, en consecuencia, normalmente no hay más constancia del suceso que el testimonio de la víctima, ya que se trata de actos en los que no existen testigos o éstos no se arriesgan a declarar por el miedo a sufrir represalias por parte del empresario<sup>44</sup>. Así lo entiende también el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia núm. 6797/2001, de 4 de septiembre de 2001, al establecer que *“son evidentes las dificultades probatorias del acoso sexual en el trabajo, ya que por lo general se lleva a cabo en un marco de clandestinidad o cuando menos no se acompaña de publicidad, lo que si no imposibilita la prueba directa, si que ésta resulta extremadamente difícil. En la mayoría de los casos no existen testigos o, si los hay, no se comprometen por el miedo a que el empresario pueda tomar represalias por sus declaraciones, no existiendo normalmente tampoco evidencias físicas, salvo si el acoso se ha producido acompañado de actos violentos de cierta entidad, por lo que en muchas ocasiones no existe más constancia que el testimonio de la propia víctima, dotando de especial relevancia su declaración. De ahí, que la estimación de suficiencia probatoria deba proyectarse sobre notas de verosimilitud subjetiva y objetiva”*. La misma apreciación realiza en la sentencia núm. 359/2011, de 20 de enero de 2011, donde manifiesta que *“esta clase de hechos no suelen realizarse en presencia de testigos, sino normalmente en un marco de ocultación o clandestinidad que impide en muchas ocasiones disponer de otras pruebas, pudiendo apoyarse el Juez exclusivamente en la declaración de la perjudicada”*. Por consiguiente, es preciso conocer en qué supuestos nuestros tribunales pueden declarar la existencia de tal conducta únicamente en base a la declaración realizada por la víctima de acoso sexual.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 341/2004, de 29 de enero de 2004, recoge abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo<sup>45</sup> tratando las declaraciones de la víctima en los siguientes términos:

---

<sup>44</sup> Escudero Rodríguez, R. (1989). *El acoso sexual en el trabajo*. Relaciones laborales, Tomo I. Pág. 476.

<sup>45</sup> SSTC núm. 201/1989, de 30 de noviembre, núm. 173/1990, de 12 de noviembre, núm. 229/1991, de 18 de noviembre. SSTS núm. 1991/118, de 16 de enero, núm. 1991/141, de 17 de enero, núm. 1997/3380, de 19 de

“las declaraciones de la víctima o perjudicados son hábiles –incluso para desvirtuar la presunción de inocencia cuando deba aplicarse en un proceso penal–, aunque cuando es la única prueba exigirá una cuidada y prudente ponderación de su credibilidad en relación con todos los factores objetivos y subjetivos que concurran en la causa”. Así ocurre en el supuesto enjuiciado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 3554/2009, de 20 octubre de 2009, donde la actora, en primera instancia, relató los hechos sucedidos<sup>46</sup> y el juez consideró que su testimonio poseía suficiente entidad como para entender probado el acoso sexual denunciado, “por revestir su declaración los requisitos que la jurisprudencia viene exigiendo para dotar de credibilidad al testimonio único de la víctima”. Tales requisitos a los que hace referencia el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía han sido señalados por el Tribunal Supremo, que en numerosas resoluciones<sup>47</sup> ha indicado que las notas que deberán darse en las declaraciones de la víctima para proveerlas de plena fiabilidad como prueba de cargo son las siguientes: en primer lugar, la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones entre el acusado y la víctima anteriores a los hechos denunciados, para descartar la concurrencia de un móvil de resentimiento o enemistad que despoje al testimonio de la víctima de la aptitud para “generar el estado subjetivo de certidumbre en que la convicción jurídica estriba”. Respecto este primer requisito, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 24 de junio de 2000 (RJ 2000, 5792), aclara que “la enemistad derivada del propio ataque enjuiciado evidentemente no puede servir de argumento al acusado para desvirtuar la credibilidad de la víctima, ya que esta enemistad nace precisamente de los hechos que se enjuician, y evidentemente carecería de toda razonabilidad e iría contra la naturaleza de los sentimientos al exigir a la víctima de cualquier agresión la solidaridad o indiferencia respecto de la persona causante de su

---

abril, núm. 1350/1998, de 11 de noviembre, núm. 991/1999, de 19 de junio, núm. 159/2000, de 18 de junio, núm. 2000/82656, de 29 de septiembre, núm. 2000/8789, de 23 de octubre y núm. 2001/7046, de 11 de mayo.

