

*Alfredo Montoya Melgar\**

## El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico

*RESUMEN: Pretende este estudio encuadrar jurídicamente la figura del acoso laboral (en sus diversas manifestaciones: moral, sexual, discriminatorio). A tal efecto, comienza reflexionando sobre los puntos de concordancia y de separación existentes entre los diversos tipos de acoso, para analizar seguidamente el acoso desde el punto de vista de la Constitución y de las más importantes normas del ordenamiento laboral (Estatuto de los Trabajadores, Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social, Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Ley de Procedimiento Laboral), de la Ley General de Seguridad Social y del Código Penal. El trabajo tiene por eje la idea de que el acoso constituye un atentado contra determinados derechos fundamentales, antes que un riesgo laboral, y que su tratamiento debería tener en cuenta esa realidad. No obstante, y ante la creciente admisión del carácter «pluriofensivo» del acoso (contra derechos fundamentales y contra la salud del trabajador), se propone que se arbitren medidas específicas de prevención del acoso, más cercanas a la defensa de los derechos fundamentales que a las medidas tradicionales de seguridad y salud en el trabajo.*

### SUMARIO

#### INTRODUCCIÓN

- I. EL ACOSO EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN
- II. EL ACOSO EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
- III. EL ACOSO EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD
- IV. EL ACOSO EN LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES DEL ORDEN SOCIAL
- V. EL ACOSO EN EL CÓDIGO PENAL
- VI. EL ACOSO EN LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
- VII. EL ACOSO EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL

\* Catedrático de Derecho del Trabajo.

VIII. EL ACOSO EN LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES  
CONCLUSIÓN

## INTRODUCCIÓN

La civilización, fenómeno estrictamente humano, significa progreso no sólo científico y técnico sino también moral y, traslativamente, jurídico.

En este sentido, conductas que ayer se reputaban lícitas o simplemente toleradas de hecho o incluso indiferentes, hoy son consideradas antisociales y antijurídicas. Tal ocurre de modo llamativo con numerosos fenómenos asociados a la violencia (la pena de muerte, la tortura, la violencia doméstica o escolar o laboral, etc.).

¿Por qué intensifica el Derecho su acción de prohibir y sancionar estos fenómenos sólo recientemente? Como posible razón, habría que citar más que la expansión y la intensificación de las acciones violentas (la historia nos indica justamente lo contrario), sobre todo y básicamente, la existencia de una mayor sensibilidad social (y política y jurídica) y una actitud de reproche más firme frente a los fenómenos de violencia; signos estos indudablemente de un mayor grado de civilización.

En el ámbito laboral se vienen tipificando desde no hace mucho tiempo comportamientos y situaciones dañosos para los trabajadores desde el punto de vista psico-social (el llamado «acoso», en sus diversas manifestaciones, el estrés, el *burn-out* o síndrome de estar quemado, etc.); situaciones estas que a su vez pueden estar provocadas o acentuadas por episodios de acoso. La rúbrica «riesgos psico-sociales» encubre, pues, realidades muy distintas, sobre cuya identidad confunde; así, el acoso es una conducta, mientras que el estrés es una secuela o síntoma patológico, que puede derivar del acoso o de otras circunstancias ajenas a él.

Aun siendo la configuración de esos riesgos psicosociales un fenómeno actual, no cabe ignorar la existencia de claros antecedentes parciales en la defensa jurídica de la integridad moral de los trabajadores (aunque no sólo de ellos); así, los malos tratos son de antiguo causa de extinción del contrato por la parte, trabajador o empresario, que los sufre<sup>1</sup>, y la vieja LCT de 1944 imponía al empresario la obligación de «tratar al trabajador con la humani-

<sup>1</sup> Así, el Código del Trabajo de 1926 consideraba causa justa de extinción del contrato, por voluntad del patrono, «los malos tratamientos o la falta grave de respeto y consideración por parte del obrero (...) a los compañeros de trabajo» (art. 21.3º); y causa justa de extinción por voluntad del obrero «los malos tratamientos o la falta grave al respeto y consideración debidas al mismo, por parte del patrono, de su familia, de sus representantes, de sus obreros o dependientes». La LCT de 1931 acogía en términos prácticamente literales estas previsiones (art. 89.6º y 7º), y lo mismo hacía la LCT de 1944 (arts. 77.c y 78.a).

dad debida a su dignidad humana» (art. 75.6º, que añadía este nuevo deber patronal a los enumerados en el art. 87 de la LCT de 1931).

Aquí sólo nos ocuparemos del acoso (de los acosos, para ser más exactos), y desde una concreta perspectiva: su encuadramiento como figura jurídica. Un tema éste no meramente formal, sino, como pronto se verá, de gran trascendencia práctica.

Antes de seguir adelante, digamos que bajo la rúbrica «acoso» se incluye una variedad de situaciones: acoso moral, acoso sexual y acoso discriminatorio por razón de sexo, por motivos raciales o étnicos, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, etc.; acosos entre compañeros de trabajo o entre superiores y subordinados, estos últimos «descendientes» (en su inmensa mayoría) o «ascendentes».

Entre unas y otras modalidades de acoso hay diferencias sustanciales: el llamado acoso moral está basado en el puro *animus nocendi* hacia el acosado, con el fin inmediato de dañar su personalidad y prestigio (el denominado «mobbing»)<sup>2</sup>, mientras que el «acoso sexual» persigue objetivos sexuales y el «acoso por razón de sexo», de edad, raza, etc. tienen finalidades discriminatorias específicas.

