

EL ACOSO

Fernando Suárez González
Intervención en la Real Academia de Ciencias Morales
y Políticas el 21 de enero de 2020

Muchas gracias, Sr. Presidente.

Señoras y señores Académicos:

El tema del acoso ha merecido en los últimos años una atención extraordinaria, no solo por parte de los legisladores, sino también de las más diversas Organizaciones no gubernamentales dedicadas a la promoción y defensa de los derechos humanos y muy especialmente de los de la mujer y existen numerosos pronunciamientos de la ONU, de la UNESCO, de la Organización Mundial de la Salud y, por supuesto, de la Unión Europea. Estamos, pues, ante un tema rigurosamente oceánico, en el que es difícil moverse con precisión y con rigor jurídico.

Una encuesta elaborada en el año 2000 por la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo con sede en Dublín reveló que el 8% de los empleados de la Unión, es decir, unos doce millones de personas afirmaban haber sido víctimas de acoso moral en el lugar de trabajo en los doce meses anteriores, aunque con grandes diferencias entre los Estados miembros¹ y, según la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el año 2014 el 55% de las mujeres había experimentado algún tipo de acoso sexual, cifra que se eleva al 75% en los puestos de alta dirección o cualificación.

Más recientemente, el grupo de telecomunicación francés Orange, que hasta 2013 era France Telecom, y siete de sus ex-directivos han sido declarados

¹ Informe sobre el acoso moral en el lugar de trabajo 2339/2001, propuesto el 16 de julio de 2001.

culpables de acoso moral por sentencia del Tribunal Correccional de París de 20 de diciembre de 2019 que ha condenado a la empresa a una multa de 75.000 euros, a tres de los responsables a un año de prisión y 15.000 euros de multa y a los otros cuatro a cuatro meses de prisión y 5.000 euros de multa. La empresa fue privatizada en el año 2004 y sus nuevos dueños iniciaron una reestructuración que consistía en suprimir 22.000 de los más de 100.000 puestos de trabajo y en trasladar a otros 10.000.

Parece que durante el juicio quedó demostrado que los métodos utilizados por la empresa crearon un ambiente de inseguridad y un angustioso clima de presión que desestabilizó a un buen número de asalariados, hasta el punto de que entre 2007 y 2011 se suicidaron 19 trabajadores, algunos en el propio centro de trabajo y otros con cartas de despedida en las que motivaban la decisión en su situación laboral. Intentaron hacerlo otros 12 y 8 sufrieron intensas depresiones.

Los magistrados descartaron los cargos de “homicidio involuntario” y de “puesta en peligro de vida ajena”, que hubieran obligado a demostrar la relación directa entre la decisión empresarial y los suicidios y se centraron en el “acoso moral” organizado a escala empresarial por sus dirigentes. El Código penal francés castiga “el hecho de acosar a otro con palabras o comportamientos repetidos que tengan por efecto u objeto una degradación de las condiciones laborales susceptibles de atentar contra sus derechos y su dignidad, alterar su salud física o mental o comprometer su futuro profesional” (artículo 222.33.2).

Es una de las docenas de definiciones que se pueden encontrar sobre el acoso y sus diversas clases. En algunas de ellas se exige que sea reiterado, mientras en otras basta un solo incidente si es suficientemente grave; en unas basta la actitud ofensiva, en otras se exige que la víctima haya manifestado claramente su rechazo; y no faltan las que llegan, naturalmente, a precisar que lo que resulta indeseable o intimidatorio para algunas personas no basta para que otras se sientan acosadas. No entra en mis posibilidades profundizar en tantos matices y me propongo acercarme al tema exclusivamente desde una perspectiva jurídico-laboral.

LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Desde el primer intento de estructurar nuestras normas laborales en un armónico conjunto, es decir, desde el Código de Trabajo que aprueba Eduardo Aunós durante la Dictadura de Primo de Rivera, se consideraron causas justas de despido “los malos tratamientos o la falta grave de respeto y consideración por parte del obrero al patrono, su familia, a su representante y a los compañe-

ros de trabajo”². Simultáneamente, se autorizaba al obrero a dar por terminado su contrato antes del término fijado al mismo, si esos malos tratamientos se dispensaban al obrero por parte del patrono, de su familia, de sus representantes o de sus obreros y dependientes³.

Tales preceptos se reproducen de forma casi literal en la Ley de contrato de trabajo refrendada por Largo Caballero en 1931⁴, durante la segunda República, y en la refundición que lleva a cabo, en 1944, José Antonio Girón⁵, en el Régimen de Franco. En esta refundición se reproducen literalmente los cinco deberes del empresario enumerados en el artículo 87 de la Ley de 1931, pero se añade un sexto que es el de “tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana”.

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 no añadió nada a esta materia, de modo que entre 1926 y la Ley del estatuto de los trabajadores de 1980, no se manejó —que yo sepa— la noción del acoso, ni laboral, ni sexual. Se utilizaba únicamente el concepto menos sutil de las “proposiciones deshonestas” para garantizar la moral social del centro de trabajo⁶ y lo que ahora se llama acoso laboral no parecía tener relevancia jurídica.

En su inicial redacción, es decir, en la de 1980, el estatuto de los trabajadores incluía entre los derechos básicos de éstos “el respeto de su intimidad y la consideración debida a su dignidad” (artículo 4.2.e). Merece la pena seguir la evolución de este precepto a través de las numerosas modificaciones que ha padecido el mencionado estatuto.

En 1989, se añadió una precisión y el artículo, en lo que interesa, quedó redactado así: “En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”⁷.

Por esa época se plantea en la Comunidad Europea el tema que se llama ya del “acoso sexual” y en el año 2003, se incluye en el estatuto de los trabajadores una nueva matización: A a lo que acabo de decir se añade “y fren-

² Art. 21.