<sup>46</sup> En los antecedentes de hecho consta lo siguiente: “(...) el actor se introdujo en el almacén de las instalaciones de la empresa, junto a las cámaras frigoríficas, dirigiéndose hacia la trabajadora (...) que se encontraba realizando labores propias de su cargo, iniciando con ella una conversación en la que aludió a los hábitos sexuales propios, de su mujer y de su cuñada, indicándole la Sra. María Inmaculada que no quería que siguiera hablando de este tema, que lo consideraba impropio. El actor, no obstante, le comentó que se había excitado con la conversación, comenzando a tocarse sus genitales, ante lo que la Sra. María Inmaculada, tras volverse de espaldas le rogó que saliera del almacén, a lo que el actor no accedió requiriéndola para que le tocara sus genitales, agarrándola por la cintura y tratando de atraerla hacia él, a la vez que tras sacar su miembro viril se comenzaba a masturbar. Ante la insistencia de la Sra. María Inmaculada vuelta de espaldas para que se marchara, el actor finalmente accedió a marcharse, tras arreglarse la ropa para que no se notase lo que había pasado. Dicho incidente fue puesto en conocimiento de la empresa por la Sra. María Inmaculada mediante carta (folio 79 de las actuaciones) el 18 de julio siguiente.”

<sup>47</sup> SSTs de 5 de abril (RJ 1992, 2739), de 5 de junio (RJ 1992, 4857), de 26 de mayo (RJ 1993, 4321), de 19 de junio (RJ 1999, 5972), de 28 de junio (núm. 159/2000), de 29 de septiembre (RJ 2000, 8265), de 23 de octubre (RJ 2000, 8789) y de 11 de mayo (RJ 2001, 7046).



*perjuicio. Cuando esta Sala como criterio a tener en cuenta hace referencia a la ausencia de incredibilidad subjetiva se refiere a la preexistencia de resentimiento o enemistad que tengan su origen en otras causas distintas al ataque sufrido por la víctima”.* En segundo lugar, se exige también la verosimilitud de las imputaciones vertidas. Al respecto, se hace preciso citar una resolución del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4751), donde la recurrente solicita la revisión de los hechos probados así como que se declare la nulidad del despido al haber sido víctima de acoso sexual por parte del codemandado. La sentencia de suplicación –dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias<sup>48</sup>– desestimó el recurso por considerar que es a la juzgadora de instancia a quien corresponde la valoración de la prueba y no tuvo por acreditados los indicios de acoso sexual. En la sentencia de instancia se declaró probado que la demandante –y ahora recurrente– denunció haber sido objeto de abusos sexuales y tocamiento libidinosos por parte de un superior en el centro de trabajo, concretamente en el cuarto de planchado ubicado en el sótano mientras ayudaba a aquel con las tareas de planchado, incidente que según su declaración tuvo una duración de treinta y cinco minutos. Tal suceso se produjo el 8 de junio, día en que la placa electrónica de la “calandra” se encontraba averiada y había sido retirada el día anterior para su reparación. También consta que denunció la agresión ante el Juzgado de Instrucción nº1 de Piloña, pero no presentó lesión física alguna –como hematomas, rasguños, arañazos o heridas. En tal sentido, la juzgadora de instancia tuvo en cuenta, para tomar su decisión, la declaración de la actora, que no resultó convincente por los siguientes motivos: *“no es verosímil que el episodio de acoso sexual denunciado tuviera una duración de 35 minutos; que habiendo opuesto resistencia no presentase después el mas mínimo rasguño; que no es coherente con su relato de los hechos del que se deduce que no se trata de una simple insinuación o gesto de contenido sexual, sino de abusos sexuales tales como tocamientos libidinoso en pechos y nalgas e intento de desvestirla; que hubiera acudido al trabajo los dos días siguientes; y sobre todo y fundamentalmente que la actora situara los hechos denunciados el día 8 de junio con ocasión de estar ayudándole el empresario en las tareas de plancha en el cuarto que existe para ello en el sótano del hotel, siendo así que ese día no se pudo haber planchado por cuanto la placa electrónica de la calandra se encontraba estropeada, habiendo sido retirada días antes para su reparación por un técnico”.*

---

<sup>48</sup> STSJ Asturias núm. 940/2008, de 25 de abril de 2008.

Por otro lado, también se exige para dotar de credibilidad al testimonio de la víctima las corroboraciones periféricas de carácter objetivo de tales imputaciones y, finalmente, la persistencia de la incriminación que, si es prolongada en el tiempo, deberá carecer de ambigüedades y contradicciones.

Finalmente, cabe citar la sentencia núm. 314/2004, de 1 de septiembre de 2004, donde el Juzgado de lo Social núm. 13 de Madrid declara que el acoso sexual denunciado por la actora es un hecho cierto basándose principalmente en lo declarado por la actora en el acto del juicio oral, por cuanto que *“su declaración, todo hay que decirlo, fue convincente, verosímil y emotiva, con la entidad suficiente (tono de voz, gestos, forma de expresarse) para transmitir al Juzgador todas las vivencias que había sufrido”*. Así pues, también es relevante –además de los requisitos señalados por el Tribunal Supremo– la forma en que la víctima relata los hechos acaecidos, ya que con su testimonio es capaz de transmitirle al juez la veracidad de las acusaciones vertidas.