No obstante, hay un común denominador en las distintas regulaciones del acoso. En todo caso, el acoso es una conducta reiterada, grave y objetivamente degradante e indeseada (SSTC 224/1999 y 136/2001). Se trata además de una vulneración de derechos fundamentales, que afecta a la dignidad, a la intimidad y a la igualdad, y en tal sentido la lucha contra el acoso es claramente lucha a favor de esos valores<sup>3</sup>. Repetida doctrina judicial señala las diferencias entre el acoso (y en particular el acoso moral) y otras situaciones, conductas o comportamientos, tales como malas relaciones (STSJ Castilla y León, Burgos, 15 noviembre 2007), conflictos, enfrentamientos, desacuerdos o condiciones de trabajo inadecuadas (STSJ Madrid, 13 diciembre 2006 y 27 junio 2007; Asturias, 20 julio 2007).

Una reciente y creciente tendencia viene sosteniendo que la lucha contra el acoso es también lucha a favor de la seguridad y la salud en el trabajo, erigiendo en argumento predilecto el de que el acoso es consecuencia de una mala organización del trabajo más que de las características personales

<sup>2</sup> Cfr. F. CAJAS MARTÍNEZ: «Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales», *Aranzadi Social*, 2006, núm. 18, pg. 16, resaltando en el acoso moral la «intencionalidad de dañar personalmente a la víctima». En igual sentido, M. CORREA CARRASCO (COORD.): *Acoso moral en el trabajo*, Thomson-Aranzadi, 2006, pgs. 61 y 89-90, destacando la «intencionalidad lesiva» y la «potencialidad lesiva derivada de su naturaleza degradante» del acoso. Como dice la STSJ Andalucía, Granada, 31 enero 2007, para que exista acoso «es precisa una cierta intencionalidad o, al menos, un dolo eventual...» (la sentencia incluye también la «negligencia grave», menos apta a nuestro juicio para configurar la noción de acoso).

<sup>3</sup> La conexión entre acoso y vulneración de derechos fundamentales se da tanto en el ámbito de las relaciones laborales, a las que se hace referencia más adelante, como en el trabajo autónomo (en este sentido, art. 4.3.c Ley 20/2007, de 11 de julio) y en el del empleo público (art. 14.b Ley 7/2007, de 12 de abril).

del acosador<sup>4</sup>. Con razonamiento parecido al empleado en materia penal cuando se propugna el desplazamiento de la responsabilidad última por el delito a la sociedad<sup>5</sup>, la culpa última del acoso se quiere desplazar a la organización de la empresa, de la que es responsable el empresario. Sin embargo, no debe perderse de vista que el acoso, aun siendo un fenómeno típico de organizaciones sociales, «es un problema que surge en diferentes contextos», y concretamente es «un problema esencialmente humano»<sup>6</sup> derivado de las pulsiones agresivas y violentas del ser humano<sup>7</sup>. Así lo han advertido los Tribunales de Justicia al afirmar (STSJ Madrid 3 diciembre 2007) que «cuando en la condición humana predominan los instintos sin control por la razón, la perversión del hombre es capaz de generar los más abominables sufrimientos». En la identificación del acoso, según la sentencia citada, no puede faltar el dato relevante de la personalidad antisocial e inhumana del acosador, en el que latén «instintos y sentimientos de envidia, de frustración, de exacerbado egoísmo, de celos, de miedo, de rivalidad y, muy particularmente, de narcisismo».

Desde luego, no es casual que se suela adjetivar al acoso como «moral», en

<sup>4</sup> En este sentido se pronuncia abundante doctrina académica; vid., R. SERRANO OLIVARES: *El acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid, 2005, pg. 112; M. CORREA CARRASCO (COORD.): *Acoso moral en el trabajo*, cit., pgs. 63-64; F. NAVARRO NIETO: *La tutela jurídica frente al acoso moral en el trabajo*, Lección inaugural del Curso 2007-2008, Universidad de Córdoba, pg. 13.

<sup>5</sup> Frente a las teorías que resaltan la personalidad del delincuente («teorías sobre el autor»), iniciadas por LOMBRÓSO, se alzan las «teorías de la socialización deficiente» debida a condicionamientos sociales, familiares, educativos, etc. (QUETELET, TARDE) y las «teorías de la estructura social defectuosa» (a partir de DURKHEIM), que sitúan en la sociedad los factores fundamentales de criminalidad por no facilitar a los individuos los medios para conseguir los fines sociales. Vid. en extenso W. HASSEMER y F. MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, *passim*.

<sup>6</sup> C. MOLINA NAVARRETE, en J. I. MARCOS GONZÁLEZ (COORD.): *La tutela frente al acoso moral, laboral, escolar, familiar e inmobiliario*, Thomson-Aranzadi, 2006, pg. 18.

<sup>7</sup> La bibliografía sobre la violencia y su naturalidad en todas las especies, incluida la humana, es copiosa. Cfr., entre las obras clásicas de cultivadores de la Etología, K. LARENZ: *Sobre la agresión. El pretendido mal*, cit., pgs. 31 y 60-61 («la lucha es un proceso sempiterno en la naturaleza»; «la tendencia agresiva es un verdadero instinto, destinado primordialmente a conservar la especie»); I. EIBL-EBESFELDT: *El hombre preprogramado*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, pg. 123 («el comportamiento humano de agresión se encuentra seguramente preprogramado, en las esferas motora y receptora y probablemente también en las impulsiones, por adaptaciones filogenéticas»); D. MORRIS: *El mono desnudo. Un estudio del animal humano*, Plaza & Janés, Barcelona, 1970, pgs. 173 y ss. (señalando tres causas en la lucha de las especies: establecimiento de una jerarquía social, fijación de derechos territoriales y adopción de unidades familiares. Sin negar la presencia de la agresividad en el ser humano, pero relativizando su papel y potenciando el del influjo social, en oposición a los etólogos, A. MONTAGU: *La naturaleza de la agresividad humana*, Alianza Universidad, Madrid, 1978, pgs. 15 y 19 («la conducta agresiva no es sino una conducta entre otras muchas»; «sin negar para nada un componente genético en la agresión humana» ésta no alcanza el grado que pretenden los etólogos «agresionistas»). Ver también J. ROF. CARBALLO: *Violencia y ternura*, Editorial Prensa Española, Madrid, 3ª ed., 1977, pgs. 113 y ss., más próximo a la antropología cultural de MONTAGU que a la tendencia etológica en buena medida tributaria de DARWIN.

cuanto afectante a valores morales, éticos o espirituales antes que físicos, lo que justifica su encuadramiento en el ámbito de la defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, no es menos cierto que del acoso se derivan en algunos casos secuelas patológicas psíquicas o incluso físicas, lo que propicia también su encuadramiento en el ámbito de los riesgos laborales; ello no quiere decir que todo acoso repercuta necesariamente de modo negativo sobre la salud, física o psíquica, de la víctima<sup>8</sup>.

