

## ¿Qué tutela judicial frente al *mobbing*? ¿«crimen y castigo» o «riesgo y prevención»?

### Comentario a la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 18/2018, de 9 de enero**

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de Jaén*

«La sociedad muda convicciones y estas mudanzas encuentran eco en los estrados de la justicia, a donde llega siempre el derecho (...) mucho antes que en los cuerpos legislativos (...). La letra (...) no puede seguir por sí las evoluciones interiores del derecho y llega un día en que se nos presenta en oposición con él. Esa (...) antinomia, el juzgador tiene que resolverla de momento. La presión (...) de la realidad le obliga a armonizar sus interpretaciones con el sentido vivo de la ley, salvando los respetos debidos a la letra por medios indirectos, en que fueron maestros los pretores de Roma; hasta que el legislador (...) restablece (...) el equilibrio roto (...)»

CLEMENTE DE DIEGO<sup>1</sup> [citando al insigne jurista Costa en pp. 39-40]

## 1. MARCO NORMATIVO: EVOLUCIÓN PENAL, ESTANCAMIENTO LABORAL

La convulsa sociedad española anda especialmente revuelta, más que de costumbre, también a propósito de una polémica decisión judicial de la Audiencia Provincial de Navarra: «la sentencia de la manada». Un nutrido sector de opinión (social, feminista, colegial, político, etc.) critica con denuedo la, real y/o pretendida, benevolencia judicial de la sanción penal con la «violencia» sexual machista. Al margen del eventual error judicial, se pone el acento de la crítica social en la existencia de un desajuste general entre la «concepción técnico-judicial» de la violencia machista y la nueva «conciencia-sentimiento social del pueblo» contra la misma, interpelando «en caliente», por enésima vez, al legislador penal para que lo corrija. En síntesis, se le pediría que clarifique los tipos penales (abuso, agresión y acoso sexuales; arts. 178 y ss. **Código Penal** –CP–), que cierre las horquillas «penológicas» y endurezca las penas (enfoque de criminalización).

<sup>1</sup> Clemente De Diego, F. (2016). *La jurisprudencia como fuente del Derecho*. Granada: Comares.

No pretendo aquí entrar en este –agrio y desviado– debate, sino solo llamar la atención sobre la proliferación en la vida social de nuestro tiempo, incluida la dedicada al trabajo, de otra gama de fenómenos de violencia sociomoral asociada a comportamientos «animales» que enfrentan a «gregarios» y «depredadores»: el acoso moral, *mobbing* o *bullying* (vid. el [estudio de la sección de Recursos Humanos en el núm. de mayo de 2018](#) de esta revista). Su actualidad la pone también Israel, que acaba de ganar el incombustible Festival de Eurovisión con una canción contra del *bullying* (acoso), no sabemos si tratando de predicar con el ejemplo (¿denuncia la violencia del Gobierno israelí contra el pueblo palestino?). A su vez, una de las mayores expresiones de innovación de la especie humana, la tecnología digital y sus aperturas comunicativas, también alimenta nuevas formas de acoso en toda esfera de vida social, incluida la del trabajo: «acoso cibernético» (toda esfera de relación) y/o *ciberbullying* (solo ámbito escolar). Precisamente, el último informe de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (Eurofound), sobre «[Violencia y acoso en el lugar de trabajo en Europa: alcance, repercusiones y políticas](#)» (2015), incluye, en su apartado de novedades, el «acoso cibernético en el trabajo».

Con tanto eco mediático, el CP experimenta (o sufre) constantes reformas para mantenerse «a la última». Si en 2010 se introdujo por vez primera el delito de acoso moral en el trabajo (art. 173.1 CP), en 2015 se hizo lo propio con el llamado «delito de *stalking*» (delito de acoso o acoso continuo, art. 172 ter CP). Como supuesto de acoso que es requeriría un proceso de sistemática persecución a través de diferentes acciones, cualquiera que sea el medio –incluye también tecnológicos o virtuales–, dirigidas al logro de una finalidad que vincule a victimario y víctima, alterando la vida normal de esta y su «paz de ánimo» [vid. Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 2.ª, 554/2017, de 12 de julio; Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria, 19/2018, de 23 de enero]. Cuando la modalidad de acoso moral y contra la libertad tiene como objetivo obtener favores sexuales, también encontrará, formalmente al menos, respuesta penal (art. 184 CP), aunque su práctica sea mucho más desilusionante.

¿Y en el sector laboral, se mantiene la indiferencia legal respecto del acoso moral? A mi juicio, sí. Continuamos sin una delimitación propia, tampoco para los empleados públicos, pese a tipificarse –muy confusamente– como infracción disciplinaria en los artículos 14 h) y 95.2 b) y o) del [Estatuto Básico del Empleado Público](#) [Molina Navarrete, C. (2018). *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo*. Albacete: Bomarzo]. Por tanto, sigue siendo una cuestión eminentemente «judicial» que, por lo general, se muestra refractaria a identificar estas «patologías organizacionales», que normaliza en gran medida relegándolos a la categoría de (pretendidos y típicos) «conflictos connaturales al mundo del trabajo».