### **3.2.3.- El interrogatorio de los testigos**

La prueba testifical –contenida en el artículo 92 de la Ley 36/2011 reguladora de la jurisdicción social– se presenta en el proceso laboral como un medio probatorio con evidente valor, por cuanto puede corroborar las acusaciones realizadas por la víctima. Así sucede en la sentencia de 9 de octubre de 2015 (AS 2015/2395), donde el Juzgado de lo Social núm. 2 de Palma de Mallorca enjuicia un supuesto donde dos trabajadoras afirmaban haber sido objeto de tocamientos y comportamientos por parte de un compañero de trabajo, de forma reiterada y en el centro de trabajo en horario laboral<sup>49</sup>. Al proceso acudió en calidad de testigo una antigua trabajadora que, aunque ya no prestaba sus servicios en el mismo centro de trabajo, el Tribunal consideró que *“su declaración testifical ha de ser tomada en cuenta por cuanto*

---

<sup>49</sup> Concretamente, en el hecho probado segundo figura que *“tales hechos se efectuaban acercándose a ella, intimidándola y acorralándola contra la pared, comenzando a hacer tocamientos por todo el cuerpo de manera lasciva y humillante, llegando a conseguir en una ocasión bajarle los pantalones de la uniformidad, al objeto de profundizar en los tocamientos. Asimismo, (...) se ha tenido conocimiento de que usted había procedido también al acoso sexual de otra trabajadora del parque (...). Los acosos se producían los días en que coincidía su trabajo con el de la víctima, llegando a arrinconar a la trabajadora, agarrándola por los brazos y tocar los pechos de la víctima, y en otras ocasiones a enseñarle usted su miembro viril, obligándola a que se lo tocara, le ha agarrado por los brazos para inmovilizarla y realizar dichos tocamientos. Según manifestaciones de la trabajadora, llegó a lamer usted el cuello de la Sra. R., intentando sacarle la ropa, y en alguna ocasión ha llegado a cogerle de la cabeza para arrimársela a sus partes, dejando usted de insistir al ver a la trabajadora muy alterada o decirle que iba a gritar.”*

*corroborar las versiones ofrecidas por sus otras dos compañeras, llegando a afirmar que precisamente fue debido a estos comportamientos de R. M. por lo que decidió no volver a trabajar en la empresa la siguiente temporada, ante la imposibilidad de soportar durante más tiempo tal situación”.*

De forma análoga ocurre en la sentencia núm. 1047/2014, de 22 de diciembre de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que se resuelve un recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 208/2013 de Madrid, de 12 de diciembre de 2013, donde el actor manifiesta, entre otras pretensiones, su disconformidad respecto de la conclusión a la que llega la Magistrada de instancia acerca de que su conducta hacia dos trabajadoras constituya acoso sexual. En los antecedentes de hecho consta, en relación a la primera víctima, que el recurrente le insistía en ir a cenar, le cogía de la cintura, le realizaba comentarios acerca de su aspecto físico y le contaba que había soñado con ella, dando a entender que tal sueño era de contenido sexual. Entre otro tipo de conductas indeseadas, también llegó, hasta en dos ocasiones, a besarla sin su consentimiento. Por otro lado, respecto de la otra demandada, el recurrente se tomaba muchas confianzas con ella, agarrándola por los hombros, acercándole la cabeza y mirándole el escote –hasta el punto que aquella se cubría. El Tribunal Superior de Justicia se detiene en analizar el concepto de acoso sexual –aspecto que no se va a reproducir, por haber sido expuesto con anterioridad al inicio del presente trabajo– para acabar concluyendo que *“las desagradables expresiones que se contienen en el relato factico, inmodificado por inatacado, obtenido por la Magistrada de instancia no sólo a partir del interrogatorio de parte sino de la testifical de la instructora en juicio, la habitualidad en su utilización cuando el demandante se dirige a las mujeres, corroborada por testigos diferente[s] de la denunciante, la visible afectación de ésta en diversos momentos constatada, no permiten ser encuadradas en el terreno del humor, sarcasmo o ironía, sino que encajan en la conducta por la que se ha sancionado al actor”*<sup>50</sup>. Así pues, en el caso enjuiciado también son tenidos en cuenta los relatos de los testigos para alcanzar la conclusión por el juzgador de la existencia de acoso sexual hacia las dos demandadas.

---

<sup>50</sup> A la misma conclusión llega la sentencia núm. 669/2013, de 22 de julio de 2013, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: *“En el caso, las desagradables expresiones que se contienen en el hecho tercero del relato obtenido por la Magistrada de instancia no sólo a partir del interrogatorio de parte sino de la testifical de la instructora en juicio, la habitualidad en su utilización cuando el demandante se dirige a las mujeres, corroborada por otro testigo diferente de la denunciante (D. Secundino ), la visible afectación de ésta en diversos momentos constatada por otra empleada diferente (Doña Salvadora ) y la reiterada negativa de la denunciante a facilitarle su número de teléfono, no permiten ser encuadradas en el terreno del humor, sarcasmo o ironía, sino que encajan en la conducta por la que se ha sancionado al actor.”*