La posición tradicional y todavía dominante en el Derecho europeo y también en el español se inclina a considerar el acoso básicamente como atentado frente a derechos fundamentales. Como dice rotundamente la STSJ Madrid 3 diciembre 2007, el acoso moral «constituye, sin género de duda alguna, una violación de derechos fundamentales y valores básicos de la persona»<sup>9</sup>.

En tal sentido, el Derecho comunitario europeo (Directiva 2006/54/CE, que refunde la 2002/73/CE, modificadora de la 76/207/CEE) configura el acoso sexual y el acoso por razón de sexo como atentados contra la dignidad y la igualdad de trato. También la Directiva 2000/78/CE conceptúa el acoso como discriminación por razón de convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y lo propio hace la Directiva 2000/43/CE con relación al acoso por razón de origen racial o étnico.

La misma posición se observa en las leyes españolas 51 y 62/2003, y en otras muchas disposiciones a las que ase alude más adelante.

Ello no obstante, la tesis de que el acoso tiene unos efectos «pluriofensivos» (contra la dignidad, intimidad, honor, etc.; pero también contra la salud laboral) se va abriendo paso últimamente. Así, el Código de Conducta sobre medidas para combatir el acoso sexual (Anexo a la Recom. 1992/131/CEE) aun centrándose en la protección de la dignidad del trabajador, considera

<sup>8</sup> Como dice F. CAVAS MARTÍNEZ, mostrándose «partidario de un concepto de acoso moral que ponga el acento más en el daño a la dignidad del trabajador que en el deterioro de su salud», para que exista acoso «no es preciso que se produzcan daños en la salud física o psíquica de la víctima» («Derecho de la prevención y nuevos riesgos profesionales», cit., pgs. 16 y 17). Análogamente, R. SERRANO OLIVARES: *El acoso moral en el trabajo*, cit., pgs. 27 y 28: el acoso supone «un atentado contra la integridad y la dignidad del trabajador, con independencia de la producción efectiva de un daño psicológico», de modo que «la producción de un efectivo daño psíquico y/o físico constituye un elemento meramente accidental en la definición normativa del acoso moral, pues éste resulta reprochable por lo que de atentado a los derechos fundamentales del hombre entraña, con independencia de los daños que eventualmente origine», y R. VALLEJO DACOSTA: *Riesgos psico-sociales: prevención, reparación y tutela sancionadora*, Thomson-Aranzadi, 2005, pgs. 30-31 y 55: «el daño a la salud psico-física del trabajador no debe ser un elemento consustancial en la definición del acoso moral»; «la integridad moral (...) nada tiene que ver con el concepto de salud»; aunque «el acoso puede generar daños en la salud de los trabajadores».

<sup>9</sup> En igual sentido, poniendo énfasis en la vulneración por el acoso de los derechos a la intimidad, igualdad, etc., SSTC 224/1999, de 13 diciembre y 136/2001, de 18 junio; y SSTSJ Madrid 27 junio y 16 octubre 2007.

el acoso como un «riesgo para la salud y la seguridad». Igualmente, la Resol. del Parlamento Europeo 2001/2339 (INI) sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, sin dejar de reconocer la incidencia negativa del acoso sobre la dignidad, intimidad y honor de la persona del trabajador, lo considera igualmente como un posible riesgo para la salud. También el Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo (26 de abril de 2007) considera al acoso como la vulneración de la dignidad del trabajador o directivo mediante abusos, violencias, maltratos, amenazas o humillaciones, aunque también como posible daño a la salud de la víctima.

El mismo criterio se observa en la doctrina judicial española, que considera que el acoso viola la dignidad de la persona, la libertad personal y la igualdad, la integridad física y moral, la intimidad, el honor «y asimismo otros valores constitucionalmente protegidos, como son el de la salud laboral y el de la higiene en el trabajo» (por todas, SSTSJ Madrid 16 octubre y 3 diciembre 2007, y Castilla-La Mancha 30 mayo 2007).

## I. EL ACOSO EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN

En la CE la conexión del acoso con las vulneraciones de los derechos fundamentales es evidente: el acoso se opondría a la «dignidad» (art. 10.1 CE), a la «integridad moral» y eventualmente también a la física que reconoce el art. 15 CE, y podría llegar a los «tratos inhumanos» que prohíbe el propio precepto. Asimismo, el acoso podría violar los derechos al honor y a la intimidad que reconoce el art. 18.1 CE. Así, los actos de acoso serían «intromisiones ilegítimas» en el ámbito de la intimidad personal proscritas en la Ley 1/1982, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen. En igual sentido, el TC ha venido vinculando acoso y vulneración de los derechos a la igualdad y sobre todo a la intimidad (por todas, S. 224/1999, de 13.12<sup>10</sup>; sin embargo, el Alto Tribunal ha declarado también que el art. 15 CE ampara el derecho a la salud frente a los riesgos laborales, y que la LPRL concreta en el ámbito laboral la protección consagrada en dicho art. 15<sup>11</sup> (SS. 35/1996, de 11 de marzo, 119/2001, de 24 mayo, 62/2007, de 27 marzo y, especialmente, 160/2007, de 2 julio).