## 2. EL SUPUESTO: RELATO DE HECHOS RELEVANTES PARA LA NORMA DEL CASO

Un alcalde acuerda (junio de 2011) trasladar a una funcionaria a un despacho situado en otro edificio municipal («ayuntamiento viejo»). La reubicación se hizo en la tercera planta, donde permaneció sola, sin facilitarle ni teléfono ni acceso a internet ni correo electrónico, siendo la única funcionaria de la corporación que carecía de acceso a internet. El lugar no estaba climati-

zado. No era el primer incidente. Desde abril de 2011 se le vienen denegando cursos de formación. En el primero denegado se le devuelve la solicitud incorporando un «*post-it* adhesivo» en el que el alcalde manifestaba: «no tengo a bien autorizar el curso». Pese a las quejas, la alcaldía siguió dando largas, prometiendo equipamientos que no llegaron.

A consecuencia de la persistente situación comenzó a desarrollar sintomatología de ansiedad y estrés. Tras tratamiento psicológico y varias bajas, fue derivada a psiquiatría con diagnóstico clínico de «trastorno depresivo reactivo a problemática laboral», prescribiéndosele tratamiento médico que la mantuvo de baja hasta marzo de 2012, cursando en esa fecha alta. A los pocos días de su reincorporación, el alcalde le asignó la tarea de mecanización de actas antiguas, transcritas a mano desde 1975 a 1982, dándole un plazo perentorio para llevarla a cabo, que cumplió —con 2 semanas de retraso— pese a tratarse de tareas que correspondían a personal con categoría de auxiliar administrativo, inferior a la de la funcionaria. Denunciada (agosto de 2012) la situación a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), se levantó acta en la que consta:

El alcalde (...) manifiesta que la reasignación de tareas (...) siempre obedeció a razones reales y no a (...) deseo de perjudicarla, si bien reconoce que era la única persona (...) trasladada al edificio (...) y también la única que desempeñaba sus funciones allí. También manifiesta que la denunciante ha realizado en repetidas ocasiones declaraciones insultantes hacia su persona y que pensaron que fuera de su entorno habitual estaría «más tranquila» (...). La actuante puede constatar (...) que la situación entre ambas es conflictiva (...).

Por lo tanto, concluye:

Lo que claramente se constata y se traslada a ambas partes es la existencia de un conflicto que tiene como consecuencia [no solo] un enrarecimiento de las relaciones entre ellos, sino del entorno laboral en general, si bien (...), debido a su posición de inferioridad, la denunciante ha podido resultar más perjudicada [que] el alcalde.

Reubicada al edificio municipal, «tras reconocer (...) que la realización de las funciones encomendadas (...) no tiene por qué llevarse a cabo fuera del ayuntamiento nuevo», no se hizo ni en el puesto ni en la dependencia originarias, sino en otra dependencia y de nuevo sola, sin internet, ni impresora, ni fotocopidora. Asimismo, siguió excluida de los cursos de formación.

En esa continuidad del estado de cosas volvió a necesitar tratamiento psiquiátrico para su «trastorno adaptativo con estado de ánimo depresivo», con evolución oscilante a resultas de la evolución de la conflictividad laboral, como se recogía en diversos informes psiquiátricos: «La paciente relaciona (...) los síntomas con una situación conflictiva (...) laboral. Se está realizando seguimiento (...) de la sintomatología (...), apreciándose remisión parcial de la clínica aunque con oscilaciones dependientes de la evolución de la situación problemática (...)» (informe de 9 de mayo de 2013). Posteriores informes forenses ratificaron el estado de negativa salud mental.

En este estado de incapacidad laboral y malestar mental constantes se presenta una que-rella por la trabajadora contra el alcalde que termina, tras instrucción y juicio, con una condena a este último. De un lado, por delito contra la integridad moral *ex* artículo 173.1 del CP, en su modalidad de acoso laboral (penas: 1 año de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho pasivo de sufragio durante toda la condena). De otro, en concurso ideal, por lesiones psíquicas *ex* artículo 147 del CP (pena de 6 meses de prisión –e inhabilitación para el ejercicio de sufragio–), concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6.<sup>a</sup> CP). La cantidad por responsabilidad civil se cifró en 4.000 euros, con expresa imposición de costas procesales. Contra la sentencia condenatoria del juzgado de la instancia penal (Plasencia), el alcalde presenta recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Cáceres.

### 3. LA DOCTRINA JUDICIAL: BREVIARIO DE RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

El recurso de apelación por parte del regidor municipal se articula sobre dos motivos. Uno, evidenciaría «error en la apreciación de las pruebas y consecuentemente vulneración del principio de presunción de inocencia» al entender que no hay «prueba de cargo» suficiente respecto de ninguno de los dos delitos imputados. El otro, trataría de llevar la convicción a la sala provincial de que las conductas imputadas no son de tal gravedad como para constituir ni un delito (contra la integridad moral) ni otro (de lesiones psíquicas). En contra del informe del Ministerio Fiscal, que «escuetamente (...) se adhiere íntegramente a la apelación del recurrente y solicita que se declare su absolución consiguiente», la sala de apelación penal desestimarán los dos motivos del recurrente.