Al contrario, como es lógico, la prueba testifical puede ser usada asimismo por el demandado para defenderse de los hechos que se le imputan. Así sucede en la sentencia núm. 248/2001, de 24 de mayo de 2001, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo, donde la actora denuncia el acoso sexual sufrido por parte del demandado<sup>51</sup>. Previamente al proceso judicial, la demandante denunció los hechos acaecidos ante la Jefa de Personal y ante dos compañeros –realizando uno de ellos funciones de Inspector. En el transcurso del proceso judicial fueron varios los compañeros de trabajo de la actora y demandado los que comparecieron en calidad de testigos. Todos ellos negaban las acusaciones vertidas en el juicio. En vista de las declaraciones efectuadas por estos, la Juzgadora realizó la siguiente apreciación: *“todos los autores que han tratado el tema del acoso sexual en el trabajo sostienen que es el más difícil de tratar, no sólo por las graves dificultades de prueba, sino por el miedo de la víctima o los testigos a consecuencias negativas, la falta de sensibilidad hacia el tema por el conjunto de los trabajadores (incluidos los representantes sindicales) y el muy habitual proceso de «culpabilización de la víctima», señalando también cómo ante una demanda o denuncia de este tipo se convulsione toda la empresa; si estamos ante un supuesto de acoso entre iguales, la situación se complica, pues la denuncia a un compañero es valorada más negativamente por el resto de la plantilla, que la denuncia contra un superior. En uno u otro supuesto suelen sucederse a la denuncia los traslados o despidos de la denunciante, presiones para que retire la denuncia, ofertas, etcétera. Tales circunstancias –constatadas en los estudios sobre el tema– deben ser tenidas en cuenta, para la valoración de la prueba practicada; así, esta Juzgadora llegó a la misma conclusión que el Ministerio Fiscal, esto es que los testigos –en su mayoría– mentían, «olvidaban» todo lo relacionado con las conversaciones con la actora, negaban incluso lo admitido por el señor L. (así, por ejemplo éste admitió que los días 6 y 12 había hecho rondas con la actora «pero no pasó nada», lo que negaron los testigos afirmando que «nunca» había estado solo con ella en tales servicios); todos ellos hicieron piña en torno al señor L., y con su actitud despectiva respecto a la actora, sus risitas y expresiones (tanto en la declaración, como después en la Sala, según atinadamente señaló la*

---

<sup>51</sup> Actora y demandado –referido en la sentencia como “señor L.”– trabajaban en una empresa de seguridad, coincidiendo el servicio de ambos los turnos de cuatro días del mes de enero. En uno de los turnos, cuando la actora y el demandado iban a hacer la ronda, el demandado le dijo que “*por qué no lo hacían*”, respondiéndole la actora que “*ella ya estaba pasada*” y replicando aquel que le gustaban los “*chochitos pasados*”. Con motivo de tal comentario, la actora se apartó disgustada. El demandado la siguió y cuando ésta lo miraba, aquel se tocaba y frotaba los genitales. Al llegar a la garita donde se encontraba otro compañero, el demandado le dijo que “*a ésta ya la he trabajado, ahora te toca a ti*”. Más tarde, cuando la actora se levantó para ir al servicio, el demandado le preguntó “*si ya estaba excitada*”. Al día siguiente, nuevamente coincidiendo ambos en un turno y mientras realizaban la ronda, el demandado llevó a la actora hacia zonas alejadas y le indicó que fueran al fondo del muelle. La actora, ante el fortísimo temporal objetó que le daba miedo y que no quería ir con él, marchándose acto seguido a controlar otra zona.

representante del Ministerio Fiscal y se constató por esta Juzgadora) mostraron su clara parcialidad. Parcialidad que empezaron negando en sus declaraciones, afirmando que eran meros compañeros, admitiendo después su especial relación con el señor L. (así p. ej. el señor A. dijo que sus familias salen juntas en el tiempo libre; el señor O., que eran amigos desde hace más de 10 años; el señor C. «que tiene amistad con él y no con la actora» y la señora R. lo denomina en su escrito aportado por el demandado «compañero excelente y buen amigo»)". Todo ello llevó a la Juzgadora a la convicción "de la veracidad de la versión de la actora, a la que apoyan una serie de indicios aportados por la testifical". En particular, se respaldó en las contradicciones existentes entre lo declarado por el demandado y por los testigos –por ejemplo, el demandado afirmó que sólo llevaba la televisión alguna vez para ver un partido de fútbol, cosa que debería ser totalmente excepcional, dado que el turno era de 22h a 6h; no obstante, tres testigos diferentes aportaron versiones distintas: uno sostuvo que creía que había una televisión, pero que no sabía lo que veían; el otro que veían una película normal y, el tercer testigo, afirmó que no se acordaba de si había una película pornográfica pero creía que no. Además, en lo que se refiere a actos más relevantes, "la actora siempre los contó coherentemente", mientras que las declaraciones de los testigos iban variando: "la señora S. aun cuando al principio sólo recordaba que la actora le hablara de «un comentario que la ofendió», luego admitió que «algo le comentó sobre los «chochitos pasados» (expresión que no es fácil olvidar), expresión que también contó a su amiga M<sup>a</sup> del Mar; y el señor C. reconoció que le contó cómo el señor L. dijo al señor A. y al señor O. «a ésta ya me la he trabajado», así como que se tocaba los genitales. La jefa de personal sólo recuerda que habló de «comentarios soeces» y la señora R., que habló de «que se pasara» y «comentarios obscenos» que no recordaba con puntualidad aunque puede que se los dijera, pues había pasado mucho tiempo".