³ Art. 22.

⁴ Art. 89.

⁵ Arts. 77 y 78.

⁶ En Jurisprudencia Social, n.º 10, pág. 168.

⁷ Ley 3/1989, de 3 de marzo (*BOE* del 8), ampliando el permiso de maternidad y estableciendo medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo. La exposición de motivos de esta Ley recordaba que “en el Plan de Acción para la igualdad de oportunidades de las mujeres y dentro de los objetivos relativos a impedir la discriminación por razón de sexo, se señala que las mujeres están expuestas en mayor medida a la presión y al acoso sexual en el trabajo por parte de sus colegas y superiores, por lo que se hace necesario prevenir este tipo de situaciones”. De ahí que se añada lo que el legislador considera una mayor clarificación.

te al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”⁸. Surge así por primera vez la palabra acoso en el estatuto de los trabajadores, palabra que aparece multiplicada por tres en la siguiente reforma, cuatro años después.

En efecto, en el año 2007, la Ley 3/2007, de 22 de marzo⁹, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres dedica varios de sus artículos al tema del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, definidos en el artículo 7. “Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. “Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Tanto uno como otro se considerarán discriminatorios, como lo será también el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo.

La Ley para la igualdad efectiva, que obliga a los Poderes Públicos a adoptar las medidas necesarias para la erradicación de todas las formas de acoso sexual y acoso por razón de sexo (artículo 14.5), que obliga a las Administraciones Públicas a establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (artículo 51 e) y a considerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo dentro de la protección, promoción y mejora de la salud laboral (artículo 27.3.c), garantizando el tratamiento reservado de las denuncias y la identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia (artículo 62 c y d) y que impone a las empresas medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo (artículo 48) aprueba una nueva redacción del artículo 4.2.e) del estatuto de los trabajadores que es la que sigue en vigor y que dice textualmente: “En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”¹⁰.

⁸ Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE del 31), de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Su artículo 28.1 define el acoso como “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un contorno intimidatorio, humillante u ofensivo”.

⁹ BOE del 23.

¹⁰ Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo (BOE del 23) para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Paralelamente, desde el año 2003, a las causas de despido disciplinario que venían siendo tradicionales, se añade una nueva: “El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa” (artículo 54.2.g). La citada Ley para la igualdad efectiva de 2007 introdujo entre el acoso por razón de orientación sexual y el acoso por razón de sexo las palabras “y el acoso sexual”¹¹.

Hay que añadir aún que la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social consideró en el año 2000¹² infracciones muy graves en materia de relaciones laborales “los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores” y “el acoso sexual cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma” (artículo 8.13). En el año 2003 se añadió un punto 13 bis, tipificando también como infracción muy grave “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”¹³. Por fin, en el año 2007, al acoso por razón de orientación social y al acoso sexual, se añadió también “el acoso por razón de sexo”¹⁴. Las multas que sancionan tales infracciones oscilan entre los 626 y los 187.515 euros.

En el ámbito de la función pública, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público¹⁵ reconoció, en su artículo 14.h) el derecho de los empleados públicos “al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral” y en su artículo 95 incluye entre las faltas muy graves “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo” (apartado b) y “el acoso laboral” (apartado o)¹⁶.

¹¹ Disposición adicional undécima.

¹² Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (*BOE* del 8), por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social.

¹³ Artículo 41 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre (*BOE* del 31), de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

¹⁴ Disposición adicional 14.2 de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo (*BOE* del 23), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹⁵ *BOE* del 13.

¹⁶ La Ley de 2007 ha sido sustituida por el Real Decreto Legislativo 5/2015 (*BOE* del 31) que aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, pero reproduce literalmente los artículos citados.

A los efectos que nos interesan, reviste enorme interés la Resolución de la Secretaría de Estado para la función Pública de 5 de mayo de 2011¹⁷ que aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en dicha Administración General del Estado.

No puede ignorarse la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales¹⁸, a la que se ha recurrido en ocasiones porque su artículo 14.1 dispone que “los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo” y que “el citado derecho supone la existencia de un correlativo deber del empresario (y de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio) de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales”. En tales riesgos laborales se incluyen los riesgos psicosociales y, naturalmente, el incumplimiento por las empresas de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos dará lugar a responsabilidades administrativas, penales y civiles. Veremos después la trascendencia de estos preceptos, también en relación con el acoso.

Por fin, el panorama se completa con el Código Penal. Prescindiendo del artículo 314 que, en el Título XV titulado “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”, castiga todas las discriminaciones en el empleo público o privado, también por razón de sexo u orientación sexual, el tema que nos ocupa está abordado en el Título VII —“De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”— y en el Título VIII —“De los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales— cuyo Capítulo tercero se titula, precisamente, “Del acoso sexual”.

En el primero de esos títulos, el artículo 173 disponía, en la inicial redacción de 1995¹⁹, que “el que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”, pero en la reforma que se introdujo en 2010²⁰ se añadió un segundo párrafo que dice: “Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral y funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

En el artículo 184, la redacción inicial, en 1995, contenía un solo párrafo, redactado así: “El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para

¹⁷ BOE del 1 de junio.

¹⁸ BOE del 10.

¹⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (BOE del 24 y del 2 de marzo de 1996), del Código Penal.

²⁰ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio que modifica el Código Penal (BOE del 23)

un tercero, prevaleciendo de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses”.

En la reforma del año 2003²¹, el precepto se amplía con nuevos supuestos:

“1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaleciendo de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo”.