En primer lugar, considera que sí existe prueba de cargo suficiente. El «testimonio de la víctima» fue coherente, persistente y coincidente en los hechos que denunció sufrir, sin entrar en contradicciones (pese al transcurso del tiempo) y corroborado por «multitud de datos periféricos» (testificales, periciales y documentales practicadas, entre otras, la integrada por el acta de la ITSS, en lo que concierne a la constatación de que trabajaba sola en el edificio «viejo»). A su entender, en el acto del juicio llegan a constituir «verdaderas pruebas directas de la comisión de esos dos ilícitos penales» (fundamento jurídico –FJ– primero). En segundo lugar, tampoco habría infracción de los artículos 173.1 y 147.1 del CP (se opta por la versión más beneficiosa en virtud de la [Ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo](#)). Para la defensa, las decisiones se tomaron respecto de su trabajo (sin motivos personales), legítimamente (no personal, sino por la junta de gobierno municipal) y, además, por unanimidad. En cambio, para la sala de apelación penal ha quedado probado todo elemento del tipo «acoso moral o psicológico en el trabajo» (*mobbing*): «una conducta de (...) hostigamiento (...) reiterada y mantenida (...) y (...) una intencionalidad concurrente (...) de dificultarle o incluso hacer la vida laboral (y también, la personal) (...) muy penosa o casi imposible» (FJ segundo).

También se produjo un delito de lesiones *ex* artículo 147 del CP:

El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del

delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico (...).

Tanto la acción del sujeto como el resultado (lesión de la salud física y/o psíquica), con la necesidad de un tratamiento médico o quirúrgico para su curación, se confirman en los informes médicos (padecimiento psíquico, baja y tratamiento médicos), así como «la relación de causalidad entre esa acción y ese resultado lesivo, igualmente confirmada por las pruebas practicadas (...) y que además revelan, e incluso al día de hoy, la permanencia de unas secuelas en la víctima (...)». No hay pronunciamiento específico en apelación sobre la responsabilidad civil, por lo que asume la cuantía indemnizatoria fijada en la instancia (4.000 € por daño moral).

#### 4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA JUDICIAL MÁS ALLÁ DEL CASO CONCRETO: ¿RARA AVIS O CAMBIO DE TENDENCIA EN CIERNES?

##### 4.1. *¿Un espejismo para la practicidad de la condena penal por mobbing?: la regla sigue siendo la decisión de sobreseimiento*

La **sentencia de nuestro diálogo** carece de valor doctrinal penal. Renuncia a cualquier aportación a tal fin, remitiendo todo razonamiento jurídico sobre los «elementos del tipo penal acoso moral» (*mobbing*) a una pretendida «jurisprudencia reiterada del TS (...) y muy numerosa», a su vez «recogida por sentencias de las Audiencias provinciales y entre la que se encuentra» (FJ segundo). Sin embargo, sí que ofrece una significativa relevancia práctica porque no es usual la condena por delito de acoso laboral, menos si suma el delito de lesiones psíquicas. En el plano doctrinal llama la atención la ausencia de cita expresa a precedente judicial alguno con la excusa de no ser reiterativa (lo que se agradece en cualquier otro caso por el extremado abuso de la técnica del razonamiento judicial por «corta y pega»). De un lado, porque son muy pocas –realmente solo dos, salvo error u omisión por mi parte–, las sentencias condenatorias de la sala penal (SSTS, Sala 2.ª, 945/2010, de 28 de octubre, y 325/2013, de 2 de abril; la STS, Sala 2.ª, 721/2015, de 22 de octubre, condena por acoso sexual laboral, excepción que confirma la regla de que tampoco el acoso sexual laboral tiene mucho predicamento). De otro, porque, en realidad, lo que se quiere decir es que son «legión», las sentencias del Tribunal Supremo en relación con el tipo básico del «delito contra la integridad moral», que, a día de hoy, sigue siendo la referencia principal del «tipo específico de acoso (violación sistemática de la integridad moral) laboral», de modo que la jurisprudencia ha neutralizado –quizás para bien– toda novedad legislativa (*vid.* SSTS, Sala 2.ª, 715/2016, de 26 de septiembre; 420/2016, de 18 de mayo, y 28/2015, de 22 de enero, entre otras muchísimas).

En el plano práctico no debería mover a ilusión (óptica o a espejismo penalizador) que, en fechas recientes, hallemos otras sentencias condenatorias, como la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Lugo 140/2017, de 18 de julio; si bien en este caso el concurso de delitos

se produce con el de prevaricación (art. 404)<sup>2</sup>. ¿Cabría deducir de esta coincidencia temporal de decisiones condenatorias una suerte de normalización práctica de la criminalización del acoso en el empleo público municipal? No lo creo. Primero, porque, precisamente, son llamativas por su escasez, no porque ilustren una tendencia correctora de la tradicional «benevolencia penal». Segundo, porque tampoco serían patrimonio exclusivo del empleo público. En este sentido, especial interés, en el ámbito estrictamente privado, presenta la [SAP de Oviedo 434/2017, de 12 de diciembre](#), que confirma la condena en la instancia penal a un empresario (gerente de una empresa) por un delito contra la integridad moral *ex* artículo 173.1 del CP, en su modalidad de acoso laboral<sup>3</sup>.

