

**DEL «SILENCIO» DE LA LEY A LA «LEY DEL SILENCIO»: ¿QUIÉN TEME
A LA LUCHA DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO CONTRA EL ACOSO
MORAL EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS?**

**Argumentos normativos para la «ilegalidad» y no vinculatoriedad del
pretendido criterio «técnico» sobre «mobbing» de la DG de ITSS –CT 34/2003–**

**Núm.
28/2003**

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Extracto:

EN este trabajo se realiza un comentario crítico del denominado CT 34/2003^{*}, elaborado por la DGITSS para excluir el acoso moral en el trabajo de la actuación inspectora desde la perspectiva preventiva. La consecuencia más inmediata en el plano práctico es la exclusión de su ámbito de actuación de los funcionarios públicos, cualesquiera que sea el ámbito administrativo donde presten sus servicios. De este modo, tales trabajadores, pese a estar incluidos dentro del ámbito de aplicación de la LPRL, se verán obligados bien a ponerse en manos de la Inspección de Servicios, que hasta el momento han acreditado una actuación muy deficiente, cuando no nula al respecto, por cuanto desconocen de raíz el marco normativo aplicable, bien a conducir sus actuaciones por el intrincado y proceloso mundo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en línea con lo sucedido en el supuesto de la STS 23-7-2001. Para el autor, sin embargo, tal criterio técnico choca frontalmente con la legalidad vigente en esta materia así como con el propio criterio técnico evidenciado por el órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado, por lo que la perplejidad no puede ser mayor. De ahí que, analizando tanto el concepto jurídico-preventivo de «acoso moral en el trabajo» como los fundamentos jurídicos de su tutela, a la luz del ordenamiento español de Seguridad y Salud, que hasta el momento había pasado por ser uno de los más modernos e innovadores del mundo, no obstante el fuerte revés de su incumplimiento práctico –quizás por esa misma ambición normativa–, el autor proponga la no vinculatoriedad de tal criterio para las Jefaturas Provinciales de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La inaplicación del criterio técnico, en tanto se determine su nulidad, o su corrección en vía interpretativa por los propios inspectores, no sólo tiene fuerte asidero legal sino que incluso viene posibilitado por el mismo CT 34/2003, que ha dejado un resquicio abierto para aplicar la legislación preventiva en preferencia a la laboral.

* El «Criterio Técnico Sobre "Mobbing" (Acoso psicológico o moral)» CT 34/2003, de la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, puede consultarse en el volumen de este mismo número y Revista dedicado a la Legislación y Jurisprudencia.

Sumario:

1. Prenotando.
2. Una estricta lectura de la normativa preventiva vigente exige contemplar el acoso moral como *riesgo profesional a prevenir* no ya sólo como *accidente de trabajo a reparar*.
 - 2.1. Las razones legales que avalan un concepto jurídico-positivo de derecho a la salud integral: la integración del acoso moral como riesgo psicosocial en el ciclo legal de control preventivo.
 - 2.2. Las razones jurisprudenciales: la calificación del acoso como accidente de trabajo presupone el deber de protección de la salud psicosocial.
3. El acoso moral como infracción muy grave en materia de prevención de riesgos laborales: su reconducción al tipo del artículo 13.10 TRLISOS.
4. La perspectiva formal: un «criterio técnico» contrario al principio de legalidad no puede ser jurídicamente vinculante.
5. Valoración final.

1. PRENOTANDO

Hasta el momento ha hecho una enorme fortuna social la siguiente frase que resume la visión que, tan errónea como extendidamente, parece sintetizar el estado jurídico actual de una *patología socio-laboral* tan grave como el denominado «*acoso moral en el trabajo*» –«*mobbing*» en lamentable terminología anglicista–

«en las sociedades de nuestro mundo occidental altamente industrializado, el lugar de trabajo constituye el último reducto de los "campos de batalla" en el que una persona puede matar a otra sin ningún riesgo de llegar a ser procesada ante un tribunal»
(LEYMANN).

No cabe duda que tal constatación llamaría de forma inmediata a realizar las más afiladas y agrias críticas tanto a nuestra legislación, por su incapacidad de dar respuesta al tremendo drama que viven las personas afectadas, cuanto a los legisladores, por su incompetencia para resolver esta deficiencia legislativa. De ahí, la activación en estos dos últimos años de un amplio movimiento «*anti-mobbing*» orientado principal, casi obsesivamente, a convencer a nuestros parlamentarios de la inexcusable necesidad de elaborar una legislación específica que prevenga y, en su caso, reprima, sancione y repare las lesiones derivadas de tan lesivo comportamiento para un amplísimo catálogo de derechos de los trabajadores –privados y públicos–.

En la medida en que tales iniciativas provienen, por lo general, de la Oposición se responsabiliza al Gobierno Central de nuestra pretendida «pésima posición» respecto a otros Ordenamientos, especialmente respecto de los países escandinavos, o incluso respecto a países vecinos, como Francia (enero 2002) o Bélgica (junio 2002), que cuentan con la legislación más moderna, al menos en el sentido cronológico del término. Consecuentemente, en tanto en cuanto nuestro legislador «central» no quiera proveer o procurar la debida tutela, debería seguir haciendo fortuna en debates, estudios, jornadas y seminarios la lapidaria sentencia del principal «descubridor» de esta «nueva» *patología socio-profesional y organizativa*.

Por otro lado, las múltiples dudas, en aumento a mayor profundización sobre el problema –incluso con el proliferar del número de sentencias que conocen del mismo, ya bastante significativo, aunque sólo constituyan por el momento una «jurisprudencia menor» o «doctrina judicial»–, que presenta el concreto momento de seleccionar los canales de defensa jurídica más adecuados (estrategia de defensa jurídica), están generando excesiva frustración en las personas afectadas. Un nocivo «efecto colateral» que, llamado «victimización secundaria», nosotros consideramos un gravísimo *riesgo de victimización institucional* que los poderes públicos bien harían en evitar y, cuando se produce, corregir. En todo caso, la verdad es que la crecida de este movimiento de lucha por *el derecho a un ambiente de trabajo libre de violencia psicológica*, corre paralela al incremento de las incertidumbres.

Finalmente, el gusto tremendista de algunos autores –así como de ciertos medios de comunicación– por poner el acento de forma indiscriminada en las expresiones con más carga de profundidad, recurriendo a términos lamentablemente muy emotivos y simbólicos en este país, como la de «*psico-terror laboral*», «*plaga del siglo XXI*», tampoco ayuda mucho para encauzar adecuada e integralmente el tratamiento de esta patología. Como tampoco contribuye positivamente a la solución ciertos estudios que, unos claramente «bienintencionados» otros no tanto, proponen unos porcentajes de personas afectadas desmesurados. A mi juicio, la inexcusable obligación de estar vigilantes o permanentemente alerta frente a conductas tan bárbaras como las que encierra la expresión «acoso moral», no debe confundirse con la creación de una situación de alarma social que más entorpece que beneficia a resolver el problema, tan real como grave, que tampoco lo dude nadie ¹.

Precisamente, porque entiendo que el problema realmente existe y es de gran entidad, considero igualmente que, en el plano jurídico, el ordenamiento normativo español cuenta con suficientes «anticuerpos» para defenderse, de modo razonablemente eficaz, del peligroso y extendido «virus» que asola, allá donde se constata, los «ambientes de trabajo». Por tanto, me incluyo en el grupo, no demasiado numeroso por el momento, de los que están firmemente convencidos de que en nuestro Derecho contamos, desde hace tiempo, con un amplísimo «arsenal» dispuesto contra estos comportamientos, que el propio TS ha tildado de paradigma de lo que nunca debió, ni debe, ser un Estado de Derecho (STS 23-7-2001).

En este sentido, quizás no sea ocioso recordar que el pretendido «vacío jurídico» había sido fuertemente desmentido por el mayor experto mundial sobre violencia psicológica en el trabajo desde un plano psicosocial. Así, en reiteradas ocasiones manifestó con contundencia que tales procesos de conflictividad socio-laboral patógena y degradante no expresan en modo alguno un silencio legislativo, que sería absolutamente intolerable e inexplicable en sociedades civilizadas, sino más bien la ineffectividad, esto es, de su incumplimiento en la realidad cotidiana de nuestros lugares de trabajo ².

Pero para extraer todo su rendimiento a esta tesis tenemos que liberarnos lo antes posible de lo que, a mi juicio, son *ciertos desarrollos erráticos, tanto por la investigación jurídica como por la doctrina judicial, que derivan el planteamiento del problema, y por tanto la solución, hacia dilemas que no sólo se revelan «científicamente» falsos sino también normativamente absurdos*. Para comprobar empíricamente los efectos perniciosos de esta forma de «comprender» el tratamiento jurí-

dico del «acoso moral en el trabajo», buscando dar al estudio la mayor concreción práctica posible, basta con leer la «opinión técnica», tan autorizada institucionalmente como equivocada normativamente, que motiva el análisis aquí emprendido.

En consecuencia, no pretendemos en este momento abordar todos aquellos «*falsos dilemas*» que hemos constatado en estos dos años de investigaciones, propias y ajenas, y de «experiencia jurídica», sino tan sólo los dos que están en la raíz del «*Criterio Técnico Sobre "Mobbing" (Acoso psicológico o moral)*», CT 34/2003, de la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social –DGITSS–. A saber:

- a) Las conductas que integran el proceso de acoso moral no están, como ya sucediera inicialmente con el acoso sexual, expresamente tipificadas entre las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales que contiene el vigente *Derecho Social Sancionador*.
- b) En ningún lugar de la entera legalidad vigente en materia de prevención de riesgos laborales, no ya sólo de su ámbito sancionador, cabe contemplar el acoso moral. En otros términos, para la DGITSS, la violencia psicológica en los ambientes de trabajo o no es un problema de salud laboral, sino de incumplimiento de otros derechos básicos del trabajador –el respeto a la dignidad de la persona del trabajador–, o si lo es no tendría respuesta en el no hace mucho considerado modernísimo y avanzadísimo *Derecho español de Seguridad y Salud en el Trabajo*.

