

JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ (Madrid, 1960), Doctor en Derecho, Apto Cum Laude por la UNED (1985), Abogado en ejercicio (desde 1981), Profesor tutor del Centro Asociado de la UNED en Tortosa; Director del Área procesal-penal de la Escuela de Práctica Jurídica de Tarragona (1992/ 2009); Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica Guillem M^a. de Broca de Reus.

Es autor de varios libros: *“El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español”*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1993. Segunda edición; *“Dilaciones indebidas y derecho penal”*. Akal/iure, Madrid, 1997; *“Aproximación al Código Penal de 1995”*. Colegio de Abogados de Tarragona, 1999; así como de numerosos estudios y publicaciones (*“Perdón y delitos contra la honestidad”*. CADUP, Tortosa, 1987; *“La medida de prisión provisional: la privación de libertad sin condena”*. CADUP Tortosa 1988; *“En torno a la Ley Orgánica de 24.marzo.1988 de Reforma del Código Penal sobre tráfico ilegal de drogas”*. Revista Actualidad Penal, 1988; *“En torno al delito de injurias”*. Escuela de Periodistas de Tarragona, 1989; *“Breve análisis de las novedades introducidas por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal”*. Revista Actualidad Penal, 1989; *“La libertad condicional en el Derecho español”*. Revista Actualidad Penal, 1990; *“La droga: fracaso de la vertiente represiva”*. Constantí, 1990; *“La nueva configuración de los delitos contra la libertad sexual: violación y agresiones sexuales”*. Revista Actualidad Penal, 1991; *“Reflexiones en torno al Borrador de Anteproyecto de parte general del Código Penal”*. Revista Actualidad Penal, 1991; *“La identificación del delincuente mediante la diligencia de reconocimiento en rueda”*. Revista Actualidad Penal, 1992; *“La injustificada criminalización del cannabis”*. Ajoblanco, 1995; *“Novedades del Código Penal de 1995”*. Tarragona, 1996; *“Entrada y registro domiciliarios en el proceso penal”*. Revista de Derecho Penal y Criminología. Facultad Derecho, “UNED”, 1996; *“Hacia una reinterpretación de la prescripción penal”*. Actualidad Penal, 1998; *“Recurso de amparo? No, gracias. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18.diciembre.2000)”*. Forum Juridic, 2001; *“El nuevo juicio de faltas (Ley orgánica 8/2002, de 24 de octubre)”*. Tortosa. CADUP Digital, 2002/03; *“De nuevo sobre la prisión provisional: las reformas de 2003”*. Revista de Derecho Penal, Valladolid, 2004, *“Delitos sexuales. Anteproyecto de reforma del código penal de 2008. Defensa en procesos con víctimas menores. Castración química”*. UNED. Tortosa, noviembre 2009. Y en “Quaderns Fòrum”. Colegio Abogados de Tarragona, diciembre 2009, entre otros.



UNED

2010

Dr. Javier Ignacio Prieto Rodríguez

La ley española ante el "Mobbing"



La ley española ante el "Mobbing"

Dr. Javier Ignacio Prieto Rodríguez

Derecho

**LA LEY ESPAÑOLA
ANTE EL “*MOBBING*”**

Dr. JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ



UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA
CENTRO ASOCIADO DE TORTOSA

LA LEY ESPAÑOLA ANTE EL “*MOBBING*”

Dr. JAVIER IGNACIO PRIETO RODRÍGUEZ

Doctor en Derecho. Abogado
Profesor-Tutor Derecho Penal I y II. Derecho Procesal II
Universidad Nacional Educación a Distancia, C. A. de Tortosa
Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica
de Tarragona, Reus y Tortosa

2010

Primera edición, agosto de 2010

© Dr. Javier Ignacio Prieto Rodríguez

e-mail: jprieto@tortosa.uned.es

ISBN: 978-84-930671-9-9

Depósito legal: T. – 1.194-2010

Edita: UNED-Tortosa. C/ Cervantes, nº: 17, 43.500 TORTOSA

Imprime: **Gràfica Dertosense**, s.l.

C/ Cervantes, 21, 43500 Tortosa.

Tel.: 977 44 00 28 · Fax: 977 78 39 22

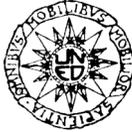
e-mail: graficadertosense@hotmail.com

Impreso en España

Printed in Spain

<p>Reservados todos los derechos de publicación en cualquier idioma. La reproducción total o parcial de esta obra mediante cualquier procedimiento, ya sea mecánico, óptico, reprografía o bien tratamiento informático, así como la distribución de ejemplares por medios de alquiler o préstamo, están rigurosamente prohibidos sin la autorización escrita previa del autor, excepto citas, siempre que se mencione su procedencia, y serán sometidos a las sanciones establecidas por la ley. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de su titular, salvo excepción prevista por la ley.</p>
--

La publicación de este libro ha sido posible gracias al patrocinio de las siguientes instituciones:



**Universidad Nacional de Educación
a Distancia**



**Ajuntament
de Tortosa**



DIPUTACIÓ DE
TARRAGONA



Excm. Ajuntament de Cambrils



Metròpolis S.A. de Seguros

 **Caixa Tarragona**

Sumario

	<u>Pág.</u>
<i>Prólogo</i>	9
I. Introducción	11
II. Acoso laboral y derechos fundamentales.....	19
III. Protección del trabajador	26
IV. La protección del funcionario público. Responsabilidad de la Administración.....	38
V. El delito de acoso laboral	49

Prólogo

La tutela constitucional de la integridad moral, de la salud o la integridad física no han permitido hasta ahora una protección eficaz de tales derechos fundamentales en el ámbito de la relación laboral o funcionarial.

La humillación de la persona, el ataque a su dignidad, la discriminación ... en una de las actividades que agotan gran parte de nuestro tiempo (el trabajo) reclama una defensa jurídica específica, poniendo fin a la cabizbaja falta de concienciación por parte de empresarios y de la propia Administración Pública - en sus distintos niveles-, sobre el “*mobbing laboral*”, la actitud de hostigamiento psicológico y hostil al trabajador o funcionario público. Ataque reiterado que puede proceder de superiores jerárquicos o de una situación de abuso de superioridad (acoso vertical) o de los propios compañeros de trabajo (acoso horizontal).

El presente estudio, gestado a raíz del convencimiento personal de un supuesto de auténtica actitud de acoso a una profesora, funcionaria pública, de un instituto de enseñanza secundaria por sus propios compañeros, contempla la incidencia de tan execrable conducta (que frecuentemente lleva a cabo el autor, sin ser consciente del daño que ocasiona, o incluso autojustificando su proceder) con diversos derechos fundamentales afectados. Se aborda la forma en que enfrentan la problemática la legislación laboral, la relativa a prevención de riesgos laborales y el Estatuto del funcionario público.

Todas consagran el inexcusable deber del empresario y de la Administración Pública, incomprensiblemente privilegiada cuando incumple, de proteger la salud e integridad física del trabajador/ funcionario. Protección extensiva a su integridad moral y dignidad como persona. El incumplimiento de esta obligación debe generar responsabilidad, legitimando la decisión extintiva de la relación laboral por parte del trabajador o su continuidad, garantizando el respeto a sus derechos.

Cuando escribía estas líneas, el BOE de 23.junio.2010 publica la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Incorpora el texto punitivo el delito específico de acoso laboral. Lo hace en el ámbito de los delitos contra la integridad moral. Castiga con pena de seis meses a dos años de prisión a “*los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial, y*

prevaliéndose de su relación de superioridad realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, suponga grave acoso contra la víctima”.

El análisis de esta infracción criminal se aborda en el último capítulo que incorpora las notas que siguen. Elaboradas con el objetivo de concienciar a todos, especialmente a empresarios y a las diversas administraciones públicas, de la realidad del acoso laboral y de sus graves consecuencias.

Tortosa, julio de 2010
Dr. J. I. Prieto Rodríguez

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad, y con ella, los Jueces cada vez son más conscientes de la existencia de “*mobbing*”, una vez abandonadas posturas predeterminadas de desconfianza hacia la víctima. Actitud que frecuentemente escondía un real desconocimiento de la problemática, de dicha enfermedad inducida por terceros y que se desarrolla en el ámbito laboral.

La comprensible pretensión de rescindir la relación laboral, la justificación de la existencia de bajas médicas reiteradas o la declaración de incapacidad para la profesión habitual, en cuyo seno acontece el hostigamiento psicológico o moral, o de incapacidad permanente total; la reclamación de daños y perjuicios a la Administración por funcionarios acosados, o la atribución de conductas delictivas -encubiertas, pero reales- a los acosadores, frecuentemente han sido comportamientos infravalorados, cuando no atribuidos a la imaginación, exageración o ánimo de lucro del perjudicado. Con frecuencia, optando por la cómoda posición de eludir responsabilidades, se catalogaba a éste de vago, mal trabajador, incumplidor, persona que pretende lucrarse sin causa o, simplemente, de histérico o enfermo mental.

Que la violencia psicológica no se exteriorice, que no sea visible, no significa que no exista.

Antes al contrario. Incluso en el ámbito jurídico penal, la consideración como delictivas de las lesiones que impliquen menoscabo a la salud psíquica o mental (art. 147 Código Penal), puede constituir delito.

Al igual que nadie duda de la real existencia de conductas de acoso sexual, o de abusos sexuales, que entrañan igualmente

notable dificultad probatoria, tampoco pueden ponerse en tela de juicio efectivos comportamientos que afectan gravemente al trabajador en el ámbito de la relación laboral. Todas estas conductas no suelen dejar huellas visibles al no ir acompañadas habitualmente de agresión física.

La dificultad probatoria no entierra la existencia de presión laboral tendenciosa, tendente a la autoeliminación de un trabajador.

El legislador, como es sabido, va por detrás de la realidad social. Desde hace años se reclama por víctimas y asociaciones, una más y adecuada tutela en todos los ámbitos jurídicos frente al “*mobbing*”.

Éste, el acoso psicológico laboral, consiste en cualquier manifestación de una conducta abusiva, comprendiendo especialmente los comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que atentan contra la personalidad, la dignidad o la integridad psíquica o física de un individuo, o que pueden poner en peligro su empleo, o degradar el clima de trabajo.

Se identifica con “*un continuo y deliberado maltrato verbal y modal que recibe un trabajador por parte de otro u otros, que se comportan con él cruelmente con vistas a lograr su aniquilación o destrucción psicológica y a obtener su salida de la organización a través de diferentes procedimientos*”¹.

El Grupo de Estudio de Violencia en el Trabajo de la Comisión Europea definió el *mobbing* cómo “*el comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores o inferiores jerárquicos a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío*”.

El denominado acoso moral -reza la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso 537/2007, de 31 de mayo- y *en concreto en la particular práctica que se denomina en términos anglosajones “mobbing”,*

¹ “*Violencia en el entorno laboral*”. Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, curso dirigido por el psicólogo Piñuel y Zabala.

ha sido definida por los expertos como una situación en la que se ejerce una violencia psicológica, de forma sistemática y recurrente y durante un tiempo prolongado sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo. En concreto se denomina a esta práctica "bossing" (palabra que proviene de "boss" -patrón o jefe-), cuando tales prácticas no se desarrollan entre iguales sino que la víctima ocupa una posición de inferioridad, ya sea jerárquica o de hecho, respecto del agresor. En concreto, se ha afirmado que una de las prácticas de "bossing" consiste en la "política de empresa" de persecución o acoso respecto de un trabajador o trabajadores por motivos de reorganización, de reducción de personal, etc., o con el simple objetivo de eliminar trabajadores incómodos. Recientemente el término ha sido descrito por un grupo de expertos de la Unión Europea como "un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado/a es objeto de acosos y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío".

Junto con el acoso vertical, en consecuencia, cabe considerar el no menos frecuente acoso psicológico horizontal, entre iguales. Se trata de una práctica de persecución o acoso de un trabajador (o funcionario público) que proviene de sus propios compañeros, quienes pueden hallarse incluso en el mismo plano en la relación laboral, siendo variadísimas las formas de exteriorización, que van desde el intento de ridiculizar a la persona en público o ante el resto de trabajadores; el propósito de minar su reputación o credibilidad profesional; la encomienda de tareas de excesiva dificultad, desproporcionadas, ajenas a su función o más onerosas que las de sus compañeros; la recriminación habitual por mal desempeño de la faena que excede de lo que es la relación profesional; el ninguneo; el rechazo para la integración grupal, entre otros ejemplos.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que modifica el Código Penal, tipifica expresamente por primera vez en nuestro derecho la conducta de acoso laboral vertical. La Exposición de Motivos la define cómo "el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de

cualquier actividad laboral o funcionarial que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad”.

El diagnóstico de “*mobbing*” debe agrupar, según la OMS, cinco características definidas:

1º.- Que no sea puntual, sino que dure por lo menos seis meses.

2º.- Que sea frecuente; que ocurra por lo menos una o más veces a la semana.

3º.- Que exista una víctima definida (es decir que no se corresponda a una situación de “*mal ambiente laboral*” generalizado en una empresa, v. gr., ante una crisis financiera).

4º.- Que la conducta de la víctima sea irrelevante a la hora de recibir el castigo u hostigamiento.

5º.- Que la víctima no muestre un trastorno afectivo o de personalidad previo con historial de conflictividad en diferentes ámbitos (familia, pareja, amistades, otros trabajos, etc...).

- La difícil prueba del acoso. La relación de causalidad.

No es labor fácil acreditar la existencia de violencia psicológica, ejercida mediante actos de auténtico maltrato, ya aislados, ya en un proceso continuo de acoso.

Como apunta **BARBADO**²:

“Además de que la violencia psicológica implica una invasión en el territorio psíquico de la víctima, por lo que no quedan huellas externas, hay que tener en cuenta que la percepción del maltrato o del acoso por los afectados se realiza en el terreno de la subjetividad. Por tanto, no sólo los autores del maltrato negarán las consecuencias negativas sino que manipularán su significado alegando que su intención ha sido “ayudar” a sus víctimas, por lo que es necesario objetivar los actos de violencia para mostrar que

² **BARBADO, PATRICIA**, “La prueba de la violencia psicológica en el ámbito laboral (Actualización y ampliación del artículo sobre “La prueba del acoso psicológico en el ámbito laboral”)”. Noticias Jurídicas. 2010.

son palpables y observables y que, por ende, existieron en la realidad tangible y no sólo en la mente de las víctimas”.

En el acoso laboral, al igual que en los supuestos de violencia de género, precisamente la falta de prueba o el temor a no conseguir las junto con la persistencia de la ira o el maltrato, se traducen en la ausencia de denuncias o reclamaciones. Con ello, la impunidad de aquellas execrables conductas es elevada.

En el acoso vertical, el hostigador suele crear un ambiente de impunidad, favorecido por la ostentación de poder. Aducirá cómo sus decisiones se ajustan a la Ley, corriendo a cargo de la víctima la ardua labor de acreditar su manejo, su deterioro por actos intencionadamente dirigidos contra ella o la aplicación de la norma en fraude de Ley.

La carga de la prueba (“*onus probandi*”) en el proceso penal, regido por el principio de presunción de inocencia, recae sobre el perjudicado. La condena por un delito, hasta la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, no tipificado específicamente, resulta incompatible con la duda.

La prueba debe abarcar el daño, la relación de causalidad entre la conducta desplegada por el sujeto activo y el menoscabo psíquico, y en ocasiones físico, sufrido por el sujeto pasivo (imputación objetiva). Debe acreditarse, exteriorizando la conducta del agresor, la concurrencia del elemento subjetivo de todo ilícito criminal: el propósito del acosador de menoscabar la integridad moral del trabajador, su salud psíquica o/ física, el propósito de perseguir su autoexpulsión del ámbito laboral en el que se desarrolla la conducta.

No cabe acudir en este ámbito, como puede hacerse en los dos anteriores (laboral/ funcional y administrativo) al criterio “*favor probationis*”, aplicable en aquellos supuestos de difícil prueba en beneficio del más débil. La desigualdad de medios perjudica a la víctima de “*mobbing*”.

En el ámbito laboral, la diferencia de medios entre el jefe/acosador y el trabajador/acosado es evidente.

En el ámbito administrativo cabe defender, ante la acreditación del daño sufrido por el empleado público, la existencia de responsabilidad objetiva, arrastrando como una de sus consecuencias la de inversión de la carga de la prueba. Habrá que acreditar la relación de causalidad entre el daño sufrido y la inactividad de la Administración.

Ante la realidad de la lesión, cabe defender la inversión de la carga de la prueba tanto en el proceso civil, cómo en el contencioso-administrativo y en el laboral (art. 96 de la Ley de Procedimiento laboral). Así lo estableció, ante indicios fundados de discriminación, la Ley 62/2003, de 30.diciembre. Medidas fiscales, Administrativas y del Orden social., que en su sección 3ª (*“Medidas en materia de igualdad de trato y de no discriminación en el trabajo”*) del Capítulo III del Título II, introdujo el art. 36, invirtiendo las tradicionales previsiones en materia de carga de la prueba.³

Especialmente en los ámbitos laboral y administrativo, el órgano judicial *“deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”* (art. 217.6º Ley Enjuiciamiento Civil). Se establece el criterio que debe seguir el Juzgador en caso de que algún elemento quede carente de prueba, advirtiendo que aquél valorará la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes en el litigio. No hay auténtica igualdad cuando comparecen ante la Justicia un contendiente poderoso, bien provisto de medios de

³ “En aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones que sustenten sus respectivas pretensiones.

Cierta línea jurisprudencial ha establecido que cuando indiciariamente se acredita la extinción de un contrato de trabajo para enmascarar una lesión de derechos fundamentales a través de un proceso de acoso psicológico, puede invertirse el “*onus probandi*” (Sentencia TSJ Andalucía, de 19.diciembre.2002).

Ante el daño sufrido por el trabajador/funcionario corresponderá a la empresa/Administración la carga de acreditar que sus decisiones o comportamientos fueron ajenos al daño causado al derecho fundamental a la vida, salud y la integridad moral del trabajador, y que adoptó las medidas oportunas para evitarlo.

En cuanto a **medios de prueba**, podrá acudirse especialmente:

- Al **interrogatorio** del afectado. Su firmeza, la persistencia en la atribución de conductas. Deberá valorarse cómo frecuentemente el acosado no es consciente de la conducta que, en su perjuicio, desarrolla el acosador o grupo acosador.