## II. EL ACOSO EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

De modo explícito, el ET reitera la asociación entre acoso y vulneración de derechos fundamentales. Así, su art. 4.2.e) [redactado por Ley 3/2007, LOI] reconoce el derecho de los trabajadores a «la protección frente al acoso por razón de origen racial (...) y frente al acoso sexual y al acoso por razón de

<sup>10</sup> Cfr. el comentario a esta sentencia de S. DEL REY GUANTER en M. ALONSO OLEA y A. MONTAÑA MELGAR: *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, t. XVII, Civitas, Madrid, 2000, ref. 1.114.

<sup>11</sup> Siempre frente a riesgos graves y ciertos (SSTC 5/2002, de 14 de enero y 119/2001, de 24 de mayo).

sexo» dentro del derecho «al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad». El precepto se centra en el acoso discriminatorio, igual que hace el art. 54.2.g) ET<sup>12</sup>, siguiendo ambos las Directivas europeas.

Muy significativamente, el ET dedica al tema del acoso un precepto (el citado art. 4.2.e), distinto del que se refiere al derecho de los trabajadores a la «integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene» (art. 4.2.d ET). Dicho más claramente, el ET no encuadra el acoso dentro del derecho de prevención de riesgos laborales. En congruencia con esta postura, el art. 19 ET («Seguridad e higiene») tampoco hace la menor referencia al acoso como posible riesgo laboral.

### III. EL ACOSO EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA IGUALDAD

Por lo que se refiere a la LOI (L 3/2007), las modalidades de acoso en ella reguladas (acoso sexual y por razón de sexo) se vinculan a la dignidad humana y al derecho a la no discriminación (en especial, art. 7). El art. 48 LOI contiene unas «medidas específicas» de evitación de dichos acosos, ajenas al bloque normativo de seguridad y salud en el trabajo: así, el empresario debe promover unas condiciones de trabajo y unos procedimientos preventivos y de denuncia frente a tales conductas; la negociación colectiva de empresa puede establecer códigos de buenas prácticas, campañas informativas, acciones de formación, etc.; y los representantes de los trabajadores deben sensibilizar a éstos e informar a la dirección de la empresa de las situaciones de acoso en ella. Aunque algunas de estas acciones sean similares a las desarrolladas en materia de prevención de riesgos laborales, los ámbitos son diferentes; así, del art. 48 LOI no se desprende que las actividades de prevención del acoso correspondan a los servicios y delegados de prevención de riesgos laborales. Es a los planes de igualdad y no a los de prevención de riesgos laborales a los que compete incluir la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo (art. 46.2 LOI).

Sin embargo, también la LOI establece en algún momento una conexión entre acoso y salud laboral; tal ocurre en el art. 27.3.c), que encomienda a las Administraciones públicas la consideración del acoso sexual y por razón de sexo «dentro de la protección y mejora de la salud laboral». La conexión, sin embargo, no llega a integrar la protección frente a tales acosos en el marco de la legislación preventiva laboral.

### IV. EL ACOSO EN LA LEY DE INFRACCIONES Y SANCIONES DEL ORDEN SOCIAL

El encuadramiento separado del acoso y de los riesgos laborales se repite

<sup>12</sup> Recuérdese que dicho precepto, añadido por la LO 3/2007, tipifica como causa de despido «el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa».

en la LISOS (RDLeg 5/2000). Ésta tipifica, en efecto, dos categorías de infracciones administrativas distintas: a) el acoso (o acosos) por un lado (Cap. II, secc. 1ª, subs. 1ª: «Infracciones en materia de relaciones laborales individuales y colectivas»), y b) las «Infracciones en materia de prevención de riesgos laborales» (Cap. II, secc. 2ª).

Fuera, pues, de las infracciones en materia de prevención de riesgos quedan en la LISOS los diversos tipos de acosos de los que se vienen ocupando el Derecho comunitario y el español:

a) Art. 8.13 LISOS: tipifica como infracción muy grave el acoso sexual, cualquiera que sea su sujeto activo, y siempre que «se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial». Obsérvese que lo que la Ley sanciona es la infracción del empresario (las «infracciones laborales» sólo se imputan a los empresarios: Cap. II LISOS) en todo caso, incluso en el supuesto de que el acoso hubiera procedido de un trabajador a otro. La rotundidad del precepto parece configurar una responsabilidad objetiva; sin embargo, en esta materia se presume la inocencia y se exige prueba de culpabilidad. El trabajador acosador no responde administrativamente, aunque sí laboral/civilmente y penalmente.

Queda claro que en todo caso responde el empresario en cuanto responsable del buen orden de la empresa; sobre él pesa el deber de evitar en la medida de lo posible las situaciones de acoso.

b) Art. 8.13 bis LISOS (redactado por Ley 3/2007, LOI): tipifica también como infracción administrativa muy grave los acosos discriminatorios distintos del sexual (racial, por convicciones, discapacidad, sexo, edad, orientación sexual: coincidencia con art. 4.2.e ET). Aquí, la exigencia de responsabilidad empresarial es más circunstanciada y más razonada: el empresario responde del acoso siempre que lo conociera y no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.

c) Art. 8.11 LISOS: comprende los acosos no incluidos en los dos preceptos anteriormente reseñados, al tipificar genéricamente como infracciones muy graves «los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores». La doctrina judicial viene considerando que el acoso moral ha de encuadrarse precisamente en este art. 8.11 (SSTSJ Madrid 27 junio y 3 diciembre 2007).

El art. 8.13 bis explícitamente y el art. 8.11 y 13 implícitamente están obligando al empresario a establecer medidas preventivas frente al acoso; medidas que, a la luz de la LISOS, no son de prevención de riesgos laborales (por tanto, de seguridad y salud en el trabajo), sino de garantía de los derechos constitucionales de intimidad, igualdad, honor y dignidad.