La perplejidad extrema que causa a cualquier investigador medianamente familiarizado, no digo ya especialista –bastantes menos de los que así se autoproclaman en los muchísimos «foros» creados en este ámbito– con estos comportamientos, no sólo reside en la debilidad argumental de esta resolución, absolutamente aislada y a contracorriente en el plano técnico-preventivo y normativo. Si así fuera nuestra inquietud no pasaría de la puramente intelectual o académica, en la medida en que, como trataremos de acreditar con la seriedad y rigor que requiere el trabajo científico, este pretendido «criterio técnico» no resiste la más mínima crítica *de lege data* o de derecho positivo, revelándose como puramente «político». Aunque en mi criterio su «inoportunidad» es máxima tampoco tendría sentido la polémica, por cuanto la protección estaría «asegurada» por la vía sancionadora de las «infracciones laborales» (art. 8.11 TRLISOS).

Sin embargo, el verdadero problema radica en que tiene consecuencias prácticas draconianas, por sus efectos excluyentes, para un colectivo importantísimo de personas afectadas: los funcionarios, cualquiera que sea el ámbito administrativo donde trabajen –*vgr.* Administración General, Autonómica o Local del Estado–. Paradójicamente, según todos los estudios realizados en esta materia, tanto particulares como oficiales, incluida la OIT y la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, así como por la misma Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, el ámbito en el que existe una mayor incidencia, por sus particularidades organizativas, es precisamente el de las diferentes Administraciones Públicas, territoriales e institucionales. Los varios centenares de denuncias que, según me consta de forma fehaciente, se han presentado ya ante las diferentes Inspecciones Provinciales por estos colectivos, «*habrán de ser devueltas al denun-*

ciante», eso sí, informándole oportunamente, en un acto de diligencia administrativa sin par, de la posibilidad que tiene de continuar su calvario particular a través de un procedimiento, tan dilatado como incierto, de «responsabilidad patrimonial» de las Administraciones Públicas.³

No obstante, y para evitar que la desazón y hundimiento «moral» del funcionario afectado –millares en toda España– sea total, el propio autor del criterio deja un resquicio abierto «a la esperanza». En efecto, en aquellos «casos muy relevantes» en que se pudiera apreciar un peligro extremo, por su gravedad e inminencia, para la seguridad y salud de los trabajadores, en los términos estrictos del artículo 13.4 TRLISOS, sí que cabrá acudir al procedimiento recogido en el Real Decreto 707/2002, 19 de julio. De nuevo podría pensarse que, parafraseando el conocido dicho, quien hace el «criterio técnico» hace «la trampa», pues se mantiene una importante facultad de apreciación de la posibilidad de intervenir por parte de la Inspección, condicionada por la remisión a «*conceptos jurídicos indeterminados*».

Puesto que «excepcional» no quiere decir, según una aquilatada jurisprudencia de la Sala 3.^a, «raro» o «escaso», y en la medida en que el peligro grave de daño a la salud de los funcionarios es manifiesto en todas las situaciones de verdadero acoso moral, la Jefatura Provincial tiene un importante margen de autonomía. Más aún: puesto que la discrecionalidad para llevar a cabo tal facultad estimativa es menor de lo que pudiera parecer a primera vista, un adecuado entendimiento de la misma, para nada residual, bien pudiera reducir en la práctica a «papel mojado» este errático criterio técnico.

La reciente sentencia del TS, Sala 3.^a, de 10-2-2003 –recurso n. 560/2000–, que considera vinculantes para los inspectores de trabajo estos «criterios técnicos», de conformidad con el artículo 9.1 del Real Decreto 138/2000, 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ciertamente puede dificultar pero en absoluto puede impedir, como también trataremos de acreditar en este trabajo, tal interpretación favorable al principio de efectividad del derecho a la salud integral en el trabajo, tal y como se recoge en la vigente normativa preventiva. Este precepto reglamentario recoge, como no podía ser de otra manera, un conjunto amplio y jerarquizado de criterios a los que están obligados a someter su actuación los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ocupando sólo la última posición el relativo a «*los criterios técnicos y directrices establecidos por las autoridades competentes*».

Ahora bien, y adelantando algunos comentarios que desarrollaremos con cierto detenimiento con posterioridad, quizás no sea ocioso recordar algo tan obvio como olvidado en muchas ocasiones por este tipo de «opiniones interpretativas» de los órganos «superiores» de la Administración –los criterios técnicos no son normas–. Como se sabe, y el propio precepto reglamentario recoge con precisión, muy por encima de estos criterios está otro, éste sí expresivo de una regla-principio jurídico general, como es el relativo al «*sometimiento pleno a la ley y al derecho*», según un imperativo inexcusable no ya por designio legal sino constitucional –art. 103.3 CE–, «*a la ley y al derecho*». Por eso, cuando un criterio técnico es manifiestamente ilegal –incluso inconstitucional–, como entendemos es éste, o bien se entiende no vinculante, so pena de incurrir en una actuación contra *legem*

y contra *ius*, o bien debe buscarse una *interpretación correctora* de su tenor literal, de modo que se respete el referido principio de efectividad de la norma legal y el derecho constitucional que desarrolla –el *derecho a la salud y a la integridad psico-física ex art. 15 CE*–.

Sin embargo, lo que está fuera de toda duda, es que lejos de introducir mayores elementos de seguridad o certeza, al menos en los términos razonables que permite –y exige– nuestro ordenamiento, nuestras instituciones emprenden actuaciones que caen en el vicio opuesto a aquella virtud de la interpretación. Así, en vez de allanar el camino para la realización de aquella «cultura preventiva» prometida por la LPRL se genera mayor incoherencia en el sistema, ya maltrecho, provoca incertidumbre adicional en la aplicación normativa y aumenta la ineffectividad del Derecho que están llamadas a realizar. La credibilidad del entero entramado institucional no puede quedar más en entredicho, y lo peor es que se produce de forma absolutamente innecesaria e injustificada.

En consecuencia, me parece de la mayor utilidad y máxima urgencia tratar de introducir en el debate las razones que acreditan, en mi opinión, no ya la inoportunidad e incoherencia del referido «criterio técnico», así como su ineficacia para conseguir el efecto excluyente que, en el fondo, persigue, sino lisa y llanamente su ilegalidad «de plano» o radical y, por tanto, su no vinculatoriedad para las Jefaturas Provinciales, al menos en los términos radicales que augura y promueve. Además, y pese a la enigmática frase final, según la cual «el presente Criterio Técnico ha sido consultado con las correspondientes Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas Competentes», junto a las estrictas razones de legalidad sustantiva que se oponen de frente a la consolidación de esta mera opinión interpretativa, habría que esgrimir igualmente consideraciones relevantes de legalidad adjetiva o instrumental, en cuanto que es posible que una lectura tan radicalmente excluyente –con la salvedad referida– puede lesionar gravemente la competencia funcional que en esta materia tienen las Comunidades Autónomas. A desarrollar tales argumentos dedicamos las páginas que siguen.

2. UNA ESTRICTA LECTURA DE LA NORMATIVA PREVENTIVA VIGENTE EXIGE CONTEMPLAR EL ACOSO MORAL COMO *RIESGO PROFESIONAL A PREVENIR* NO YA SÓLO COMO *ACCIDENTE DE TRABAJO A REPARAR*

2.1. Las razones legales que avalan un concepto jurídico-positivo de derecho a la salud integral: la integración del acoso moral como riesgo psicosocial en el ciclo legal de control preventivo.

Desde un punto de vista formal, la razón de ser del CT 34/2003 estaría en la necesidad de «*definir los principios interpretativos y técnicos comunes a la actuación del Sistema de Inspección*» para hacer frente al conjunto de comportamientos que encierra el denominado «acoso psíquico» en el trabajo. Desde un punto de vista práctico, el fundamento de la misma no puede sino localizarse en la reducción del ámbito de su actuación en tal «problemática laboral» al marco de relaciones profesionales que le es propio: los trabajadores privados, con exclusión expresa, salvo los casos extremos y excepcionales previstos en el artículo 13.4 TRLISOS, de los funcionarios públicos. El dato

empírico o de la realidad a corregir sería el desarrollo de amplias «*campañas publicitarias en los centros de trabajo de los Organismos Públicos*» requiriendo tal intervención, ya a instancia sindical ya propiamente institucional –ej. organismos regionales o autonómicos con competencias técnicas en materia preventiva–, hasta desembocar incluso en frecuentes «*demandas de oficio ante la jurisdicción social*».

Que este objetivo excluyente es el auténticamente perseguido por el Criterio Técnico, bajo la pura o mera apariencia de resolver una cuestión interpretativa difícil urgida de respuesta institucional dirimente, aparece inequívocamente en el redactado del mismo. Expresamente la DGITSS recuerda cómo la fijación de un «criterio uniforme» para arrostrar tales denuncias «*es una cuestión que tiene gran trascendencia para la actuación inspectora, y ello es así en la medida en que en función del criterio adoptado puede variar sustancialmente el colectivo de trabajadores o empleados públicos respecto a los cuales la Inspección de Trabajo y Seguridad Social tendría competencia para actuar*». De este modo, puesto que el indicado criterio es el de considerar el acoso moral o psíquico en el trabajo como «*infracción en materia de relaciones laborales*» –Sección 1.ª del Capítulo 2.º del TRLISOS–, las denuncias presentadas ante la ITSS sólo se atenderán «cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena en el ámbito de la relación laboral ordinaria», con expresa exclusión de las relaciones funcionariales [letras a) y c) del CT 34/2003)].

Aunque el CT, plenamente consciente en su foro interno de los nocivos efectos que tal decisión provocará, trata de aportar un amplio número de observaciones que avalen o fundamenten jurídicamente una lectura excluyente de la protección de los funcionarios públicos por la vía de la prevención de riesgos, el argumento principal sobre el que se sostiene es el *relativo a la pretendida falta de tipificación del acoso psíquico en el trabajo como riesgo profesional a prevenir desde el actual marco normativo español en materia de seguridad y salud en el trabajo*. Basándose en discutibilísimas premisas interpretativas, como es el criterio estrictamente literal –inexistencia de una referencia expresa– y el de los antecedentes fallidos, nacionales y comunitarios, la DG concluye, tan contundente como erróneamente, «*que la vigente legalidad no contempla el acoso moral como materia de prevención de riesgos laborales*» [letra c) *in fine*, página 4].