- Respecto a la **prueba testifical**, son evidentes las dificultades para acreditar con base en ella la realidad del acoso. En el caso de acoso laboral vertical, el compañero de trabajo acusará falta de solidaridad, procurará eludir pronunciamientos sobre extremos que puedan hacer peligrar su propia estabilidad laboral, sus relaciones con la empresa.

No obstante, la existencia de voces o de insultos; los gestos de desprecio; el cambio discriminatorio de puesto de trabajo; la orden de permanecer inactivo durante el horario laboral “*por ser un inútil*”; el trato ofensivo o el calificativo de incompetente o inútil; el propio silencio humillante; la asignación de un espacio físico indecoroso para el trabajo... son extremos que cualquier testigo, con la obligación de decir verdad, observa y no tendrá más remedio que reconocer. La relación de subordinación laboral no constituye una suerte de dispensa del deber de declarar y decir verdad.

Menos resultados arrojará previsiblemente la prueba testifical en el caso de acoso horizontal. Ahora el silencio del grupo, la exclusión del acosado, dificultarán sobremanera la obtención de un resultado positivo.

* La confesión del acosador, reconociendo la realización de conductas típicas del hostigamiento psicológico, arrojará una base indiciaria esencial, aun negando la existencia de daño en la integridad psíquica o física del afectado. Intentará justificar su comportamiento recurriendo a criterios de eficiencia, de bajo rendimiento o carácter problemático del acosado.

- La **prueba documental** avalará igualmente con frecuencia las órdenes dadas, de contenido discriminatorio; la condición excluyente de uso de medios de la empresa; el rechazo infundado y sistemático de solicitudes de permisos, licencias... a los que se tenga derecho; el cambio caprichoso de destino; la adjudicación caprichosa y perjudicial de puestos laborales, o, en el ámbito educativo, de elección de materias o de grupos de alumnos; el perjuicio en la asignación de horarios, etc...

Especial valor revestirán las actas de la Inspección de Trabajo.

Un diario o las memorias de la víctima detallando los acontecimientos, describiendo las conductas a medida que acontecen, podrá constituir igualmente un elemento probatorio significativo y útil para comprobar la evolución hacia la patología provocada en el trabajador/funcionario afectado.

- La **prueba pericial médica, psicológica o psiquiátrica**, devendrán esenciales. Imprescindibles para acreditar la enfermedad sufrida; la causa real de bajas laborales intermitentes y, posteriormente, indefinidas; el tratamiento farmacológico; las alteraciones somáticas cuando concurren, las secuelas... Resulta básica para acreditar la relación causal entre los actos de hostigamiento y el perjuicio/ daño corporal (físico y psíquico) sufrido por el damnificado.

La pericia deberá deslindar entre las predisposiciones constitucionales del afectado en orden a somatizar o interiorizar

situaciones estresantes, con alto nivel de ansiedad, de las consecuencias directas del acoso psicológico o moral padecido.

La prueba del daño moral descansará sobre las pautas ya establecidas jurisprudencialmente.⁴

II. ACOSO LABORAL **Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

La conducta de persecución psicológica en que consiste el acoso es pluriofensiva, afecta sin duda a varios derechos fundamentales

- **A la vida, a la integridad física, a la garantía de protección de la seguridad y salud laboral.**

- **A la integridad física y moral, con prohibición de tratos inhumanos o degradantes.**

“...El derecho a la integridad física y moral constituye un derecho erga omnes, que puede ser, por ello, vulnerado tanto por los poderes públicos como por los particulares. Del mismo modo, no reviste duda alguna que los derechos fundamentales operan en el ámbito de las relaciones laborales (por todas, STC 80/2001, de 26 de marzo [RTC 2001, 80] , F. 3, con cita de la STC 88/1985, de 19 de julio [RTC 1985, 88] , F. 2), aunque resulten modalizados por el contrato de trabajo, según hemos recordado con reiteración (entre otras muchas, SSTC 80/2001, de 26 de marzo, F. 3; 20/2002, de 28 de enero [RTC 2002, 20] , F. 4; 213/2002, de 11 de noviembre [RTC 2002, 213] , F. 7; y 126/2003, de 30 de

⁴ “El daño moral como concepto de indemnización al amparo del art. 1106 del Código Civil ha sido reconocido por la jurisprudencia, inicialmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y posteriormente en el contractual, a la vez que se iba ampliando una visión rigurosa, mantenida anteriormente que limitaba su aplicación al “pretium doloris”. A esta evolución jurisprudencial se refiere la St. TS de 31.mayo.2000, que citando la doctrina mantenida en resoluciones anteriores, mantiene que la situación básica para que se pueda apreciar un daño moral indemnizable, es el sufrimiento psíquico y, si bien niega una aplicación generalizada, incluye dentro de este concepto, las aflicciones o perturbaciones de diverso tipo, como consecuencia de la tensión creada y de la incertidumbre causada por la situación provocada. Como resume el TS en sentencia de 28.marzo.2005, “el daño moral afecta a intereses espirituales del ser humano y se concreta en la perturbación en el ámbito personal del sujeto aunque no incida en intereses económicos. (Sentencia TS. Sala de lo Civil, de 19.diciembre.1986).

junio [RTC 2003, 126] , F. 7). *Tampoco es cuestionable que las lesiones de derechos fundamentales de los trabajadores pueden producirse como consecuencia de actuaciones no sólo del empresario o de quienes ejercen los poderes del empresario en la empresa, en particular de los superiores y mandos jerárquicos, sino también de los restantes trabajadores (así ha sido apreciado, por ejemplo, en materia de libertades de información y expresión, en la STC 126/1990, de 5 de julio [RTC 1990, 126] , F. 4 o, en relación con los supuestos de acoso sexual, en la STC 224/1999, de 13 de diciembre [RTC 1999, 224] , F. 3).* (Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia. 74/2007 de 16 abril. RTC\2007\74

Para la apreciación de tratos inhumanos o degradantes es necesario que “*éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad, o provoquen una obligación o sensación de envilecimiento, que alcance un nivel determinado*”. (STC 65/1986, 89/1987, con cita de doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

- A la dignidad de la persona en el trabajo.

Constituye el “*minimum*” exigible en todo estatuto jurídico. Debe asegurarse.

La anulación del valor como persona, el ataque sistemático a su estabilidad conlleva la vulneración del derecho. El acoso persigue la autodestrucción del trabajador o funcionario.

- A la no discriminación (art. 14 Constitución).

Aunque no cabe identificar acoso con discriminación, en el proceso de acoso psicológico siempre se suceden conductas descalificadoras reiteradas, que constituyen formas de segregación o aislamiento hostil. Actos de exclusión de la persona en el ámbito laboral, actitudes peyorativas sobre el trato que recibirá en el ámbito laboral. En principio, concurre discriminación cuando media una diferencia de trato, carente de justificación objetiva.

La separación, la diferenciación o la diversidad en el trato injustificados constituyen una forma de violencia laboral, un ataque lesivo por cuanto el perturbado es sometido a un tratamiento desigual o diverso, de forma perjudicial.

- **Al honor y a la intimidad personal (art. 18 Constitución).**

Bienes claramente afectados por el ataque que encierra el acoso laboral.

Se afecta a la reputación de la persona; a la forma en que es vista por los demás, a su propia autoconsideración.

El derecho al honor es inherente a la dignidad humana. Resultará frecuentemente menoscabado cuando se es insultado o vilipendiado.

Dispone el art. 12 Declaración Universal Derechos Humanos:

"Nadie será objeto de injerencias... ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra tales injerencias o ataques".⁵

La salud (art. 43 Constitución), la seguridad jurídica (art. 9 Constitución), o el derecho a la promoción a través del trabajo, con remuneración suficiente para satisfacer las necesidades propias y de la familia (art. 35 Constitución) resultarán también perturbados por la conducta de acoso laboral.

⁵ *"El derecho al honor es esencialmente un derecho derivado de la dignidad humana a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, reconocido como derecho fundamental en el art. 18 de la Constitución, y cuya negación o desconocimiento se produce, básicamente, a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida respecto a determinada persona que, inexcusablemente, la haga desmerecer de su propia estimación o del público aprecio; por ello, conforme ha ido perfilándose a lo largo de constante y reiterada jurisprudencia... el ataque al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada e incluso de la familia, como en el externo o ámbito social y, por tanto, profesional, en el que cada persona desarrolla su actividad, al no haber que olvidar que el respeto al derecho a la debida consideración social se integra en un doble aspecto: en cuanto afecta a la propia estimación que la persona hace de sí misma, y por la trascendencia, que se basa en el reconocimiento que los demás hacen de la propia dignidad.... Así, por tanto, el honor, derecho de la personalidad que suele clasificarse dentro de los de proyección social, se manifiesta o como honra, especie de patrimonio moral de la persona, consistente en aquellas condiciones que ésta considera expresión concreta de su propia estimación, o, en un sentido objetivo, como reputación, esto es, la opinión o estima que de la persona tienen los demás, conceptuando el art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como intromisión ilegítima en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de la Ley, la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona, cuando la difame o la haga desmerecer de la consideración ajena.El derecho al honor comprende la buena reputación de una persona protegiéndola frente a expresiones que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean afrentosas (SSTC 107/1998, 171/1990, 223/1992, 139/1995 y 3/1997).*

El Tribunal constitucional alzaprima la relevancia constitucional de las obligaciones preventivas de la empresa para proteger al trabajador de riesgos psicosociales previsibles. La STC 62/2007 indica cómo de las relaciones de trabajo *“nacen una serie de derechos y deberes de protección y prevención, legalmente contemplados, que reclaman una lectura a la luz de la Constitución... toda vez que ...reconoce derechos fundamentales como la vida y la integridad física (art. 15), ... el derecho a la salud (art. 43), y ordena a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2)”*.

Destaca la vulneración de alguno de estos derechos, la STSJ Castilla-La Mancha 10239/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2), de 27 octubre:

*“El acoso moral sufrido del que el recurrente se queja constituye sin duda un tipo de violencia psicológica en el entorno laboral. Si buscamos en el D.R.A.E. de la Lengua... nos ofrece una definición de acoso moral o psicológico en los términos siguientes: **"Práctica ejercida en las relaciones personales, especialmente en el ámbito laboral, consistente en un trato vejatorio y descalificador hacia una persona, con el fin de desestabilizarla psíquicamente"**. El acoso moral supone la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de ella provocando su autoexclusión. Desde esta perspectiva el acoso constituye una vulneración de la integridad moral y del derecho fundamental a la intimidad y dignidad personal ... Otra definición que merece atención es la que se recoge en la Directiva de la Unión Europea 2000/78/2000, de 27 de noviembre , relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación cuyo art. 20, apdo. 3 establece que el acoso constituirá **discriminación** cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con la religión o convicción, una discapacidad, la edad o la orientación sexual, que tenga como*

objetivo o consecuencia atentar contra la **dignidad de la persona**, crear un entorno intimidatorio, hostil degradante, humillante u ofensivo... Lo que destaca de esta última definición es la remisión a un supuesto de discriminación y a su régimen jurídico.

(...) **el acoso moral o mobbing es definido en el ámbito del trabajo como situaciones de hostigamiento a un trabajador, frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada, y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral.** El acoso se produce a través de muy variados mecanismo de hostigamiento con ataques a la víctima por medio de la implantación de medidas organizativas -no asignar tareas, asignar tareas imposibles de cumplir, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, etc.- medidas de aislamiento social -impedir las relaciones con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc.-, medidas de ataque personal a la víctima -críticas hirientes, vejaciones, burlas, subestimaciones, etc.-, medidas de violencia física y agresiones verbales -insultos, amenazas, rumores, etc.-. **El acoso es la situación de violencia psicológica extrema que una persona ejerce sobre otra de manera prolongada en el centro de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente la persona acabe abandonando el lugar de trabajo** En primer lugar el fin perseguido con el hostigamiento de autoexclusión y abandono del puesto de trabajo o de crear una conciencia de inutilidad con el mismo fin; en segundo lugar la discriminación a la que se somete al acosado imponiéndole condiciones adversas por motivos de conciencia, convicción, edad, sexo, discapacidad...**como represalia al no someterse a los dictados de quien tiene el mando o una relación de superioridad”**.

***...."El acoso moral supone la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo, tratando de destruir su comunicación con los demás y atacando su dignidad con el fin de conseguir que, perturbada su vida laboral, se aleje de ella provocando su autoexclusión... El acoso conlleva un grave atentado a la integridad moral de las personas que se ven sometidas a tratos degradantes que impiden el libre desarrollo de su personalidad. Desde esta perspectiva el acoso constituye una vulneración de la integridad moral y del derecho fundamental a la intimidad y dignidad personal que protegen los artículos 15 y 18 de la**

Constitución Española (STSJ Castilla y León, Burgos, 162/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección I), de 3 abril.

* *Obviamente, el bien jurídico que se protege frente a la figura del «mobbing» es precisamente la dignidad e integridad moral del trabajador al que se ha ocasionado un daño psíquico o físico. Una situación de acoso que someta al trabajador a un trato degradante, conculcando el derecho a la integridad moral e interdicción de tratos degradantes que protege el artículo 15 de la Constitución Española, así como el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores (ET)». (Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Social, Sección Primera. Sentencia 4.417/2006, de 21 de junio. AS 2007\40).*

La tutela de estos derechos fundamentales debe articularse mediante un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Y en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 Constitución).

Entre otros cauces, cabe acudir a la protección dispensada por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, a la Propia Imagen.

En el orden contencioso – administrativo, es viable el procedimiento especial previsto en el Título V, Capítulo I de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa - Administrativa (“*Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona*” (arts. 114 á 122). Admite la denuncia por vulneración de derechos fundamentales por inactividad de la Administración (art. 115 de la Ley de Jurisdicción Contenciosa - Administrativa).

En el orden laboral, es posible accionar al amparo del procedimiento especial previsto en el Capítulo XI del Título II del Libro II, refiriéndose específicamente el art. 181 a la “*prohibición del tratamiento discriminatorio y (al) acoso*”.

La Sentencia 250/2007, de 17 diciembre, del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), declara la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de demanda por vulneración de

derechos fundamentales ante el acoso sexual, aunque figure como demandado otro trabajador de la empresa.⁶

⁶ “La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 18 de septiembre de 200 , que revocó la Sentencia de instancia por la que se reconoció que el acoso sexual del que había sido objeto la actora en su trabajo constituía una discriminación por razón de sexo, resultando condenados, tanto el trabajador demandado (superior jerárquico de la actora), como las empresas que habían sido codemandadas junto a él. La Sentencia recaída en suplicación decidió la revocación de esa resolución, ya que, de un lado, apreció la incompetencia del orden social para conocer de la acción ejercida frente al trabajador en tanto que entre él y la actora no mediaba relación laboral y, de otro lado, acordó la absolución de las empresas condenadas porque, al no haber tenido conocimiento de la existencia del acoso, no podía imputárseles responsabilidad alguna por no haber adoptado las medidas oportunas para evitarlo. También se recurre en la demanda de amparo el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 2003, que inadmitió a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado contra esa resolución judicial.

Centrando ahora nuestro análisis en la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, la demandante de amparo le imputa la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por haber declarado la incompetencia de jurisdicción del orden social para conocer de la acción dirigida frente al trabajador que realizó el acoso. Dado que en este caso se impetra el derecho a la tutela judicial efectiva para la defensa de derechos sustantivos fundamentales (a saber, el derecho a la no discriminación por razón de sexo en el trabajo, y a la protección de la integridad e intimidad personal, reconocidos, respectivamente, en los arts. 14, 15 y 18.1 CE , el canon de constitucionalidad a aplicar es reforzado (por todas, SSTC 74/2007, de 16 de abril [RTC 2007, 74] , F. 3, y 202/2007, de 24 de septiembre [RTC 2007, 202] , F. 3). Ciertamente nuestro enjuiciamiento no se puede limitar a examinar si la aplicación e interpretación de las normas de competencia que ha llevado a cabo el órgano judicial es o no manifiestamente irrazonable y arbitraria, pues, tratándose de la protección jurisdiccional de derechos fundamentales, el control del pronunciamiento judicial, que ha denegado una resolución sobre el fondo de la acción ejercitada contra el sujeto activo del acoso sexual, requiere un mayor rigor. Conforme hemos reiterado en precedentes ocasiones, las decisiones judiciales como la que aquí se recurren están especialmente cualificadas en función del derecho material sobre el que recaen, sin que a este Tribunal, garante último de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo, pueda resultarle indiferente aquella cualificación cuando se impugnan ante él este tipo de resoluciones, pues no sólo se encuentra en juego el derecho a la tutela judicial efectiva, sino que puede producirse un efecto derivado o reflejo sobre la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostenía la pretensión ante el órgano judicial (por todas, SSTC 112/2004, de 12 de julio [RTC 2004, 112] , F. 4; y 196/2005, de 18 de julio [RTC 2005, 196] , F. 3).

en el caso de autos la Sala apreció la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la acción dirigida contra el Sr. M. (sujeto activo del acoso sexual), por ser una cuestión litigiosa que se suscitaba entre dos trabajadores.

“...la decisión judicial ... supone una interpretación indebidamente restrictiva de los arts. 2 y 181 LPL , que priva a la recurrente de la adecuada tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales si éstos resultan lesionados en el ámbito laboral. Ciertamente, a la vista del relato fáctico, no es razonable desvincular la acción ejercitada del orden social sobre la base de que el comportamiento acosador del trabajador demandado era «una actuación personal y ajena a la relación laboral». Tal aseveración no encuentra sustento en el relato fáctico, ya que resultó acreditado que el demandado era supervisor del restaurante del buque en el que la recurrente trabajaba como camarera e inmediato superior jerárquico suyo, y que el acoso sexual, cuya realidad quedó probada en la instancia, se produjo en conexión directa con la relación laboral, al llevarse a cabo, en primer

III.- PROTECCIÓN DEL TRABAJADOR

Uno de los derechos básicos del trabajador se identifica con el desempeño de su labor en condiciones en las que aparezca debidamente tutelada su integridad física, y su seguridad; el respeto a su intimidad y su dignidad. El incumplimiento del deber empresarial de garantizar la prestación del trabajo en tales circunstancias generara responsabilidad o corresponsabilidad en caso de trabajadores autores del acoso.