Ahora bien: Como acertadamente se hace constar en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 1460/2003, de 7 de noviembre, “la tipificación del acoso sexual en el Código Penal plantea de inmediato la cuestión de cuando se desborda el ámbito de protección propio del ordenamiento laboral o civil para adentrarse en la indudablemente más severa protección penal”.

En efecto, nuestra legislación laboral recoge, como he dicho, cuatro clases de acoso: El que podemos llamar moral o psicológico en el trabajo y otros tres tipos de acoso vinculados al sexo: El acoso por razón de orientación sexual. el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. Todos ellos están de una u otra manera sancionados, tanto si se producen en sentido horizontal es decir, entre iguales, como en sentido vertical y, en este caso, tanto descendente, es decir, de superior a inferior, como en sentido ascendente, esto es, de inferior a superior.

²¹ Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (BOE del 26), por la que se modifica el Código Penal.

Superando el piropeo o el requiebro, que están por cierto crecientemente cuestionados, la Real Academia Española define el acoso, en la versión que nos interesa, como el **apremio insistente a alguien con molestias o requerimientos** y añade tres precisiones: **Acoso laboral es la práctica ejercida en el ámbito del trabajo y consistente en someter a un empleado a presión psicológica para provocar su marginación. Acoso psicológico es la práctica ejercida en las relaciones personales, consistente en dispensar un trato vejatorio y descalificador a una persona, con el fin de desestabilizarla psíquicamente.** Por fin, **acoso sexual es el que tiene por objeto obtener los favores sexuales de una persona, cuando quien lo realiza abusa de superioridad sobre quien lo sufre.**

Desde el punto de vista jurídico, el acoso es un concepto indeterminado que, como tal, exige un cierto margen de apreciación, porque es difícil deducir con seguridad absoluta su significado exacto. Muñoz Machado²² ha explicado que los conceptos jurídicos indeterminados obligan a interpretar el significado de los enunciados que utiliza el legislador y tienen tres zonas: Una zona de certeza, es decir, una zona segura, una zona de certeza negativa, también segura en cuanto a la exclusión del concepto, y una zona intermedia o de incertidumbre que, en el supuesto del acoso, a mí se me antoja excesivamente amplia.

No parece irracional la tesis de quienes sostienen que al utilizar conceptos jurídicos indeterminados “el legislador realiza una remisión al destinatario del derecho para que sea este el que, en cierto modo, complete el mandato normativo, habida cuenta de la imposibilidad de determinar de una vez por todas la solución a problemas afectados por el vaivén de los cambios sociales y de los sentimientos preponderantes en el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico en cuestión”²³. Otros autores sostienen que la remisión que hace el legislador no es tanto al destinatario del derecho cuanto a los operadores jurídicos que deben precisar el concepto en los actos de aplicación²⁴.

Me he referido antes al interés que ofrece el Protocolo de actuación frente al acoso moral en la Administración General del Estado, porque pese a su bajo nivel en la jerarquía de las fuentes es el texto que acredita mayores esfuerzos por precisar el concepto de acoso moral. Según su punto 2.1, “se considera como acoso psicológico o moral la exposición a conductas de violencia psicológica intensa, dirigidas de forma reiterada y prologada en el tiempo hacia una o más personas, por parte de otra u otras que actúan frente a aquella/s desde una posición de poder—no necesariamente jerárquica, sino en términos psicológicos— con el propósito

²² Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general, Cívitas, Madrid, 2004, Tomo I, Cap. III, pág. 512.

²³ Ara Pinilla, Presupuestos y posibilidades de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, en Anuario de Filosofía del Derecho, n.º 21, 2004, pág. 112.

²⁴ Núñez Pacheco, Los conceptos jurídicos indeterminados, Editora Nacional, Quito, 2013, pág. 22.

o el efecto de crear un entorno hostil o humillante que perturbe la vida laboral de la víctima. Dicha violencia se da en el marco de una relación de trabajo, pero no responde a las necesidades de organización del mismo, suponiendo tanto un atentado a la dignidad de la persona como un riesgo para su salud”.

El Protocolo precisa que no tendrán la consideración de acoso psicológico o mobbing ni “las conductas que se producen desde una relación simétrica y definen un conflicto entre las partes en el ámbito de trabajo”, tanto si son de carácter puntual, en un momento concreto, o más permanentes, ni “las acciones de violencia en el trabajo, realizadas desde una posición prevalente de poder respecto a la víctima, pero que no sean realizadas de forma reiterada y prolongada en el tiempo”, ni —por fin— “aquellas que, aún pudiendo incluirse aparentemente en la definición, se concluya que por sus características no constituyen comportamientos violentos (por ejemplo, las amonestaciones “fundadas” por no realizar bien el trabajo, cuando no contengan descalificaciones improcedentes) o bien, cuando las pruebas presentadas no sean consistentes, sin ser falsas”.

Se exige, pues, un comportamiento psicológicamente violento, reiterado y prolongado en el tiempo y realizado desde una posición prevalente de poder, no necesariamente jerárquico, sino en términos psicológicos.

El Protocolo incluye como anexo II un listado de conductas que son, o no son, acoso laboral y que se declara tomado de un criterio técnico del año 2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo en la materia²⁵:

Las conductas consideradas como acoso laboral son las siguientes:

- Dejar al trabajador de forma continuada sin ocupación efectiva o incomunicación, sin causa alguna que lo justifique.
- Dictar órdenes de imposible cumplimiento con los medios que al trabajador se le asignan.
- Ocupación en tareas inútiles o que no tienen valor productivo.
- Acciones de represalia frente a trabajadores que han planteado quejas, denuncias o demandas frente a la organización, o frente a los que han colaborado con los reclamantes.
- Insultar o menospreciar repetidamente a un trabajador.