Los restantes argumentos a favor de tal radical lectura restrictiva del Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo no son en realidad sino consecuencia de la referida premisa. Así, se descartará igualmente que el acoso psíquico en el trabajo cuente con una tipificación adecuada y específica ni en el artículo 12 ni en el artículo 13 del TRLISOS. Estos preceptos sólo podrían englobar tal comportamiento en virtud de una aplicación tan extensiva como forzada o problemática de los mismos, lo que además de ser ineficaz, por cuanto en el mejor de los casos podría reconducirse al tipo del artículo 12.16, calificable tan sólo como infracción Grave –letra a) CT 34/03, p. 4–, estaría legalmente vetado al no contemplarse en la legislación sustantiva, que es la LPRL y su compleja normativa reglamentaria de desarrollo.

Al mismo tiempo, y al objeto de aportar una comprensión lo más completa, precisa y seria posible de la interpretación que ofrece la DGITSS, sin la cual no podremos dejar plenamente al descubierto los gravísimos errores sobre los que se sustancia, conviene poner de manifiesto otro argu-

mento, normativo y sobre todo conceptual, que está en la razón de ser del CT 34/2003. En efecto, este criterio no desconoce, como no podía ser de otra manera, que existe ya una razonablemente amplia doctrina judicial, absolutamente confortada por una consolidada e inveterada jurisprudencia social, según la cual los supuestos de acoso psíquico y/o moral en el trabajo pueden ser calificados como «*accidentes de trabajo o enfermedades derivadas del trabajo a los efectos de causar derecho a las correspondientes prestaciones en materia de Seguridad Social, en tanto se produzcan secuelas o enfermedades psíquicas o psicológicas*» (p. 3). Sin embargo, pasar del entendimiento del acoso psíquico como accidente de trabajo *ex* artículo 115.2 d) LGSS a su comprensión como riesgo profesional o laboral a prevenir *ex* artículo 4.2.º, 3.º y 4.º LPRL, sería para la DGITSS un salto lógico y normativo no autorizado, porque *no cabría confundir el concepto preventivo de daño derivado del trabajo con el concepto asegurador de accidente de trabajo* a efectos de las prestaciones de Seguridad Social.

Este entendimiento, que bajo ciertas condiciones o premisas bien podría aceptarse con carácter general para afrontar las relaciones entre el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales, resulta a todas luces inaplicable en la situación generada por el acoso moral. En realidad, con tal opción interpretativa la DGITSS no hace sino tratar de llevar a sus últimas consecuencias lo que no son sino ciertas propuestas doctrinales realizadas en orden a reformar la actual legislación preventiva, precisamente para evitar la «confusión» que se dice existe hoy entre ambos conceptos. Pero, al margen del juicio que tales propuestas merezcan, debe repararse en que no estaríamos ante un criterio normativo de *lex data* sino ante una pura propuesta, por lo que la incoherencia del CT se evidencia de nuevo, haciendo pasar por legislación positiva lo que no es sino una recomendación *ad futurum* que busca más el ahorro de los costes generados al Sistema sobre cualquier otro objetivo, pero que en cualquier caso nunca esta diferenciación conceptual y normativa se ha planteado como una vía para excluir de la prevención de riesgos laborales todas aquellas situaciones que entran dentro del típico riesgo empresarial, como sí pretende hacer este CT 34/2003 respecto del acoso moral en el trabajo ⁴.

En definitiva, mostrando con claridad que la premisa principal del CT expresa no ya una opción interpretativa discutible, lo que nos permitiría criticarla por razones técnicas y axiológicas pero en modo alguno privarla de legalidad y vinculatoriedad administrativa, sino sencillamente errónea de plano, por radicalmente contraria a la legalidad formal y material vigente, podremos dejar en evidencia sus conclusiones, igualmente carentes de fundamento en el Derecho positivo. A tal fin debemos acudir, en primer lugar, a contrastar el concepto «extrajurídico» de acoso psíquico con el concepto jurídico-preventivo de riesgo laboral, al objeto de ver si tiene plena cabida o no en el mismo, única manera de poder concluir su inclusión o no en el sistema normativo de prevención de riesgos laborales.

En esta dirección, consideramos importante advertir de entrada que el pretendido CT ha orillado absolutamente esta cuestión, de modo que prescinde por completo de los criterios hermenéuticos recogidos en el artículo 3.1 Código Civil. Es ya de por sí extraño que un CT que persigue expresar cuál es la legalidad vigente confunda los conceptos de «*silencio elocuente*» con el de «*vacío de regulación*», de modo que haga pasar el primero por el segundo –los fallidos intentos de introducir

una legislación específica significan que el legislador ha querido dejar fuera de la regulación preventiva, al menos por el momento, el acoso psíquico-. Con este deficiente proceder no sólo se han ignorado las tradicionales y muy consolidadas *técnicas de integración de lagunas* en los ordenamientos normativos sino que incluso se ha prescindido de la más mínima consideración a los criterios sistemático, teleológico y axiológico de interpretación, tal y como exige el referido artículo 3.1 Código Civil, cuando son estos criterios los que, según jurisprudencia y doctrina hoy dominantes e incuestionadas, han de primar en la búsqueda de sentido de las normas, en su consideración aislada y, como es hoy obligatorio, en su consideración ordinamental (art. 9.1 CE).

Profundizando más en esta primera línea argumental, que pretende comprobar si es posible reconducir el concepto de acoso psíquico en el trabajo dentro del concepto jurídico de «riesgo laboral», debemos recordar que por tal se entiende, de conformidad con el concepto expansivo del artículo 4.2.º LPRL, la *posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo*. Ahora bien, por si este criterio laxo y flexible no fuera ya suficientemente amplio, el criterio recogido en el punto 3.º del artículo 4 LPRL confirma que se considerarán como «daños derivados del trabajo» *cualquier enfermedad, patología o lesión sufrida con motivo u ocasión del trabajo*. Un análisis conjunto de ambos criterios normativos lleva a considerar como concepto jurídico de riesgo laboral *cualquier situación que genere la mera posibilidad de sufrir una enfermedad, patología o lesión con motivo u ocasión del trabajo*.

Por su parte, el artículo 5 de la LPRL, relativo a los objetivos de la política en materia de prevención de riesgos laborales, delimita su contenido en torno a la *«promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigida a elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo»*. La finalidad del ordenamiento preventivo, que pretende formalizar e institucionalizar esta renovada política socio-cultural y económica, no es ya la simple adopción de medidas que eviten los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales –finalidad reactiva– sino, mucho más ampliamente, *la mejora de la salud de los trabajadores*.

Una simple lectura de este precepto, en concordancia con sus fundamentos de Derecho Comunitario, de Derecho Internacional y de Derecho Constitucional, así como en atención al entero entramado normativo e institucional, ha permitido concluir unánimemente a los especialistas en esta materia, confortados con la jurisprudencia más reciente, que nuestro Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo *refleja con precisión la evolución producida en esta materia en décadas de estudios, producción normativa y experiencia jurídica*, tanto internacional como comparada. Esta evolución se basaría, entre otros argumentos, tanto en el ambicioso concepto de salud fijado por la OMS, definido como *«el estado de bienestar físico, mental y social completo y no meramente la ausencia de daño o enfermedad»*, como en la ampliación de su ámbito de intervención al denominado *Herdware* de la Empresa, esto es, al clima organizacional y sentimientos de la empresa –ej. relaciones personales, formas de comunicación y arrostramiento de conflictos ...–⁵.

Quizás pudiera caerse de inmediato en la tentación de contrarrestar estas observaciones evidenciando que estamos ante puro *desideratum*, mero programa normativo no vinculante. La posibilidad carecería, sin embargo, del más mínimo refrendo normativo –otra cosa es la ineffectividad prác-

tica de tales normas por incumplimiento sistemático y parcialmente consentido o tolerado de las mismas—. A tal fin debemos recordar que *no sólo existe un sujeto específicamente obligado*, al menos de modo principal, al cumplimiento de tales compromisos normativos, sino que también está expresamente *normado el modo de organización y gestión* técnicos de tal deber de cumplimiento. Respecto a lo primero, junto al deber empresarial de una protección «eficaz» en materia no sólo de seguridad sino también de «salud en el trabajo» —que, por cierto, constituye también un deber de las AA.PP. respecto de su personal, art. 14.2—, se fijan estrictos principios de «acción preventiva» para que quede plenamente comprendido tan ambicioso programa preventivo (art. 15 LPRL).

En este sentido, ilustrativa para nuestro tema es la letra g) del artículo 15.1 LPRL, que evidencia sin matices ni equívocos esta concepción integral de la salud de los trabajadores en lugares concebidos como auténticos sistemas ambientales de calidad. A tenor de este precepto, como cualquier otro de la LPRL silenciado de plano por el CT, el empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención *ex* artículo 14 LPRL, con arreglo al *principio de planificar la prevención* buscando «un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo». Ahora bien, como la realización concreta y técnica de un *Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo* —art. 2 Real Decreto 39/1997, 17 de enero— tan completo y complejo desborda las posibilidades del empresario, nuestro ordenamiento ha contemplado expresamente, entre las técnicas preventivas, toda una rama socio-técnica encargada de la *ergonomía y la psicología aplicada a la prevención* (art. 4.3 en relación al Anexo VI del Reglamento de los Servicios de Prevención).

A la vista de este somero, pero entendemos que más que suficiente, acercamiento a los conceptos jurídicos de *riesgo laboral* y de *acción preventiva* a cargo del empresario —privado o público—, no parece difícil, por supuesto nada forzado, la reconducción hacia los mismos del concepto de acoso psíquico en el trabajo, cualquiera que sea la definición que se siga al respecto. En efecto, así sucede sin duda desde el concepto acogido por el CT 34/2003, que sigue estrictamente la noción suministrada por Heinz LEYMANN, según la cual por tal hay que entender toda *situación en la que una persona —o un grupo de personas—, aprovechándose de una posición asimétrica —jerárquica o no— en la organización de trabajo, ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática, durante un tiempo prolongado sobre otra persona en el lugar de trabajo, normalmente con vista a conseguir la autoexclusión del mismo, para lo cual activa un proceso continuado de degradación de las condiciones de trabajo con vistas a producir el máximo desgaste o la destrucción psíquica —desequilibrio emocional— y moral —anulación de su autoestima y de su conciencia de sí mismo—*. Pero sucedería exactamente lo mismo si se sigue otra noción, igualmente refrendada en ordenamientos europeos y en nuestra doctrina judicial, incluso en el Derecho Comunitario, según la cual por acoso ha de entenderse toda *situación en que se busca de propósito, o se produce como efecto, el crear un entorno intimidatorio, degradante, hostil, humillante u ofensivo que, en sí mismo atenta contra la dignidad del trabajador/a y su integridad psico-física y moral* ⁶.