La obligación comprende la adopción de las cautelas precisas para evitar no sólo el acoso laboral jerárquico o vertical, sino también el llevado a cabo por los propios compañeros (*mobbing* horizontal). En este último caso, se reclamará que el empresario lógicamente tenga o pueda haber tenido conocimiento de las conductas atentatorias contra la dignidad del trabajador.

El deber de respeto a la dignidad y de velar por la salud (física y psíquica) del trabajador implica el respeto y observancia de sus derechos fundamentales, y los demás predicables en la relación laboral, cuya negación sistemática constituirá indicio del desarrollo de conductas de hostigamiento.

lugar, con ocasión de la prestación del trabajo de la actora y del ejercicio por el demandado de las funciones inherentes a su cargo y, en segundo lugar, en el centro de trabajo donde uno y otro coincidían en la realización de sus respectivos cometidos. Estando acreditado, además, que el demandado había utilizado su superior posición laboral como chantaje sexual, en tanto en cuanto condicionó la permanencia de la recurrente en su puesto de trabajo o las posibilidades de progreso laboral a la aceptación de sus requerimientos sexuales. En definitiva, no cabe duda de que la recurrente planteó una controversia atribuible a la jurisdicción social y que, al no haberlo apreciado así, la Sala realizó una interpretación del orden material de competencias entre los distintos órdenes jurisdiccionales desconociendo el derecho de la actora a la utilización del cauce procesal predeterminado por la Ley para recabar la tutela de los derechos fundamentales que se le habían quebrantado en el ámbito de su relación laboral.

Por otro lado tampoco cabe calificar de razonable la interpretación judicial de la legalidad, al circunscribir el proceso especial previsto en los arts. 175 y ss. LPL a aquellos casos en los que las lesiones constitucionales han sido provocadas única y exclusivamente por el empresario, pues tal interpretación limitaría injustificadamente la defensa de los derechos fundamentales del trabajador en el ámbito laboral, aparte de no encontrar soporte en lo dispuesto en el art. 180 LPL, que, al referirse al contenido de la sentencia dictada en tales procesos especiales, hace referencia a la sanción de las conductas lesivas que provienen tanto del empresario como de cualquier otra persona”.

Especialmente son exigibles en la relación laboral el derecho a la no discriminación en las relaciones laborales (art. 4.2 c) y 17 del Estatuto de Trabajadores⁷); a una adecuada política de seguridad e higiene (art. 4.2 d) y 19 del Estatuto de los Trabajadores), protección que tiene que ser eficaz, no bastando con la observancia de las medidas legales y reglamentarias en materia de seguridad e higiene.

- *“Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”* (art. 4.2º e) y 17 Estatuto de los Trabajadores⁸).

El incumplimiento de tales deberes en el ámbito laboral, insistimos que tanto por el superior jerárquico como por los propios compañeros, junto a la falta de adopción de las medidas oportunas, generará responsabilidad. Derivará de la infracción de los deberes de prevención previstos en la legislación laboral o mediante la aplicación del art. 1.903 del Código Civil, por la existencia de culpa *in vigilando* o *in eligendo*, así como sobre su posibilidad de declaración a través del procedimiento de tutela de derechos.

El incumplimiento de las condiciones o garantías mínimas laborales facultará además al trabajador a rescindir el contrato de

⁷ *“1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español.*

Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”....

⁸ *“Serán igualmente nulas las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”* (art.17. 1, pº. 2, Estatuto de los Trabajadores).

trabajo. Con derecho a la indemnización prevista para el despido improcedente (art. 50.2º Estatuto de los Trabajadores). La acción podrá ejercitarse en cualquier momento, corriendo el plazo de prescripción desde el cese del hostigamiento. El trabajador estará capacitado para accionar y para dejar de acudir al centro de trabajo cuando ello sea preciso para la protección de los derechos afectados.

Ya hemos aludido igualmente a la viabilidad de acudir al procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, que se traducirá en el reconocimiento de la vulneración denunciada, la declaración de nulidad de la conducta del empleador, incluyendo el pago de la indemnización procedente –normalmente adicional a la derivada del despido estrictamente- (ex art. 180.1 Ley Procedimiento Laboral). La correcta composición subjetiva del proceso reclama la llamada como demandados no sólo de la empresa, sino también del trabajador acosador (STSJ Andalucía 21.abril.2009).

Igualmente, es posible imponer el recargo de prestaciones cuando el acoso viene acompañado de la situación de incapacidad por contingencias profesionales. Así lo reconoce la Jurisprudencia y el Criterio Técnico 69/2009 de la Dirección General de la ITSS, y la Guía Explicativa y complementaria de la misma, que acogen la posibilidad de la Inspección de iniciar el procedimiento de recargo de prestaciones, cuando se contemple una infracción en materia de prevención de riesgos y conste en la actuación inspectora que la infracción empresarial ha sido la causa de la lesión sufrida por el trabajador acosado.⁹

El art. 14 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, establece un deber general de prevención de riesgos laborales del empresario, al igual que de las

⁹ NAVARRO NIETO, Federico, “Impulsos y resistencias judiciales en la tutela frente al acoso moral”. Aranzadi social 21/2010. BIB 2010\253

Administraciones Públicas con respecto al personal a su servicio. Tras reiterar el derecho del trabajador a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo y correlativo deber del empresario de protección de aquél frente a los riesgos laborales, el apdo. 2º reza: *“el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo... mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores...”*.

El art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social prevé por ello, un aumento entre el 30 y 50 % de la pensión pública, a cargo del empresario, cuando el accidente de trabajo o enfermedad profesional se haya producido, entre otros motivos, porque *“... no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo”*. El apdo. 3º establece claramente cómo esta responsabilidad es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

El art. 42.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales prevé que *“el incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento.”*

En materia de infracciones y sanciones en el orden social, el art. 8 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, describe como infracciones muy graves, entre otras, *“los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración de vida a la dignidad de los trabajadores”*; *“las decisiones unilaterales del empresario que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de la edad o discapacidad... , así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una*

acción judicial destinada a exigir el principio de igualdad de trato y no discriminación”; así como “el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito al que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquier que sea el sujeto activa de la misma”.

La Ley 62/2003, de 30 de diciembre, incorporó al precepto como infracción muy grave:

“El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, cuando se produzcan dentro del ámbito al que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”.

Es numerosa la doctrina jurisprudencial sobre los extremos abordados.

Se reconoce el deber de protección oficial frente al estrés ocasionado por la conflictividad laboral (STSJ País Vasco. Sala de lo Social. 517/2007, de 20 de febrero). Entre otras:

*** Sentencia 883/2003, de 10 febrero. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social). AS 2003\2353**

“EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR: *ejercicio de la acción: procedencia: excedencia voluntaria por acoso moral.*

La sentencia dictada en primera instancia lo fue por el Juzgado de lo Social 2 de Girona en fecha 17/9/02. Estima la demanda presentada por la trabajadora contra la empresa... declarando «extinguida... la relación laboral existente entre las partes» y condenando al empresario a abonar a la demandante, en concepto de indemnización, la cantidad de 14.401 euros, ordenando asimismo librar testimonio de la misma con envío al Ministerio Fiscal por entender que la conducta empresarial que refiere como producida puede ser constitutiva de alguno de los delitos contra los derechos de los trabajadores del Título XV del Libro II del Código Penal. Razona la Sentencia del TSJ de Cataluña:

“ Considera el Magistrado de instancia, y al efecto de ordenar la extinción de la relación laboral en cuestión, aplicable el art.50 del ET al apreciar la

existencia de «una conducta de presión constante y denigrante tendente a que la trabajadora abandonase la empresa con coste 0 (por dimisión) y a cuyo fin resultaba indiferente la afectación psíquica de la trabajadora». Dicha conducta empresarial constante es concretada ... en los siguientes actos o comportamientos empresariales: a. intentar pasar a la trabajadora al turno nocturno pese a ser la misma la delegada de personal con mayor antigüedad en la empresa; b. imposición del «vacío» dentro de la empresa a través de advertencias a los trabajadores y mandos intermedios de que no se acercaran a la trabajadora ni le hablaran; c. aplicación de un control denigrante sobre sus ausencias al lavabo «acudiendo sus superiores a la puerta del mismo»; d. imposición de sanciones escritas de advertencia por hechos falsos; d. amonestaciones a los trabajadores de la sección a que se reincorpora la trabajadora «generándose la convicción de que era por haber sido trasladada la S^a. Ana» y cese de las mismas cuando la trabajadora deja dicha sección; y e. imputaciones de los problemas de la empresa a la trabajadora realizadas o dirigidas a sus compañeros de trabajo. Entiende por todo ello el Magistrado de instancia que la demandante «ha sido objeto de una presión laboral tendenciosa o mobbing (sic) subsumible en el art. 50.1.c del ET que legitima la demanda de extinción indemnizada del contrato de trabajo».

Frente a la “reiterada la doctrina jurisprudencial que afirma que la extinción del contrato no se produce hasta que por sentencia firme se estime que la empresa ha incurrido en causa de incumplimiento contractual teniendo la sentencia que resuelve el procedimiento en cuestión carácter constitutivo” afirma cómo “Dicho Tribunal ha remarcado, sin embargo, la existencia de situaciones excepcionales en que debe ser reconocido el **derecho del trabajador a cesar prematuramente en la prestación de los servicios**, esto es, a interrumpir éstos sin que ello pudiera permitir la extinción de la relación laboral por dimisión, abandono o ausencias injustificadas del mismo. Aparecerá así el mencionado derecho en supuestos que deben calificarse como de excepcionales y que, al hilo de la precisa concurrencia de las causas previstas en el art. 50 ET, deberá manifestarse en casos en que la continuidad en el desempeño de la actividad laboral deviene insoportable para el trabajador, dificultando extraordinariamente la convivencia laboral, en supuestos de malos tratos verbales y físicos (al respecto se ha pronunciado, por ejemplo y recientemente, la sentencia del TSJ Andalucía/Sevilla de 15/2/99) o en los que concurren circunstancias que impliquen una manifiesta ilegalidad o peligrosidad para con el trabajador, esto es, un atentado notorio a su dignidad. A este respecto la sentencia del TS de 18/9/1989 –y en similar sentido STS de 18/7/1990 –pudo señalar que «en supuestos en que el incumplimiento contractual del empresario que motiva y justifica la voluntad resolutoria del trabajador se manifiesta mediante el impago total de salarios o en términos que perjudican su dignidad,

integridad física o formación profesional o cualesquiera otros también excepcionales que generen situación insoportable, puede el mismo instar dicha resolución sin necesidad de mantenerse en su puesto de trabajo pues tal conducta empresarial justifica una suspensión o incluso interrupción de la relación laboral.

Invoca la STC 225/2002, de 9 de diciembre: «los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho, no resultarían real, concreta y efectivamente garantizados» si no se justifica la decisión del trabajador de no mantenerse en su puesto de trabajo ante la conducta empresarial de acoso.

*** Sentencia de 15 diciembre 2008. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª).** RJ\2009\1612

DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA Y MORAL: vulneración: acoso sexual de compañero de trabajo; indemnización: corresponsabilidad empresarial: desestimación por desconocimiento de los hechos.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Jerez de la Frontera estima la demanda interpuesta por la trabajadora frente a dos empresas y frente a compañero de trabajo, estableciendo indemnización por daños y perjuicios por acoso laboral, declarando la existencia de un conducta de acoso laboral o "*Mobbing*" vulneradora de derechos fundamentales de la actora por parte del compañero de trabajo, absolviendo a las empresas demandadas de los pedimentos formulados contra la misma.

Recurrida en suplicación, la Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sentencia de 29.junio.2007 estima el recurso de suplicación interpuesto por la trabajadora, en el sentido de condenar a las dos empresas codemandadas a responder solidariamente con el trabajador condenado del pago de la indemnización establecida.

La Sala de lo Social .Sección Primera del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el trabajador autor del acoso, pero estima el de las dos empresas, dejando sin efecto la responsabilidad empresarial de carácter solidario respecto a la indemnización fijada, confirmando el fallo de la instancia, que fue absolutoria:

“El tema objeto de debate consiste en determinar si hubo acoso laboral respecto de una trabajadora por parte de un compañero de trabajo y en su caso, si la empresa era responsable solidaria por tal conducta”.

(...)

“...Las empresas recurrentes insisten en que no hubo por su parte conducta ilícita que pueda servir de título de imputación de responsabilidad, dado que la empleadora no tuvo conocimiento del acoso durante la relación laboral y

cuando lo tuvo, una vez ya terminado el contrato, adoptó desde el mismo momento en que obtuvo noticia de la denuncia de la actora las correspondientes medidas para procurar que cesase la conducta acosadora.

El art. 4.2, e) del Estatuto de los Trabajadores establece el derecho del trabajador "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual", lo cual se corresponde con el correlativo deber del empresario a ejercitar sus facultades de dirección respetando esos derechos del trabajador y garantizando, en lo posible una protección eficaz en materia de seguridad e higiene. Y siendo ésto así, la responsabilidad empresarial en casos como el que nos ocupa vendrá dada por la vía de la responsabilidad contractual, pero sólo para el caso de que el empresario tenga conocimiento cabal, o al menos indicios serios que denoten su conocimiento de la situación de acoso.

Tal responsabilidad no puede basarse... en los deberes de prevención de riesgos laborales que al empresario le impone la Ley 31/95, de 8 de noviembre, pues las obligaciones empresariales establecidas en los arts. 14 y 15 de dicha ley en materia de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores con el objeto de garantizar la seguridad y salud de éstos, se refieren al propio entorno laboral en la que desarrollan su trabajo, es decir, que habrá de hacerse de manera adaptada a las peculiaridades de cada centro de trabajo, a las particularidades de las personas que prestan en él sus servicios y a la concreta actividad laboral que realicen, pero en modo alguno puede abarcar la prevención en un ámbito tan cambiante e impredecible como es el campo de las relaciones humanas entre los trabajadores que coinciden, incluso por azar, en el desempeño de su cometido laboral. Como dice en su informe el Ministerio Fiscal, "el hecho de que dos personas de distinto sexo u orientación sexual trabajen en un mismo recinto en solitario, no puede llevar a pensar en todos y cada uno de los riesgos potenciales que pudieran ocurrir, ya que entonces el empleador necesitaría sistemas de vigilancia permanentes que podrían atentar contra el derecho de intimidad de los trabajadores".

A la misma conclusión de falta de responsabilidad empresarial en estos casos llega el Tribunal Constitucional en su sentencia 74/2007, de 16 de abril (RTC 2007, 74), en un caso de acoso semejante al que nos ocupa... señalando que: "al limitar la imputación de responsabilidad por la vulneración del derecho fundamental invocado al trabajador autor de los hechos determinantes de tal vulneración y descartar la concurrencia de responsabilidad empresarial, por apreciar, conforme a los hechos probados, que no existía ningún indicio que permitiera estimar la existencia de un conocimiento o sospecha previa de tales

hechos por parte de la empresa, el órgano judicial ha resuelto la cuestión a él sometida ponderando los derechos constitucionales en juego y mediante una interpretación y aplicación razonable de la legalidad que sólo a él le corresponde realizar (art. 117 C.E)".

*** Sentencia 4479/2008, de 28 noviembre. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª).** Suplicación 3979/2008. Ponente: Sra. Rosa Mª Rodríguez Rodríguez.

EXTINCION DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DE LA TRABAJADORA: procedencia: menoscabo de la dignidad: acoso moral o «mobbing»: trato degradante y vejatorio por superiora jerárquica; daños y perjuicios: indemnización adicional: cuantía: determinación; prescripción: desestimación.

La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo, de 28.abril.2008, en reclamación de extinción de contrato laboral, desestima las excepciones de prescripción y falta de legitimación pasiva alegadas por las demandadas, y la de incompetencia de jurisdicción, declarando que la conducta de la empresa es **constitutiva de la vulneración de derechos fundamentales por vulnerar los arts. 10 y 15 de la Constitución** y declara extinguida la relación laboral que une a la demandante con dicha empresa, a la que condena solidariamente junto con otra empresa también demandada, a pagar a la actora indemnización de 12.580,98 €, así como una indemnización adicional por los daños y perjuicios sufridos de 63.900,00 €¹⁰.