En este mismo sentido se pronunció el discutido (pero bien fundamentado jurídicamente) Criterio Técnico sobre «mobbing» de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 34/2003, de 14 de marzo de 2003, que declaró inaplicables al acoso las normas sancionadoras en materia

de prevención de riesgos laborales, recordando cómo ni el Derecho nacional (Proposición de Ley del grupo socialista, 2002, rechazada) ni el de la Unión Europea propuesta de Directiva sobre mobbing en materia de seguridad y salud laborales, rechazada en 2002) han accedido a incluir expresamente el acoso como infracción de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

## V. EL ACOSO EN EL CÓDIGO PENAL

Análogamente, el CP tipifica el acoso, aun el laboral, fuera de los delitos por vulneración de normas de prevención de riesgos laborales. En efecto, el art. 184 CP tipifica el acoso sexual (incluido el producido «en el ámbito de una relación laboral») dentro del Libro II, Título VIII («Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales»), delitos emparentados con los tipificados en el Título VII del propio Libro II («Delitos contra la integridad moral»). El CP distingue, pues, claramente entre acoso sexual y delitos en materia de prevención de riesgos laborales. Éstos últimos se tipifican en el art. 316, incluido dentro del Título XV del mismo Libro («De los delitos contra los derechos de los trabajadores»).

Recuérdese que el art. 184.1 CP delimita el acoso sexual en el ámbito laboral como la conducta continuada o habitual (este requisito parece excesivo) de solicitud de favores sexuales para sí o para tercero, siempre que provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. El culpable del acoso puede ser el empresario, un superior o un compañero de trabajo. También puede ser un tercero (p. ej., cliente) ya que el art. 184.1 incluye en el acoso sexual el producido en el ámbito de una «prestación de servicios».

El acoso sexual se castiga con pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses [cuota diaria: de 2 a 400 euros: art. 50.4 CP]. Es decir: multa de entre 360 y 120.000 euros. Si la víctima fuera «especialmente vulnerable» (por su edad, enfermedad o situación), con prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses (esto es, de 120.000 a 168.000 euros).

Estas penas se agravan en los siguientes supuestos de tipos cualificados: a) si el culpable se prevale de su «superioridad laboral» (esto ocurrirá en todo caso cuando el acosador sea el empresario o un superior del acosado); b) si el acosador amenaza con causar un daño al trabajador en su carrera laboral. En ambos casos –el segundo incluirá normalmente al primero– la pena de prisión se eleva de cinco a siete meses, y la multa de 10 a 14 meses (de 120.000 a 168.000 euros). Si la víctima fuera «especialmente vulnerable» (por su edad, enfermedad o situación), la pena es de privación de libertad: prisión de seis meses a un año.

Las distintas figuras de acoso laboral, incluido el sexual, pueden también incorporarse o coexistir con tipos penales en general más severos: delitos de amenaza (arts. 169 y ss. CP), especialmente cuando se amenaza con un mal constitutivo de delito (prisión de uno a cinco años) y coacciones (art.

172 CP: compeler a hacer lo que no se quiere; penas de prisión de seis meses a tres años o multa de 12 a 24 meses) (ambos, medio de comisión de otros delitos); o delitos contra la integridad moral (art. 173.1 CP: «trato degradante» grave: prisión de seis meses a dos años); o agresiones sexuales con violencia/intimidación (art. 178 CP: prisión de uno a cuatro años; concurriendo agravantes como la relación de superioridad, hasta 15 años); o abusos sexuales, sin violencia/intimidación (art. 181.1 CP: prisión de uno a tres años o multa de 18 a 24 meses; concurriendo agravantes, hasta diez años), así como faltas de amenaza, coacción o vejación leves (art. 620.2º CP: multa de 10 a 20 días).

Asimismo, conductas que pueden ser expresivas de acoso moral pueden integrarse o concurrir con «delitos contra el honor» (Libro II, Título XI), a saber: calumnias (arts. 205 a 207 CP; como pena general, multa de seis a 12 meses) e injurias (arts. 208 a 210 CP; como pena general, multa de tres a siete meses).

En los casos mencionados, pueden plantearse problemas de concurso ideal de delitos (un mismo hecho constituye dos o más delitos), en cuyo caso se aplica la pena correspondiente al más grave (vid. art. 77 CP). La concurrencia de varios hechos (v. gr.: atentado a la integridad moral, lesión a la libertad sexual) da lugar, como regla general, a la sanción separada de cada hecho, de acuerdo con la pena que corresponda a cada delito o falta cometidos (art. 177 CP).

El bien jurídico protegido con la tipificación de todos estos tipos de delitos y faltas es el mismo: la «integridad moral», con la que se conecta estrechamente la libertad e indemnidad sexuales.

Ninguno de estos tipos, pues, se conecta en el CP con la infracción de normas de seguridad y salud en el trabajo, ni con el valor de la evitación o prevención de los riesgos laborales; valor tutelado mediante otro tipo delictivo: art. 316 CP, incluido en Título XV del Libro II (Delitos contra los derechos de los trabajadores) y no en los Títulos VII (Delitos contra la integridad moral) y VIII (Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales).

Que el citado art. 316 CP no contempla la figura del acoso, en ninguna de sus advocaciones, es evidente:

–el precepto tipifica como delito la «infracción de las normas de prevención de riesgos laborales» por los obligados a facilitar los «medios necesarios» para que los trabajadores disfruten de las «medidas de seguridad e higiene adecuadas». El delito no es de resultado sino de riesgo: para que se dé ha de ponerse «en peligro grave» la vida, salud o integridad física del trabajador.

–si se compara este precepto con los relativos a los delitos contra el honor, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexuales (incluido el acoso sexual), resulta evidente la diferencia de bienes protegidos: en el caso del art. 316, la seguridad y salud de los trabajadores frente a los riesgos labora-

les; en los demás casos, la dignidad, intimidad y derecho al honor de la persona.

El art. 316 CP sanciona con pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses (de 360 a 144.000 euros). Se trata de una pena sensiblemente superior a la que corresponde al acoso sexual y a los delitos contra el honor, aunque inferior a la que pueden dar lugar las amenazas y las agresiones y abusos sexuales.