²⁵ También contiene el Protocolo un detallado procedimiento de actuación, el seguimiento y control de las medidas propuestas, medidas de actuación y prevención del acoso, los criterios a los que debe ajustarse la actuación y garantías del procedimiento (respeto a las personas, confidencialidad, diligencia, etc) así como un anexo sobre la composición y funcionamiento del Comité asesor que debe constituirse ante las presunciones de acoso.

- Reprenderlo reiteradamente delante de otras personas.
- Difundir rumores falsos sobre su trabajo o vida privada.

Por el contrario, no son acoso laboral, aunque puedan constituir otras infracciones:

- Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo sin causa y sin seguir el procedimiento legalmente establecido.
- Presiones para aumentar la jornada o realizar determinados trabajos.
- Conductas despóticas dirigidas indiscriminadamente a varios trabajadores.
- Conflictos durante las huelgas, protestas, etc.
- Ofensas puntuales y sucesivas dirigidas por varios sujetos sin coordinación entre ellos.
- Amonestaciones sin descalificar por no realizar bien el trabajo.
- Conflictos personales y sindicales.

LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Acabo de decir que estamos ante un concepto jurídico indeterminado que exige un cierto margen de apreciación. De ahí la enorme importancia que tiene la jurisprudencia que ha ido precisando su alcance desde que se introdujo por el legislador.

El problema está en que para estudiar la jurisprudencia española sobre el acoso moral y sexual hay que recurrir a la jurisdicción penal, en cuanto puede constituir delito, a la jurisdicción social, si se produce en el ámbito de las relaciones laborales, a la jurisdicción contencioso-administrativa, si los acosados son empleados públicos, y no falta alguna sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, en relación con la validez de alguna de las pruebas aportadas en procesos relacionados con el acoso²⁶.

²⁶ La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 678/2014, de 20 de noviembre, desestimó la demanda del representante de una empresa a quien una empleada había acusado de hostigamiento laboral continuado, con vejaciones y ofensas verbales, impago deliberado de salarios y ostracismo laboral, para que desistiera de su relación laboral. La Jurisdicción social admitió el acoso, pero la empleada había

LA JURISPRUDENCIA PENAL

Me refiero, en primer lugar a la jurisprudencia penal, advirtiendo de entrada, con palabras de un expresivo auto judicial²⁷, que “es criterio consolidado, también respecto de las normas penales, la frecuente imposibilidad de que las leyes, por la naturaleza misma de los supuestos que contemplan, puedan llegar a establecer una definición jurídica de los mismos, no incumpliendo el requisito que implica el deber de “previsión legal” por el solo hecho de que el precepto emplee fórmulas más o menos vagas o se preste a varias interpretaciones, y ello, particularmente, en aquellos ámbitos donde las circunstancias cambian en función de la evolución de las concepciones de la sociedad. Más aún, es asimismo admitida en congruencia con lo anterior —necesidad de evitar una rigidez excesiva de los textos legales—, la conveniencia de que los Tribunales gocen de una cierta flexibilidad exegética que permita la adaptación del Derecho a la evolución social y que, al mismo tiempo y en contrapartida, provea de la debida certeza a aquellas normas en que, por la intrínseca diversidad de las situaciones reguladas, al legislador no le es posible una exactitud absoluta sin menoscabar la protección de bienes o derechos dignos de amparo. La interpretación y aplicación de disposiciones de semejante índole, por la fuerza misma de las cosas, depende de la práctica y, en consecuencia, será el criterio jurisprudencial el que complemente y perfeccione el texto legal, dotándolo de la debida certeza”.

Renunciando a la investigación exhaustiva de la jurisprudencia penal de los Tribunales Superiores de Justicia, me parece de singular interés, tanto por la enorme difusión que alcanzaron los hechos que la provocaron como por las singularidades de la sentencia misma, la del Tribunal Superior de Castilla y León 1/2002, de 29 de mayo. Se trataba del alcalde y de la concejala de una conocida localidad que entendieron a su manera lo que era el ayuntamiento y cesada la relación amorosa, la concejala denunció al corregidor por estar sufriendo una actitud intimidatoria, hostil y humillante. El Tribunal condenó al acusado como responsable del delito de acoso tipificado en el artículo 184.2, es decir, aceptando que se había prevalido de su situación de superioridad jerárquica, pero digo que es una sentencia singular porque sus ocho folios están acompañados de otros veintitrés que contienen el voto particular del ponente de la sentencia, que consideraba insuficientes las pruebas de cargo.

Es en ese voto particular en el que encuentro un comentario que está en abierta oposición con el que he reproducido antes, lo que demuestra la imprecisión

grabado en su teléfono móvil una conversación con él, que la demandó por intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad. Tanto el juez, como la Audiencia Provincial de Bilbao, como el Tribunal Supremo entendieron que ni desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal, ni desde la del derecho al secreto de las comunicaciones existió vulneración del derecho fundamental del demandante. El acoso, por lo demás, se había aceptado en base al resto de las pruebas.

²⁷ 1/2017, de 10 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

sión y la inseguridad en que nos movemos: “No es nada fácil —dice— la labor de los tribunales en la adopción aquí de sus decisiones, al concurrir problemas de inconcreción sobre la actitud de acoso y su respuesta; de autenticidad, de vaguedad de lo que sean bromas o insinuaciones en el relato fáctico y otras indefiniciones, sin olvidar que estamos ante un tema lleno de matices humanos y sociológicos que hay que valorar, en estos momentos, en el marco de unas costumbres sociales enormemente amplias, variables, heterogéneas y permisivas, y más aún cuando tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo no han configurado todavía una doctrina acabada, que precisa de muchos matices y valoraciones que hasta ahora solo se han dado en un estado muy elemental, con el inconveniente de encontrarnos, tanto en la redacción de 1995 como en la reforma de 1999, ante una redacción vaga que concilia mal con la meta de taxatividad que han de poseer los preceptos de naturaleza penal”.