Las características de este comportamiento son siempre, aunque con distintos grados de intensidad, la confrontación permanente y desmesurada, las vejaciones y malos tratos, de obra o palabra, la anulación de la personalidad mediante la reiteración de comportamientos hostiles durante un tiem-

po prolongado, aprovechando la ventaja que proporciona una determinada posición de poder en la empresa, sea jerárquica, sea social, sea personal. En consecuencia, *parece claro que el acoso moral amenaza en todo caso con infligir a una persona graves daños, psíquicos y físicos*, por lo que ya se actualice o no este daño, además de los derivados a otros bienes de la personalidad que siempre se producen como consecuencia de la lesión de la integridad moral, *no cabe duda de su consideración como un riesgo socio-laboral a evitar o, en su caso, como será lo más frecuente, a corregir en el marco normativo, institucional y técnico de la vigente política de acción preventiva, tanto interna como externa a la empresa*. Por lo demás, esta lectura es la que constituye el *criterio técnico que aparece oficialmente aceptado* por el organismo público estatal que tiene formalmente la máxima competencia técnica en esta materia: el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (vid. NTP 476/1998).

En definitiva, lo que no era sino una obviedad, la ausencia de una legislación específica sobre riesgos psicosociales en general y sobre acoso moral y/o psíquico en particular, a diferencia de lo que sucede con otros tradicionales riesgos propios de la seguridad y salud físicas, se ha mutado en una interpretación excluyente del vigente marco genérico de prevención de riesgos laborales sin la más mínima consideración a los criterios de interpretación de este sistema jurídico –teleológicos, sistemáticos, axiológicos, literales, realistas...-. La DGITSS ha aprovechado un hecho puramente negativo, el fracaso del intento de proceder a una regulación específica –*voluntad negativa de un legislador especial posterior a la LPRL*–, para descartar la más mínima posibilidad de que tal riesgo ya estuviera contemplado sin necesidad de una regulación específica, sin perjuicio de la necesidad, conveniencia u oportunidad de que tal normativa específica exista. Pero esta consideración, que incluso podría compartirse en ciertas condiciones, no es en modo alguno un criterio de estricta técnica jurídica sino de pura política del derecho, lo que no le incumbe trazar en absoluto a la DGI, sino a los titulares del poder legislativo, judicial y convencional ⁷.

La DGITSS, al objeto de buscar mayor apoyo «técnico» a lo que no se presenta más que como un simple arbitrio del intérprete, trae a colación el paralelo fracaso regulador en el marco del Derecho Comunitario. El intento argumental resulta igualmente fracasado por las razones que inmediatamente esgrimiremos.

En efecto, la ausencia de una regulación normativa comunitaria específica, conforme al proyecto inicialmente diseñado al respecto, lleva incomprensiblemente a la DGITSS a concluir que «*en tanto no se modifique la situación legislativa actual en España, bien por la adopción de iniciativas legislativas propias, bien en el marco de lo que se establezca en el ámbito europeo...*» no cabe incluir la violencia psicológica en los ambientes de trabajo en la norma preventiva. De forma notoriamente sesgada se nos recuerda que, «*precisamente por las dificultades que tiene encajar la violencia en el trabajo en los supuestos generales de evaluación de riesgos y planificación preventiva, y en el Documento definitivo de la Comunicación de la Comisión de las CC.EE de 11-3-2002, sobre la estrategia europea..., se ha sustituido el compromiso de elaborar la... Directiva por lo siguiente: «la Comisión estudiará la conveniencia y el ámbito de aplicación de un instrumento Comunitario sobre el acoso psicológico y la violencia en el trabajo» (CT 34/2003, p. 5).*

De nuevo se produce, a nuestro juicio, un craso error de interpretación de modo que se atribuye valor jurídico vinculante para analizar el sentido de un ordenamiento nacional a un dato que, además de incompleto y desenfocado, tiene en su contexto un sentido bien diferente, incluso el opuesto. Así se desprendería de las siguientes consideraciones. A saber: en primer lugar, no sólo contamos con la referida Comunicación de la Comisión –COM (2002) 118 final– sino también con una RESOLUCIÓN del Consejo, de 3-6-2002, sobre la referida Comunicación –DOCE 5-7-2002, 2002/C 161/01–. En esta Resolución, si bien se acoge favorablemente tal Comunicación –C 161/3–, se evidencia una opción reguladora parcialmente diferente respecto de la Comunicación, en la medida en que frente a la mayor proclividad de la Comisión de elaborar *nuevos instrumentos normativos* para afrontar los retos derivados de los cambios sociales y empresariales, el Consejo opta por diferentes técnicas de regulación, que van desde la promoción de las acciones negociadas entre interlocutores sociales a la elaboración de instrumentos no normativos o no vinculantes –ej. guías técnicas, códigos de buenas prácticas–, *que faciliten la aplicación de las disposiciones legislativas ya vigentes en las empresas*. Las propuestas legislativas que se fomentan van más en la dirección de simplificar el complejo entramado normativo –recodificación– que de aumentar el número de normas con la multiplicación de legislaciones específicas –Directivas específicas–.

En segundo lugar, y en conexión con esta interpretación, está claro que cuando la Comisión proponía el estudio de un «instrumento comunitario» ya no puede vincularse estrictamente a un instrumento normativo, por lo que parece clara la renuncia de las autoridades comunitarias a una regulación vinculante en este marco. Sin embargo, en modo alguno esta renuncia puede interpretarse como el rechazo de la UE a una consideración del acoso psíquico como un problema de salud laboral.

Precisamente, entre los objetivos a perseguir por los agentes implicados en la política preventiva diseñada por la nueva estrategia comunitaria está el «*tener en cuenta los riesgos sociales tales como el estrés y el acoso en el trabajo...*». La calificación de las diferentes formas de acoso en el trabajo como un riesgo profesional a prevenir, especialmente en el marco de una política preventiva que persigue la mejora continua del bienestar en el trabajo –valor de la calidad de vida en el trabajo– tanto como objetivo de política social como económica –la seguridad integral como factor de competitividad–, aparece pues como un dato indiscutible del denominado «acervo comunitario». Tal contemplación, a juzgar por esta Resolución del Consejo, que evidencia una visión parcialmente diferente respecto de la Comisión en orden a la naturaleza del instrumento comunitario, no puede quedar condicionada a la existencia o no de norma expresa, de cuya viabilidad el Consejo duda.

En tercer lugar, y finalmente, esta situación de ausencia de norma comunitaria expresa, pero no de marco normativo genérico, no ha supuesto ningún freno para que otros países comunitarios desarrollen en sus legislaciones normas específicas que contempla el acoso moral en el trabajo dentro de su política preventiva –ej. Suecia, Francia, Bélgica...–, y otros países que, sin contar con regulación expresa, también contiene la prevención de tales comportamientos en sus políticas –ej. Alemania, Reino Unido–. En consecuencia, la cuestión relativa a la inclusión de la prevención frente al acoso moral dentro del marco normativo no depende estrictamente de la existencia o no de norma específica sino de las posibilidades que cada uno de los ordenamientos internos, en aplicación del marco comunitario global y genérico –Directiva Marco–, permita para integrar las lagunas que en tal sen-

tido puedan producirse. Por lo que, una vez más, la decisión se revela, en el peor de los casos, como una clásica cuestión de integración de lagunas manifiestas de regulación y no como un silencio elocuente del legislador o un «vacío jurídico», de modo que de la simple ausencia de referencia expresa no puede inferirse nada más y nada menos que la exclusión radical de la tutela preventiva. Por eso, entendemos que con este pretendido CT 34/2003 la quiebra del entero entramado normativo, nacional y comunitario, no podría ser más radical y menos justificada.

2.2. Las razones jurisprudenciales: la calificación del acoso como accidente de trabajo presupone el deber de protección de la salud psicosocial.

Quizás esta interpretación, que entendemos absolutamente ajustada a la Ley y al Derecho Preventivos vigentes, pudiera valorarse simplemente como una Opinión Jurídica más, cuyo valor reside en la mayor o menor credibilidad de quien los formula. Sin duda esta eventual visión quedaría inmediatamente contestada a la vista de la inequívoca –por lineal e incontestada– aunque embrionaria –por las pocas decisiones– doctrina formulada por el intérprete institucional, el Juez, a tenor de la cual la inclusión del acoso moral como riesgo profesional no ha sido ni discutida ni discutible. En este sentido, una simple lectura de las sentencias con que contamos, tanto de los juzgados de lo social como sobre todo de los Tribunales Superiores de Justicia, no sólo devenidas firmes sino fuertemente amparadas en jurisprudencia del TS aplicable por extensión, deja a las claras esta reconducción de la tutela frente al acoso moral al genérico deber de protección eficaz de la salud de los trabajadores puesto a cargo de los empresarios.

Para esta doctrina judicial, y sin perjuicio de los diversos fundamentos esgrimidos para dar satisfacción a las pretensiones igualmente diferenciadas articuladas por las personas afectadas, el criterio técnico a seguir es el recogido en la NTP 476/1998, elaborada por el INSHT, sobre *«hostigamiento psicológico en el trabajo: mobbing»*. Así, para la *SJS n. 2 de Pamplona 24-9-2001*, ya firme, recogiendo literalmente el referido criterio del máximo «órgano científico técnico especializado de la Administración General del Estado» (art. 8.1 LPRL), el «mobbing» debe considerarse *«como una forma característica de estrés laboral, que presenta la particularidad de que no ocurre exclusivamente por causas directamente relacionadas con el desempeño del trabajo o con su organización, sino que tiene su origen en las relaciones interpersonales que se establecen en cualquier empresa...»*.