Pero, ¿y si sumamos todas? En 6 meses, 3 sentencias condenatorias por delito de acoso moral en el trabajo cuando apenas contamos con un pequeño puñado de ellas desde que se tipificó (2010): ¿puede constituir una mera casualidad o desvelaría algo más? La incertidumbre podría ser mayor si se tiene en cuenta que la última supone una anomalía jurídica (teórica y práctica), pues haría de «más fácil» condición la tutela penal que la tutela laboral. La razón de esta afirmación es bien sencilla: el orden penal califica como delictiva una conducta (acoso moral) que el laboral legitimó o, al menos, normalizó como típicos conflictos, apartándose del principio de intervención penal mínima (FJ tercero).

De este modo, frente a la mayoritaria política judicial penal de reducir buena parte de estas conductas a «faltas de vejaciones injustas» (derogadas), así como la aún más extendida política judicial social de trivializarlas reduciéndolas a conflictos normalizados en el mundo de la empresa, la sala penal ovetense las considera con suficiente gravedad como para constituir delito. Así, concluye:

(...) debe convenirse en que existió gravedad y continuidad en la conducta degradante (...), manifestada en las expresiones que le trasladaba, en su constante actitud hostil hacia ella en los insultos que le profería y en el menosprecio de su trabajo incluso frente a otros compañeros y clientes del establecimiento; situación que desencadenó en la víctima un trastorno adaptativo ansioso depresivo debidamente diagnosticado.

De nuevo, la prueba fundamental tenida en cuenta –de cargo directa o simplemente indiciaria con suficiente fiabilidad inculpatória para enervar la presunción de inocencia (FJ segundo)– fue «el fundamental testimonio incriminatorio» de la trabajadora acosada, creíble no solo «por su precisión y contundencia» sino por ser corroborado por pruebas testificales (compañera de trabajo y clientes) y periciales (médica: partes de baja e informe médico forense, en el que se establece una relación de causalidad directa entre los hechos enjuiciados y el trastorno adaptativo ansioso-depresivo sufrido). ¿Acaso podría aventurarse tras este pronunciamiento que ha quedado franca o expedita una tendencia de incriminación penal real y sería del acoso como delito, a raíz de la histórica concurrencia entre la intervención legislativa penal específica y el «sentimiento jurídico actual del pueblo», que tiende a –o quiere– identificar el acoso como expresa manifestación de violencia moral en la empresa con el máximo castigo, el del delito?

<sup>2</sup> Incluye la pena accesoria de inhabilitación para el empleo público (10 años) y 12.000 euros de indemnización.

<sup>3</sup> Pena: 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y 13.260 euros de indemnización.

Varios ejemplos volverían a ilustrar que no hay tal cambio de tendencia. Así, el Auto de la Audiencia Provincial –AAP– de Pontevedra 738/2017, de 7 de noviembre, confirma el auto de sobreseimiento libre, tras las diligencias de investigación, ante una denuncia de acoso vertical en una estructura sanitaria, pese a reconocer decisiones laborales anómalas creadoras de un ambiente de cierta toxicidad psicosocial (trato incorrecto, ejercicio excesivo de la autoridad). Y ello porque descarta:

(...) una actuación continuada (...) y sistemática (...) de las aptas de humillar de forma grave (...), pues no pueden confundirse los enfrentamientos que (...) provocan tensión e incluso un «agotamiento» psicológico (...) laboral, que en este caso, en que el recurrente llegó a solicitar la jubilación anticipada, no se cuestiona, con (...) una conducta de (...) persecución sistemática que pueda implicar un atentado a la integridad moral (FJ segundo, *in fine*).

En la misma dirección, siguiendo la doctrina dominante (ej. SAP de Burgos, 187/2016, de 11 de mayo), reseñamos el AAP de León 1099/2017, de 19 de octubre, que, en relación con el acoso moral en el trabajo denunciado por una trabajadora del servicio de limpieza municipal de León, confirma el auto de sobreseimiento provisional y archivo. Una vez más, se reconocen decisiones anómalas (re asignación peyorativa de funciones tras la reincorporación de una baja, órdenes de trabajadores con categoría inferior) en el campo jurídico-laboral, pero se considera que «no es su negociado» (jurisdicción): «Si bien es posible que se haya vulnerado en este caso la legalidad laboral, lo que no es incumbencia de esta Sala resolver (...) eso no significa que se haya vulnerado la legalidad penal, presidida por un principio de mínima intervención (...)» (FJ tercero). En definitiva, más benevolente con la conducta empleadora y menos sensible con el dolor de la víctima que la [sentencia de nuestro diálogo](#), esta resolución evidencia que el principio de intervención mínima actúa como un cómodo expediente elusivo de la aplicación del tipo penal cuando la infracción se entiende de legalidad.

En última instancia, la cuestión de si existe o no «un plus de tipicidad penal» respecto de la mera «ilegalidad ordinaria» a la hora de valorar una misma conducta no es exclusiva de la materia del acoso moral, sino que tiene diversos ámbitos de manifestación. Sería el caso, por ejemplo, del delito de prevaricación administrativa, ya referido (SAP de Lugo 140/2017), o en relación con el delito contra los derechos de los trabajadores (ej. [SAP de Teruel 4/2018, de 5 de abril](#), que condena a un empleador chino por un delito contra los derechos de los trabajadores extranjeros, sin perjuicio de la sanción administrativa que recibió, si bien sí lo tiene en cuenta para reducir la pena –por su interés, será objeto de «Diálogo» propio en un próximo número de la revista a cargo del fiscal don Luis Lafont–).