Hay que añadir que, tanto el alcalde como la concejala recurrieron en casación la sentencia del Tribunal de Burgos y el Tribunal Supremo, que rechazó el de ella, estimó parcialmente el de él y devolvió los autos a Castilla y León para que sustituyera su sentencia por otra más ajustada a Derecho, es decir, que condenara con arreglo al artículo 184.1, porque el alcalde es superior jerárquico de los funcionarios del Municipio, pero no de los concejales²⁸.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en otro supuesto de acoso moral, entendió en cambio que no existían indicios de infracción penal, no ya entre superior e inferior, sino tampoco entre iguales, en el caso del portavoz de un grupo parlamentario de la Asamblea y su compañera la portavoz adjunta que entendía estar viviendo un continuo trato humillante y vejatorio como consecuencia de las elevadas agresiones verbales que venía soportando por parte del denunciado, que la hacía objeto de toda serie de descalificaciones y a la que el psiquiatra diagnosticó un trastorno depresivo mayor. En este caso, se decidió que ni existía relación laboral o funcionarial, ni dependencia jerárquica entre ellos, ni el acoso tenía la gravedad que exige esta figura delictiva, por lo que se archivó la denuncia²⁹.

Inicialmente, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo exigía tres requisitos para apreciar la existencia de un delito de acoso sexual:

- a) que se solicitaren favores de naturaleza sexual
- b) que el sujeto se prevaleciera de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, y

²⁸ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 1460/2003, de 7 de noviembre. También aquí hubo un voto particular, coincidente con el del Magistrado del Tribunal de Burgos y añadiendo que debió aceptarse también la existencia de un delito de lesiones psíquicas.

²⁹ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1/2017, de 10 de enero

c) que anunciara al sujeto pasivo, expresa o tácitamente, que, de no acceder, podía causarle un mal relacionado con sus expectativas. solo después de la reforma del Código Penal se impone la aludida distinción, según el autor sea o no superior jerárquico.

En cualquier caso, exige también que los actos constitutivos de acoso sean “graves, hostiles o humillantes”³⁰ y llega a considerar responsable subsidiario a la empresa que no vigiló a uno de sus delegados que acosaba sexualmente a algunas empleadas³¹.

LA JURISPRUDENCIA LABORAL

Como es natural, tanto los Juzgados de lo Social como las instancias superiores se atienen a los criterios que han ido elaborando el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, pero no faltan discrepancias en la aplicación de tales criterios a los supuestos concretos.

El despido del jefe del bar de un hotel por poner la mano en la cadera de una subordinada a la vez que le dijo “¡qué buena estás!” y por intentar en otra ocasión besarla en el cuello fue declarado improcedente por el Juzgado de lo social, que condenó a la empresa a readmitirlo o indemnizarlo, por entender que el supuesto acoso no revestía suficiente gravedad. El Tribunal Superior de Justicia de Canarias, por el contrario, consideró que los hechos constituían una grave infracción de la Ley del estatuto de los trabajadores y de la Ley para la igualdad y sentenció la procedencia del despido³².

También fue declarado procedente el despido del empleado de un estanco que acosó a la dueña con actos reiterados de connotación sexual verbales y físicos³³. Es un acoso vertical, de sentido ascendente.

La dimisión provocada de una trabajadora embarazada de seis meses que fue zancadilleada por un compañero que, además, abría los cajones del lugar de trabajo para que tropezara, produciéndole tal ansiedad que necesitó antidepresivos y ansiolíticos, fue aceptada por el juez que le otorgó la indemnización correspondiente, pero que le negó en cambio la derivada de los daños morales producidos por el acoso. El Tribunal Superior de Jus-

³⁰ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 694/2018, de 21 de diciembre.

³¹ Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 830/ 2014, de 28 de noviembre.

³² Sentencia del TSJ de Canarias 1979/2018, de 6 de marzo.

³³ Sentencia del TSJ de Castilla y León de 19 de abril de 2018.

ticia de Andalucía impuso tal indemnización, invocando la tutela de un derecho fundamental³⁴.

Uno de los fallos más notables ha sido el que ha calificado de accidente de trabajo el sufrido por una profesora de enseñanza secundaria en un Instituto, trece de cuyos alumnos se comportaban de manera tal que fueron sancionados por la autoridad educativa, e incluso uno de ellos condenado por amenazas, y que generaron el estado de ansiedad y alteración mental que provocó la baja de la profesora. “En el singular caso que nos ocupa —dice la sentencia— resulta acreditado que no existe factor extraño al trabajo que haya generado o desencadenado el proceso de baja médica sobre cuya contingencia se controvierte, no solo porque no está descrito proceso previo alguno de común naturaleza con el mismo diagnóstico, sino porque resulta incuestionable la presencia de una situación de violencia en el trabajo. Cualquier hombre medio sometido a la presión, agresividad y violencias verbales a las que fue sometida aquella durante su tiempo de trabajo hubiera padecido las alteraciones psíquicas en ella descritas”³⁵.

Hay que añadir todavía que el orden jurisdiccional social resulta incompetente para conocer de las demandas de tutela por acoso de los funcionarios, que deben recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa³⁶, de modo que también ésta ha elaborado doctrina sobre el acoso, estimándolo, por ejemplo, en el caso de un funcionario municipal, al que se instruyó expediente disciplinario por anomalías en el servicio de aguas del que estaba encargado y, mientras se tramitaba, se le destinó a un sótano sin ventilación ni luz natural³⁷.