Es por todo esto que la prueba testifical es un medio sumamente útil para reforzar la declaración realizada por la persona que denuncia haber sufrido acoso sexual, por cuanto corrobora su versión. Además esto puede suceder, como se ha visto, aunque el demandado y los testigos concierten una estrategia de cara al juicio, ya que tal hecho no implica necesariamente que la declaración de la víctima se vea despojada de credibilidad. Dado que el Tribunal que conoce del asunto debe tener en cuenta –como señala la Magistrada en la sentencia citada de 24 de mayo de 2001– las dificultades probatorias del acoso sexual en el trabajo así como otros obstáculos señalados por la doctrina –entre ellos, la falta de

sensibilidad mostrada por el resto de trabajadores, que se agrava, tal y como se ha observado, cuando el acoso se da entre iguales y no contra un superior.

### **3.2.4.- La prueba pericial y los informes de expertos**

En el siguiente punto se procede a examinar conjuntamente la prueba pericial –art. 93– y los informes de expertos –art. 95– ya que en ambos se puede incluir la prueba consistente en el informe médico emitido por el facultativo correspondiente, que es de especial interés, como se verá, en los procesos de acoso sexual.

Para ilustrar la importancia de los informes médicos a la hora de incidir en el fallo de los Tribunales resulta apropiado citar la sentencia núm. 565/2015, de 23 de julio de 2015. En ella el Tribunal de Justicia de Madrid declara la realidad del acoso sexual hacia una trabajadora por parte de un compañero apoyándose –juntamente con la declaración de la víctima y diversas declaraciones testificales– en los distintos informes emitidos por los centros sanitarios. Según el Tribunal, los actos soportados por la demandante *“concuerdan con los sufridos por las personas que han vivido un acoso laboral y sexual”*, constando *“en los diversos informes de los servicios públicos de salud la vinculación que establecen los facultativos que atienden a la demandante entre su enfermedad y una situación de acoso laboral y sexual”*. Además, añade el Tribunal que *“tal medio probatorio (...) junto con aquellos otros elementos adicionales que también están acreditados en el presente proceso, deja patente la certeza y realidad de los hechos de la demanda, pues la sentencia que resolvió la etiología laboral de la incapacidad temporal, fija una relación causal clara e indudable, no cuestionada por las partes demandadas, que justifica la declaración como vulnerado del derecho fundamental implicado”*<sup>52</sup>.

A semejante solución se llega en la sentencia núm. 320/2016, de 8 de abril de 2016 – también del Tribunal Superior de Justicia de Madrid– donde queda acreditado el acoso sexual hacia la trabajadora por parte del administrador de la empresa en base a la apreciación conjunta de las diferentes pruebas aportadas por la actora. Así, la víctima aportó al proceso

---

<sup>52</sup> De igual modo valora el informe médico el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia núm. 2390/2011, de 1 de abril de 2011, al declarar la existencia de acoso sexual hacia una trabajadora por parte de dos superiores jerárquicos, basándose en el informe médico forense efectuado en las diligencias previas, que refuerzan la declaración de la víctima y la testifical de la agente de policía que tomó declaración de la víctima cuando ésta acudió a la comisaría para interponer denuncia.

una grabación en la que se escuchaba al demandado utilizar un lenguaje con connotaciones sexuales respecto de aquella, que se refería a un solo día, pero al aportarse también el diagnóstico de trastorno adaptativo ansioso depresivo reactivo a posible acoso sexual en el trabajo, realizado por el Servicio Madrileño de Salud y por una Psicóloga Clínica, el Tribunal concluyó que todo ello *“permite fijar que existía un proceso de comentarios sexuales constantes y continuado en el trabajo por parte del administrador”*.

Como se observa, la importancia de los informes médicos radica en el hecho de que, junto con el resto de pruebas, contribuyen a convencer al juzgador sobre la realidad de los episodios de acoso denunciados. Además, dichos informes también favorecen la declaración realizada por la víctima, en el sentido de que contribuyen a dotar de verosimilitud a su declaración<sup>53</sup> –requisito exigido, como se vio en el análisis del interrogatorio de partes, por el Tribunal Supremo para dotar de plena fiabilidad como prueba de cargo a la declaración de la víctima.