A tenor de este mismo criterio técnico del INSHT, hasta el momento no desautorizado o corregido oficialmente, si es cierto que el origen de estas situaciones puede tener orígenes muy diversos, lo cierto es que prevalece su vinculación con un substrato caracterizado por deficiencias en la organización del trabajo y en los modos de resolución de los conflictos. En consecuencia, tal y como reconoce igualmente el propio Parlamento Europeo, los factores de riesgo psicosocial que están en la base de las conductas de acoso, son plenamente evaluables, presupuesto inexcusable para que podamos estar en el ámbito de la prevención de riesgos: no hay riesgo laboral si no puede ser previamente evaluado (arts. 15 y 16 LPRL) ⁸.

Precisamente, son ya muchos los estudios, oficiales y privados, que permiten destacar la incidencia de este problema en la salud laboral, para lo cual «se han diseñado *herramientas específicas estandarizadas* como el LIPT (*Leymann Inventory of Psychological Terrorization*, 1990). Otros instrumentos miden las consecuencias derivadas de este tipo de procesos. Dado que el tipo de situaciones descritas originan estrés, los instrumentos utilizados para evaluar algunas de las consecuencias derivadas del *mobbing* son diversos cuestionarios específicos *destinados a evaluar sintomatología psicósomática general por procesos estresantes*, como el Test de Salud Total (TST de T. S. Langner, 1962, NTP 421/1996) o el Cuestionario General de Salud (GHQ de D. Goldberg, 1972). En suma, para el Criterio Técnico oficial desde el plano estrictamente preventivo hoy podemos encontrar «*distintos medios más o menos adecuados para evitar, prevenir y resolver*» los problemas suscitados en el ambiente laboral por este tipo de conductas potencial y efectivamente muy lesivas para la salud de los trabajadores ⁹.

La exigibilidad de este tipo de instrumentos encuentran claro fundamento en el artículo 5.3 del Reglamento de los Servicios de Prevención de Riesgos Laborales, a tenor del cual, cuando la evaluación exija la realización de mediciones, análisis o ensayos y la normativa no indique los métodos que deben emplearse, o cuando los criterios de evaluación contemplados deban ser interpretados o precisados a la luz de otros criterios de carácter técnico, se podrán utilizar «guías» del INSHT o, en ausencia, cualesquiera «*otros métodos o criterios profesionales descritos documentalmente*» [(letra c)]. La única condición exigida para su validación es que «el procedimiento de evaluación utilizado» proporcione la suficiente «*confianza sobre sus resultados*», debiéndose tener en cuenta que las eventuales dudas no perjudicarán el deber de adoptar «*las medidas preventivas más favorables...*» (art. 5.2 RSP).

Aunque la NTP 476/1998 referida, así como los demás instrumentos de evaluación referidos en ella y en otros instrumentos internacionales, no puede considerarse propiamente una «norma técnica» ni una «guía técnica», sí cabe incluirla como método o criterio profesional oficialmente documentado que responde a los criterios del artículo 5.2 y 3 RSP. En esta misma dirección de vinculatoriedad o exigibilidad jurídica de los *criterios o reglas de normalización técnica* existentes –vgr: STSJ Navarra 15-6-2001– debe recordarse que el sistema preventivo derivado del ordenamiento español cuenta con un *específico sistema de gestión por expertos en materia psicosocial* (arts. 30 y 31 LPRL; arts. 11 y sgs, art. 37.1 RSP).

A la vista de la amplitud de nuestro ordenamiento preventivo parece claro que «*tan importante como la represión de ese acoso moral es la prevención del mismo en la empresa*, habida cuenta que éste, además de atentar contra la dignidad de la persona, repercute negativamente en el rendimiento del trabajador y en su salud física y psíquica, amen de degradar el ambiente laboral; y *la empresa es responsable de la integridad física y psíquica de sus trabajadores* [art. 4.2 d) y e) del Estatuto de los Trabajadores] y *tiene el deber de garantizar un ambiente laboral sano a sus empleados...*» (SJS n. 28, Madrid, 20-9-2002, n. 345/02). Razones económicas –la prevención como factor de competitividad–, sociales y normativas, pues, llevarían a considerar plenamente integrado en el sistema preventivo la tutela frente al acoso moral, de modo que, en línea con lo que está sucediendo en otros países europeos –Suecia, Francia, Bélgica.–, de modo que todas estas referencias «*tienen efectos puramente interpretativos*», no innovan el ordenamiento jurídico ya vigente. De ahí que «*desde estos modestos postulados del intérprete jurídico-judicial se predica la exigencia de que este*

problema social evidenciado y anunciado adquiera relieve en sede interpretativa o de lege data...» (SJS n. 1 Bilbao, 12-9-2002; en sentido análogo SJS Vitoria 31-1-2002, STSJ País Vasco 9-7-2002, rec. 1330/2002; STSJ Canarias/Santa Cruz, 27-2-2003, n. 47, Autos 3003/01).

El evidente *carácter pluriofensivo* del acoso moral –como ya quedara judicial y legalmente evidenciado respecto al acoso sexual– ha quedado palmariamente reflejado en la doctrina judicial elaborada al respecto. Si es cierto que la mayor parte de las sentencias se centran en la aplicación de normas laborales, como el artículo 50 LET –resolución indemnizada de la relación a voluntad del trabajador pero por incumplimiento empresarial– o las normas protectoras frente al despido, incluso en defensa de derechos fundamentales, no menos cierto es que todas ellas parten de la configuración de la conducta como una amenaza seria a la salud de los trabajadores y un factor que «contamina» el ambiente de trabajo mediante la degradación de las condiciones de trabajo. De ahí que incluso se requiera como presupuesto para su tipicidad jurídica el desconocimiento del deber empresarial de proteger la seguridad psico-física del trabajador (SJS n.1 Bilbao 12-9-2002; *STSJ País Vasco* 26-2-2002).

Esta caracterización del acoso moral y/o psíquico en el trabajo que ha sido completamente ignorada por el CT 34/2003, sin que para afirmar tan irrazonable criterio se haya esgrimido fundamento normativo alguno fuera de la referida presunta voluntad negativa de un legislador fallido. No se ha sacado la más mínima lección de experiencia del proceso evolutivo sufrido por el tratamiento jurídico de lo que no es sino una modalidad específica del género acoso, el acoso sexual, cuya configuración como riesgo laboral ya no se discute, pese a seguir careciendo de una referencia explícita en la LPRL (*vid. SsTTSSJ Navarra, 30-4-2001; Galicia 24-1-2000*).

Al mismo tiempo, la vinculación de la política preventiva a los derechos fundamentales del artículo 15 C.E., hoy aceptada unánimemente por la doctrina científica, aparece en este CT radicalmente desconocida y negada. Se abre de esta manera una injustificada brecha entre sectores normativos igualmente llamados a prestar una tutela eficaz contra situaciones tan innominadas como el acoso moral en el trabajo, lo que además de erróneo resulta incoherente e ineficaz para hacer frente a esta forma de violencia psicológica extrema en los lugares de trabajo¹⁰. El pretendido CT 34/2003 evidencia así una dirección que se deja la evolución jurídica completamente a la espalda, con lo que se contraría de raíz aquella línea de política del derecho que se dice seguir: la nueva estrategia comunitaria sobre seguridad y salud laboral, que ha situado en su frontispicio el concepto de salud de la OMS y el valor no ya sólo de la vida sana y segura sino también «de calidad» en un «ambiente laboral no degradado» por conductas hostiles, intimidatorias o humillantes.

3. EL ACOSO MORAL COMO INFRACCIÓN MUY GRAVE EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: SU RECONDUCCIÓN AL TIPO DEL ARTÍCULO 13.10 TRLISOS

El mismo desacierto evidencia otra de las conclusiones u observaciones del comentado CT 34/2003, según la cual la consideración del acoso moral en el trabajo como infracción de las normas preventivas «*no aparece expresamente tipificada ni en el artículo 12 ni en el 13 del Real Decreto*

Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LISOS (esto es, ni entre las infracciones graves ni entre las infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales). El tipo que podría aplicarse sería el recogido en el artículo 12.16 ... (siempre que se pruebe que el incumplimiento crea un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores), y por tanto podría constituir una infracción GRAVE si se acreditara su similitud con los supuestos incluidos en el mismo tipo. En casos muy excepcionales en que el empresario adscribiera deliberadamente a estos trabajadores a puestos de trabajo incompatibles con sus características personales o con sus condiciones psico-físicas, o a tareas peligrosas o nocivas para su salud, sin tomar en consideración su capacidad profesional en materia de seguridad y salud en el trabajo, podrían ser de aplicación los artículos 12.7 y 13.4 de la LISOS» [letra a), página 4)].

La contestación en estricta técnica jurídica de este falaz argumento requiere, sin embargo, un análisis más profundo y articulado respecto al razonamiento anterior, por cuanto es sabido que la vertiente sancionadora del ordenamiento de la seguridad y salud en el trabajo responde a criterios y principios diferentes a los que dominan la dimensión netamente preventiva, sin perjuicio de compartir un mismo valor: garantizar una tutela lo más eficaz posible de la salud de los trabajadores. En efecto, frente a los conceptos jurídicos amplios –conceptos jurídicos indeterminados– y las extensas medidas contempladas por la LPRL y su normativa de desarrollo para actualizar el deber, igualmente genérico, de protección eficaz a cargo del empresario (art. 14 LPRL en relación a su art. 15), el ordenamiento sancionador se fundamenta sobre un *principio de tipicidad legal* que exige una concreta previsión del comportamiento a reprimir en norma de esta naturaleza, sin la cual no puede haber actuación alguna del *ius puniendi* del Estado. La doctrina constitucional y la jurisprudencia es suficientemente pacífica al respecto por lo que no precisa comentarios particulares, no obstante la igualmente reconocida singularidad con que se concibe este principio en ciertos ámbitos, como el laboral, dominado por los conceptos jurídicos indeterminados, las cláusulas generales –ej. «dignidad de los trabajadores»– y por los «tipos sancionadores en blanco» ¹¹.