¹⁰ La Sentencia del Juzgado de lo Social de Vigo declaraba probados, entre otros, los siguientes hechos:

“Quinto.- Solicita la actora la rescisión de su contrato de trabajo alegando que fue víctima de acoso laboral y solicita la rescisión de su contrato de trabajo con derecho a la indemnización correspondiente y las siguientes indemnizaciones adicionales por vulneración de derechos fundamentales: 40.000 euros por el trastorno adaptativo que motivó baja laboral, 15.000 por daño moral en su vida familiar y personal y 20.000 por lucro cesante por las comisiones no devengadas en el 2.007 por no haber podido trabajar. -Sexto.- Cuando la actora empezó a trabajar en febrero de 2.003 fue formada durante un mes aproximadamente y al principio fue acompañada por una compañera ya veterana en sus visitas a clientes. La demandante preguntó cómo se hacía una tarea y la encargada Da. Cristina le contestó si la primera vez que había follado alguien le había explicado cómo hacerlo. Continuamente le decía que no valía para nada, que nunca aprendería. -En septiembre de 2.003 la actora contrajo matrimonio y por "consejo" de la encargada sólo disfrutó 15 días de vacaciones, sin disfrutar el permiso por matrimonio porque según le comentó la encargada debía recomendar a una persona para renovar contrato y si perdía todos esos días no podría recomendarla a ella. -El día 30 de julio de 2.004 la actora sufrió un accidente de tráfico con resultado de esguince cervical, siendo dada de alta el 7 de septiembre por mejoría que le permitía realizar su trabajo, a pesar de que acudió a fisioterapia hasta el 24 de agosto de 2.005, alta que solicitó a insinuación de la encargada, acudiendo a trabajar durante un mes tras el alta con collarín y conduciendo el vehículo su esposo. -La encargada continuaba diciéndole continuamente que no paraba de equivocarse en el trabajo, que era tonta y que no sabía hacer nada y todo tenía que decirselo e incluso en una ocasión le

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28.noviembre.2008 confirma la condena, si bien reduce la indemnización fijada, rechazando el alegato de prescripción. Razona entre otros extremos:

“Como ha reiterado el Tribunal Constitucional «la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales como derechos de la persona no es óbice para que, tanto en aras de la seguridad jurídica como para asegurar la protección de los derechos ajenos, el legislador establezca plazos de prescripción determinados para las acciones utilizables frente a la vulneración concreta de uno de estos derechos [SSTC 7/1983 (RTC 1983, 7) y 13/1983 (RTC 1983, 13)]», teniendo

manifestó que le había tenido que enseñar a hacer pis y aún tenía que llevarla al cuarto de baño pero que por favor las bragas se las bajase ella misma y que menos mal que estaba buena que sino qué sería de ella y que espabilase que sólo le faltaba darle la teta, llamándole nenita. -.En septiembre de 2.005 la actora cometió un error al poner en un contrato de leasing como titular a un cliente cuando era su esposa, lo que motivó que se facturase al cliente y no a su esposa. El cliente acudió a protestar y, delante de él, la encargada insultó y humilló a la demandante llamándole inútil hasta el punto de que dejó impresionado al cliente que, una vez resuelto el problema y cuando la actora le visitó para comunicárselo, le dijo a ésta que cómo aguantaba dicha situación. -.Del 2 de noviembre al 30 de diciembre de 2.005 la empresa de la actora contrató a su esposo como administrativo para colocar el archivo y durante esos meses la encargada no tuvo incidente alguno con la trabajadora pero le comentó a su esposo que la actora debía tener algún problema neuronal porque era muy desorganizada y que un día iba a tener que darle unas hostias. -.En varias ocasiones la encargada llamó por teléfono a la madre de la actora diciéndole que ésta debía tener algún problema en el cerebro y que la llevase al médico. -.Por un encargo no realizado por la actora el día 6 de julio de 2.006, la encargada la reprendió a voces, con insultos y expresiones soeces hasta el punto de que días después dos compañeras de trabajo acudieron a ver a la encargada para decirle que se había excedido en su reprimenda. -.Toda esta situación hacía que la actora pasase muchos fines de semana llorando, sin salir de casa y con problemas conyugales con su esposo. -.Séptimo.- La demandante permaneció en situación de incapacidad temporal con diagnóstico de depresión neurótica del 10 de julio de 2.006 al 26 de diciembre de 2.007, cuadro manifestado inicialmente con ansiedad, depresión e irritabilidad instaurado a raíz de estrés en ámbito laboral por considerar que era desacreditada tanto profesional como personalmente. Fue tratada con sesiones semanales hasta el 12 de marzo de 2.007 y consta una última consulta médica el 28 de marzo de 2.007, si bien los problemas conyugales generados por la situación laboral de la actora hacen que ella y su esposo sigan acudiendo a terapia matrimonial. -.Octavo.- En fecha 11 de junio de 2.007 la empresa le retiró a la actora el vehículo que le había facilitado para su trabajo y que le permitía utilizar cuando no trabajaba: vacaciones, permisos, bajas, etc. -.Noveno.- A una compañera de trabajo de la actora que estuvo de baja por un aborto, al reincorporarse a la empresa la encargada le dijo si ya estaba lista para follar. -.Décimo.- La demandante presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo y seguridad Social el día 27 de julio de 2.007, emitiendo ésta informe el día 21 de febrero de 2008 y propuso dos sanciones a la empresa S...: una por cesión ilegal de trabajadores respecto a K. y otra por acoso laboral a la demandante, sanciones que la empresa está recurriendo y por tanto no son firmes. (..)Decimotercero.- Tras iniciar el presente procedimiento y reincorporada la actora, la empresa la colocó en una mesa sin ordenador ni teléfono, si bien éste lo había en una mesa anexa donde había otro empleado. Y tardó un mes en facilitarle vehículo, algo habitual cuando se entregan a los empleados vehículos nuevos. Y se le asignaron 6 clientes cuando el resto de compañeras tenían de 25 a 38”.

siempre en cuenta que dicha prescripción «en modo alguno puede extinguir el derecho fundamental de que se trate, que el ciudadano podrá continuar ejerciendo y que podrá hacer valer en relación con cualquier otra lesión futura, sino que significará tan solo que ha transcurrido el plazo dentro del cual el ordenamiento le permite reclamar jurisdiccionalmente ante una presunta y determinada violación» [STC 7/1989 (RTC 1989, 7)].

*En el supuesto de autos entendemos que la acción no esta prescrita no porque el plazo se inicie cuando finaliza la situación de incapacidad temporal, sino porque estamos ante un supuesto de **hecho continuado** y el último denunciado es el ocurrido el 11-6-07 cuando la empresa le retira el vehículo que le había facilitado para su trabajo y que le permitía utilizar durante la vacaciones, bajas o permisos, porque si bien como elemento aislado carecería de gravedad, supone una manifestación más de una conducta reiterada ya manifestada con anterioridad, de **una sucesión continuada de actos** que deben ser calificados en su conjunto y que por ello permiten el ejercicio de la acción de rescisión, no prescrita a la fecha de la presentación de la demanda y conciliación.*

(...)

Otra de las denuncias es la infracción del art. 50.1 a) y 4.2 e) del Estatuto de los Trabajadores y 15 de la Constitución, por entender que son conductas aisladas y no constitutivas del acoso laboral.

Definimos el acoso laboral en el ámbito del trabajo... como situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada, y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad y en ocasiones consiguen el abandono del trabajador del empleo, al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido.

El acoso se manifiesta a través de muy variados mecanismos de hostigamiento con ataques a la víctima por medio de la implantación de medidas organizativas -no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, etc.- medidas de aislamiento social -impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc.-, medidas de ataque a la persona de la víctima -críticas hirientes, vejaciones, burlas, subestimaciones, etc.-, medidas de violencia física, agresiones verbales -insultos, amenazas, rumores sobre la víctima, etc.

Pero de todas formas se impone distinguir entre lo que propiamente es hostigamiento psicológico con el defectuoso ejercicio -abusivo o arbitrario- de las facultades empresariales. En el primero se agreden derechos fundamentales de la persona - básicamente su dignidad e integridad moral-, en tanto que el segundo se limita a comprometer estrictos derechos laborales; diferencia que

incluso puede predicarse de la motivación, dado que en el hostigamiento se aprecia intención de perjudicar al trabajador y en el ejercicio indebido de la actividad directiva prima el interés -mal entendido- empresarial. (St. TSJ Galicia de 12-9-2002).

Pero también ejercicio arbitrario del poder empresarial y acoso moral se diferencian por el perjuicio causado. En el primer caso pueden verse afectados los derechos laborales sobre lugar, tiempo, modo y contraprestación por el trabajo, en el segundo su integridad psíquica, su salud mental.

Esta diferencia exige por tanto la práctica de medios de prueba distintos y así quien invoque padecer acoso moral no basta con que acredite posibles arbitrariedades empresariales ejerciendo su poder directivo, sino que es preciso demuestre: «Que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso o en su caso como sujeto tolerante del mismo era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido. Y que se le han causado unos daños psíquicos, lo que exige la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología...».

(...)

Examinados los hechos probados, entendemos que existen datos suficientes para que prospere la acción ejercitada y por lo mismo la confirmación de la sentencia de instancia. Así, los daños psíquicos se han acreditado a través del informe médico emitido por especialista en psiquiatría, y que se recoge... que diagnostica como depresión neurótica, y la sintomatología de la demandante como un cuadro de ansiedad, depresión e irritabilidad instaurado a raíz de estrés en el ámbito laboral.

Por otro lado la integridad moral ha sido atacada de modo reiterado y de forma sistemática y recurrente a través de los comentarios de la Sra. C. que no sólo la insultó en alguna ocasión llamándole tonta e inútil, sino que además duda de sus capacidades o las pone en entredicho al afirmar que no sabía hacer nada, que no paraba de equivocarse o que "aun tenía que llevarla al cuarto de baño".

Desde otro aspecto y como recoge la sentencia de instancia no es una conducta aislada sino reiterada y sistemática, y es evidente que se trata de manifestaciones caprichosas y no justificadas que provocan en la demandante no sólo un malestar innecesario en su trabajo, sino que le impide desarrollarlo correctamente, al menoscabar su dignidad profesional y personal. Por último es evidente que los comentarios hacia su trabajo en presencia de terceros perjudican su reputación personal y laboral lo que desemboca en que en que la demandante abandone su trabajo por motivos psiquiátricos con su baja por IT y por último demande la rescisión de la relación laboral con el ejercicio de esta acción y, es por ello que entendemos que la conducta de la demandada es constitutiva de acoso laboral al ser denigrante y vejatoria para aquella y que

justifica la extinción del contrato conforme al art. 50.c) del Estatuto de los Trabajadores”.

IV. LA PROTECCIÓN DEL FUNCIONARIO PÚBLICO. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

Como no podía ser menos, el art. 14.3º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece cómo el deber de protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo “*constituye... un deber de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio*”.

Las Administraciones Públicas quedan sujetas, al igual que las empresas privadas, a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, obligadas a su cumplimiento. En los supuestos de infracción o incumplimiento, la víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional podrá reclamar contra su empleador los daños y perjuicios sufridos.

En estos casos, el funcionamiento anormal del servicio público “*rebasa los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social*”. Así lo entienden las Sts. de la Sala 3ª del TS. de 16.12.1997, 28.1.1999, 10.10.2000, 14.2.2006, entre otras.

La Administración -ya central, autonómica o municipal- titular del servicio ha de velar por el buen funcionamiento no sólo de los medios materiales, sino también humanos. Si no lo hace, causando un daño, incurrirá en culpa *in vigilando* o *in eligendo*, título suficiente para imputar la responsabilidad.

Debe acreditarse claramente la vinculación entre la imputación del daño a la Administración y la culpa o negligencia de ésta en la infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Precisamente es en el ámbito de los funcionarios públicos y del personal laboral contratado de las Administraciones Públicas, en cualquiera de sus niveles, donde es más frecuente el “*mobbing*”. Particularmente, los trabajadores de la enseñanza primaria, media o universitaria, informáticos, auditores, los trabajadores de la salud, cuidadores de guardería y escuelas infantiles, personal de escuela y turismo, personal de bancos e instituciones financieras, miembros de organizaciones denominadas ideológicas... El acoso laboral es directamente proporcional a la estabilidad en el puesto de trabajo, convirtiéndose así la Administración Pública en un caldo de cultivo apropiado para el desarrollo de las conductas que dan lugar a aquél.

La responsabilidad de la Administración descansará en la falta de adopción de las medidas necesarias, de forma efectiva, y en ocasiones con carácter inmediato. En no haber puesto fin, pudiendo hacerlo, a la situación de acoso laboral -ya vertical, ya horizontal- que afecta a la salud del funcionario, que no se identifica con un acto sino con un comportamiento hostil reiterado y progresivo. Del no actuar, del incumplimiento del deber de protección indicado, deriva su responsabilidad y la correlativa obligación de indemnizar en caso de que concurrencia de daños.

La Administración goza de privilegios, de los que habitualmente abusa. Desgraciadamente, escapa a la sanción laboral, erigiéndose en Juez y parte (aunque sea incumplidora).

El art. 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece la norma general: el incumplimiento de los empresarios en materia de prevención dará lugar a responsabilidades penales y civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicha responsabilidad. El art. 43 dispone que cuando el Inspector de Trabajo y Seguridad Social compruebe la existencia de una infracción a la normativa sobre prevención de riesgos laborales, requerirá al empresario para la subsanación de las deficiencias observadas. Todo ello sin perjuicio de la propuesta de sanción correspondiente.

No acontece lo mismo con la Administración Pública. Su impunidad ante el incumplimiento de la Ley tiene reflejo en el art. 45 sobre infracciones administrativas. Constatado el incumplimiento por la Inspección de Trabajo, ésta se limitará a efectuar un requerimiento en orden a las medidas a adoptar y su plazo de ejecución. Es decir, sólo medidas correctoras y no sancionadoras.

El procedimiento sancionador para la Administración Pública se inicia siempre de oficio por el órgano competente a propia iniciativa, por orden superior, o a petición de los representantes de personal, impidiendo sean los propios afectados quienes lo soliciten (Real Decreto 707/2002).

El Criterio Técnico número 34/2003, de 14 de marzo, de la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre “*mobbing*”, cataloga a éste cómo infracción en materia de relaciones laborales, disponiendo actuarán únicamente cuando se trata de trabajadores por cuenta ajena en el ámbito de la relación laboral.

Sin embargo, como apunta **NAVARRO NIETO**¹¹ se constatan avances en la tutela del acoso como riesgo social con el Criterio Técnico 69/2009, de la Dirección General de la ITSS. Este criterio considera el acoso laboral como riesgo psicosocial, en orden a las actuaciones de la ITSS en materia de acoso y violencia en el trabajo. Frente al CT 34/2001, prevé que tales conductas pueden considerarse como infracciones de prevención de riesgos laborales.

Ello no obstante, es una realidad que en el ámbito de la administración pública, donde acontece el mayor número de conductas de acoso laboral, el inspector no asume la potestad disciplinaria, que conserva la propia Administración. No deja de resultar una pretensión utópica que ésta se reconozca autora de vulneración de los derechos fundamentales inherentes al acoso laboral, y luego se autosancione.

¹¹ Op. cit.

De *lege ferenda*, cabe defender la plena competencia de la Inspección de trabajo, a efectos de práctica de requerimientos sobre medidas a adoptar y plazo de ejecución, mediante una interpretación amplia del art. 45 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y del procedimiento de actuación de dicho organismo, precisamente en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado (Real Decreto 707/2002, de 19 de julio), facultándole como mínimo para la formulación de propuestas sancionadoras cuando sean procedentes.

La Dirección General de la Función Pública de la Generalitat de Catalunya cuenta con su propio Protocolo para la Detección y la Actuación de los Casos de “*Mobbing*” o de Acoso Psicológico Laboral, de 22.julio.2003.

Tras recordar cómo el art. 92 h) del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre (Texto Refundido de Textos Legales vigentes en Catalunya en materia de función pública) establece el derecho de los funcionarios a ser tratados con respeto a su intimidad y con la consideración debida a su dignidad, y a recibir protección y asistencia frente a las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual o de cualquier otra naturaleza, parte del respeto a los principios de lealtad institucional, equidad, de respeto a la dignidad personal, de no discriminación, de confidencialidad, voluntariedad, oportunidad, eficacia–coordinación, participación y de celeridad.¹²

¹² El servicio de prevención debe iniciar las actuaciones en el Protocolo cuando tenga conocimiento de que se ha producido un presunto caso de “*mobbing*” o acoso psicológico laboral. Llevará a cabo las acciones necesarias para conocimiento de las circunstancias del caso concreto, identificando los supuestos de situación de acoso psicológico laboral que justifiquen la iniciación de las actuaciones. Se procurará constar con el consentimiento de la persona acosada, debiendo garantizarse el principio de confidencialidad. El servicio de prevención comunicará al responsable de recursos humanos del departamento o del organismo autónomo el inicio de las actuaciones.

Las practicadas se pondrán en conocimiento del Comité de Seguridad y Salud del ámbito departamental o sectorial del que forme parte el funcionario interesado.

En caso de concluir no hay indicios de acoso psicológico laboral, los servicios de prevención llevarán a cabo una evaluación de riesgos psicosociales del concreto puesto de trabajo.

La preocupación legislativa ante las conductas de acoso, con importante coste económico y social, encuentra reflejo en las últimas disposiciones legales. Si hasta hace unos años faltaba un tratamiento normativo del acoso psicológico laboral, una regulación específica, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con ocasión de la transposición de las directivas 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000 (aplicación del principio de igualdad de trato), y la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 (establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación), pretendió combatir la discriminación, introduciendo modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, así como en el art. 63 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964.

La Ley 7/2007, de 12 de abril (Estatuto Básico del Empleado Público) en su Exposición de Motivos, en sede de derechos básicos y comunes de los empleados públicos, recoge cómo “*actualiza ese catálogo de derechos*”, distinguiendo entre los de carácter individual y los derechos colectivos. Incorpora a los más tradicionales, otros de reciente reconocimiento, cual los relativos a la objetividad y transparencia de los sistemas de evaluación, al

De concluir la existencia de indicios que acrediten una situación de acoso psicológico laboral, deben realizarse las comprobaciones oportunas, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer las actuaciones que se crean oportunas. Deben valorarse los criterios técnicos elaborados por el centro de seguridad y condiciones de salud en el trabajo del Departamento de Trabajo e Industria, así como solicitarse los informes técnicos que se estimen precisos, singularmente de los especialistas del servicio de prevención en las disciplinas de ergonomía y psicología aplicada y de medicina en el trabajo, de las unidades de recursos humanos y de los servicios de organización.

El servicio de intervención acabadas las actuaciones, elevará un informe incorporando las propuestas de actuación, de medidas correctoras y las recomendaciones preventivas para solucionar las cuestiones planteadas por los interesados. El informe será remitido al responsable de la unidad de recursos humanos del departamento o del organismo autónomo afectado, poniéndose en conocimiento del Comité de Seguridad y Salud correspondiente el cese de las actuaciones.

La Dirección de Servicios o el órgano equivalente velará para que se ejecuten las propuestas contenidas en el anterior informe, y mantendrá informados a los servicios de prevención.

Éstos harán seguimiento de las propuestas contenidas en su informe para concluir su adaptación.

respeto de su intimidad personal, especialmente frente al acoso sexual o moral, y a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En su art. 14 h) proclama el derecho de los empleados públicos *“al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón sexo, moral y laboral”*. Y en su apartado i) *“A la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, género, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

El art. 95 describe cómo falta muy grave: *“b) Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo”*. Y o) *“el acoso laboral”*.

Con independencia de las prestaciones que a nivel de mutualismo o de Seguridad Social correspondan al empleado público afectado, la Administración devendrá responsable habitualmente por omisión, por no haber actuado con la celeridad precisa en orden a la adopción de las medidas tendentes a evitar o poner fin a la situación de acoso psicológico laboral.

La responsabilidad de la Administración, por inactividad o actividad insuficiente ante el acoso laboral, mana del principio general establecido en el art. 106-2º de la Constitución, en los arts. 139 y ss de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.¹³

¹³ “El artículo 106.2 de nuestra Constitución, así como el artículo 139.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Procedimiento Administrativo Común no limitan el derecho de indemnización a aquellos supuestos de daños causados por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, sino que lo

La lesión de los derechos o intereses jurídicamente protegidos de los ciudadanos, particularmente en el ámbito de la relación especial que surge con el funcionario o empleado público, puede derivar de cualquier tipo de actividad administrativa – reglamentos, actos administrativos y actividades materiales. Pero también, lógicamente, la inactividad, jurídica o material, se nos presenta como una modalidad más de las diversas formas en que el comportamiento de la Administración puede causar la lesión del derecho de un particular y devenir, en consecuencia, fuente de responsabilidad.