Se repite en el CP la situación vista en la LISOS: los ilícitos en materia de acoso laboral se penan más levemente que los que se producen en materia de prevención de riesgos laborales. Lo que no deja de chocar, pues en aquellos concurre una intencionalidad dolosa definidora del tipo, vulneradora en todo caso de derechos fundamentales.

## VI. EL ACOSO EN LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Ciertos acosos pueden generar secuelas patológicas en las víctimas<sup>13</sup>, que exijan tratamiento médico e incluso creen una situación de incapacidad laboral atendible mediante prestaciones económicas de la Seguridad Social. Ello no justifica equiparar (como hace algún autor) acoso y patología, realidades distintas que pueden hallarse o no en relación de causa a efecto<sup>14</sup>.

¿Qué consideración tienen esas secuelas para la legislación de la Seguridad Social?<sup>15</sup>

El acoso ¿puede generar una enfermedad profesional? No, dado el carácter tasado de éstas: el vigente RD 1299/2006, de 10 noviembre, que actualiza la lista de enfermedades profesionales, no alude para nada al acoso; éste no encaja entre los agentes químicos, físicos, biológicos o cancerígenos que provocan en específicas actividades las correspondientes enfermedades profesionales (art. 116 LGSS). Recuérdese que dicho RD fue fruto del diálogo social, de acuerdo con la Recom. 2003/670/CE, sobre lista europea de enfermedades profesionales.

<sup>13</sup> Así, patologías cardiovasculares, respiratorias, endocrinas, sexuales, dermatológicas y trastornos del sueño, cuadros ansioso-depresivos, etc. (B. LLOR y J. A. RUIZ HERNÁNDEZ: «La valoración pericial en víctimas de *mobbing*», ponencia en el curso sobre «Prevención y tutela de los riesgos psicosociales» (dir. por M<sup>a</sup> C. SÁNCHEZ TRIGUEROS y F. GONZÁLEZ), Universidad Internacional del Mar, Águilas (Murcia), 14-18 de julio de 2008.

<sup>14</sup> Vid. supra, pg. 753.

<sup>15</sup> Sobre el tema, M. A. LUELMO MILLÁN: «Acoso moral o "mobbing". Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad», REDT, núm. 115, enero-febrero, 2003, págs. 17 y ss.; S. OLARTE ENCABO: «La incidencia del acoso moral en el ámbito del sistema de la Seguridad Social: hacia la equiparación de las enfermedades psicolaborales», en M. CORREA CARRASCO (coord.): *Acoso moral en el trabajo*, cit., pgs. 155 y ss.; R. VALLEJO DACOSTA: *Riesgos psico-sociales: prevención, reparación y tutela sancionadora*, cit., pgs. 105 y ss.

¿Puede generar el acoso un accidente de trabajo? Partiendo de la clásica definición de accidente de trabajo —«toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena» (art. 115.1 LGSS)—, será por lo pronto accidente laboral la lesión (v. gr.: contusión por caída) que sufra el trabajador como consecuencia de la alteración psico-física producida por el acoso.

Además, el acoso puede producir una «enfermedad de trabajo», especie de accidente laboral que regula la LGSS en su art. 115.2.e): enfermedad contraída con motivo de la realización del trabajo, siempre que ésta sea la «causa exclusiva» del daño. Es este un tipo legal muy restrictivo, siendo difícil en muchos casos determinar si el daño sufrido por el acosado deriva exclusivamente de la «realización de su trabajo» o si tiene otras concausas, que eliminan la «certeza etiopatológica» centrada en el acoso mismo<sup>16</sup>. En todo caso, si al acoso se une una concausa extralaboral no existe accidente de trabajo.

En fin, la lesión —v. gr.: depresión, enfermedad psico-somática— producida a causa del acoso se presumirá, salvo prueba en contrario, accidente de trabajo siempre que se produzca «durante el tiempo y en el lugar de trabajo» (art. 115.3 LGSS). Pero, obviamente, lo que sí ha de probarse es que la lesión se ha producido efectivamente en ese tiempo y lugar.

Consecuencia de la concepción del acoso como riesgo laboral es la aplicación, en caso de accidente de trabajo debido a culpa empresarial, del recargo en las correspondientes prestaciones previsto en el art. 123.1 LGSS (en este sentido, SSTSJ Madrid 27 junio y 3 diciembre 2007). La ausencia de una tipificación de los concretos deberes empresariales para prevenir las conductas de acoso, y consiguientemente de las infracciones empresariales en la materia, dificulta la determinación de los supuestos en los que procede imputar dicho recargo.

El Criterio Técnico sobre «mobbing» de la Dirección Gral. de la ITSS 34/2003, pese a sostener que el acoso no es un riesgo laboral, reconoce, sin incurrir en ninguna incongruencia, que tal acoso puede ser causa de accidente laboral sobre el que es competente para informar la Inspección de Trabajo.

Es precisamente la posibilidad de que el acoso provoque un accidente de trabajo (un daño laboral, como prefiere decir la LPRL) el principal factor que viene propiciando la identificación por la doctrina judicial y académica del acoso como riesgo laboral; regido como tal, según esa doctrina entiende, por la LPRL.

## VII. EL ACOSO EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL

Procesalmente, ¿qué vías han de seguirse para obtener la tutela judicial

<sup>16</sup> B. LLOR y J. A. RUIZ HERNÁNDEZ: «La valoración pericial en víctimas de *mobbing*», cit.

frente al acoso en el trabajo? Confirmando la vinculación entre acoso y vulneración de derechos fundamentales, el art. 181 LPL dispone de modo explícito que las demandas de tutela frente al acoso laboral se deben tramitar de acuerdo con el procedimiento sobre tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales regulado en la LPL. Tales demandas podrán pedir la declaración de cese de las conductas impugnadas, la anulación de actos obedientes a tales conductas y el reconocimiento de las indemnizaciones por los daños ocasionados por el acoso (arts. 180.1 y 181 LPL; art. 17.1 ET).