Naturalmente, si se parte, como hace el CT 34/2003 de la inexistencia de previsión alguna en materia preventiva al respecto, es claro que esta cuestión no puede tener más que una respuesta negativa, pues sería absurdo sancionar en el sector de las infracciones de este sector normativo comportamientos que no constituyen riesgos laborales integrables en el artículo 4 LPRL. Ahora bien, incluso considerando erróneo este criterio, como aquí hemos intentado acreditar, la ausencia de tipo administrativo en este ámbito podría ser un criterio correcto si se verificara, lo que como veremos no ocurre, la imposibilidad de reconducir, sin forzar interpretativamente ningún tipo, el acoso moral a supuestos ya contemplados en los artículos 12 y 13 TRLISOS, lo que niega la DGITSS. La evidente ausencia de un tipo específico, que contenga una referencia explícita al acoso moral, en el que encuadrar los comportamientos derivados del proceso de acoso, así como la misma tipificación de su modalidad sexual en el artículo 8.13 TRLISOS, podrían confortar esta posición.

Nuestra lectura es, sin embargo, muy diferente. En primer lugar, resulta manifiesta la *profunda incoherencia* en la que incurre el razonamiento del CT 34/2003 en su afán de descartar a toda costa cualquier intervención de la Inspección para combatir el acoso desde el Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo, salvo los casos excepcionales a los que hace alusión.

En efecto, sin explicación ni razonamiento algunos, el CT 34/2003 parte de la existencia, en el ámbito de las infracciones laborales, de un tipo de «carácter específico» al que reconducir, se entiende que sin problema alguno, el acoso moral, y además tipificado como «muy grave». Sin embargo, cualquiera que sea la opinión que se tenga respecto a la opción planteada en materia interpretativa, habrá que convenir que la prohibición de este tipo de comportamientos sólo puede hacerse desde su integración en tipos generales o genéricos, en gran medida por tanto difusos, pues lo verdaderamente cierto es que no tiene referencia expresa en ningún ámbito del Derecho Social Sancionador. En este sentido, es inequívoco que su reconducción al tipo del artículo 8.11 –requiere gravedad–, en vez de la aplicación del artículo 7.10 TRLISOS, exige una inexcusable labor interpretativa, como prueba que ambos tipos hayan sido aplicados por la Autoridad Laboral y confirmados por los Tribunales de Justicia, de la misma manera que hoy se acepta que el bien jurídico protegido no es ya la «dignidad del trabajador» sino la integridad moral *ex* artículo 15 CE.

Consecuentemente, si no existe un tipo específico sancionador del acoso moral, pero sí diversos tipos genéricos en los que encuadrarse, habrá que convenir que en todo caso la aplicación de la normativa sancionadora requiere una interpretación extensiva, igualmente problemáticas o igualmente posibles, al margen del concreto ámbito normativo en que nos situemos, siempre y cuando pueda encontrarse un suficiente soporte normativo para integrar el acoso en uno u otro supuesto. Por lo tanto, carece de sentido lógico y normativo una opción *a priori*, pues debe depender, en estricta técnica jurídica, de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, que hará en unas situaciones más adecuada la aplicación de las infracciones de normas laborales y, en otras, la aplicación de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. De ahí que, a nuestro juicio, existe un inexplicable salto lógico en el CT 34/2003 que invalida su presupuesto.

En segundo lugar, entendemos igualmente que tal CT 34/2003 no se ajusta a la situación normativa vigente en materia de sanciones de comportamientos contrarios a las normas de prevención de riesgos laborales. La calificación del acoso moral sólo como infracción grave del artículo 12.6 TRLISOS, salvo las excepciones derivadas de la aplicación del artículo 13.4 TRLISOS, responde más a un prejuicio u opción de política jurídica que a una interpretación razonada, que no se hace, del ordenamiento sancionador vigente. Así, la DGITSS ha obviado, interesadamente, la referencia al artículo 13.10 TRLISOS, a tenor del cual, es una infracción MUY GRAVE: «*No adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores*»

Tres son los elementos que conforman este tipo infractor. A saber:

- a) Que existan «*medidas preventivas*» aplicables al comportamiento que se pretende sancionar o reprimir, en este caso, el acoso moral en el trabajo.
- b) Que tales medidas lo sean en estricta «*ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales*».
- c) Que de la omisión de tales medidas «*se derive un riesgo grave e inminente*» para la salud de los trabajadores.

De estos tres presupuestos los dos primeros son negados por la DGITSS, en la medida en que, como se analizó, descarta que el acoso moral tenga tratamiento alguno desde la vigente legislación preventiva. Nosotros hemos intentando acreditar, siguiendo el criterio doctrinal y judicial unánimes en este punto –no así en orden a la elección del concreto tipo infractor aplicable–, que tal premisa es completamente errónea, de modo que incluso ya existen «criterios técnicos», exigibles en virtud del artículo 5.2 y 3 RSP, que permiten hacer frente, en línea con las legislaciones europeas que contemplan expresamente tales situaciones –Suecia, Francia, Bélgica–, incluso con las que no lo contemplan expresamente pero sí en una aplicación de sus normas preventivas –Australia, Alemania.–, al acoso moral desde la perspectiva preventiva –ej. compromisos de la dirección con su prevención o, en su caso, erradicación; recurso a técnicas negociadoras y comunicativas, tales como la información-formación y resolución de conflictos de forma adecuada; adopción de medidas organizativas y disciplinarias..., más ampliamente NTP 476/1998–. En consecuencia, aceptado que la prohibición de estos comportamientos tienen pleno encaje en la vigente «normativa sobre prevención de riesgos laborales», el problema se traslada a determinar si concurre el tercer presupuesto: el riesgo grave e inminente para la salud de los trabajadores.

Aunque cualquier especialista es consciente de las dificultades que tiene identificar el concreto sentido y alcance de este «concepto jurídico indeterminado», recurrente en la normativa preventiva, no menos cierto es que la definición que del mismo da el artículo 4.4.º LPRL se verifica en un buen número de las situaciones que actualmente llegan, ya desde la empresa privada ya desde las Administraciones Públicas, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Como es sabido, por tal se entiende «*aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores*». El nivel de evidencia patológica que alcanza, en las hipótesis normales, las situaciones de acoso moral, con frecuencia mantenidas a lo largo de varios años y con recurrencia e intensidad, caracteres inherentes por definición a este comportamiento, bien permite entender que la acreditación de tal requisito o presupuesto no será nada difícil.

La experiencia enseña que cuando las denuncias se producen ya hay una grave afectación, a veces irreversible, como probaría las bajas prolongadas por razones de salud laboral, aunque no se haya obtenido la calificación formal de IT por contingencia profesional. Tal es la incidencia de este grave problema de salud en el comportamiento que incluso los Tribunales han entendido, inadecuadamente en su radicalidad a mi juicio, que el propio comportamiento prohibido requiere acreditar:

- Que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso o, en su caso, como sujeto tolerante del mismo era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido.
- Que se le han causado unos daños psíquicos, lo que exige la existencia de una clínica demostrativa de la patología descrita por la psicología ¹².

En suma, en un porcentaje elevado de denuncias de acoso moral, y sin perjuicio de la prueba correspondiente a cargo del denunciante –al menos una apariencia de buen derecho, como es la aportación de informes clínicos serios que acrediten que la situación de IT puede derivarse de

la «conflictividad laboral»–, no existe ninguna duda, si efectivamente estamos ante un comportamiento de este tipo –lo que habrá de indagar precisamente la Inspección de Trabajo–, de la posibilidad de aplicar el tipo del *artículo 13.10 TRLISOS*. En la medida en que, insistimos, esta situación hoy se revela normal, esta infracción será la aplicable en un significativo número de situaciones y no la excepcional, y complicada de articular, prevista en el artículo 13.4 TRLISOS, como sugiere al CT 34/2003.

En tercer lugar, otro argumento que avala la aplicación de los tipos infractores en materia de prevención de riesgos laborales, y en particular el muy grave del artículo 13.10 TRLISOS, cuando concurren sus presupuestos –en situaciones extremadamente frecuentes en la práctica–, reside en la diferencia de fundamentos jurídicos que está en la base del artículo 8.11 TRLISOS y de su artículo 13.10, y por tanto de sus respectivas sanciones. En efecto, como es igualmente sabido, la prohibición de aplicar dos sanciones administrativas –o una penal y otra administrativa– a un mismo comportamiento infractor reside en un principio constitucional, implícitamente recogido en el artículo 25.1 CE, el principio de *non bis in idem*, aplicable en todo el Derecho Sancionador, incluido el Derecho Social Sancionador –art. 3.1.TRLISOS–. Ahora bien, tal aplicación no entrará en juego cuando, incluso existiendo identidad de sujetos y de hechos, no exista identidad de fundamento jurídico (STCo. 234/1991).

Pues bien, apenas se analice con un mínimo detenimiento tanto los comportamientos de acoso moral, descritos teóricamente y verificados en la experiencia de estos dos años, así como la reconstrucción realizada, desde diferentes pretensiones, por los Tribunales de Justicia, podrá comprobarse con facilidad que *el acoso moral en el trabajo lesiona, o puede lesionar, diferentes bienes jurídicos*, la integridad moral en todo caso, y la salud laboral en la inmensa mayoría de las situaciones. Por tanto, en tales supuestos será hipótesis frecuente que no nos encontremos con un concurso de normas que tienden a proteger un mismo derecho del trabajador, sancionándose en tal caso la infracción más grave, si bien en su grado máximo, por lo que bien podría proponerse, en atención a las concretas circunstancias concurrentes, una duplicidad de sanciones administrativas muy graves –o graves–, una por vulneración de normas laborales y otra por vulneración de normas preventivas. La dimensión de protección colectiva que, además, suele concurrir en los tipos infractores vinculados a la normativa preventiva, reforzaría esta aplicación relativamente autónoma de las infracciones en materia preventiva.

Además, en aplicación del artículo 40.2 TRLISOS, *es patente que la sanción más grave derivaría de su reconducción al tipo preventivo*, pues puede llegar hasta 100 millones de pesetas (601.012,10 euros), mientras que las derivadas de infracciones laborales puede alcanzar como máximo 15 millones de pesetas (90.151,82 euros). En consecuencia, la llamada que hace el CT 34/2003 a la aplicación del artículo 4.4 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora –Real Decreto 1398/1993, 4 de agosto–, carece de sustento normativo adecuado por lo que de nuevo estamos no ante un «criterio técnico» sino ante una concreta opción de política jurídica que, además de no incumbirle, choca con el orden jurídico vigente actualmente en materia preventiva y, en general, en nuestro sistema sancionador.