#### **IV. Conclusiones**

---

- 1.- El acoso sexual en el trabajo se configura en nuestra sociedad como una muestra más de la violencia ejercida hacia las mujeres, percibido realmente como un abuso de poder y no como una conducta sexual. Por ello se hace imperioso abordar la problemática desde la perspectiva de que son las mujeres las víctimas de tales conductas, dejando de lado un enfoque neutral que incluya a los dos géneros como sujetos acosados, aún reconociendo protección a ambos.
- 2.- El acoso sexual laboral ha sido definido en el ámbito comunitario por la Directiva 2006/54/CE y en el ámbito estatal por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Ambos preceptos coinciden en que se trata de un comportamiento manifestado verbal o físicamente, de índole sexual y que tiene el propósito u ocasiona el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en concreto cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante y ofensivo. En cambio, la Directiva exige que la conducta ha de ser no deseada para constituir acoso. Atributo que ha sido excluido, muy acertadamente, por la norma estatal, por cuanto

---

<sup>53</sup> Así lo advierte el Juzgado de lo Social núm. 3 de La Coruña, en su sentencia núm. 23/2017, de 23 de enero de 2017.

dicho comportamiento no se encuentra condicionado al rechazo, sino que constituye en sí mismo acoso sexual.

- 3.- Existen dos tipologías básicas de acoso sexual laboral, ambas merecedoras de reproche: el chantaje sexual y el acoso ambiental. En la primera modalidad el acosador es un superior jerárquico o una persona que puede incidir sobre el empleo o las condiciones de trabajo de la víctima, viéndose ésta última obligada a decidir entre acceder a los requerimientos sexuales o perder el empleo o algún beneficio laboral. En el acoso ambiental el sujeto activo no necesariamente ha de ser un superior jerárquico, sino que se incluyen los compañeros de trabajo e, incluso, proveedores y clientes. La conducta perpetrada en esta segunda modalidad crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la víctima, donde se dan comportamientos tales como chistes, insinuaciones o contactos físicos.
- 4.- En los procesos por discriminación –como es el acoso sexual– se establece una inversión de la carga de la prueba a favor de la víctima que, en la práctica, se ve condicionada a la aportación de indicios aptos para llevar al juez a un estado cercano a la convicción de que la discriminación ha tenido lugar. No bastando, por tanto, la mera alegación o afirmación de la parte demandante de los hechos acaecidos. Tal exigencia supone una merma en las reglas sobre facilitación de la carga de la prueba, por cuanto conlleva el riesgo de imponer a la víctima la prueba plena de la discriminación.
- 5.- La problemática acerca de la inversión de la carga de la prueba no ha sido corregida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Así lo evidencian las resoluciones de nuestros Tribunales, que en los casos donde se invoca la existencia de una conducta discriminatoria insisten en la necesidad de aportar indicios que generen una *“razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato”*.
- 6.- Para acceder a una prueba efectiva en los procedimientos sobre acoso sexual laboral es preciso conocer cuáles son los medios de prueba a los que los Tribunales conceden más peso. El acoso sexual puede ser probado mediante los medios expresamente contenidos en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, teniendo especial relevancia y configurándose como más decisivos los medios mecánicos de



reproducción de palabra, imagen y sonido o de archivo y reproducción de datos, el interrogatorio de partes, el interrogatorio de testigos, la prueba pericial y los informes de expertos.

- 7.- Es plenamente admisible como prueba la grabación del acoso sexual siempre que ésta haya sido realizada por uno de los intervinientes en la conversación o situación. Tal exigencia es imprescindible para no vulnerar el derecho fundamental a la intimidad y, por consiguiente, que la prueba sea admitida. Además, se permite aportar al proceso medios de prueba más actuales, como pueden ser las conversaciones mantenidas a través de aplicaciones de mensajería instantánea –por ejemplo: “WhatsApp”.
- 8.- El acoso sexual, la mayoría de las veces, se origina en un marco de clandestinidad y en ausencia de testigos, implicando que el testimonio de la propia víctima sea la única constancia de tal suceso. Es por ello que su declaración detenta en el proceso laboral especial relevancia, por cuanto el Tribunal puede apoyarse exclusivamente en ella siempre que se den los requisitos señalados por el Tribunal Supremo: ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones entre la víctima y el acusado, verosimilitud de las imputaciones vertidas, corroboraciones periféricas de carácter objetivo de tales imputaciones y, finalmente, persistencia en la incriminación, que deberá carecer de ambigüedades y contradicciones.
- 9.- La prueba testifical se configura en el proceso laboral como un medio de notable utilidad, ya que puede corroborar la declaración efectuada por la víctima. Ello sucede, incluso, aunque los testigos refuercen la posición del acosador, puesto que los Tribunales deben apreciar debidamente las fisuras en sus declaraciones y las contradicciones existentes entre lo manifestado por los testigos y el propio demandado.
- 10.- El valor de los informes médicos en el proceso laboral se proyecta en un doble sentido: de forma general contribuyen, junto con el resto de pruebas, a convencer al Tribunal sobre la certeza de la conducta denunciada, mientras que específicamente dotan de verosimilitud a la declaración efectuada por la víctima, atributo requerido para que pueda constituir prueba de cargo.