Justamente, en este escenario de concurrencia de múltiples potenciales delitos, de interés es el AAP de Zaragoza 128/2018, de 1 de marzo, que deja sin efecto el sobreseimiento dictado, ordenando mayor investigación penal. La sala penal descarta que haya una violación del artículo 314 del CP (delito contra los derechos de los trabajadores), pero sí considera posible un delito de acoso moral (modificación reiterada de puesto sin causa aparente y privación de ocupación efectiva durante 1 mes a un delegado sindical). En cambio, volviendo a las de «arena» (opción

predominante<sup>4</sup>), el AAP de León 130/2018, de 2 de febrero, descartará que haya acoso sexual laboral *ex* artículo 184.1 del CP por un «simple» beso robado en la boca no consentido, pero respecto del que se pide perdón. Y ello porque no consta probado que: «(...) haya provocado en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante» (¡sala penal –distinta a la de «la manada»– *dixit!*).

#### 4.2. *El conflicto laboral recurrente también genera un riesgo psicosocial prevenible y, en caso contrario, un daño a la salud resarcible*

Vemos, pues, cómo orden penal y orden social coinciden en dejar fuera de la tutela por vulneración de derechos fundamentales toda situación de conflicto interpersonal o grupal, incluso creadora de un ambiente de malestar o de toxicidad psicosocial. El primero, porque no hay delito en ello, por más que sea frecuente que exprese su perplejidad por la pasividad empresarial, que no actúa «de manera eficaz para poner fin a una situación que erosionaba, sin duda, gravemente el ambiente (...)», tratándose de una competencia extraña a la jurisdicción penal tal juicio, propio del ámbito laboral (AAP de Pontevedra 738/2017). El segundo, que sí sería competente, porque considera que se trataría de conflictos sociolaboralmente normalizados, sin perjuicio de que pudieran recibir algún grado de protección desde la legalidad ordinaria laboral, si se acredita que hay un ejercicio tirano del poder o un uso irregular del mismo (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –STSJ– de Murcia 543/2017, de 17 de mayo, entre muchas otras).

Ahora bien, conviene dejar constancia aquí de una corriente judicial más moderna, aún no mayoritaria, pero sí en creciente expansión, que reclama la necesidad de tutelar, desde la garantía de efectividad de los derechos a la salud *ex* artículo 40 de la [Constitución española](#) –CE– y a la integridad psicofísica *ex* artículo 15 de la [CE](#), también este tipo de conflictos. Desde antaño tenidos como normales, hogaño deben considerarse factores de riesgo psicosocial cuya no prevención puede, en su caso, actualizarse en un daño psicofísico resarcible (estrés asociado a conflictividad laboral).

Un ejemplo reciente es la argumentada, aunque no exenta de aspectos críticos, [STSJ del País Vasco 948/2018, de 8 de mayo](#), que confirma la sentencia de instancia social estimatoria parcial de la demanda de una trabajadora, declarando su derecho a percibir una indemnización de 101.046,20 euros. La pretensión se articulaba de manera múltiple y no se pretendía condena por acoso laboral sino por el estrés asociado a un conflicto grupal no bien gestionado preventivamente. Por enésima vez, tras la aplicación de un protocolo de acoso existente en la empresa (si bien inicialmente defectuoso), la empresa llegaba a la conclusión (al igual que en más del 80% de los casos en la experiencia laboral) de que no hay tal, sino «patente (...) mala relación entre ambas» (denunciante y su superior).

<sup>4</sup> Entre decenas, incluso recientes, *vid.* la SAP de Valencia 4/2018, de 8 de enero, relativa a una eventual situación de acoso laboral mixto, esto es, acoso sexual fallido que derivaría en acoso moral como forma de represalia por la frustración del objetivo sexual; la sala considera que los hechos alegados «no han resultado suficientemente acreditados», pese a reconocerse la improcedencia del despido y ciertas conversaciones de contenido sexual promovidas por el gerente denunciado.

Sin embargo, en vez de intervenir –como diría la sala penal pontevedresa referida y pidió el comité de empresa– preventivamente, prefiere despedir a la víctima, reconociendo en la carta de despido la improcedencia de la decisión. Una carta que, por otro lado, es leída por la superiora ante todo el departamento donde trabajaba. Para la sala de suplicación social

(...) se trató de una confrontación con suficiente entidad como para que se haya considerado un estresor o motivador de la incapacidad temporal de la actora, tal y como lo demuestra el que se declarase que la situación de incapacidad temporal provenía del trabajo, y por ello la contingencia declarada ha sido profesional. Si nos encontrásemos ante un simple referencial vivencial de la trabajadora respecto a un conflicto que es propio de las relaciones humanas; si esto fuese así, no hubiese sido declarada la incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo (...). Tales actuaciones (...) se muestra que quebrantaron el deber propio de proteger la integridad del trabajador, y ello supone el evidenciar (...) el incumplimiento (...).