La jurisdicción social, sin embargo, es competente, como advertimos antes, para entender de las infracciones de la Ley de prevención de riesgos laborales, y de ahí que el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria haya resuelto indemnizar a dos funcionarias del cuerpo del magisterio que enseñaban en un colegio público, porque la Consejería de Educación, a la que el Tribunal considera “deudora de seguridad”, no adoptó medidas preventivas cuando en el ambiente laboral del centro existía un conflicto persistente y de entidad que estaba causando daños en la salud de las personas involucradas³⁸.

³⁴ Sentencia del TSJ de Andalucía (Granada) 1848/2019, de 18 de julio.

³⁵ Sentencia del TSJ de Castilla y León 1001/2018, de 31 de mayo.

³⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo 544/2018, de 17 de mayo: El Juzgado había resuelto que la jurisdicción competente era la contencioso-administrativa, el Tribunal Superior de Justicia rectificó a favor de la Jurisdicción social y el Tribunal Supremo mantiene la decisión del Juzgado.

³⁷ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001.

³⁸ Sentencia del TSJ de Cantabria 226/2019, de 20 de marzo.

LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

A) Sobre el acoso sexual

Han sido escasas las ocasiones que ha tenido el Tribunal Constitucional de pronunciarse sobre el acoso sexual.

En la primera de ellas, se otorgó el amparo a la encargada de un videoclub, cuyo dueño, que frecuentaba su empresa, se propasó reiteradamente en sus intentos de obtener los favores sexuales de la dependienta. Ahorro a la Academia las procacidades que la sentencia describe para limitarme a resumir que un Juzgado de lo Social de Vigo reconoció el acoso sexual padecido y declaró la existencia de vulneración de los derechos a la integridad física y moral y a la intimidad personal de la trabajadora, condenando solidariamente a la empresa y a su dueño a una indemnización de 775.000 pesetas, por los daños materiales, físicos y morales sufridos.

Recurrida la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia la revocó, declarando que la actora no había sido agredida sexualmente. No negaba los hechos considerados probados por el Juez de lo Social, pero echaba de menos una reacción más contundente de la interesada, que no reaccionó de inmediato y que no presentó su denuncia hasta que acudió al Servicio de información y asesoramiento de la mujer, dependiente del Ayuntamiento de Vigo, donde tuvo conocimiento de sus derechos. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el fundamento de Derecho quinto de su sentencia escribe que “cuando se trata de una vulneración de derechos fundamentales, cuya íntima relación con los derechos naturales es patente, no es preciso asesoramiento de clase alguna, cualquier mujer en edad adulta sabe sobradamente qué conductas son o no reprobables, y más aún y de forma espontánea, cual debe ser su reacción ante actos de terceros que afecten a su dignidad de persona o a su intimidad o libertad de mujer. A nadie se le ocurre suponer que quien es agredido físicamente o atracado en la vía pública, haya de asesorarse para consultar cuales son sus derechos. Ninguna asesoría precisa decirle a la mujer —concluye imperturbable el Tribunal— qué conductas son simples manifestaciones amistosas y cuales atentan velada o directamente a su intimidad sexual, por lo que resulta inacogible la explicación de la trabajadora”.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 224/1999, de 13 de diciembre³⁹, resume que “para que exista un acoso sexual ambientalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado en actos,

³⁹ BOE del 20 de enero de 2000.

gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto⁴⁰. En efecto, la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no solo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo. En tal sentido, la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan solo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aún cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o solo un amago, o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo. Así, fuera de tal concepto quedarían aquellas conductas que sean fruto de una relación libremente asumida, vale decir previamente deseadas y, en cualquier caso, consentidas o, al menos, toleradas” (Fundamento jurídico tercero).

Recordando que la valoración de la prueba es función privativa del juzgador, el Tribunal Constitucional no la revisa, pero hace una interpretación discrepante del relato a la luz de los valores constitucionales y concluye que en el caso analizado se dan los elementos definidores del acoso sexual, que conducen directamente a la concesión del amparo y a la anulación de la sentencia del Tribunal Superior de Galicia, **porque se ha vulnerado el derecho fundamental de la demandante a su intimidad, en desdoro de su dignidad personal** (artículos 10 y 18.1 de la Constitución). No es ocioso subrayar que el Tribunal Constitucional, en esa misma sentencias, sostiene que el acoso sexual **puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo** (artículo 14 de la Constitución), **presente siempre en el trasfondo, por afectar notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación. No puede permitirse hoy, ni siquiera residualmente, —dice la sentencia, cuyo ponente fue Mendizábal Allende— la perpetuación de actitudes con las cuales implícitamente se pretende cosificarla, tratándola como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal.**

⁴⁰ La frase aparece literalmente repetida en la STC 136/2001, de 18 de junio (BOE del 17 de julio), si bien en ésta se denegó el amparo a la trabajadora que invocaba haber sido víctima de acoso sexual.

La sentencia 207/2001, de 22 de octubre⁴¹, abordó otro caso de presunto abuso sexual, pero denegó el amparo porque tal abuso no quedó acreditado en los previos pronunciamientos judiciales.