11.- Del análisis efectuado de las resoluciones de los Tribunales españoles se verifica como en la totalidad de los casos es la víctima del acoso la que carga con el arduo trabajo de probar tal suceso, quedando en segundo plano la regla de inversión de la carga de la prueba establecida por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Haciéndose así imprescindible –para obtener una decisión favorable– que la víctima se haga con la mayor cantidad de pruebas posibles, hecho que puede desalentarla a afrontar el proceso judicial.

## V. Bibliografía

---

ALTÉS TÁRREGA, JUAN A. (2008). *El acoso del trabajador en la empresa (Consideraciones al hilo de la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y La Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

CASTRO ARGÜELLES, MARÍA A.; ÁLVAREZ ALONSO, D. (2007). *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo*. Asturias: Civitas.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. (1989). *El acoso sexual en el trabajo*. Relaciones laborales, Tomo I.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. (2007). *El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de igualdad efectiva entre mujeres y hombres*. Revista crítica de teoría y práctica, nº 1.

ESTEBAN, P. (28 de abril de 2017). *Mobbing a través del Whatsapp: la nueva forma de violencia en el trabajo*. Recuperado el 6 de mayo de 2017, de Noticias Jurídicas Sitio web: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11892-mobbing-a-traves-del-whatsapp:-la-nueva-forma-de-violencia-en-el-trabajo-/>

FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARÍA F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, La Ley, Madrid 2008.

GARCÍA PERROTE, I., *La prueba en el proceso de trabajo*, Civitas, Madrid 1994.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.; MERCADER UGUINA, JESÚS R.; ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A. (2007). *La ley de igualdad: consecuencias prácticas en las relaciones laborales y en la empresa*. Valladolid: Lex Nova.

INSTITUTO DE LA MUJER. (Abril, 2006). *El acoso sexual a las mujeres en el ámbito laboral. Presentación de resultados*.

LOUSADA AROCHENA, JOSÉ F. (2016). *La prueba de la discriminación, la lesión de derechos fundamentales y el acoso sexual y moral en el proceso laboral español*. Revista de trabajo y seguridad social , nº 400.

LÓPEZ LÓPEZ, J. (2007). *Los principios rectores de la LO 3/2007 sobre igualdad efectiva entre mujeres y hombres a la luz de las estrategias de "Gender Mainstreaming" y "Empowerment"*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº Extra 2.

LLOVERA, S.; ALFARO, R.; BAUTISTA, J. (Julio 2014). *Acoso Laboral: Un análisis normativo y jurisprudencial*. Universidad Politècnica de Catalunya.

MERINO, J. Y CRUCETA, G. (2009). *El acoso sexual en el trabajo en Cataluña. Estudio de casos*. ICEV, nº 7.

MINDY E. BERGMAN Y JAIME B. HENNING. (2008). *Sex and Ethnicity as Moderators in the Sexual Harassment Phenomenon: A Revision and Test of Fitzgerald et al. (1994)*. Journal of Occupational Health Psychology, Vol. 13, nº 2.

MINISTERIO DE IGUALDAD. Fundación Mujeres. (2010). *Acoso sexual y acoso por razón de sexo en el ámbito laboral*. Madrid – España.

PÉREZ DEL RÍO, T. *La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género*. Temas Laborales , nº 91/2007.

PÉREZ GUARDO, R. (2013). *Un análisis del concepto de acoso sexual laboral: reflexiones y orientaciones para la investigación y la intervención social*. Cuadernos de Relaciones Laborales, vol. 31, nº 1.

PIQUERAS CUENCA, C. (octubre - diciembre 2015). *Factores precipitantes del acoso sexual laboral en España*. Revista Mexicana de Sociología, 77, nº 4.

PIQUERAS CUENCA, C. (septiembre - diciembre, 2014). *Incidencia en los tipos de acoso sexual en el trabajo en España*. Convergencia Revista de Ciencias Sociales, nº 66.

QUESADA SEGURA, R. *La protección extrajudicial frente al acoso sexual en el trabajo*. Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 92.

RIVAS VALLEJO, P. (2007). *La Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres frente a la violencia de género*. Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, nº 20.

SÁNCHEZ DE LARA, C. Y CHICANO JÁVEGA, E., (2010), *Del acoso sexual. Aspectos penales*, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.

STALE EINARSEN, HELGE HOEL, DIETER ZAPF, CARY COOPER. (2010). *Bullying and Harassment in the Workplace: Developments in Theory, Research, and Practice*, Second Edition. USA: CRC Press.

## **VI. Legislación y normativa de referencia**

---

DIRECTIVA 2006/54/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 5 de Julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

LEY 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral.

## **VII. Anexo jurisprudencial**

---

### **7.1.- Resoluciones relativas a la inversión de la carga de la prueba**

#### Tribunal Constitucional

- STC núm. 38/1981, de 23 de noviembre.
- STC núm. 87/1998, de 21 de abril.
- STC núm. 44/1999, de 22 de marzo.
- STC núm. 136/2001, de 18 de junio.
- STC núm. 144/2006, de 8 de mayo.
- STC núm. 250/2007, de 17 de diciembre.