De este modo, se abre sólidamente camino la posición interpretativa que reclama de las empresas la garantía de una protección efectiva no solo frente a las conductas acosadoras, sino también respecto de todas aquellas que puedan constituir un factor de riesgo psicosocial, incluyendo los típicos conflictos interpersonales o grupales en el seno de la empresa que, por sus características, puedan llegar a actualizarse en daño. En caso contrario, devendrá todo el sistema de responsabilidades –administrativas, civiles, laborales, de Seguridad Social, etc.– que se vincula al incumplimiento de los deberes de prevención de riesgos profesionales, salvo, las de tipo penal que, como hemos visto, se quedarían relegadas a situaciones consumadas y de cierta gravedad de acoso moral en el trabajo. Ciertamente, cabría plantearse, a la vista del artículo 147.1 y 2 del CP (delito de lesiones psíquicas), su eventual aplicación a situaciones de daños de índole psicosocial asociados al estrés laboral por incumplimiento preventivo, aun sin acoso.

Más aún. Cuando en una misma empresa se suceden las condenas en el orden social por incumplimientos preventivos generadores de análogas situaciones de estrés laboral ligadas a conflictividad recurrente, ¿no cabría invocar también la posibilidad de estar incurso en delito preventivo *ex* artículos 316 o 317 del CP? Este podría ser el caso de la [STSJ del País Vasco 920/2018, de 24 de abril](#), cuarta sentencia condenatoria al Servicio Vasco de Salud (Osakidetza), mutando el riesgo ya en situación de peligro concreto. Ciertamente, consta que había desde 2006 actuaciones generales en materia de prevención de riesgos –protocolo específico de evaluación de factores de riesgo psicosocial–, pero no en el caso concreto «hasta el acto de conciliación» (2017). Pero no menos cierto es que no la hubo antes, probándose «(...) la inactividad (...), obligada a su labor de prevención de riesgos laborales, pese a conocer la situación conflictiva desde el año 2007».

No dudo de la dificultad teórica, cuánto más práctica, del delito de riesgo en este tipo de casos –también para el acoso–. Sin embargo, bastante más viable me parece teóricamente la aplicación del delito de resultado *ex* artículo 147 del CP también a estados de estrés laboral asociados a diversas conflictividades o malos ambientes de trabajo que, sin constituir acoso moral, sí generen daños psicofísicos exigidos de tratamiento médico. Recuérdese que la práctica judicial reconoce en tales casos pretensiones de incapacidad permanente, total y absoluta.

#### 4.3. *La primacía del enfoque de salud: la distinción entre el daño a la integridad moral y el daño a la integridad psicofísica en los procesos de acoso*

Justamente, la [sentencia de nuestro diálogo](#) tiene otra virtualidad «laboral». Clarifica que el *mobbing* vulnera, primariamente, el derecho a la integridad moral *ex* artículo 15 de la [CE](#), sin que quepa su confusión con el derecho a la integridad psicofísica *ex* artículo 15 de la [CE](#), así como con el derecho a la salud *ex* artículos 40 y 43 de la [CE](#). Si es normal que una conducta de acoso tenga un triple efecto dañoso, la integridad moral (daño personal o moral), la integridad psicofísica *ex* artículo 15 y la salud (daño biológico), no es necesario que así sea en todas. Es posible –aunque improbable si no se interviene preventivamente– que en varios de ellos solo se vea afectado el derecho a la integridad moral; en otros, además, los derechos a la integridad psicofísica y a la salud si se verifica «un riesgo constatado de producción cierta o potencial pero justificado *ad casum*» (Sentencias del Tribunal Constitucional [62/2007](#) y [160/2007](#)).

Esta distinción será relevante a la hora de la indemnización, en la medida en que una cosa será el resarcimiento del daño (a la integridad) moral y otra del daño biológico (estado de salud del trabajador e incluso la integridad física o psíquica). Por eso venimos preconizando en estas páginas el resarcimiento autónomo del daño moral en tales casos, pese a que no es esa, de momento, la opción de la Sala Social del Tribunal Supremo, sí la de la Sala Civil (*vid.* el [núm. de abril de 2018](#) dedicado monográficamente a estos temas). Como tampoco parece ser la posición de la doctrina judicial más reciente ni en relación con el acoso moral en el trabajo, ni tampoco, mucho menos, respecto de los daños derivados de estados de estrés laboral imputables a inequívocos incumplimientos empresariales. Así, para la citada [STSJ del País Vasco 948/2018, de 8 de mayo](#), si bien es cierto que toda vulneración de un derecho fundamental conlleva la automática reparación del daño (aquí se asume plenamente la reciente evolución jurisprudencial en tal sentido), no se daría tal presupuesto cuando solo quedaría afectada la salud psicosocial de la trabajadora:

(...) el elemento primigenio de toda reparación es la existencia de una vulneración del derecho. Y esta vulneración es la que no consta. Cuando ha existido una quiebra de la salud, efectivamente, se ha afectado la integridad física de la persona, y por ello si esa afectación proviene de un elemento de culpa, quien ha irrogado el daño debe repararlo. (...). De aquí el que (...) cualquier conculcación por quiebra de la integridad física se ha reparado (en términos generales). Por tanto, lo que conviene examinar es si ha existido alguna otra vulneración de un derecho fundamental (...).