La derivación de responsabilidad por inactividad reclama la existencia de un previo deber jurídico de actuar de la Administración, incumplido.

Se trata de una responsabilidad objetiva y directa. Tal como señala la STS de 28.noviembre.1998 no requiere culpa o ilegalidad en la conducta del autor del daño. Aparece con independencia del grado de voluntariedad y previsión, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente.

La responsabilidad de la Administración Pública por causar un daño a un empleado público a su servicio, por no adoptar las medidas necesarias para evitarlo, reclama la concurrencia de los siguientes elementos:

- 1) Existencia de un daño o perjuicio.
- 2) Daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.
- 3) Relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público.
- 4) Daño antijurídico.

extienden, asimismo, a los ocasionados por su funcionamiento normal, por lo que no parece quepa duda que, en nuestro país, hoy por hoy, impera el régimen de responsabilidad extracontractual de tipo objetivo, que no hace más que dar continuidad a una línea única en Europa, iniciada en el año 1.954, cuando se aprobó la Ley de Expropiación Forzosa, y continuada en el año 1.957 con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE, en adelante)...

La prueba gravitará esencialmente sobre la relación de causalidad entre la secuela o lesión del empleado público, y la conducta de acoso-correlativa inactividad de la Administración.

Recordemos cómo el art. 36 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, dispone que, ante las alegaciones del demandante de existencia de indicios fundados de discriminación por razón de origen social o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, competirá a la Administración la aportación de una justificación objetiva y razonable, debidamente acreditada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Fuera de ese ámbito, sin olvidar el estrecho vínculo del acoso con la discriminación, *“corresponde a la parte, acreditar las circunstancias alegadas y que las mismas suponen una actuación antijurídica de la Administración que derivaría en responsabilidad patrimonial”* (Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso. Sentencia 537/2007, de 31 de mayo).

*** STSJ Castilla y León, Burgos, 162/2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1), de 3 abril**

“Estas prácticas de acoso moral o psicológico han sido tratadas de forma especialmente relevante en el ámbito del orden jurisdiccional social por la vía de la aplicación, partiendo del derecho fundamental a la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes establecido en el art. 10.1 de la CE, de los arts. 4.2.e), 18, 39, 50.1 y 96.11 del Estatuto de los Trabajadores principalmente, en cuanto protectores de la dignidad del trabajador, pues como se recoge en la sentencia... de la Sección tercera de esta Sala 1355/01, de 25 de septiembre... “La puesta en juicio de la violación de la dignidad del trabajador en nuestra jurisprudencia ha venido referida mayormente relacionada con la posible vulneración de los derechos fundamentales del trabajador y las peculiaridades habidas en los límites de los derechos y libertades en el marco laboral. Sobre el tema hay un nutrido conjunto de jurisprudencia constitucional (por citar algunas SSTC 11/1981 [RTC 1981, 11], 73/1982 [RTC 1982, 73]; 120/1983 [RTC 1983, 120]; 94/1984, 19/1985; 170/1987; 6/1988; 108/1989; 129/1989, 171/1989, 126/1990, 123/1992, 292/1993 [RTC 1993, 292], 99/1994, 134/1994, 173/1994 [RTC 1994, 173], 6/1995 [RTC 1995, 6], 136/1996 [RTC 1996, 136], o entre las más recientes, las sentencias 98/2000, de 10 de abril de 2000 [RTC 2000, 98], 186/2000, de 10 de julio de 2000 [RTC 2000, 186])”.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Contencioso - Administrativo, de 25 de septiembre de 2001, recuerda que *"entre las conductas de persecución psicológica o acoso moral, se encuentran las que pretenden atentar contra la reputación de las víctimas (ridiculizándola públicamente por múltiples causas), contra el ejercicio de su trabajo (encomendándole tareas de excesiva dificultad, o trabajo en exceso o recriminándole por unos supuestos malos resultados en su tarea), o, como puede considerarse en el presente caso, manipulando su comunicación o información con los demás compañeros o superiores"*.

Si bien el atentado a la dignidad del funcionario se contempla tradicionalmente en el ámbito disciplinario de la Administración, aún cuando el acoso provenga de sus propios órganos, no es incompatible el ejercicio de acciones ante los Tribunales de Justicia.

El funcionario objeto de acoso moral, con incidencia en su dignidad, podrá acudir en consecuencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, bien a través del procedimiento ordinario, bien a través del procedimiento para la protección de derechos fundamentales.

Interesando en ambos casos el reconocimiento de la situación jurídica individualizada que le asiste y la adopción de las adecuadas medidas para su pleno restablecimiento. Entre ellas, primará la declaración de la existencia de una vulneración del derecho a la dignidad del funcionario, que se decrete el cese de la situación de acoso moral a la que se le sometió y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios causados.

Ello con base en el art. 31 de la Ley de la Jurisdicción.

No se nos escapa cómo se ha cuestionado la viabilidad de reaccionar frente a la situación de acoso moral a través del procedimiento de protección de los derechos fundamentales (arts. 114 y ss de la LRJCA 29/1998). Ello por considerar existen dudas sobre cuales son los preceptos constitucionales de los previstos en

el art. 53-2º de la Constitución que habilitan el cauce de este procedimiento específico. Se discute sobre si es la Administración la causante de la vulneración y si afecta a los supuestos derechos susceptibles de amparo constitucional o, por el contrario, el reproche cabe formularlo a las autoridades y funcionarios o compañeros integrados en ella.

Si se concluye cómo el acoso moral es en realidad un auténtico atentado contra la integridad moral, la intimidad y la dignidad del funcionario, contra su salud y contra su seguridad, no debe existir óbice alguno para acudir al procedimiento especial de tutela de derechos y libertades fundamentales.

Por último, se apunta como vía más apropiada la de la responsabilidad patrimonial, cuyo ámbito se integra en la legalidad ordinaria, según entendió la STS de 23.julio.2001.

En sede de responsabilidad patrimonial, se impone, en principio, agotar la vía administrativa previa, conforme exigen los arts. 139 y ss de la Ley 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, salvo cuando la indemnización proceda directamente de la anulación de un acto administrativo.

Conforme al art. 142-5º de la misma Ley, el plazo para demandar comenzará a correr desde la consolidación de las secuelas, desde que queden determinadas.

La responsabilidad patrimonial de la Administración podrá exigirse vía art. 146 de la Ley 30/1992, y, en el caso de delito imputable a concretas personas, vía art. 121 del Código Penal.

Se prohíbe, naturalmente, una duplicidad indemnizatoria.

En el caso de responsabilidad patrimonial exigida por vía administrativa, contemplamos una responsabilidad directa y objetiva, en la que debe imperar, ante la acreditación del daño, la inversión de la carga de la prueba (sin duda alguna, en caso de conducta discriminatoria).

La responsabilidad a la que alude el art. 121 del Código Penal se configura como una responsabilidad civil subsidiaria, dejando

siempre a salvo la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, conforme a las normas de procedimiento administrativo.

Si se pretendiera en el proceso penal la responsabilidad civil de autoridades, agentes y contratados o funcionarios públicos, debe dirigirse la pretensión simultáneamente contra la Administración o ente público que pudiere resultar responsable civil subsidiario.

No hay incompatibilidad en el ejercicio simultáneo de ambos tipos de responsabilidad, de diferente naturaleza y con distinto ámbito de aplicación.

Tampoco cabe defender a ultranza la viabilidad de la suspensión del proceso administrativo por prejudicialidad penal. Antes al contrario, debe partirse de la norma general de continuación de ambas vías jurisdiccionales ¹⁴.

¹⁴ La existencia de un procedimiento penal ni justifica ni fundamenta la suspensión de la tramitación del proceso administrativo o contencioso, singularmente si es el especial para declaración de vulneración de derechos fundamentales, por la pasividad (antes que actividad) de la Administración.

La norma general debe ser, antes al contrario, la no suspensión de la tramitación del procedimiento.

Así lo expresa ya en sede administrativa el art. 146-2º de la Ley 30/1992:

“La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan...”

Salvo excepciones, cada orden jurisdiccional, entre ellos el administrativo, posee la competencia exclusiva para conocer de los asuntos y sólo cuando medie una auténtica cuestión prejudicial penal - **“de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta”**-, se determinará la suspensión del procedimiento mientras aquella no sea resuelta por los órdenes penales.

El art. 4 LJCA acoge naturalmente dicha previsión.

En términos simples cabe entender que las cuestiones prejudiciales vienen a ser lo contrario de la competencia de atribución del art. 2 f) LJCA. Se trata de conocimiento y control por parte de la jurisdicción contencioso- administrativa de actos y decisiones no provenientes de una Administración propiamente tal; aquí se trata de decisiones que proceden de una administración, pero que no están sometidas al derecho administrativo. Se reclama para cualquier suspensión una relación directa, predeterminante de la decisión del Juez de lo Contencioso-Administrativo.

Para que pueda accederse a la suspensión, se reclama que el dictado de la resolución por la jurisdicción penal **condicione directamente el contenido de la resolución, o no pueda prescindirse de ella para la debida decisión**, o, en el caso de cuestiones de carácter constitucional, se plantee, contra una norma cuya validez dependa del fallo.

De otro lado, a modo de prevención general y especial, es preciso recordar la obligación prevista en el art. 145-2º de la Ley 30/1992: *“La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves”*.

Por último, de igual forma se acude habitualmente al proceso administrativo y, en su caso, contencioso administrativo, para la impugnación de sanciones impuestas a los empresarios por la autoridad laboral, cuando ésta estima concurren actos o conductas atentatorias contra la dignidad del trabajador y vulneración de normativa laboral. En segundo lugar, a la vía de la revisión de sanciones impuestas a los funcionarios en el seno de procedimientos disciplinarios o, en el propio derecho disciplinario, por la no incoación del procedimiento para establecer si han existido conductas de acoso (expediente de averiguación de causas). Las resoluciones que se dicten en estos procesos pueden constituir elementos probatorios de importancia en cualquiera de los procesos que el trabajador acosado pueda entablar.

V. EL DELITO DE ACOSO LABORAL

La prensa viene denunciando una nueva forma de delincuencia, con ocasión de la investigación judicial en el país vecino a *“France Télécom”* por presunto acoso moral a varios trabajadores, tras una ola alarmante de suicidios.

El letrado de los trabajadores alude a *“una forma de delincuencia basada en el acoso y el estrés”*. Se mencionan como mínimo 46 suicidios, derivados de la rescisión de contratos laborales.

A la hora de hacer frente, con recursos jurídicos penales, a la regulación de esta forma de delincuencia, con incidencia en bienes tan sagrados como la dignidad del trabajador/ funcionario público, la vida o la salud, era preciso partir del análisis de los recursos actualmente ofrecidos por la legislación vigente hasta la modificación del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introduce, de forma incompleta, el llamado delito de acoso laboral en el art. 173.1.2º del Código Penal.

Existe un claro paralelismo entre los delitos de acoso sexual en el ámbito laboral (art. 184 CP) y el de violencia habitual en el ámbito familiar/violencia de género (art. 173 CP) con el delito de acoso laboral.

El primero fue introducido en el Código Penal de 1995, y modificado por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.

El acoso sexual se agota contemplando:

- Un tipo básico, castigando al que *“solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocar a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”*. Pena: prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses.

Persigue proteger la dignidad de la mujer o del hombre en el trabajo. La Comisión Europea, tras modificar la Directiva 76/207/CE, define el acoso sexual cómo *“la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual que tenga por objeto o efecto atentar contra la dignidad de una persona, y en particular cuando se crea en un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”*.

Una interpretación literal del art. 184 del Código Penal permite dar cabida al acto aislado. Empero, lo propio será contemplar habitualidad o reiteración en las conductas, aspecto inherente al acto de acoso.

Se trata de un delito de naturaleza pluriofensiva, al igual que el acoso laboral propiamente dicho. Afecta a la libertad sexual, a la capacidad del ser humano de decidir libremente en este ámbito. También constituye un ataque a la dignidad del trabajador. La conducta se desarrolla en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, que puede ser continuada o habitual.

Del comportamiento del sujeto activo debe derivarse una situación objetiva y grave de intimidación, hostil o humillante para el trabajador o la persona afectada. No basta la solicitud sexual, siendo preciso venga acompañada de esta situación intimidatoria, hostil o vejatoria.

- Tipos agravados:

* *“Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación”*. Pena: prisión de cinco a siete meses, o multa de diez a catorce meses.

Si el tipo básico da cabida al acoso sexual entre iguales u horizontal, ahora se contempla el acoso sexual vertical. Concorre una situación de prevalimiento que deriva de una situación de superioridad, laboral, docente o jerárquica, o de una amenaza, expresa o tácita, de causar al perjudicado un mal relacionado con aquellas expectativas.

* Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, en atención a su edad, enfermedad o situación.

El art. 443 del Código Penal castiga la solicitud de favor sexual por parte de autoridad o funcionario público. Basta ahora la situación de prevalimiento, sin que sea preciso el anuncio expreso de un mal en la relación en la que intervenga el funcionario o autoridad con el ciudadano.

El delito de violencia familiar y violencia de género, tras varios vaivenes, se encuadran dentro de los delitos contra la integridad moral, tras una larga rodadura legislativa que principia en 1989. Se protege la dignidad de la persona en el ámbito familiar. No obstante, atendiendo al resultado producido o al *modus operandi* igualmente se contempla en el ámbito de delito de lesiones y de las amenazas (art. 153, 171, 172 y 173-2º del Código Penal).

Aún afectando a una diversidad de bienes jurídicos, late como idea principal la lesión concurrente a la dignidad de la persona, ya en el ámbito sexual laboral, ya en el entorno familiar.

Al igual que las conductas anteriores, el acoso laboral se relaciona directamente con la dignidad del trabajador. Da cabida a los atentados en este entorno. No a todos, sino exclusivamente a los más graves partiendo del principio de intervención mínima del Derecho penal. Acogerá aquellas conductas que no tengan cabida en el acoso sexual.

Al igual que aconteció con éste y con la violencia familiar, a falta hasta ahora de un tipo específico, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido defendiendo la inclusión del “*mobbing*” en el ámbito de aplicación de otras conductas delictivas, de configuración genérica, actualmente definidas en el Código Penal vigente.

- Delitos contra la integridad moral.

El art. 173-1º describe en términos genéricos el atentado contra la integridad moral: “*El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral*”. Pena: de seis meses a dos años de prisión.

Se tutela la integridad moral, entendida¹⁵ cómo “*el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada ni*

¹⁵ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. Derecho Penal. Parte Especial. Valencia, 2009, pág.

vejada, cualquiera que sean las circunstancias en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas”.

El precepto es abierto, un cajón de sastre que da cabida a aquellas conductas, atentatorias contra la integridad moral, que no contempladas en otros preceptos del Código Penal o en leyes penales especiales.

En este carácter de tipo residual del art. 173 CP, insiste la Sentencia 2101/2001, de 14 de noviembre, del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal.¹⁶

¹⁶ *“La aplicación del art. 173 CP requiere precisar previamente el contenido del tipo penal. Como es sabido durante el debate parlamentario se oyeron autorizadas voces que consideraron superfluo este tipo penal y que subrayaron la imprecisión de su contenido. Es evidente que el hecho de que el art. 15 CE garantice la interdicción de tratos degradantes, no constituye todavía una justificación de un tipo penal específico, dado que el reconocimiento de un derecho fundamental no es considerado como un mandato constitucional de protección penal, sin más. Sobre todo porque es preciso tener en cuenta que ya los delitos contra el honor contienen una respuesta penal a comportamientos que comportan una afrenta a la dignidad de la persona y que las expresiones «integridad moral» no son precisamente una elección afortunada del legislador, dado que se refieren a un bien que no es fácil concebir como objeto de ataques ajenos, pues parece referirse en primera línea a una condición de la persona que sólo podría ser afectada por la propia conducta del sujeto.*

Por estas razones la doctrina ha tenido serias dificultades en caracterizar la conducta típica constitutiva del presupuesto de hecho de la pena prevista en el art. 173 CP. Por un lado se han propuesto interpretaciones que no pueden lograr una adecuada diferenciación conceptual entre la integridad moral y la libertad, como cuando se dice que «la lesión de la integridad moral se produce cuando la persona ve negada su plena capacidad de decidir» o cuando se afirma que ello tiene lugar cuando la persona es utilizada como medio, dado que siempre que una persona es sometida a una vis compulsiva es utilizada como medio y lo que caracteriza los delitos contra la libertad es precisamente la eliminación de la capacidad de decidir por sí.

Por otro lado se han sostenido interpretaciones que no pueden ocultar una superposición de la integridad moral con el honor, como cuando se sostiene que dar un trato degradante es «humillar, deshonrar, despreciar o envilecer, afectando la dignidad de la persona». La identidad de las palabras utilizadas con las que sirven ahora para definir el delito de injurias y con las que se empleaban en el art. 457 CP 1973 con la misma finalidad, revelan que tales conceptos no son inidóneos para precisar un tipo penal carente de paralelos en el derecho comparado. Estas consideraciones valen también para el fundamento del apoyo del Ministerio Fiscal que, se basa en el «ánimo injurioso o de humillación sobreañadida» que se percibe en la acción de los acusados.

Esta dificultad de caracterización del objeto de protección pone de manifiesto que el carácter injurioso de la acción o la privación de la libertad de decisión, por sí mismos, no son conceptos dotados de suficiente fuerza explicativa de la diferencia de gravedad de las penas previstas para el delito de injurias y las que se amenazan en el art. 173 CP. Por tal motivo cuando las conductas que estamos considerando dan lugar a un aumento de la gravedad del hecho y esta gravedad puede ser perfectamente captada por alguna circunstancia agravante, en particular por la del art. 22.5ª CP (aumento deliberado e inhumano del sufrimiento infligido a la víctima), el delito del art. 173 CP no será aplicable y el mayor desvalor de la acción deberá encontrar expresión en la individualización de la pena. Consecuentemente, el ámbito de aplicación del art. 173 CP quedará reservado a aquellos

La inclusión del delito de acoso psicológico laboral en el ámbito de los delitos contra la integridad moral no está exenta de crítica. Lo acredita la existencia de resoluciones judiciales contradictorias. Es, sin embargo, el encuadre por el que opta finalmente el legislador en la reforma operada por L.O. 5/2010.