En la sentencia 106/2011, de 20 de junio⁴², el ámbito en el que se produce el acoso es el castrense y se trata de una soldado que se consideró víctima del abuso de autoridad de un capitán y del coronel jefe de su Regimiento, cuyas decisiones supuestamente arbitrarias —sendos arrestos por faltas disciplinarias, traslado de destino y disposición de un análisis clínico para detectar consumo de estupefacientes— que ella atribuye a un supuesto acoso sexual, provocaron el trastorno adaptativo mixto de la reclamante. Su padre denunció los hechos y el Juzgado Togado Militar Central, tras las oportunas diligencias, acordó el archivo de las actuaciones porque no apreció la existencia de ilícito penal alguno ni tampoco indicios objetivos del acoso. Para el referido Juzgado, que denegó la práctica de algunas diligencias de investigación solicitadas por los denunciados, las iniciativas de los mandos militares formaban parte de las competencias y atribuciones específicas de quienes las dispusieron. Interpuesto recurso de apelación, el Tribunal Militar Central lo desestimó, por lo que la soldado demandante recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional entendió que en las resoluciones de la jurisdicción militar se aprecia un déficit constatable respecto a su motivación, “pues las mismas no expresan convenientemente las razones que llevan al órgano judicial a no dar por acreditada la existencia de este acoso moral y sexual denunciado, necesarias para acordar el archivo de la causa, de acuerdo a los parámetros constitucionales”. La denegación de las pruebas periciales y testificales propuestas por la recurrente implica que las resoluciones judiciales “no contienen una motivación congruente con el contenido de la denuncia presentada”. De ahí que se declare la nulidad de los autos militares, reconociendo que había sido vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva y sin entrar en precisar la existencia o inexistencia del acoso.

B) Sobre el acoso laboral

Aquí tenemos supuestos referidos a la empresa privada y a la Administración.

En la sentencia 74/2007, de 16 de abril⁴³, el Tribunal Constitucional otorga parcialmente su amparo a una trabajadora cuyo superior directo en la empre-

⁴¹ BOE del 21 de noviembre.

⁴² BOE del 19 de julio. Pomed Sanchez comentó esta sentencia en el *Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, vol. I, Civitas, Madrid, 2012, págs. 275-300.

⁴³ BOE del 23 de mayo.

sa era una personalidad irascible, incapaz de atemperar su conducta en sus relaciones con los demás y dictatorial con los subordinados, a quienes trataba con gritos, golpes en la mesa, patadas a las cajas y malos modales como tirar al suelo teléfonos o papeles. Un Juzgado de lo Social de Madrid entendió que tal comportamiento no podía ser encuadrado en el concepto técnico de acoso laboral o moral (mobbing) porque el tal jefe tenía la misma actitud con todos sus subordinados y sus órdenes no estaban orientadas a la destrucción de la autora, rasgo éste identificador del acoso moral pero, dado que tal conducta había ocasionado a la trabajadora un cuadro ansioso depresivo por estrés laboral, considero que se había lesionado su derecho a la integridad física y moral y condenó al demandado a indemnizarla con la cantidad de 25.000 euros.

Recurrida la sentencia en suplicación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la del Juzgado, por entender que el irascible jefe, trabajador como la actora, no podía ser autor de una violación del derecho fundamental alegado, pues solo hubiera podido serlo la empresa, que no tuvo conocimiento de los hechos, por falta de denuncia.

El Tribunal Constitucional califica esa afirmación de manifiestamente irrazonable y carente de una auténtica fundamentación en Derecho. “En efecto —dice— no resulta razonable y es contradictorio considerar que el demandado no puede ser autor de una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral de la demandante, cuando la propia resolución ha considerado acreditados los hechos descriptivos de la conducta del demandado y ha considerado, igualmente, que tal conducta habría podido ser considerada causa de despido de este”... “La sentencia no explica el porqué de la pretendida imposibilidad de la imputación de la vulneración del derecho fundamental a quien ha sido declarado autor de los hechos determinantes de la misma y es lo cierto que tal imposibilidad, ni es en modo alguno evidente, antes al contrario, ni puede entenderse razonada de manera implícita en la sentencia. Como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe, el derecho a la integridad física y moral constituye un derecho *erga omnes*, que puede ser, por ello, vulnerado tanto por los poderes públicos como por los particulares”. El Tribunal Constitucional recuerda que así lo ha reconocido con reiteración en el ámbito de las relaciones laborales y reconduce el tema, no al derecho a la integridad física y moral del artículo 15, sino al derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo, consagrado por el artículo 24.1, por lo que anula la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y le obliga a dictar una nueva, respetuosa con el derecho fundamental vulnerado

La sentencia 81/2018, de 16 de julio⁴⁴ aborda el problema del inspector jefe de una policía local que habiendo obtenido su plaza por concurso oposi-

⁴⁴ BOE del 17 de agosto.

ción sostenía que había sufrido acoso por parte del alcalde que deseaba apartarle de sus funciones y de su cargo, ocasionándole padecimientos físicos y psíquicos. Aceptado inicialmente el acoso laboral por un juzgado de lo contencioso-administrativo de Barcelona, que decidió que se adoptaran las medidas necesarias para eliminar la situación y que se indemnizara al funcionario con la suma de 8.300 euros, el Ayuntamiento interpuso recurso de apelación que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña resolvió apreciando la inexistencia de acoso laboral. A esa misma conclusión llegó el Tribunal Constitucional que denegó el amparo solicitado por el funcionario.

Del texto de la sentencia se deducen, sin embargo, algunos criterios que pueden aproximarnos al concepto de acoso que mantiene el alto Tribunal.

“El hostigamiento presente en la figura del acoso moral —dice la sentencia al reproducir los argumentos de la del Tribunal Superior de Justicia— debe referirse necesariamente a aquellas conductas persecutorias, ofensivas, hostiles y denigrantes, cuya perpetuación en el tiempo, insistencia, reiteración, injustificación y sistematicidad originan en la víctima una alteración grave de su vida laboral o el abandono de su puesto de trabajo.” “Para que tales conductas violentas puedan ser consideradas acoso en el trabajo es necesario que se traduzcan en una pluralidad de actos o un conjunto de acciones repetidas dirigidas a menoscabar la dignidad de la persona. No basta, por tanto, cualquier tensión ordinaria o ambiente de trabajo conflictivo para que una determinada situación laboral pueda ser calificada de acoso, pues conflictos y tensiones subyacen en toda organización profesional. De lo que se trata es de valorar el conjunto de los actos que se denuncian como vejatorios, puesto que cada uno de ellos tomado de forma individualizada puede ser irrelevante y, sin embargo, puestos en común pueden adquirir el carácter de grave vejación.”