Sin embargo, el trabajador acosado tiene la alternativa de accionar siguiendo los trámites del art. 50 ET, esto es, instando del juez de lo social la resolución del contrato de trabajo por incumplimiento grave del empresario, con derecho a la indemnización que corresponde al despido improcedente. Es éste un recurso extremo, pues, como se ha observado, «es evidente que la salida del trabajador de la empresa, en razón de acoso moral, es una solución no excesivamente satisfactoria, pues produce, no obstante los efectos resarcitorios (...) una pérdida del puesto de trabajo...» (STSJ Madrid, 3 diciembre 2007).

La jurisprudencia y doctrina judicial consideran viable ejercitar en unidad de demanda y proceso la acción resolutoria del art. 50 ET (con efectos indemnizatorios tasados) y la acción de tutela de derechos fundamentales *ex* arts. 181 y 182 LPL, a través de la que puede pedirse la indemnización del daño material y moral (STS/Soc de 15 mayo 2006; SSTSJ Madrid 15 octubre y 3 diciembre 2007, y Asturias 19 octubre 2007).

En casos extremos –cuando el acoso suponga que el trabajador padezca «situaciones vejatorias y humillantes» insoportables–, puede éste interrumpir su prestación laboral sin esperar a la resolución judicial del contrato (en este sentido, SSTS/Soc 25 abril 1985 y 18 septiembre 1989; y SSTSJ Madrid 13 diciembre 2006, 3 diciembre 2007 y 21 enero 2008).

## VIII. EL ACOSO EN LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

Hemos visto cómo diversas normas coinciden –salvo alguna contada excepción– en considerar el acoso como un atentado contra la dignidad, igualdad, honor e intimidad, y no como un riesgo laboral.

¿Qué dice al respecto la LPRL, fundamental en la materia de seguridad y salud laborales?

Por lo pronto, en la LPRL no se encuentran referencias al acoso ni a otros riesgos psico-sociales. La Ley está pensando en todo momento en riesgos físicos, relativos a locales, máquinas, útiles y equipos de trabajo, agentes físicos, químicos y biológicos, etc.; riesgos en muchos casos típicos y patentes: caídas y contusiones de trabajadores de la construcción, silicosis de los mineros, riesgos derivados de radiaciones ionizantes, amianto, benzol, at-

mósferas explosivas, etc. etc. El riesgo de acoso –posible en cualquier medio laboral– es menos predecible, y no derivado directamente de la actividad laboral o el proceso productivo; el posible daño sería «con ocasión» del trabajo, pero en todo caso se trataría de un «daño derivado [aunque indirecta o lateralmente] del trabajo» (art. 4.2º LPRL), esto es, derivado del proceso productivo considerado ampliamente (actividad laboral, condiciones de trabajo, organización del trabajo, compañeros de trabajo, etc.)<sup>17</sup>.

Por otra parte, es evidente que la LPRL y los órganos por ella creados –Servicios y Delegados de Prevención, Comités de Seguridad y Salud– no han sido diseñados para afrontar la prevención de situaciones de acoso<sup>18</sup>.

Ello explica que un órgano tan buen conocedor de la prevención de riesgos laborales como es la Inspección de Trabajo no dudara en dictaminar, como ya hemos dicho (Criterio Técnico 34/2003 de la Dirección Gral. de la ITSS), que el acoso laboral queda fuera del ámbito sustantivo y sancionador de la LPRL.

Ello no obstante, una amplia doctrina judicial/académica, que ha acabado siendo respaldada por el TC, viene considerando que el acoso (y demás riesgos psico-sociales) cabe dentro del ámbito de la LPRL. Se entiende en esa concepción no sólo que las patologías derivadas del acoso son «daños derivados del trabajo» (art. 4.3º LPRL), sino también que el deber de protección del empresario (art. 14.2 LPRL) alcanza a la protección frente el acoso. En defensa de esta postura se aduce el art. 15.1.g LPRL, que extiende la planificación de la prevención a «las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo». Dicha corriente se inscribe, por lo demás, en la tendencia europea a configurar el acoso como «riesgo laboral emergente» [Resol. del Parlamento Europeo 2001/2339 (INI) sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, Comunicación de la Comisión Europea de 2002 sobre la nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad, y Resolución del Consejo de la UE de 3 de junio de 2002, sobre esa nueva estrategia (2002-2006)].

Todo ello significa que los hasta ahora contundentes argumentos en contrario que proporcionan el ET, LOI, LISOS y CP, pierden, si no su razonabilidad jurídica, sí su efectividad práctica.

Como dijimos al principio, la cuestión del encuadramiento jurídico del

<sup>17</sup> La singularidad del acoso como riesgo laboral explica la peculiaridad de los métodos preventivos que se proponen frente a él. Cfr. al respecto J. FERNÁNDEZ GARRIDO: «Perspectivas psicosociales en torno al acoso y violencia psicológica en el trabajo»; M<sup>l</sup> L. RODRÍGUEZ COPÉ: «Prácticas de empresa sobre la prevención del acoso», ambos en M. CORREA CARRASCO (coord.): *Acoso moral en el trabajo*, cit., respectivamente pgs. 23 y ss. y 121 y ss.; F. NAVARRO NIETO: *La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*, Thomson/Civitas, 2007, pgs. 85 y ss.

<sup>18</sup> A. SEMPÉRRE NAVARRO *et al.*: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pg. 22, destacan la reducida relevancia de los riesgos psicosociales en la LPRL, que no les reconoce autonomía.



acoso no es un mero asunto teórico, sino que conlleva consecuencias prácticas muy importantes.