Apunta **POMARES CINTAS**¹⁷: *“En relación con el delito del art. 173.1 CP... se ha expresado la dificultad de reconducir las conductas de acoso en el trabajo al concepto de trato degradante hasta el punto de poner en tela de juicio la calificación del acoso laboral como trato degradante por ser de categoría inferior. En efecto, los graves problemas de indeterminación que acompañan a este delito –“es más que dudosamente compatible con el principio de legalidad”- no han favorecido la persecución de estas conductas, de modo que el desconcierto que parece provocar el acomodo penal del acoso es patente”*.

Han aplicado el delito de trato degradante a situaciones de acoso vertical en el trabajo, las Sentencias de:

*** Sentencia 330/2006, de 27 septiembre. Juzgado de lo Penal núm. 1. de Jaén.** ARP\2006\564

TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL:
Infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral: existencia: empresario obligado a readmitir a trabajadora en virtud de sentencia de la jurisdicción laboral que declaró nulo el despido, que le asigna una habitación sin ventilación, sucia, sin serle encomendada actividad laboral alguna, manteniéndola en una situación de aislamiento con respecto a los otros trabajadores.

hechos en los que la degradación tenga una duración notoria y persistente, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan, a través de las agravantes ordinarias”.

¹⁷ POMARES CINTAS, ESTHER. *“Una alternativa a las propuestas legislativas de tipificación del delito de acoso laboral”*. Actualidad jurídica ARANZADI 795/2010. BIB 2010/540.

Cataloga la conducta definida en los hechos probados¹⁸ cómo delito contra la integridad moral del art. 173.1º del Código Penal, previa conformidad del acusado.

* **Sentencia 25/2001, de 22 mayo. Audiencia Provincial de Teruel (Sección Única).** ARP\2001\340

TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL: Infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral: existencia: dependientes de Ayuntamiento que arrojan a compañero inmigrante cemento a los testículos, introducen una rata muerta en su bocadillo y lo atan a columna encendiendo fuego a sus pies.

Contempla conducta de “*mobbing*” horizontal.

El Juzgado de lo Penal de Teruel condena a tres trabajadores como autores de un delito contra la integridad moral, del art. 173 del Código Penal, y a uno de ellos también como autor de un delito de lesiones causadas por imprudencia grave del art. 152.1º, con relación con el art. 149 del Código Penal de 1995. La Audiencia Provincial de Teruel estima la apelación interpuesta, acordando declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ayuntamiento de Escucha.

Sin embargo, numerosas Sentencias parecen descartar la aplicación del trato degradante al acoso laboral ¹⁹.

¹⁸ “El acusado, en su condición de Administrador de la empresa «Mobel Mágina SL» dedicada a la fabricación y venta de muebles... desde el 02/04/01 tenía contratada con la categoría profesional de encargada de establecimiento a Doña A. Con fecha 1 de marzo de 2004 fue despedida por la empresa interponiendo la trabajadora demanda ante el Juzgado de lo Social núm. Uno de Jaén que dio lugar a los autos... en los que recayó sentencia en fecha 13 de julio de 2004 declarando el despido nulo y obligando a la empresa a reincorporar a la trabajadora en su puesto de trabajo. El día 25 de octubre de 2004 Doña A. se reincorporó a su puesto de trabajo en la fábrica de muebles M. M. SL siéndole asignada por instrucciones del acusado una habitación sin ventilación, sucia, dotada de: Una mesa, una silla, un bolígrafo, y un papel, no siéndole encomendada por el empresario durante toda la jornada laboral tarea alguna y manteniéndola en una situación de aislamiento con respecto a los otros trabajadores. Dicha situación se prolongó desde el día de la incorporación hasta el día 16 de noviembre de 2004 provocando en Doña A. un trastorno depresivo y crisis de ansiedad por presión en el trabajo y conflicto de intereses que le fue diagnosticado por el Médico siendo derivada a Salud Mental y motivando su baja laboral”.

¹⁹ Entre otras, SAP Castellón, de 5 de julio de 2007, SPA de Toledo, de 23 de abril de 2007; SPA Orense, de 7 de noviembre.2005; Auto AP Madrid, de 19 de junio de 2003; Auto AP Rioja, de 23 de mayo de 2003; Auto AP Barcelona de 15 de septiembre de 2003, Auto AP Guipúzcoa, de 22 de

*** Sentencia 306/2007, de 5 julio. Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª). JUR\2007\318644** ²⁰

diciembre de 2004; Auto AP Guipúzcoa, de 16 de junio de 2005, Auto AP Cáceres, de 29 de diciembre de 2005, citadas por **POMARES CINTA**, op. cit.

²⁰ Admite como hechos probados los siguientes:

“...el acusado J. E., socio, gerente y administrador de la empresa G.M. S.L., a partir de noviembre de 2004 comenzó a interesarse en mayor medida por la situación contable de la empresa, pasando más horas en la carpintería, pese a que su ocupación habitual había sido la de barnizado y lacado, normalmente fuera de la empresa, todo ello debido a que su socio, S., que también es padre de la denunciante Mari Luz... disolución que todavía no se ha llevado a efecto.

Hacia finales de noviembre y diciembre de 2004, el acusado, comenzó a subir diariamente a las oficinas, ubicada en la planta alta de la nave, en la planta baja se ubica el taller donde solía trabajar S. y otros dos trabajadores..., para preguntarle a Mari Luz sobre la situación contable de la empresa, en especial sobre trabajos realizados y cobrados y que no estaban todavía facturados y anotados en los libros. La empresa cuenta con un asesor contable externo... Conversaciones que se producían en las oficinas, y con la sola presencia de Mari Luz y Juan E..

En una ocasión, por la tarde, Mari Luz, estaba limpiando los baños de la planta inferior, tarea que ella misma había decidido realizar, dado que se trata de una empresa familiar, pequeña, y con el fin de minorar gastos, preguntando el acusado en varias ocasiones donde se encontraba la joven, finalmente, a última hora, fue a buscarla al baño, y le dijo "si los estaba limpiando con la lengua", por la tardanza en realizar esa tarea.

Mari Luz angustiada por la presión que J. E. provocaba, al estar continuamente revisando su trabajo, al menos en una ocasión, bajó al taller, llorando y manifestando a dos trabajadores..., que J. E. la agobiaba, en otra ocasión, se escondió en la fábrica, permaneciendo oculta un buen rato, hasta que alertados por su ausencia, la encontraron muy alterada y nerviosa, finalmente el 25 de enero de 2.005 el Medico de familia Dr. Lázaro le da la baja médica por "síndrome nervioso depresivo motivado por problemas en el trabajo (presión por parte de su jefe)", el día 31 de ese mismo mes, acude de urgencia al hospital general de Castellón, por crisis de ansiedad.

(...)

En una ocasión, cuando Mari Luz ya estaba de baja, y en compañía de su hermana, se encontró en un centro comercial, con el acusado, acercándose este último para preguntarle dónde estaba un ordenador, respondiéndole Mari Luz., que la dejara en paz, que estaba de baja, marchándose del lugar el acusado, que iba acompañado de su hija de corta edad.

Durante el periodo de baja, Mari Luz acudió en varias ocasiones al banco, a realizar ingresos de la empresa, acompañada de su madre, al igual que acudió en alguna ocasión a la empresa, durante este periodo, no se contrató a persona alguna que se encargara de las tareas administrativas, realizándolas parcialmente el empleado L. A., en lo que a albaranes se refiere.

El padre y socio, Simón, no detectó que su hija no se encontraba bien hasta pocos días antes de que el médico le diera la baja médica.

El informe médico forense, realizado el 7 de junio de 2.005... concluye que, Mari Luz de 25 años de edad "ha padecido un trastorno por estrés relacionado con el trabajo y precisó de asistencia médica y baja laboral entre 25 de enero y 20 de abril de 2.005, que según referencias de la paciente el origen de su trastorno por estrés no está en el trabajo en sí sino en el trato humillante que le propinaba su superior, que en el momento actual la paciente se encuentra estabilizada y ha podido reincorporarse a su puesto de trabajo, que dado que la paciente se ha incorporado al mismo puesto de trabajo y que el factor desencadenante continua en el mismo lugar, no puede descartarse que en el futuro la paciente pudiera padecer una reactivación de su proceso y se desencadenara de nuevo la sintomatología".

El Ministerio Fiscal calificó los hechos como delito de lesiones dolosas del art. 147.1 del C.P., y subsidiariamente, como constitutivo de delito del art. 173.1 del C.P.

La Sentencia absuelve, y refiriéndose concretamente al acoso moral o psicológico en el trabajo, indica:

"...la parte apelante pretendía realmente denunciar es el acoso moral o psicológico en el trabajo, el fenómeno conocido...de "mobbing". Dicha denominación viene a hacer referencia a una conducta de persecución u hostigamiento más o menos continuo o sistemático, y prolongado durante un cierto tiempo, producida en el marco de una relación de trabajo, y que genera sentimientos de humillación en el sujeto pasivo, el cual ve afectada o lesionada su integridad moral.

El mobbing, así definido, no está específicamente tipificado en el Código Penal, y los estudiosos del tema suelen considerar que no cabe subsumirlo dentro del tipo general de los delitos contra la integridad moral descrito en el art. 173.1 del Código Penal, en el cual se tipifica el infligir a otra persona un trato degradante que menoscabe gravemente su integridad moral. El hecho de que se hable de "trato degradante" (al que en los tratados y convenios internacionales suele hacerse referencia asociado a términos tales como torturas, tratos crueles o inhumanos), y de que se exija un menoscabo grave de la integridad moral, hace pensar que las conductas descritas en el art. 173.1 contienen un plus de gravedad frente a lo que normalmente se conceptúa como acoso laboral. Esta interpretación parece venir corroborada por el hecho de que en el anteproyecto de ley orgánica de modificación del Código Penal, de junio de 2006, se proponga la específica tipificación del acoso en las relaciones laborales a través de un nuevo párrafo que se añadiría al art. 173.1 del Código Penal. Un estudioso de la cuestión como es Donato ("El acoso moral en el trabajo (mobbing) y en la escuela (bullying) y el Derecho penal",... también considera... que pretender subsumir los supuestos característicos de acoso moral o psicológico en el trabajo en el art. 173.1 del Código Penal es "forzar el sentido del precepto".

Cita el auto de 6.mayo.2004, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Tarragona y el de 15.septiembre.2003 (Apelación 188/2003, de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona).

*** Sentencia 29/2007, de 23 abril. Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2ª). JUR\2007\281213**

TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD

MORAL: Infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral: concepto de integridad moral; inexistencia: burlas inoportunas y humillaciones aisladas entre compañeros de trabajo sin relación de dependencia o subordinación: posibilidad de haber sido denunciadas anteriormente en sede laboral o penal.

El Juzgado de lo Penal DOS de Toledo condenó a un trabajador como autor de un delito de lesiones del art. 147.1 y otro de trato degradante del art. 173 del Código Penal, con base a los siguientes hechos:

"Sobre las 14,50 horas del día 22 de Mayo de 2.003 el acusado, R.,..., trabajador del Museo de Santa Cruz,..., como consecuencia de malas relaciones previas con otro trabajador Sebastián agredió a éste, propinándole dicho acusado distintos golpes con el puño en la cabeza y la cara ocasionándole lesiones consistentes en traumatismo frontofacial con contusión frontal, hematomas periorbitales y hematomas faciales, las cuales requirieron para su sanidad asistencia médica especializada en traumatología y neurología y tratamiento con antiinflamatorios, pomada antitrombótica y reposo, secuela un síndrome de estrés postraumático, que requirió tratamiento psicofarmacológico y revisiones psiquiátricas desde junio de 2003, estando de baja laboral hasta el 22/10-03 para a continuación seguir tratamiento psicológico y farmacológico hasta el 28-09-04 en que obtiene el alta psiquiátrica, en tanto que, a consecuencia de dicha agresión, Ramón sufrió fractura de la base del 5º metacarpo de la mano izquierda.

Con anterioridad a tales hechos el acusado ha venido más de un año durante la jornada laboral importunando y ridiculizando a Sebastián, haciendo a éste objeto de todo tipo de burlas humillantes, como escupir a su paso, simular arcadas y otras."-

La Audiencia Provincial deja sin efecto la condena por delito contra la integridad moral. Incorpora, entre otros, los siguientes razonamientos:

"... La integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como un ser humano libre y nunca como un simple objeto, o si se prefiere, podría hablarse de la incolumidad personal o de su inviolabilidad.

(...)

A modo de ejemplo describe la STS 2 de Abril de 2000, una serie de actos que pueden integrar el trato degradante, y aunque, referidos a conductas de funcionario público (guardias de prisiones, policías, etc...), son significativas en cuanto a la intensidad.

"... como señaló esta Sala en STS 2101/2001, de 14 de noviembre, el art. 173 quedará reservado a aquellos hechos en los que la degradación tenga una cierta intensidad, cuya gravedad ya no sea posible recoger en la individualización de la pena del delito al que acompañan a través de las agravantes ordinarias. Cuando en alguna Sentencia nos referimos a una duración notoria y persistente expresamos que el quebranto de la integridad moral que exige el tipo como resultado debe ser grave, conforme exige el art. 173, sin que requiera que este quebranto grave se integre en el concepto de lesión psíquica cuya subsunción se encuentra en los tipos penales de las lesiones. La acción degradante se conceptúa como atentado a la dignidad que, normalmente, requerirá una conducta continuada -que rellene la expresión típica del trato diferenciada del mero ataque-, si bien nada impide que la acción degradante pueda ser cumplida con una acción en la que presente una intensidad lesiva para la dignidad suficiente para la producción del resultado típico.

No se puede presentar un catálogo de conductas susceptibles de ser incluidas en el tipo penal. Pero con una finalidad ejemplificadora en la definición del maltrato degradante, la STEDH 18.1.78, reprobó como degradante cinco técnicas utilizadas por las fuerzas y cuerpos de seguridad, como mantener encapuchados a los detenidos, situarles frente a una pared durante horas, someterles a ruidos monótonos y continuos, no consentirles dormir, privarles de alimentos o agua, restringirles la dieta. Añadiremos por nuestra parte otras conductas que pudieran ser integradas en el trato degradante causante de la perturbación de la integridad moral, como la realización de "novatadas" y, en general, las conductas susceptibles de producir en las víctimas "sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral" (SSTS 819/2002, de 8 de mayo, y de 29.9.1998) y en este sentido hemos recogido como atentatorios a la integridad moral conductas, como desnudar a un detenido y obligarle a realizar flexiones, etc... comportamientos que exceden de la necesidad de la detención con una finalidad envilecedora."

Se observa en el supuesto estudiado que falta la relación de dependencia o subordinación, que sin ser requisito sine qua non, se encuentra presente en la mayoría de los supuestos examinados, en cuanto el sujeto pasivo.

Los hechos descritos en el relato fáctico no tienen la consistencia de entrañar el supuesto del tipo, en cuanto se habla de burlas inoportunas, entre compañeros de trabajo y de la misma categoría profesional, que pudieron ser denunciadas en cualquier ámbito (penal-laboral), sin que lo hubieran sido.

El propio Juzgador, echa mano de esa situación prolongada de broma pesada, burla inoportuna, y alguna humillación aislada, para individualizar la pena del delito de lesiones, cuando en el fundamento jurídico séptimo, impone la pena en la mitad superior pese a no haber agravantes específicas, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 66.1 6ª, en atención al tipo de agresión (grave sorpresiva y totalmente injustificada) y en las circunstancias del delincuente (punto culminante de un proceso de acoso).

Justificada la individualización de la pena por el concurso de la circunstancia ya descrita, no puede servir la misma para integrar delito independiente”.

*** Auto 54/2009, de 18 febrero. Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª).** JUR\2009\171006

“... como señala reiterada Jurisprudencia, la figura del mobbing, concepto que ha sido elaborado por la jurisprudencia laboral, considerando tales las situaciones de hostigamiento de un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad, y en ocasiones el abandono del trabajador de su empleo al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido - presenta la dificultad en el ámbito penal de encontrar un acomodo típico para el mismo.

*** Sentencia 187/2009, de 13 marzo. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 6ª).** JUR\2009\385240

TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL: Infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral: inexistencia: acoso laboral a trabajadora por parte de su jefe: cambio de departamento: no se aprecia una especial o concreta situación de humillación o degradación personal que infrinja el bien jurídico protegido por el tipo penal.

“El acoso moral está integrado por un elemento de carácter sistemático de violencia psicológica extrema como presión laboral tendenciosa dirigida al fin consistente en la denigración laboral, en vinculación directa con la relación laboral. Este trato degradante señalado se vincula a la idea de provocar humillación, degradación y envilecimiento que constituye el contenido de estas conductas”.

Al no haber alcanzado hasta 2010 el rango de delito específicamente previsto, el acoso laboral podía encuadrarse

perfectamente en la falta de vejación injusta del art. 620.2º del Código Penal.

En este sentido:

* **Sentencia 128/2009, de 9.julio. Audiencia Provincial de León (Sección 3ª), ARP\2009\910**

FALTA DE VEJACION INJUSTA: Existencia: acoso laboral a trabajadora por parte de su jefa, quien formulaba continuas objeciones por el trabajo realizado, dirigiéndose a ella en tono y actitud despectiva: acreditado por las declaraciones de la víctima corroboradas por el informe del servicio de urgencias y el testimonio de una compañera de trabajo.

Ante los hechos que declara probados ²¹, estima la apelación interpuesta, revocando la Sentencia del Juzgado de Instrucción y condenando por falta de vejaciones. Razona:

“Estamos ante un supuesto encuadrable en la figura del mobbing, concepto que ha sido elaborado por la jurisprudencia laboral considerando tales las actuaciones de hostigamiento de un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicósomáticas de ansiedad, y en ocasiones el abandono del trabajador de su empleo al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido.