En estos casos, la sala entiende que no ha habido vulneración de otro derecho, por lo que no asume la indemnización adicional y autónoma del daño moral. Sin poder entrar ahora en mayores consideraciones, entendemos que esta argumentación es muy discutible, porque parece confundir dos derechos, uno fundamental (el derecho a la integridad psicofísica) y otro no formalmente tal (el derecho a la salud *ex* art. 40 [CE](#)). Lo que realmente se ha resarcido en este caso, en virtud del artículo 14 de la [Ley de Prevención de Riesgos Laborales](#) (LPRL), es el derecho a la protección de la salud de la trabajadora. Ahora bien, lo que queda por resarcir, no solo íntegramente, sino también de forma disuasoria *ex* artículo 183 de la [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), es

la lesión propiamente del derecho fundamental *ex* artículo 15 de la **CE**: integridad psicofísica (no confundir con su faceta de integridad moral, en juego solo para las situaciones de acoso moral, no propiamente de estrés laboral). En este sentido, la **Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2007** es inequívoca, pues ni la constatación de «actos hostiles sucesivos» es de esencia al derecho ni tampoco la constatación de un daño cierto, ni siquiera de una puesta en peligro efectiva, pues ello:

Equivaldría a hacer depender la efectividad de la tutela constitucional de la previa puesta en peligro de los factores protegidos, o de la consumación de su lesión, lo que sería tanto como aceptar la negación de la tutela que (...) garantiza (...) el art. 15 CE.

#### 4.4. *Siempre es mejor prevenir que castigar «por lo penal», incluso que indemnizar «por lo laboral»*

«Prevención» (gestión proactiva) frente a «punición» (gestión reactivo-sancionadora) exige la doctrina constitucional para hacer realidad la garantía constitucional de tutela judicial efectiva de los derechos de integridad personal de los trabajadores, sea física, psíquica o moral, *ex* artículo 15 de la **CE** en relación con el artículo 40 de la **CE** (protección de la salud). Y a tal fin llama principalmente a la adecuada valoración judicial de esa perspectiva en la aplicación de las normas existentes, en especial de las de prevención de riesgos laborales, sin que eche de menos pauta legal alguna para avanzar en esa dirección de progreso tutelar, como acepta teóricamente la jurisprudencia (*vid.* **STSJ de Castilla y León/Burgos 65/2018, de 7 de febrero**), aunque sus consecuencias prácticas sean bastante más desilusionantes. Aunque respecto de nuevas modalidades de acoso la sala penal ha evidenciado la utilidad del nuevo tipo penal para avanzar en la punición (*vid.* **STS 324/2017, de 12 de julio**, para el delito de acecho persistente –*stalking*–), para la criminalización del acoso moral en el trabajo, público o privado, ha evidenciado que el tipo básico de delito de trato degradante era suficiente para hacerle frente (**STS 325/2013, de 2 de abril**), por sí mismo y en conjunción (concurso) con otros tipos de resultado (lesiones, malversación, etc.). También la doctrina judicial social ha evidenciado que se puede hacer frente a nuevas modalidades de acoso en el trabajo, como las vinculadas a las nuevas tecnologías digitales (acoso cibernético, ciberacoso o *cibermobbing*), sin necesidad de previsiones legislativas específicas, bastando con la adecuación de las normas por el intérprete al tiempo de aplicación (ej. **SSTSJ de Castilla-La Mancha 443/2016, de 8 de abril**, y **1646/2017, de 18 de julio**, entre otras).

En suma, más que la constante –y algo ingenua– llamada a la ley (con el resultado de una creciente inflación legislativa, que más deprecia el valor del derecho que lo perfecciona) para dar respuesta a los problemas de cada tiempo, es la mejora de la comprensión que los jueces tengan del derecho en cada momento la que permitirá avanzar en eficacia, máxime si en juego están, como aquí sucede (salud psicosocial de los trabajadores, como personas y como ciudadanos, no solo como productores), derechos fundamentales. Sin esa comprensión toda reforma legislativa corre el riesgo de quedarse en papel mojado. Piénsese en la agravante de discriminación en general, y por razón de sexo y/o género en particular (art. 22.4 **CP**), que se suele dar en un buen número de situaciones de acoso moral en el trabajo. El sagaz lector se ha dado cuenta a estas

alturas, con seguridad, de que todos los casos aquí referidos tienen como víctima a una mujer. No lo he elegido a propósito porque no era una variable que estuviese de inicio en mi análisis. Pero la experiencia es tozuda y, aunque no la busques, emerge a cada paso que se da en el estudio jurídico. Y, sin embargo, ni el juez penal ni el social repara en ello.

Por supuesto, siempre hallaremos casos ejemplares, aunque aislados, que sí toman en cuenta las innovaciones legales de conformidad con ese nuevo «sentir social» sobre el valor de la igualdad en general, y entre mujeres y hombres en particular, a fin de corregir conductas y actitudes muy arraigadas, social y culturalmente. En el ámbito penal (STS, Sala 2.<sup>a</sup>, 314/2015, de 4 de mayo, que aplicó la agravante de discriminación racista, o la SAP de Oviedo 69/2018, de 9 de marzo, que aplica al delito de asesinato de la esposa el agravante de violencia de género –FJ cuarto–; al tiempo que incrementa las indemnizaciones del «baremo circulatorio» por tratarse de un tipo de conducta intencional y de elevada violencia, pues intensifica el daño moral) y en el ámbito social (ej. STSJ de Galicia 2750/2017, de 2 de mayo, para un caso de acoso moral con discriminación por ejercicio de derechos de conciliación). Pero, en general, quedan orilladas esas perspectivas de enjuiciamiento, pese a la clara exigencia legal (ej. STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2017, rec. 1032/2017, para un supuesto de acoso a trabajadora de nacionalidad extracomunitaria, ignorando para la cuantificación indemnizatoria ambos factores de discriminación asociados; [STJS del País Vasco 1608/2017, de 18 de julio](#), que ignora la dimensión sexista de la conducta denigrante del empleador en el momento de fijar la indemnización, etc.).