Ciertamente, y aunque tal encuadramiento en el marco de las normas de prevención de riesgos laborales o fuera de él no tiene trascendencia en materia de consecuencias contractuales –reclamaciones civiles/laborales– sí la tiene, como ya hemos visto, en materia sancionadora administrativa y penal.

En efecto, el trabajador víctima de acoso tiene derecho a la indemnización de los daños causados –daños físicos y morales; «pretium doloris»– con independencia de que tal acoso se considere o no como riesgo laboral. En particular, el acoso imputable al empresario (por autoría o por culpa «in vigilando») faculta al trabajador para solicitar la extinción indemnizada de su contrato *ex art.* 50.1.c) ET. Ello sin descartar la posible responsabilidad del compañero de trabajo o tercero acosador (los convenios colectivos incluyen cada vez más frecuentemente el acoso como falta grave o muy grave, dándole un tratamiento disciplinario pero no preventivo). Cuestión conexa, pero que excede de la presente exposición, es la de si el empresario está obligado a sancionar los incumplimientos de sus trabajadores en esta materia. Una amplia tendencia imputa a puros defectos en la organización de la empresa las situaciones de acoso (mera responsabilidad empresarial), obviando la relevancia de la culpa del acosador cuando éste es distinto del empresario.

La consecuencia práctica que se deriva del encuadramiento del acoso en la LISOS no es pequeña; siendo el acoso una «infracción en materia de relaciones laborales individuales y colectivas» la sanción correspondiente a infracción muy grave sería de 6.251 a 187.515 euros, mientras que si tratara de una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, tal sanción oscilaría entre 40.986 y 819.780 euros) [cantidades actualizadas por RD 306/2007].

Es cierto que las sanciones administrativas en materia de prevención de riesgos laborales son muy superiores a las que corresponden en caso de acoso laboral; también lo es que el CP castiga con más dureza las infracciones de la legislación preventiva generadoras de grave peligro que el acoso sexual y los delitos contra el honor; criterios de política criminal que traslucen la idea, en algunos casos posiblemente equivocada, de que los daños físicos son más graves que los psíquicos o morales.

También es cierto que si el acoso se conceptúa como riesgo laboral su prevención obliga al empresario a una serie de complejas operaciones integradas en el resto de las obligaciones preventivas, lo que podría redundar en la difuminación de la protección frente a un riesgo tan singular, en el que, más allá de la salud, está implicada la personalidad entera de la víctima.

Queremos decir que la especificidad del acoso laboral exigiría un tratamiento también singular, más próximo a la protección de los derechos fun-

damentales (intimidación, igualdad, honor; dignidad en suma) que a la prevención de los riesgos laborales.

Esa protección específica estaría instrumentada por unos derechos y deberes asimismo específicos, y por unas técnicas preventivas propias, que ya se vienen proponiendo desde instancias europeas (protocolos y códigos de conducta «ad hoc», procedimientos de solución de situaciones conflictivas); velarían por ella, no los genéricos órganos de prevención de riesgos laborales, sino otros especializados en la singular materia de los llamados riesgos psico-sociales. En fin, el régimen sancionador de las faltas y delitos en la materia debería sin duda ser revisado para tutelar con más energía los valores protegidos.

Todo ello conduciría, a nuestro juicio, a un tratamiento más profesionalizado de la materia, y por tanto a una protección más eficaz.

Los propios instrumentos jurídicos de la UE que propician la consideración del acoso como riesgo laboral dejan abierta la posibilidad de un encuadramiento específico del acoso y demás riesgos psico-sociales, que tuviera en cuenta tanto o más que la consideración del acoso como riesgo social su incidencia negativa sobre determinados derechos fundamentales. Así, la citada Resolución del Parlamento, en su propuesta a la Comisión para que tenga en cuenta los riesgos psico-sociales, admite la opción entre su inclusión en la Directiva-marco 89/391/CEE, que sería ampliada o modificada consiguientemente, y la elaboración de una nueva Directiva-marco «como instrumento jurídico para combatir el acoso moral y también como mecanismo de defensa del respeto a la dignidad de la persona del trabajador, y de su intimidad y de su honor». Es significativo cómo se resaltan estos valores, con indudable autonomía respecto de los propios de la seguridad y salud en el trabajo. Análogamente, la Comunicación de la Comisión de 21 de febrero de 2007 («Mejorar la calidad y la productividad en el trabajo: estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo»), aunque incluye en este ámbito los riesgos psico-sociales (violencia, acoso, adicciones), no deja de reconocer la necesidad de una «investigación especializada» respecto a ellos. En fin, el Acuerdo Marco Europeo de 2007 sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo (26 de abril de 2007) prevé unas medidas específicas frente al acoso, distintas de las instrumentadas en materia de prevención de riesgos laborales: adopción por los empresarios de declaraciones contra el acoso y la violencia, designación de «personas de confianza» de trabajadores y empresa para dar consejo y ayuda a los acosados, etc. En esta misma línea, el Convenio OIT (adoptado el 26 de febrero de 2001) prevé la creación de un «Defensor del personal», individual o paritario.

## CONCLUSIÓN

En puridad, el acoso debería considerarse como un atentado contra los valores y derechos fundamentales de la dignidad, intimidación, igualdad u honor, que debería prevenirse y sancionarse de un modo específico.

Sin embargo, se está consolidando la tendencia a reputar el acoso también y sobre todo como un riesgo laboral. De prosperar, como parece, esta orientación, el tratamiento del acoso dentro del derecho de prevención de riesgos laborales tendría que discurrir por vías propias y peculiares, que tuvieran en cuenta su singular naturaleza y su incidencia sobre los derechos fundamentales de los trabajadores.

Es necesario, pues, acometer, con carácter pre-normativo, una tarea de investigación especializada, basada en estudios de psicopatología laboral y psicología aplicada, que permitan establecer métodos preventivos «ad hoc» (protocolos y códigos de buenas prácticas, procedimientos informativos y de solución de conflictos, etc.) apoyados por órganos empresariales también específicos.