Este acoso se manifiesta a través de muy variados mecanismos de hostigamiento con ataques a la víctima por medio de: implantación de medidas organizativas no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, signar tareas imposibles de cumplir, etc., medidas de aislamiento social impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc., medidas de ataque a la persona de la víctima, críticas hirientes, vejaciones, burlas, subestimaciones, etc., medidas de violencia física, agresiones verbales insultos, criticas permanentes, amenazas, rumores sobre la víctima, etcétera. Como fácilmente puede apreciarse la figura del mobbing aparece plenamente acomodada a la descripción que se ha declarado en los hechos probados. La problemática que el

²¹ *“Elisabeth viene prestando sus servicios como auxiliar de geriatría en la 6ª planta del Centro... que la empresa “A.” tiene en...(…).En el mismo centro presta sus servicios como encargada u gobernanta de las plantas 5ª y 6ª I.*

La denunciante (Elisabeth) venía sintiéndose maltratada por la denunciada (I.), quien le formulaba continuas objeciones por el trabajo realizado y se dirigía a ella en tono y actitud despectiva. Concretamente el día 1-October-2008 la recriminó por encontrarla en la 5ª planta recordándola con insistencia “yo soy tu encargada” y tratándole en forma despectiva, por lo que el día 3-October-2008 tuvo que recibir asistencia médica al sufrir una crisis de ansiedad, formulando denuncia por los hechos el día 6-October-2008.

acoso laboral despierta en el ámbito penal es la dificultad de encontrar un acomodo típico para el mismo.

En nuestro caso no se plantea la dificultad de tipificación pues la acusación se formula exclusivamente por una falta de vejaciones injustas de carácter leve - art. 620.2 C.P -

La Sentencia de la A. P. de Córdoba de 8 de junio de 2004 y Sentencia de la A.P. de Sevilla de 31 de octubre de 2002, recoge las distintas acepciones del término vejar y así se alude a que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa "maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarle o hacerle padecer", conforme al Diccionario de uso del español de María Molina significa, "Maltratar a una persona haciéndola sentirse humillada", de acuerdo, con el Diccionario ideológico de Lengua Española de Julio Casares, "Maltratar, molestar, oprimir o zaherir a uno" y el Diccionario del español Actual de Manuel Seco, "Humillar o maltratar moralmente a uno".

La conducta descrita en el factum constituye sin duda un trato vejatorio o desconsiderado hacia la denunciante".

- Delitos contra los derechos de los trabajadores (Título XV, del Libro II del Código Penal).

En esta labor de dar cabida al delito de acoso laboral, ante la falta hasta la L.O. 5/2010 de tipo específico y respetando el principio de legalidad ("*nullum crimen sine previa lege*") cabía igualmente defender la aplicación, en los supuestos más graves, del art. 311 del Código Penal. Castiga en su párrafo 1º a "*Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual*".

El artículo 314 castiga a los: "*que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no*

restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado”.

Una conducta de acoso grave conllevará frecuentemente una alteración de las condiciones legales mínimas, reclamadas por la dignidad del trabajador, propias de la actividad laboral. Muchas de las conductas encuadrables en el tipo afectarán no sólo a derechos laborales, sino a la dignidad, a la salud y a la integridad moral del trabajador en el cumplimiento de sus funciones.

Precisamente para deslindar el campo de aplicación de ambas figuras el art. 311 del Código Penal incorpora cómo elemento normativo del tipo la alteración de condiciones laborales, a diferencia del acoso psicológico laboral.

Ante la ausencia antes de la entrada en vigor de la L.O. 5/2010, de una figura delictiva específica, han recurrido al art. 311 del Código Penal, la STS de 30-6-2000 y SAP Asturias de 9-11-2005²², entre otras.

*** Sentencia 234/2005, de 9 noviembre. Audiencia Provincial de Asturias (Sección 8ª). JUR\2006\91770**

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES: Imponer a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos: existencia: acoso laboral que el acusado somete a su empleado en represalia por su actividad sindicalista, con cambios de funciones, horario y lugar de trabajo.

Desestima recurso de apelación interpuesto contra Sentencia del Juzgado de lo Penal TRES de Gijón, que condenaba al empresario que intenta que dos trabajadores abandonen la empresa por delito contra los derechos de los trabajadores. Motivación:

Rechaza el alegato de incorrecta aplicación del art. 311 del Código Penal por ausencia de tipicidad, manifestando que “1/ sí hubo en el caso de autos violación, perjuicio, supresión y restricción de los derechos reconocidos al trabajador por disposiciones legales... 2/ sí hubo

²² Citadas por POMADES CINTA. Ob. Op. Cit.

imposición, intimidación, persecución y discriminación por parte del acusado contra J. R. (y contra otros dos trabajadores, de los que consiguió lo que pretendía, que se fueran de su empresa)...y 3/ sí hubo abuso, por parte del acusado, de la situación de necesidad del trabajador acusado, abuso de situación de necesidad que se deriva no sólo de la supremacía o situación de poder del empresario sobre el trabajador -porque esa supremacía, además de ser lo normal (salvo en casos excepcionales o de crisis, en que puede ya no tener el poder el empresario) y lo normativamente establecido (poder de dirección, poder disciplinario del empresario, "ius variandi", etc.) en la relación laboral, es el presupuesto necesario pero no suficiente del delito del art. 311 núm. 1 del Código Penal (que sólo pueden cometer "Los -empresarios- que... impongan a los trabajadores a su servicio")-, sino además y en este caso a) de la grave situación de precariedad laboral existente... (hechos graves y notorios actuales lo ponen lamentablemente de manifiesto, y el propio acusado reconoce esa precariedad laboral y la utiliza nada sibilina para amenazar...b) de la condición de minusválido (por un problema de vista) de J. R., condición por la que fue contratado y por la que en 2005 percibe una pensión de tan solo 480,05 euros al mes, pensión que no le permite prescindir de su trabajo para subsistir y minusvalía que no le sitúa en una posición de ventaja en el mercado laboral, y c) de la edad de J. R., nacido...1957, edad que le sitúa lejos de la jubilación...y en una posición no muy favorable para encontrar otro trabajo. No es de recibo, por último, el alegato... de que el trabajador J. R. pudo reclamar, y de hecho reclamó varias veces, ante la Inspección de Trabajo y ante la jurisdicción laboral contra los actos del empresario que consideró atentatorios a sus derechos y que ello excluye la "imposición" y el "abuso" que se atribuyen al acusado, pues, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999 (referida al art. 499 bis núm. 1 del anterior Código Penal, precedente del art. 311 núm.1 del actual Código), con cita de la de 1 de febrero de 1989, el delito de que tratamos "se trata de un delito instantáneo, aunque pueda ser de efectos permanentes, y de resultado cortado, en cuanto que, para su consumación, se exige que se produzca la efectiva imposición de condiciones perjudiciales para los derechos del trabajador, pero no es necesario un perjuicio real y efectivo, pues basta la realidad de estas condiciones para tal consumación, pudiendo ocurrir que por reclamaciones del sujeto pasivo... no llegue a producirse ese perjuicio realmente, lo que sólo afecta a la fase de agotamiento del delito".

Razona el Tribunal que la actuación del acusado podría incardinarse igualmente en el delito de coacciones del art. 172 CP y también en el de trato degradante del art. 173, que no fue objeto de

acusación. Pero descarta la aplicación del tipo de coacciones del art. 172 “-y también el del art.173- porque *“es un tipo general y subsidiario o residual que debe ceder ante tipos que, implicando la misma conducta básica, son más complejos o especiales o están más gravemente penados”* apelando a *“los principios de especialidad, subsidiaridad y absorción”* *“como al de alternatividad o mayor gravedad”*.

Descarta igualmente la aplicación del tipo de lesiones porque la intención real del acusado *“al perseguir y acosar a J. R. (...) era conseguir lo que consiguió respecto a los otros dos delegados sindicales..., que pidiese la baja voluntaria en la empresa... o que aceptase el despido a cambio de una indemnización... era esa la intención del acusado -acabar como sea, incluso indemnizándole, con la relación laboral de J. R.-“*.

- Delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales.

En caso de que el afectado sea empleado público, el acoso laboral, especialmente el que revista carácter discriminatorio, podría tener cabida, en función del bien afectado, en el ámbito del Capítulo V (*“De los delitos cometidos por funcionarios públicos contra las garantías constitucionales”*), del Título XXI del Código Penal.

- Delito de coacciones.

El art. 172 del Código Penal castiga a *“El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”*.

Establece la pena según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Pena que se impone en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada otra superior en otro precepto del Código *“cuando la coacción tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental”*.

El art. 620-2º CP tipifica cómo falta “*el causar a otro una coacción de carácter leve*”.

Al implicar el acoso laboral un impedimento para el ejercicio de derechos laborales, hasta el punto de conducir al afectado hasta la autodestrucción o renuncia de su puesto laboral, igualmente resultaría aplicable el tipo, de corte genérico.

Al ámbito de la falta de coacciones acude la emblemática **Sentencia 360/2008, de 20 octubre, de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª)**. ARP\2008\687

Ante la intervención de una funcionaria pública, condición ésta que no utiliza para cometer la infracción, condena por falta de coacciones. Concluye la existencia de acoso agobiante a la víctima, durante un intervalo de tiempo muy largo, hasta el punto de que no podía realizar el trayecto diario a su trabajo.

Declara la Sentencia de instancia cómo la acusada “*en el contexto laboral que le unía con la víctima y con el ánimo de impedir que ejerciera su trabajo de forma digna y de acuerdo con sus derechos la insultó, le encomendó tareas de categoría inferior a la suya e incluso le exigió sentarse en la mesa del conserje.*

...como consecuencia de ello la Sra. Amparo además de tener que formular quejas a terceros para recabar amparo para su tranquilidad y sosiego, comenzó a padecer trastornos psicológicos que precisaron tratamiento psicológico y que se repitieron tras su incorporación de nuevo al trabajo tras baja laboral por los hechos imputados a la denunciada.

El Juzgado de lo Penal núm. DOS de Lleida condenó a la acusada cómo autora de “*una falta continuada de coacciones prevista y penada en el art. 620.2 del Código Penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, fijando indemnización a favor de la funcionaria afectada por 43.653,45 euros por los días de baja y 19.745,20 euros por las secuelas, declarando la responsabilidad civil subsidiaria de la Generalitat de Catalunya*”.

La Audiencia confirma la condena, concluyendo la correcta calificación jurídica. Concluye:

“...estamos ante un supuesto encuadrable en la figura del mobbing, concepto que ha sido elaborado por la jurisprudencia laboral considerando tales las

situaciones de hostigamiento de un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad, y en ocasiones el abandono del trabajador de su empleo al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido.

Este acoso se manifiesta a través de muy variados mecanismos de hostigamiento con ataques a la víctima por medio de: implantación de medidas organizativas, no asignar tareas, asignar tareas innecesarias, degradantes o repetitivas, asignar tareas imposibles de cumplir, etc., medidas de aislamiento social impedir las relaciones personales con otros compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes, no dirigirle la palabra, etc., medidas de ataque a la persona de la víctima, críticas hirientes, vejaciones, burlas, subestimaciones, etc., medidas de violencia física, agresiones verbales insultos, críticas permanentes, amenazas, rumores sobre la víctima, etcétera. Como fácilmente puede apreciarse la figura del mobbing aparece plenamente acomodada a la descripción que se ha declarado en los hechos probados. La problemática que el acoso laboral despierta en el ámbito penal es la dificultad de encontrar un acomodo típico para el mismo...

(...)

“La conducta de la imputada ha excedido con mucho de lo aceptable laboral y personalmente, en una conducta dirigida a hostigar a la otra persona. Una cosa es la rigurosidad en el desempeño de un cargo de responsabilidad y la exigencia formal a los subordinados y otra convertir la insistencia en un conducta de acoso, con desprecio de la dignidad y voluntad de la otra persona,.

Dicha insistencia se convierte en coacción cuando su intensidad es tal que altera de forma grave la tranquilidad y sosiego de la persona coaccionada, afectándola en el ámbito laboral y personal hasta el punto de tener que requerir de terceros ayuda y provocar alteraciones psíquicas y físicas que han precisado tratamiento psicológico.

La vis compulsiva está por tanto acreditada, al igual que la voluntad dolosa de querer forzar a la víctima a hacer algo que no quiere y que no tiene porque hacer (ilicitud del acto), a lo que cabe añadir la intensidad cierta que requiere el tipo delictivo de las coacciones.

(...) si bien la conducta de la acusada excede de lo social, laboral y personalmente aceptado y aceptable, inscribiéndose en el ámbito penal y no sólo del reproche social convencional, su conducta, dentro del ámbito en que se produce..., no alcanzan la intensidad de violencia necesaria para su consideración como delictivos, pues se trata de sucesos que aún repetidos, se suceden en un intervalo de tiempo muy largo, y sólo consta que afectasen a su función y dignidad laboral al no constar que éstos, como los demás actos realizados, fueran dirigidos además a constreñir su voluntad y libertad en algún

tipo de sentido, por lo que permite graduar la gravedad de la conducta situándola en la infracción penal menos grave de la falta de coacciones, prevista y penada en el art. 620.2 C. Penal.

(...)

“ del examen de las actuaciones se desprende que la recurrente protagonizó una **conducta persistente de hostigamiento hacia la víctima** incurriendo en conductas claramente coactivas... toda vez que mas allá de un excesivo rigor profesional tendía a impedir que ésta desempeñara su trabajo de forma digna

Ha quedado acreditada... la perpetración de la falta de coacciones subjetivamente dotada de un elemento intencional y voluntario -el dolo-. La Sra. C. desarrolló un comportamiento voluntario, querido e intencional -doloso-tendente precisamente a que la Sra. Amparo hiciese lo que no estaba obligada, compeliéndola a realizar lo que ella no quería, pretendiendo con ello causar desasosiego y conminarla al desempeño de su labor en condiciones que lesionaban su dignidad de su función laboral.

(...) realmente estamos ante lo que la Juez de lo penal ha definido como una estrategia de hostigamiento y acoso expresada a través de críticas públicas en tono vejatorio de su gestión profesional, generando en la perjudicada una situación psicológica delicada pues desarrolló un trastorno de adaptación requiriendo tratamiento médico adecuado a dicho trastorno directamente relacionado con la conducta de la apelante.

Con carácter general y tanto para el delito como la falta de coacciones, reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras la sentencia de fecha 10 de abril de 1987, requiere que el sujeto activo emplee y consiga la imposición de su voluntad sobre la del agraviado, a través del ejercicio de la violencia en sus manifestaciones de fuerza física, o de presión moral intimidatoria equivalente, y asimismo que de la confrontación que surge por la divergencia de adversas voluntades, con imposición de la del inculpado sin causa legitimadora, se quebrante la libertad de obrar del ofendido, anulando su autodeterminación, impidiéndole hacer lo que la ley no prohíbe o compeliéndole a efectuar lo que no quiera, siendo en definitiva infracción atentatoria a la libre determinación voluntaria del perjudicado.

(...) la juzgadora de instancia ha estimado que la recurrente está incurso en una falta de coacciones y que hubo dolo en tal comportamiento toda vez que a pesar de conocer el padecimiento psicológico que ello suponía en la Sra. Amparo insistió en su conducta de presión.

Así, los distintos incidentes sucedidos...generaron a la denunciante una situación de angustia en la que no podía desempeñar su trabajo, colapsándole anímicamente. La conductas desarrolladas por la Sra. C. a lo largo de varios años respecto a la Sra. Amparo constituyeron una verdadera estrategia continuada perturbadora de su libertad en el desempeño de sus tareas, sin

justificación alguna, con el consiguiente desasosiego e importante limitación de su capacidad de obrar a consecuencia precisamente de dichas acciones, la Juzgadora de instancia ha estimado que tal actuación es coactiva”.

Descarta la Sentencia la aplicación de los delitos de lesiones y contra los derechos de los trabajadores del art. 311 Código Penal y de la agravante de prevalimiento del carácter público.

- Otras conductas delictivas.

El acoso podrá concurrir, en concurso ideal, y más frecuentemente, en concurso real, con el delito de lesiones (art. 147 y ss).

Devendrá aplicable, ya como delito, ya como falta, en función del resultado lesivo (necesidad de tratamiento médico o quirúrgico, más allá de la primera asistencia facultativa), cuando las conductas afecten a la salud mental y física del trabajador o funcionario afectado.

Deberá concurrir “*animus laedendi*” o “*vulnerandi*”, intención de causar mal al trabajador. No debe descartarse a priori el dolo eventual.

- Calumnias y otros delitos contra el honor.

Concurrirán cuando el acoso conlleve un ataque al honor público al trabajador afectado.

Podrá catalogarse como delito o como falta, en función de la gravedad de las afirmaciones calumniosas o injuriosas.

- Acoso sexual

Cuando el acoso se lleve a cabo lesionando simultáneamente la libertad sexual del trabajador/funcionario afectado.

Tipificación expresa del delito de acoso laboral. La introducción en el Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.

La legislación punitiva, en consecuencia, no acogía un delito específico de acoso laboral. Ilícito con un campo de aplicación diverso respecto al propio de otros acosos laborales, en los que pueden primar aspectos de naturaleza sexual, discriminatorios por razón étnica, cultural u otros motivos personales, y de los delitos contra los derechos de los trabajadores.

Ante ello, la jurisprudencia ha venido acudiendo, ante conductas que consideraban dignas de represión, con vacilaciones, a los delitos o faltas descritos.

Sin duda, la ausencia de un tipo específico se ha traducido en una menor protección penal del trabajador afectado, en la impunidad de conductas que, como mínimo, en sus modalidades más graves, se estiman socialmente dignas de represión.

La ausencia de tutela legal expresa conlleva la inexistencia de una auténtica concienciación sobre el carácter delictivo del acoso laboral.

Falta la consciencia de delincuente y de víctima, que surgirá sin duda con la introducción del nuevo tipo de acoso. La única consecuencia es corrientemente que el acoso en el trabajo conduzca simplemente a la resolución del contrato, vía despido, vía abandono voluntario de su trabajo por el afectado; declaración de invalidez definitiva en sus distintos grados por enfermedad psíquica... Sencillamente, con tales remedios, el perjudicado deja de prestar actividad laboral, con incremento al daño en su salud y el acosador sigue ocupando su puesto.

Destaca la falta de tipicidad expresa del acoso laboral, que suple la L.O. 5/2010, y las dificultades de encuadre en otras conductas delictivas el **Auto. 201/2004, de 6 mayo. Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2ª)**. JUR\2004\199922.:

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES:
«mobbing»: concepto: alcance y diversos grados: principio de carácter fragmentario del Derecho Penal: tipicidad delictiva únicamente de aquellas manifestaciones que revistan especial gravedad y permitan la subsunción de los hechos en algunas de las figuras contenidas en las leyes penales; Imponer a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que

perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos: inexistencia.