#### Tribunal Supremo

- STS núm. 3012/1998, de 25 de marzo.
- STS RJ 1996/1007, de 9 de febrero.
- STS RJ 1996/3080, de 15 de abril.

#### Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Cataluña núm. 4796/2000, de 31 de mayo.
- STSJ de Cataluña núm. 4985/2000, de 8 de junio.
- STSJ de Valencia núm. 1042/2001, de 22 de febrero.
- STSJ de Asturias núm. 257/2002, de 1 de febrero.
- STSJ del País Vasco núm. 3724/2004, de 10 de julio.
- STSJ de Madrid núm. 2638/2004, de 14 de diciembre.
- STSJ de Extremadura núm. 3634/2005, de 13 de septiembre.
- STSJ de Cataluña núm. 3732/2006, de 15 de mayo.
- STSJ del País Vasco núm. 1042/2006, de 20 de junio.
- STSJ de Castilla-La Mancha núm. 227/2007, de 9 de febrero.
- STSJ de Cataluña núm. 688/2011, de 31 de enero.
- STSJ de Galicia núm. 5056/2013, de 8 de noviembre.

- STSJ de Cataluña núm. 4383/2014, de 17 de junio.
- STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 2882/2014, de 11 de diciembre.
- STSJ de Andalucía núm. 1842/2015, de 3 de diciembre.

## **7.2.- Resoluciones relativas a los medios de prueba**

### **7.2.1.- Medios mecánicos de reproducción de palabra, imagen y sonido o de archivo y reproducción de datos**

#### Tribunal Constitucional

- STC núm. 114/1984, de 29 de noviembre.

#### Tribunal Supremo

- STS núm. 878/1984, de 15 de febrero.
- STS núm. 883/1994, de 11 de mayo.
- STS núm. 178/1996, de 1 de marzo.
- STS núm. 914/1996, de 20 de diciembre.
- STS núm. 702/1997, de 20 de mayo.
- STS núm. 286/1998, de 2 de marzo.
- STS núm. 678/2014, de 20 de noviembre.

#### Tribunales Superiores de Justicia

- STS de La Rioja núm. 14/2016, de 22 de enero.
- STSJ de Madrid núm. 320/2016, de 8 de abril.

#### Audiencia Provincial

- SAP de Vizcaya núm. 373/2012, de 10 de octubre.

### **7.2.2.- Interrogatorio de las partes**

#### Tribunal Constitucional

- STC núm. 201/1989, de 30 de noviembre.
- STC núm. 173/1990, de 12 de noviembre.
- STC núm. 229/1991, de 18 de noviembre.

### Tribunal Supremo

- STS RJ 1991/118, de 16 de enero.
- STS RJ 1991/141, de 17 de enero.
- STS RJ 1992/2739, de 5 de abril.
- STS RJ 1992/4857, de 5 de junio.
- STS RJ 1993/4321, de 26 de mayo.
- STS RJ 1997/3380, de 19 de abril.
- STS núm. 1350/1998, de 11 de noviembre.
- STS núm. 991/1999, de 19 de junio.
- STS RJ 1999/5972, de 19 de junio.
- STS núm. 159/2000, de 18 de junio.
- STS RJ 2000/5792, de 24 de junio.
- STS núm. 159/2000, de 28 de junio.
- STS RJ 2000/8265, de 29 de septiembre.
- STS RJ 2000/8789, de 23 de octubre.
- STS RJ 2001/7046, de 11 de mayo.
- STS RJ 2011/4751, de 9 de mayo.

### Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Cataluña núm. 6797/2001, de 4 de septiembre.
- STSJ de Andalucía núm. 341/2004, de 29 de enero.
- STSJ de Asturias núm. 940/2008, de 25 de abril.
- STSJ de Andalucía núm. 3554/2009, de 20 octubre.
- STSJ de Cataluña núm. 359/2011, de 20 de enero.

### Juzgados de lo Social

- SJS de Madrid núm. 314/2004, de 1 de septiembre.

### **7.2.3.- Interrogatorio de los testigos**

### Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Madrid núm. 669/2013, de 22 de julio.
- STSJ de Madrid núm. 1047/2014, de 22 de diciembre.

### Juzgados de lo Social

- SJS de Vigo núm. 248/2001, de 24 de mayo.
- SJS de Madrid núm. 208/2013, de 12 de diciembre.
- SJS de Palma de Mallorca AS 2015/2395, de 9 de octubre.

### **7.2.4.- Prueba pericial e informes de expertos**

### Tribunales Superiores de Justicia

- STSJ de Cataluña núm. 2390/2011, de 1 de abril.
- STSJ de Madrid núm. 565/2015, de 23 de julio.
- STSJ de Madrid núm. 320/2016, de 8 de abril.

### Juzgados de lo Social

- SJS de La Coruña núm. 23/2017, de 23 de enero.