4. LA PERSPECTIVA FORMAL: UN «CRITERIO TÉCNICO» CONTRARIO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD NO PUEDE SER JURÍDICAMENTE VINCULANTE

Si un análisis tanto del concepto jurídico de acoso moral en el trabajo como de los fundamentos de la tutela frente al mismo nos ha permitido comprobar, al menos así lo creemos, lo errático del CT 34/2003, que carece de base normativa seria o mínimamente rigurosa en el actual ordenamiento normativo español, aun queda la cuestión relativa al grado de vinculatoriedad que el mismo posee en orden a determinar la actuación de las distintas Inspecciones Territoriales y Provinciales de Trabajo. El análisis de la perspectiva sustantiva no es, pues, suficiente para determinar el concreto alcance de la decisión aquí analizada.

En efecto, al mismo tiempo es obligado plantear una cuestión técnico-formal, relativa a fijar si los Inspectores de Trabajo están o no obligados a seguir linealmente el referido criterio. El problema tiene hoy especial interés ante el conflicto suscitado entre dos normas, por un lado, el artículo 6.1 de la Ley 42/1997, a tenor del cual los Inspectores de Trabajo, en el ejercicio de sus competencias, «gozarán de plena autonomía técnica y funcional», y por otro, el artículo 9.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social –Real Decreto 138/2000, 4 de febrero–, según el cual tales funciones inspectoras se realizarán «con sujeción a los criterios técnicos y directrices establecidas por las autoridades competentes».

Esta eventual colisión entre normas de diverso rango habría sido «resuelto» por el Tribunal Supremo, paradójicamente, a favor de la segunda, la norma reglamentaria, respecto de la primera, la norma legal, por cuanto a juicio del Alto Tribunal tales criterios técnicos «no vacía de contenido la autonomía ni la independencia que les atribuye la Ley. Al contrario, es razonable pensar que si el legislador ha configurado la Inspección de Trabajo y Seguridad Social como un sistema (art. 1 de la Ley 42/1997), la unidad de cuya función predica sin perjuicio de la especialización necesaria (art. 6), al tiempo que proyecta en su organización ese sentido unitario e integral (art. 15), y, además, expresa su dependencia de la autoridad central (art. 18.2), disponiendo que funcione observando el principio de trabajo programado y en equipo (art. 19.1) y pretende garantizar su actuación coherente (art. 21.3) y eficaz (art. 15.3), sean imprescindibles el establecimiento y la observancia de criterios técnicos comunes y la determinación de directrices sobre la forma de actuación» (fj. 4 STS, Sala 3.^a, 10-2-2003, que declara la nulidad de algunos preceptos –obviamente no éste– del referido Reglamento).

Cualquiera que sea la opinión que se tenga respecto de esta doctrina judicial –para ser jurisprudencia requiere una sentencia más en tal sentido–, cuestión en la que en este momento no entramos en absoluto, lo que aquí importa resaltar es que para nada empece la conclusión aquí alcanzada en el plano sustantivo ni tampoco en el terreno competencial: el CT 34/2003, por revelarse opuesto frontalmente a la legalidad vigente, no puede ser vinculante para los Inspectores. A tenor del Derecho positivo español, cuando un criterio técnico es manifiestamente contrario a la Ley y al Derecho, como entendemos es el aquí analizado, o bien ha de entenderse no vinculante, so pena de incurrir en

una actuación *contra legem* y *contra ius*, o bien debe buscarse una *interpretación correctora* de su tenor literal, de modo que se respete el referido principio de efectividad de la norma legal y el derecho constitucional que desarrolla –el derecho a la salud y a la integridad psico-física *ex art. 15 CE*–. En cambio, de prosperar una interpretación rígida del autodenominado «criterio técnico» no se respetarían tales derechos.

Los fundamentos normativos para una afirmación tan contundente son muy firmes y los expresa el propio Reglamento, que en este punto no es sino meramente declarativo del sistema de fuentes derivado del orden constitucional. En efecto, el referido artículo 9.1 Reglamento de Organización no sólo somete el actuar de los Inspectores a los criterios técnicos, sino que quedan igualmente obligados, como no podía ser de otra manera, a servir «*con objetividad los intereses generales*». A tal fin, habrán de sujetar en todo momento su tarea, junto al principio de jerarquía, al principio de eficacia, siempre en el marco de un «*sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*». Por inequívoco mandato constitucional la norma reglamentaria evidencia una estructura claramente subordinada, en el sentido de configurar los criterios técnicos como pautas necesarias para servir de forma unitaria y coherente, coordinada, al principio de legalidad, formal y material, pero nunca para orillar sus mandatos o aceptar acríticamente cualquier criterio técnico, incluso cuando suponga una ignorancia total del orden jurídico vigente, especialmente en un ámbito tan relevante e innovador como es el preventivo.

En refuerzo de esta argumentación, entiendo no ocioso recordar, en primer lugar, que la Ley de Inspección, al reconocer la autonomía funcional, ha querido evitar con claridad una reducción de este Cuerpo Superior de Funcionarios, revestidos del poder de autoridad pública, a *puros autómatas* en la aplicación de la Ley y el Derecho, de modo que carezcan de cualquier margen interpretativo ante la elaboración de un «criterio técnico» proveniente del «superior jerárquico». Si así fuese la prevista autonomía funcional quedaría completamente vaciada de sentido, lo que además de contrario a la ley sería absurdo, y no tiene ni referente normativo ni de experiencia. El propio CT 34/2003 deja abierta esta puerta al permitir un margen de valoración a las Jefaturas Provinciales, aunque lo concrete al tipo del artículo 13.4 TRLISOS.

En segundo lugar, hay que recordar igualmente que, según jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo¹³, los criterios técnicos, circulares o instrucciones no son en modo alguno «normas jurídicas» sino meras opiniones fundadas, simples criterios interpretativos que han de informar la actuación de los órganos administrativos, en este caso de la Inspección de Trabajo, pero que no se encuadra ni se incluye en el sistema de fuentes. Una pauta de este tipo que, de forma manifiesta, como es el caso aquí analizado, desconozca el sentido y alcance de la legalidad vigente en materia de salud laboral, tanto preventiva como sancionadora, no puede entenderse como un criterio vinculante por cuanto contradice de raíz el sentido no ya de una norma sino de un entero ordenamiento, como es el preventivo.

La DGITSS carece de poder normativo en sentido propio y, por tanto, no tiene ningún poder abrogatorio, por lo que ni puede ordenar dejar de aplicar las normas ni mucho menos excluirlas del actuar ordinario de los Inspectores, so pena de imponerles el incumplimiento de la legisla-

ción preventiva vigente, lo que cae fuera del poder de tal órgano y del deber de cumplimiento de los Inspectores. En los supuestos de acoso moral en el trabajo nos encontramos ante un comportamiento pluriofensivo que requiere la aplicación, si se dan los presupuestos de hecho, de diferentes vías de tutela, incluida la diversidad de sanciones administrativas –incluso en su caso el mismo recargo de prestaciones–. No estamos en modo alguno ante una potestad discrecional de la DGITSS de decidir libremente entre dos opciones igualmente válidas, lo que no tiene referente normativo alguno.

En consecuencia, y finalmente, una pauta interpretativa que no sólo no promueve sino que impide la realización efectiva de un derecho constitucional, como es la tutela de la salud laboral mediante la aplicación del orden jurídico dispuesto a tal efecto, debe ser objeto de una aplicación muy ponderada, en realidad debe ser corregido mediante una interpretación de esta naturaleza, por los propios Inspectores. Esta lectura correctora encuentra sólido sustento técnico y normativo e incluso viene exigido por imperativo constitucional y legal, sin perjuicio de recomendar a los eventuales perjudicados una actuación directamente encaminada a provocar la nulidad radical del referido CT 34/2003, lo que ahora ya urge. El criterio técnico, a diferencia de la norma, no adquiere autoridad por el solo hecho de su elaboración, sino que exige una verificación de su sentido en relación al respeto que el mismo tiene del orden jurídico establecido, de modo que si tal criterio técnico produce un desorden significativo en el sistema normativo es obligado bien inaplicarlo bien, se insiste, producir una interpretación correctora del mismo que devuelva la máxima vigencia posible a la legalidad. El CT 34/2003 no resiste la más mínima crítica técnico-jurídica, ni desde la interpretación socio-lógico evolutiva ni desde la teleológico-valorativa, ni tan siquiera la interpretación sistemática.

5. VALORACIÓN FINAL

Sin entrar en este momento en otros posibles argumentos contrarios a la legalidad del CT 34/2003 y que requerirían un mayor análisis –como pueden ser los relativos a las competencias autonómicas, pese a la equívoca referencia a la consulta operada a las Comunidades Autónomas, que no mantienen criterios uniformes– hemos pretendido evidenciar la quiebra que introduce en el Sistema Jurídico Preventivo. El problema no es ya sólo de (in)eficacia de la actuación inspectora en múltiples ámbitos, especialmente en el funcional, sino de desconocimiento de la Ley y el Derecho.

Si como recientemente ha recordado el TS, la Inspección es un «Sistema», parece poco justificable que en virtud de «criterios técnicos» se desconozca igualmente que el orden jurídico es otro «Sistema», que está dotado, desde antaño, de adecuados instrumentos para integrar las eventuales lagunas que pudieran existir en su seno. Una opción que sorprende más si se muestra arbitraria por la carencia de argumentación alguna, fuera del repetido argumento negativo o «*a sensu contrario*». La DGITSS no sólo ha obviado el recurso a los criterios más elementales de la interpretación, acrisolados a lo largo de varios siglos por la más moderna Ciencia Jurídica y recogidos en el artículo 3.1

Código Civil, norma materialmente constitucional, para indagar el sentido y alcance de la normativa preventiva en orden a tutelar a los trabajadores frente a los graves daños a su salud derivados de los procesos de acoso moral, sino que ni tan siquiera ha considerado oportuno acudir a los técnicas de integración de lagunas, para quienes consideren que tal es la situación en materia de acoso moral. El carácter abierto y axiológico del sistema preventivo ha sido, sin casi razón atendible alguna, completamente cercenado en aras de una reducción de la actividad inspectora, especialmente en el ámbito de los funcionarios públicos –lo que no cabe confundir con eficacia de la actividad administrativa, que aquí quiebra de raíz–. Por lo tanto, no sólo es posible legalmente sino exigible una corrección, en el menor tiempo posible, y desde diferentes posiciones, ya autonómicas ya de las propias Jefaturas Provinciales –y/o Direcciones Territoriales–.