Precisamente por ello, por la extremada trascendencia de los bienes a proteger en este tipo de conductas, más extendidas de lo que sería tolerable, no ya únicamente asociadas a acosos morales en sentido estricto, impliquen o no un factor adicional de vulneración, como la discriminación, por cualquier causa, pero en especial sexo-género, sino a conflictividades que enrarecen o intoxican psicosocialmente los ambientes de trabajo, la necesidad de una mejor aplicación (judicial) del derecho (legal) vigente reclama de esta función de garantía un papel más proactivo o preventivo, como se decía. No es con la mayor –e improbable– criminalización de las conductas como lograremos reducir las, ni tan siquiera con una mejor indemnización (sanción civil), hoy muy alejada de la dimensión disuasoria legalmente prevista *ex* artículo 183 de la LRJS (como hemos visto, el ámbito penal no está en mejores condiciones ante la cicatería de esas cantidades –4.000 € en el caso de la [sentencia de nuestro diálogo](#); 12.000 en otros vistos–), como afrontaremos eficazmente el problema en los entornos laborales. Conforme al más arraigado sentir popular o social (¿qué madre no nos lo ha dicho alguna vez?), que el artículo 14 de la LPRL convierte en palabra de ley y la doctrina constitucional en derecho fundamental, es siempre mucho mejor «prevenir que curar» (reparar, sancionar). Es cierto que hace años que crecen exponencialmente los «protocolos de gestión de los conflictos psicosociales asociados a la violencia en el trabajo» –así como a otras conductas inapropiadas–, pero ni han alcanzado el grado generalizado debido ni, peor aún, los niveles de calidad técnica y de eficacia práctica exigibles, como evidencian también los casos aquí narrados. Pero este debería ser el camino.

En definitiva, las obligadas políticas preventivas no deben buscar un delito (orientación mayoritaria de los protocolos –lo que explica su extremo fracaso–), sino una situación de con-

flictividad psicosocial y organizativa susceptible de escalar hasta una situación de acoso, ese es el riesgo a prevenir. En otro caso, no estaríamos ante un problema de protocolo sino de intervención penal, como apuntaría la, completamente ignorada por los tribunales de orden social, nueva [NTP 854/2009](#), en la que se ofrece una definición de acoso moral relevante a los efectos preventivos. En ella se primaría –de momento con escaso éxito– un enfoque de gestión preventiva del «riesgo de acoso moral en el trabajo», entendido como un problema de salud en los entornos de trabajo, no del «acoso laboral mismo», que, en la mayor parte de las ocasiones, reviste tal gravedad como para constituir un auténtico delito (el caso analizado es ilustrativo).

En consecuencia, los jueces de los órdenes profesionales (laboral y contencioso) deben ser más conscientes de la realidad del conflicto sociolaboral, normal o anormal, como un factor de riesgo psicosocial y, en consecuencia, del nuevo enfoque de gestión de los conflictos sociolaborales asentados en la prevención de riesgos psicosociales. Más de dos décadas después de la entrada en vigor de la [LPRL](#), persiste en la conciencia y en la práctica judicial una actitud de normalización de los conflictos generadores de malestar en el trabajo, sobre la base clásica de que es estructural a la relación laboral, asentada en un conflicto raíz inexorable, pues, entre los intereses empresariales y los laborales. Sin negar esta evidencia del conflicto de base, so pena de incurrir en una irreal e ideológica (falsa) concepción «armonicista», queda claro que hay que complementarla, incluso modularla, en nuestro tiempo con la dimensión del análisis de salud laboral, que hace de toda conflictividad recurrente un factor de riesgo laboral psicosocial a gestionar proactivamente<sup>5</sup>. Aunque la ley esté clara, si la interpretación judicial mayoritaria no le pone su voz –y su pluma–, se frustrará su fin. Y es que, como advirtiera en el siglo XVII don Diego de Saavedra Fajardo<sup>6</sup>, en su empresa 21 (función de la jurisprudencia):

(...) porque las leyes no pueden darse a entender por sí mismas y son cuerpos que reciben el alma y el entendimiento de los jueces, por cuya boca hablan y por cuya pluma se declaran y aplican a los casos, no pudiendo comprenderlos todos, adviertan bien los príncipes a qué sujetos los encomiendan, pues no les fían menos que su mismo ser y los instrumentos principales de reinar.

<sup>5</sup> Dicho sea de paso, y por la coyuntura del tiempo que vivimos, como se predicaría –según se ha explicado en varios de los [estudios del monográfico de este número](#)– del nuevo enfoque de gestión de protección de datos, al que se quiere otorgar, como en su día la [LPRL](#), nada menos que un cambio de orden cultural, pues la empresa no debe actuar por miedo a la sanción, sino que debe anticiparse al riesgo de la misma, cumpliendo adecuadamente con los presupuestos legales.

<sup>6</sup> En *Idea de un príncipe político cristiano representada en cien empresas* (1640).