Colige:

“La cuestión... entraña importantes dosis de dificultad valorativa, que no puede anudarse, en exclusiva, a un problema de falta de tipicidad del llamado acoso moral en el trabajo...”

*(...) no puede negarse la potencialidad incriminatoria de conductas que supongan una afectación del desarrollo de la relación jurídica laboral de conformidad a las exigencias constitucionales de dignidad, libertad e igualdad. El acoso moral en el trabajo, en sus manifestaciones más graves, **puede y debería ser objeto de protección penal**, incumbiéndole al legislador democrático una apuesta determinativa del contorno de protección, mediante una definición precisa de la acción típica y de los elementos normativos y descriptivos que deben integrarla. Ahora bien, la ausencia de tipo específico no impide, prima facie, la persecución de **conductas acosadoras que puedan caer dentro del perímetro de protección de otros tipos penales**”.*

La acusación *“se refiere en particular a un delito contra la libertad y seguridad de los trabajadores y de un delito contra la integridad moral de la Sra. A.*

La potencial tipificación de la conducta en tipos específicos reclama... la identificación de los elementos relevantes que integran cada uno de aquellos. Relevancia penal que... no puede confundirse con la sola presencia de una atmósfera laboral deteriorada, aún cuando pudieran identificarse elementos de acoso en la conducta del empleador o de trabajadores de los que depende jerárquicamente la querellada.

En efecto, el mobbing, como situación estructural, por la cual el trabajador afectado se ve sometido a condiciones laborales y existenciales que alteran o trastocan el régimen de derechos y obligaciones que deben caracterizar toda relación de trabajo, se manifiesta de manera multiforme y, en muchas ocasiones, también, difusa, lo que se proyecta en una amplia variedad e intensidad de consecuencias.

El mobbing puede proyectarse en acciones específicas contra la reputación o la dignidad personal del afectado, mediante comentarios injuriosos o despreciativos. Puede también manifestarse como acciones contra el ejercicio del trabajo, ya sea porque el responsable del servicio o de la supervisión encomiende al afectado un trabajo excesivo o difícil de realizar –atendiendo a las capacidades del propio trabajador que se tomaron en cuenta para su contratación o asignación funcional–, o innecesario, monótono o repetitivo, despreciando, de contrario, sus facultades, habilidades o capacidades.

Puede consistir, también, en una manipulación de la información o de la comunicación hacia la persona afectada que incluye, a su vez, una variedad notable de situaciones tales como: mantener al afectado en una situación de ambigüedad de rol –no informándole sobre distintos aspectos del trabajo, los métodos a desarrollar, la cantidad y calidad del trabajo a realizar–; haciendo un uso hostil de la comunicación tanto explícitamente –amenazándole, criticándole o reprendiéndole acerca de temas tanto laborales como referentes a su vida privada– como implícitamente –no dirigiéndole la palabra, no haciendo caso de sus opiniones, ignorando su presencia–; utilizando selectivamente la comunicación –para reprender o amonestar, minimizar sus logros o acentuando la importancia de sus errores–.

La identificación de alguna de estas acciones en una relación laboral determinada no supone, como consecuencia necesaria, la intervención penal. (...) las exigencias de tipicidad, marcadas por los principios de lex certa y lex estricta, reclaman imperiosamente que las acciones contra las condiciones de trabajo, contra la reputación o manipulativas de la información, reúnan los caracteres concretos reclamados por los delitos en cuyos perímetros de protección se pretende subsumir la conducta.

El Juez de instancia... desgrana con precisión los elementos reclamados por los tipos del art. 311 y 173 Código Penal, llegando a la inobjetable conclusión de que no cabe apreciar la situación o marco coactivo como presupuesto generador de la lesión de las condiciones laborales ni tampoco la existencia de un trato inhumano y degradante. Éste, de conformidad a la doctrina del TEDH (Sts. 25.2.82, 28.1.79) se define en relación con la existencia de actos que pueden crear en la víctima sentimiento de temor, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarle, de envilecerle y de quebrantar su resistencia física y moral”.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE 23.junio.2010), que entrará en vigor el próximo 24.diciembre.2010, incorpora por primera vez al texto punitivo el delito de acoso laboral. Acude al ámbito de los delitos contra integridad moral, descritos en el Título VII del Libro II (“*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*”).

Sin perjuicio de incorporar igualmente el llamado acoso inmobiliario, respecto a la figura que nos ocupa intenta, en definitiva, colmar la laguna existente hasta ahora.

Se añade un segundo párrafo del apartado 1º del art. 173 CP, con la siguiente redacción:

*“Con la misma pena serán castigados los que, en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.*²³

Se opta por incardinar el acoso laboral en el ámbito de los delitos contra la intimidad moral -al igual que la violencia habitual en el ámbito familiar-, primando sin duda la tutela de la dignidad de la persona en el ámbito laboral o funcionarial.

- La pena proyectada (prisión de seis meses a dos años), por referencia a la prevista en el párrafo 1º del mismo precepto, es de superior gravedad a la asignada al delito de acoso sexual en el art. 184 CP.

- El informe del **CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL** al Anteproyecto, se refería al cambio proyectado. Tras recordar el contenido de la resolución del Parlamento Europeo sobre acoso en el lugar de trabajo (2001/2339 (INI), publicada mediante Acta de 20 de septiembre de 2001 y los trabajos del grupo de Estudio de Violencia en el Trabajo de la Comisión Europea, y la Directiva Marco 89/391/CEE, afirma cómo *“La idea de que el tipo de acoso laboral está incluido en el vigente artículo 173.1 del Código penal constituye doctrina científica mayoritaria. Sin embargo, esta idea parte de la existencia muy criticada de un tipo penal tan genérico, indeterminado y, por tanto, tan ajeno al principio de determinación de los tipos penales, como el del recién mencionado artículo 173.1”*²⁴. El debate sobre la necesidad de

²³ El texto del Anteproyecto incorporaba la siguiente redacción:

«Con la misma pena serán castigados los que, en el marco de cualquier actividad laboral, realicen contra otro de forma reiterada actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación y los que, en el marco de cualquier otra relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma.»

²⁴ Cfr. STS, 2ª, nº 489/2003, de 2 de abril de 2003: *“La impugnación realizada exige, por nuestra parte, dar contenido al tipo penal del artículo 173 del Código Penal, precepto que, según una opinión generalizada en la doctrina, adolece de graves defectos en su redacción al declarar como*

introducir un tipo penal específico de acoso laboral debe tener en cuenta, pues, que la existencia de tipos no taxativos, abiertos e indeterminados, no han impedido nunca la existencia de tipos penales especiales, ni ha resuelto adecuadamente los problemas técnicos de tipicidad de las conductas, y, por supuesto, tampoco han servido para el fin de prevención general de las normas prohibitivas penales. Ahora bien, si, por estas razones, se considera técnico y político-criminalmente adecuado introducir un delito específico de acoso laboral, la opción del Anteproyecto de que sea de la misma gravedad que el vigente atentado genérico contra la integridad moral, exige que ambos delitos tengan un ámbito típico propio, es decir, que se comporten de forma complementaria entre sí. Según esto, la justificación del segundo párrafo del artículo 173.1 exige que, al menos en lo referente al tipo de acoso laboral, describa una situación de hostigamiento en la actividad laboral que no esté contemplada en el primer párrafo como trato degradante....

(...)

Ambos tipos describen diferentes formas igualmente graves de lesionar el bien jurídico “integridad moral”.

(...) reiteradas sentencias penales han reclamado este nuevo tipo, y muchas sentencias consideran que el mobbing no puede encuadrarse en el artículo 173.1. El hecho, pues, de que existan algunas sentencias penales que han incluido graves conductas de acoso laboral en el vigente tipo del artículo 173.1 no invalida la necesidad del tipo, ni tampoco este argumento diferenciador, pues la ausencia de un tipo penal específico de acoso laboral y la existencia, sin embargo, de un tipo absolutamente indeterminado

acción típica la de infligir a una persona un trato degradante que menoscabe gravemente su integridad moral”. En el mismo sentido, STS, 2ª, nº 2101/2001, de 14 de noviembre: “Como es sabido durante el debate parlamentario se oyeron autorizadas voces que consideraron superfluo este tipo penal y que subrayaron la imprecisión de su contenido. Es evidente que el hecho de que el artículo 15 CE garantice la interdicción de tratos degradantes, no constituye todavía una justificación de un tipo penal específico, dado que el reconocimiento de un derecho fundamental no es considerado como un mandato constitucional de protección penal, sin más”.

de atentado contra la integridad moral han forzado la interpretación del vigente”.

La “indeterminación típica del vigente artículo 173.1 es, precisa y cabalmente, la mejor justificación de la necesidad del nuevo tipo específico de acoso laboral, que permitirá ir reduciendo el ámbito residual de aplicación del vigente, que es más que dudosamente compatible con el principio de legalidad”.

A fin de delimitar el ámbito de aplicación propio de ambas figuras, cabe referir cómo el delito contra la integridad moral podrá concurrir ante un solo acto, que menoscabe gravemente la integridad moral, mientras que el acoso laboral requerirá, por su propio concepto, una reiteración en la conducta del agresor.

Si el acoso da lugar a un trato degradante, se aplicaría el tipo genérico del art. 173.1º (“*sin llegar a constituir trato degradante*”).

El legislador persigue la protección completa de la integridad moral, centrando ahora su tutela específica en el ámbito laboral o funcionarial.

La integridad moral goza de autonomía propia, independiente de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus distintas facetas o al honor. Se protege, reza la STC 120/1990, de 27 de julio “*la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca de consentimiento de su titular*”²⁵.

Respecto al tipo objetivo, la acción en el delito que examinamos, se identifica “*con un comportamiento reiterado de actos hostiles o humillantes que no constituyan trato degradante y que supongan grave acoso contra la víctima*”.

La aplicación del precepto aparece delimitada, en virtud del principio de especialidad, por el trato degradante, que lo desplaza.

²⁵ Citada por CARBONELL MATEU, J. C., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. “*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*” “*Comentario al Código Penal de 1995*”, Valencia 1996 (págs. 894 y ss).

Por trato degradante se entiende “*aquél que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles, y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral*” (STS. Sala Segunda 29.septiembre.1998).

Aunque habitualmente la expresión “trato” se identificará con un comportamiento permanente o habitual, no hay obstáculo para que el delito de trato degradante se cometa con un simple ataque o un acto aislado. En lo referente al resultado, precisa un menoscabo grave en la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma.

En casos de comportamientos menos graves cabrá acudir a la falta del art. 620.2 CP.

El acoso laboral podrá constituir trato degradante cuando se menoscabe gravemente la integridad moral y concurren los requisitos que motivan la aplicación del tipo descrito en el párrafo 1º del art. 173. Éste se aplicará cuando contemplemos un único acto hostil o humillante, que menoscabe gravemente la integridad moral, aunque se realice en el ámbito de la relación laboral o funcionarial.

El trato degradante absorbe el acoso laboral en la concreta redacción legal que se introduce.

Se aventuran dificultades en la delimitación del campo de aplicación de ambos tipos.

La expresión “*humillantes*” nos reconduce rápidamente al valor de la dignidad humana, como uno de los bienes jurídicos afectados con las conductas de acoso.

Como nota inherente al “*mobbing*” se reclama una conducta reiterada, una serie de actos que ataquen al perjudicado o que le humillen de forma grave en el ámbito laboral o funcionarial que define el tipo. No se especifica el número de actos precisos para la condena, por lo que de acorde con una línea jurisprudencial clásica, la habitualidad reclama como mínimo la comisión de tres actos.

Servirá de pauta interpretativa la noción incorporada en el apartado 3º del art. 173 CP (“*Para apreciar la habitualidad a la*

que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido con la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo”).

La previa condena por alguna de estas conductas, aisladamente enjuiciadas, no desplazará la aplicación del tipo ni conllevará la infracción del principio *non bis in idem*, habida cuenta de la diversidad de bienes jurídicos protegidos. También sirve de criterio interpretativo el citado art. 173.3 CP (“*con independencia... de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*”).

- En lo referente al resultado el actuar del sujeto activo debe traducirse necesariamente en una situación de grave acoso, entendiendo por tal, según la propia Exposición de Motivos de la Ley 5/2010, “*el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcionarial, que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad*”.

- La redacción definitiva da cabida al acoso en la función pública, más frecuente que en la actividad laboral por cuenta ajena. Quedan “*incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico públicas*” (Exposición de Motivos de la L.O. 5/2010).

Hay particularidades que reclamaban la contemplación expresa en el tipo del acoso a funcionario público. En este sentido apunta el informe del CJPJ al Anteproyecto:

“Las peculiaridades de la relación laboral en la función pública hacen aconsejable que el tipo penal tenga elementos diferentes de los del acoso laboral fuera de las Administraciones Públicas. Efectivamente, esta clase de comportamientos en el ámbito de la función pública no son fácilmente subsumibles en el concepto jurídico penal de acoso laboral,

puesto que el requisito de la reiteración de la conducta hostil se desdibuja notablemente debido a que los actos de acoso pueden materializarse en un solo acto administrativo de efectos permanentes. Por eso, se sugiere que el elemento de la reiteración sea sustituido en el ámbito de la función pública por “la permanencia de sus efectos”, que deben ser reveladores de un proceso de grave hostigamiento, incluso si han existido resoluciones administrativas consentidas o infracciones no penales prescritas”.

También la **UNIÓN PROGRESISTA DE FISCALES** se mostró favorable a la contemplación de las relaciones funcionariales dentro del acoso laboral, reclamando una expresa referencia para evitar ambigüedades.

- Respecto a la relación entre el acoso laboral y sexual, apunta el Informe del **CJPJ** cómo:

“El acoso sexual es una estrategia más de hostigamiento en el trabajo (de hecho en algunas sentencias se solicita la aplicación del delito de acoso sexual y, subsidiariamente, el delito del artículo 173.1). Ambos delitos de acoso comparten los rasgos esenciales del acoso moral, ya que son un modo de hostigamiento que provoca un clima objetivo y gravemente intimidatorio, hostil y humillante. Sin embargo, la pena prevista para la realización del tipo del artículo 173.2 convierte el acoso sexual en una modalidad privilegiada de acoso en el trabajo. En cambio, en el ámbito laboral y administrativo la normativa sancionadora equipara la gravedad de las conductas de acoso sexual y el resto de las formas de acoso, ya que todas son infracciones muy graves. Así está previsto, en efecto, en los apartados 13 y 13 bis del artículo 8 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y en los apartados b) y o) del artículo 95.2 del Estatuto Básico del Empleado Público. El componente sexual no explica suficientemente un tratamiento privilegiado. La idea de instrumentalización o humillación del trabajador es igualmente significativa. Ahora bien, ya que el tipo de acoso sexual del artículo 184 puede consumarse con una sola solicitud, puede encontrar cierta justificación la pena notablemente inferior a la del acoso laboral. No obstante, debe dejarse constancia de que la técnica legislativa consistente en considerar acoso sexual un solo acto es contrario a la propia semántica del término, que se caracteriza por la

reiteración. Se debería reflexionar, por tanto, sobre la defectuosa técnica legislativa del delito de acoso sexual, no sólo en relación con el acoso laboral, sino también con el delito de amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito, que es en lo que consiste normalmente la conducta de acoso sexual, pero al que corresponde, no obstante, una pena muy superior”.

Quizás lo aconsejable sería trasladar igualmente el acoso sexual al ámbito de los delitos de la integridad moral.

- Convergen en la sanción de las conductas de acoso tanto el derecho administrativo sancionador como el derecho sancionador laboral. Por ello, el delito de acoso debe contemplar las situaciones y las conductas más graves. Deben afectar a la capacidad de autoestima, de autodeterminación en el mundo laboral del perjudicado.

- La expresa inclusión en el tipo básico de la exigencia de prevalimiento de una relación de superioridad del agresor sobre el acosado, excluye o dificultará la aplicación del tipo a los supuestos de “*mobbing*” horizontal (“*bossing*”), entre compañeros de trabajo sin relación jerárquica o funcionarios del mismo nivel. Tal vez por ello, debería haberse incorporado un tipo básico, sin reclamar concurra siempre situación de prevalimiento; y otro agravado, para cuando medie, en forma similar a la prevista para el delito de acoso sexual en el art. 184 CP. No cabe identificar en todo caso “relación de superioridad” con relación jerárquica, pudiendo derivar aquélla de una situación real de dominio.

El tipo básico debe contemplar la modalidad horizontal, permitiendo -como apunta **POMARES CINTA**²⁶- dar cabida a las situaciones de dominio/sumisión derivadas de una situación de desigualdad de hecho en el ámbito de la prestación de trabajo. No parece prudente excluir el acoso laboral entre iguales, cuyas nefastas consecuencias pueden ser iguales o superiores a las provocadas por la conducta del superior.

²⁶ Op. cit.

A diferencia de la redacción prevista en el Anteproyecto (*“los que, en el marco de cualquier otra relación contractual...”*), el tipo deja fuera de su campo de aplicación el atentado contra la dignidad moral en el marco de cualquier otra relación contractual derivada de la prestación de servicios personales. Quedan excluidos de la protección específica, entre otros, pequeños trabajadores autónomos que, frecuentemente, por las notas de dependencia y ajeneidad, no dejan de ser realmente trabajadores por cuenta ajena.

Aunque con tales defectos o ausencias, no hay duda de que el propósito de regulación específica del delito de acoso laboral, que incorpora la reforma, merece favorable acogida.

La nueva regulación sustantiva debe haber ido acompañada de la previsión expresa en la Ley Procesal Penal de la oportunidad de adoptar medidas de protección del perjudicado acosado desde el inicio del proceso. A falta de modificación legislativa, procede acudir a tal fin a las posibilidades que ofrecen los arts. 13 y 544 bis. LECrim., con relación a los arts. 57 y ctes. del Código Penal. Así se evitará la doble victimización del trabajador o funcionario público que inicia procedimiento penal, otorgándole la adecuada protección desde los primeros momentos del procedimiento.

Este libro se terminó
de imprimir el 13 de agosto de 2010,
en los talleres
de la Gràfica Dertosense, s.l.
de Tortosa