El autodenominado CT 34/2003 no se ajusta ni a las más elementales pautas interpretativas de la técnica jurídica ni tampoco es conforme a la opinión más consolidada, incluso institucionalmente, en el plano de la técnica preventiva –*vid.* NTP 476/1998 en relación a los arts. 14-16 LPRL y 2 y 5 RSP–. Aparece igualmente desacreditado por la doctrinal judicial que vienen elaborando los Tribunales, tanto en «instancia» como en suplicación, y se orienta en un sentido completamente «a contracorriente» de la legislación de los países comunitarios y de la opción de política jurídica impulsada por las autoridades comunitarias, desde el Parlamento Europeo a la Comisión y al Consejo. En consecuencia, entiendo que no estamos ante un auténtico criterio técnico sino político y que no expresa una regla interpretativa, dirimente entre dos interpretaciones igualmente válidas, sino netamente reguladora en el sentido de propiciar una exclusión del sistema preventivo en tanto no haya una legislación específica en tal sentido, de un planteamiento. Aunque se pudiera estar de acuerdo con tal opción de política jurídica, que nosotros no lo estamos en absoluto, es a todas luces una decisión «ultra vires» o extralimitada porque ninguno de esos significados entran dentro de sus competencias, por lo que, además de inaplicable, tal criterio debería ser expulsado de inmediato de nuestra experiencia jurídica.

De lo contrario, el resultado no puede ser más negativo para la proclamada efectividad de las normas preventivas, paradójicamente en un momento en el que Gobierno, Empresarios y Sindicatos acaban de llegar a un Acuerdo para relanzar el papel de la Inspección en orden a reducir los índices de siniestralidad. Alguien con real autoridad «laboral» debería tomar cartas en el asunto si no se quiere quebrar de nuevo la confianza en la sinceridad de tal objetivo. Mientras tanto fiaremos la aplicación de la LPRL al buen hacer de muchos inspectores que, pese a todos los pesares –muchos en estos días–, siguen creyendo en el importante papel que la Ley –no la autoridad administrativa– les ha venido reservando en el sistema de garantías de efectividad de un ordenamiento caracterizado por elevadísimas tasas de incumplimiento, especialmente en su rama preventiva. Si la cultura de la prevención no se hace a base de «palo y mano dura» –sanción– tampoco se realizará con la renuncia a su exigencia en todos los lugares de trabajo, desde luego en aquellos donde determinados riesgos «emergentes» adquieren una especial incidencia, como es en las Administraciones Públicas. Recuérdese que el bien jurídico en juego no es ya la salud sino incluso la propia vida, puesto que en España ya van apareciendo los primeros suicidios calificados como «accidentes de trabajo».

NOTAS

- ¹ Para tratar de evitar malos entendidos, desgraciadamente tan extendidos en este ámbito, a veces tan sombrío como el fenómeno que se quiere combatir, conviene hacer algunas puntualizaciones. En primer lugar, que advirtamos de los efectos producidos de «cargar las tintas» sobre determinadas expresiones, no quiere decir que en muchas situaciones de acoso moral, generadoras de una violencia psicológica extrema, en intensidad y duración, la víctima viva un auténtico calvario que bien puede generar situaciones de «psicoterror laboral». Esta expresión aparece, además, muy difundida en la obra de LEYMANN, H. *Mobbing. Op. cit.* p.16 y págs. 20 y sgs. En segundo lugar, que entendamos que ciertas «mediciones» resultan, a nuestro juicio, algo infladas, no quiere decir que no sepamos que el fenómeno está mucho más extendido de lo que muchos responsables públicos y empresarios están dispuestos a reconocer. La cifra que da la OIT, en torno a 1 millón de personas, es bastante creíble y, como puede comprenderse fácilmente, el número es para preocuparse seriamente. En tercer lugar, creemos firmemente que, incluso aunque el número de personas afectadas fuese menor que el ofrecido por la OIT, el problema no debería infravalorarse, porque estamos ante una cuestión *cuantitativamente intolerable*.
- ² Para él «los países occidentales disponen en general de una legislación adecuada, si bien es posible todavía aportar mejoras». LEYMANN, H. *Mobbing. La persecution au travail*. Seuil. 1996. p. 15.
- ³ La DGITSS es plenamente consciente de este mayor impacto del acoso psicológico en el ámbito de las Administraciones Públicas «por ser en este sector en el que existe una mayor fijeza laboral y seguridad en el puesto de trabajo (absoluta en el caso de los funcionarios públicos), mayor presencia sindical y, por ende, mayores dificultades para extinguir la relación laboral o impulsar una movilidad no deseada por el afectado». Aunque no son éstos los únicos factores que explican esta diferente incidencia, en claro perjuicio de los funcionarios, sí ayudan a comprender la singularidad de esta «nueva» patología de gestión pública.
- ⁴ Cfr. Aa.Vv. (coord: F. DURÁN). *Informe sobre riesgos laborales y su prevención*. BOE. 2001. págs. 245 y sgs., donde queda claro que «la Seguridad Social no persigue en sí misma la prevención de los riesgos laborales, pero debe cooperar con ella, porque existen beneficios claros para esta última derivados de una prevención eficaz. Por ello, habría que reconducir el concepto de accidente de trabajo a uno que impidiera el alejamiento progresivo de su estricta causa profesional».
- ⁵ En realidad esta configuración aparece hoy como de puro «Manual» y no es objeto de discusión en el plano conceptual y normativo, otra cosa serán las dificultades prácticas de su aplicación, enormes como evidencia la experiencia española y de otros países comunitarios. Pero la dificultad aplicativa no puede llevar a desconocer esta realidad, como hace de plano el CT. Vid. J. MILLÁN. «Nociones básicas sobre seguridad y salud laboral». En Aa.Vv. (dir: J. VIDA). *Manual para la formación en prevención de riesgos laborales*. (Programa formativo para el desempeño de las funciones de nivel básico). Lex Nova.Valladolid. 2001.
- ⁶ Vid. artículo 2 Directiva 2002/73/CE, 23 de septiembre, del Consejo, que modifica la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.
- ⁷ Como denunciara la más autorizada doctrina jurídica, cuando se sustituye la búsqueda del sentido normativo de la ley vigente, conforme a una razonable aspiración de servir para producir una ordenación adaptadas a las nuevas realidades ya intuidas o prefiguradas por el legislador histórico, por la mera presunta voluntad hipotética de un legislador actual simplemente negativo, se incurre en un subjetivismo interpretativo inaceptable. La interpretación de una norma es el resultado de un proceso complejo de pensamiento en que todos los momentos, subjetivos y objetivos, históricos y actuales, deben estar presentes. Esta complejidad ha sido lisa y llanamente ignorada por el CT 34/2003. La simultánea falta de ponderación de los criterios elaborados por la Ciencia Jurídica y plasmados en el artículo 3.1 Código Civil lleva, además, a considerar tal CT como expresión de un puro «arbitrio del intérprete». Vid. K. LARENZ. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel. 1994. p. 314 y sgs.
- ⁸ De ahí que la propia Resolución del Parlamento Europeo 2001/2339 (INI) recomiende a los Estados miembros que obliguen a las empresas y los poderes públicos, así como a los interlocutores sociales, a poner en práctica políticas de prevención eficaces, a prever un sistema de intercambio de experiencias y a definir procedimientos adecuados para solucionar el problema de las víctimas de acoso y evitar que se repita; recomienda, en este sentido, el desarrollo de la información y la formación de los trabajadores, el personal que ocupa cargos directivos, los interlocutores sociales y los médicos laborales, tanto en el sector privado como en el público...
- ⁹ Recientemente pueden verse otros instrumentos de este tipo como el denominado LIPT-60 que es un cuestionario escalar autoadministrado que objetiva y valora 60 diferentes estrategias de acoso psicológico, derivado del LIPT original dicotómico de 45 Items de Leymann. Vid. página web «mobbing.un».

- ¹⁰ Problema preventivo sobre el que existe igualmente un criterio técnico del máximo órgano científico-técnico de la AGE. Vid. NTP 489/1998, sobre violencia en el lugar de trabajo. El valor interpretativo de estas pautas técnicas ha sido reconocida, además de por la doctrina judicial evidenciada en el texto, por el Presidente de la Sección 4.ª de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en un trabajo reciente al respecto. Vid. Miguel-Ángel LUELMO. «Acoso moral o "mobbing". Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad». *REDT*. N. 114. 2003, quien concluye que «la ausencia de una referencia explícita al acoso moral en esta moderna normativa preventiva, le resta... algo de valor en el tratamiento del tema... pero, con todo, no cabe dudar de su aplicabilidad inmediata en la materia». P. 17. El mismo criterio, que no es ya sino un tópico o lugar común doctrinal –y judicial–, es afirmado por M.F. FERNÁNDEZ. «El acoso moral en el trabajo ¿una nueva forma de discriminación? *RDS*. N. 19. 2002. p. 73.
- ¹¹ Vid. C. CARRERO. *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*. Madrid. 2001. Págs. 94 y sgs. El propio TCo. ha recordado que el principio de tipicidad no impide el recurso a conceptos jurídicos indeterminados. *ATCo*. 100/2001, 26 de abril.
- ¹² Cfr. *SJS*, n. 33, Madrid, 18-6-2001, núm. 238/2001, Procedimiento núm. 298/2001 (AS 1667). Pese a nuestra discrepancia con tal opción, esta comprensión es la que se está extendiendo a la doctrina judicial elaborada en suplicación por diferentes Tribunales Superiores de Justicia (ej. *STSJ País Vasco* 2-7-2002). En todo caso queda evidenciada la estrecha conexión entre el acoso moral y los problemas de salud laboral, de ahí que su desconexión, tal y como pretende el CT 34/2003, resulta absolutamente ajena a la realidad del problema.
- ¹³ Como por ejemplo en relación a los Acuerdos de los Consejos de Ministros en orden a dar instrucciones que permitan una acción administrativa coordinada, por lo que mucho menos serán normas jurídicas las instrucciones de una Dirección General como la de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Vid. *STS*, Sala 3.ª, Secc. 7.ª, 9-6-1997, ar. 5088.