Tras reproducir los criterios del Protocolo que hemos recogido ya, el Tribunal Constitucional concluye que en el caso examinado no concurren los elementos necesarios para apreciar acoso moral, por lo que desestima el amparo solicitado.

La sentencia 56/2019, de 6 mayo⁴⁵, añade a su innegable interés el hecho de que su ponente ha sido nuestro colega el magistrado Andrés Ollero Tassara.

En resumen, se trataba de que al ganar las elecciones el Partido Popular y cesar como Presidente del Consejo de Estado Rubio Llorente, su director de gabinete solicitó reincorporarse al servicio activo en el puesto que tenía en la Gerencia de Infraestructuras y Equipamientos de la Seguridad del Estado, organismo autónomo adscrito a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior.

⁴⁵ BOE del 10 de junio.

En algún momento de la narración se dice que el Ministerio del Interior dio instrucciones de “no darle ni agua”, pero sea eso cierto o no, son hechos “acreditados e indiscutidos” que se creó un puesto nuevo de “vocal asesor”, sin definir sus atribuciones, y que fue el que se adjudicó al demandante, manteniéndole completamente desocupado durante año y medio aproximadamente, mientras los demás funcionarios trabajaban con normalidad. Desoídas sus reiteradas peticiones de que se le asignaran tareas o se le trasladara a otro destino, y desoído su requerimiento formal por parte del Ministro del Interior, acudió al Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo, que desestimó la demanda. Intentado el recurso ante la Audiencia Nacional, esta lo declara inadmisibile por haber transcurrido el plazo previsto.

Por otra parte, el interesado había presentado otra denuncia de acuerdo con el protocolo de actuación a que nos hemos referido antes y la Subdirectora general de recursos humanos acordó suspender la tramitación hasta que resolvieran el Juzgado y después la Audiencia, reanudándose la tramitación después de las aludidas decisiones judiciales y culminando en una resolución del Subsecretario de Interior que archivó la denuncia de acoso laboral, por entender que no había violencia psicológica y porque después de las elecciones generales eran muchos los funcionarios cesantes en los servicios especiales que solicitaban su reincorporación al servicio activo. Desestimado el recurso de reposición, acude ahora al Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestima el recurso contencioso-administrativo, llegando así al recurso de casación ante el Tribunal Supremo, cuya sala de lo contencioso acuerda inadmitirlo por falta de fundamentación suficiente.

El Tribunal Constitucional acuerda admitir la demanda, apreciando que reviste especial trascendencia constitucional por plantear un problema o afectar a la faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina constitucional. Se trata de un recurso de amparo mixto, en el que, por una parte, se imputa a la Administración vulneración de derechos fundamentales de carácter sustantivo y, por otra, se atribuyen lesiones procesales a los Tribunales que intervinieron después. El Tribunal aborda en primer lugar la presunta vulneración de derechos fundamentales y entiende que “la inactividad laboral prolongada a la que fue sometido el trabajador demandante de amparo involucra” inequívocamente su derecho fundamental a la integridad moral y a la prohibición de tratos degradantes”. Se recuerda, claro es, que el artículo 15 de la Constitución prohíbe, sin excepción o ponderación posible, la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes como nociones graduadas de una misma escala y expone con toda atención y detenimiento su propia doctrina sobre esos extremos

El Tribunal Constitucional entiende que son necesarios tres elementos para configurar el “trato degradante”: El elemento *intención*, es decir, si la conducta de la Administración ha sido deliberada; el elemento *menoscabo*, esto es, si la víctima ha sufrido padecimiento o ha podido sufrirlo; y el elemento *veja-*

ción, o sea, si la conducta enjuiciada “respondió al fin de vejear, humillar o envilecer, o era objetivamente idónea para producir o produjo efectivamente ese resultado” (FJ 5.º).

Valorando con el mayor detalle la conducta de la Administración con su funcionario, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que se lesionó el derecho a la integridad moral del demandante por marginarle laboralmente durante un período largo de tiempo y anula tanto las resoluciones administrativas como las sentencias que no le restablecieron en su derecho.

El Tribunal afirma al menos por dos veces que no le corresponde elaborar un concepto de “acoso laboral” que “surgió —dice— en la psicología para abordar conjuntamente, desde el punto de vista terapéutico, situaciones o conductas muy diversas de estrés laboral, que tienen de común que, por su reiteración en el tiempo, su carácter degradante de las condiciones de trabajo o la hostilidad que conllevan, tienen por finalidad o como resultado atentar o poner en peligro la integridad personal del empleado”... “Los objetivos del acoso laboral —sigo citando la sentencia— pueden ser de lo más variado. Represaliar a un trabajador poco sumiso, marginarle para evitar que deje en evidencia a sus superiores, infundirle miedo para promover el incremento de su productividad o satisfacer la personalidad manipulativa u hostigadora del acosador (el llamado acoso “perverso”), entre otros”.

A mí me sorprende la amplitud del concepto de “trato inhumano o degradante” que el Tribunal maneja en esta ocasión y que en la Constitución está prohibido en el mismo precepto que declara abolida la pena de muerte y el sometimiento a tortura y pienso que de alguna manera se deforma el concepto de “integridad física y moral” a que se refiere el artículo 15 de la Constitución.

Hay muchas otras sentencias en las que se dice que “inhumano o degradante son graves calificativos que, según doctrina reiterada de este Tribunal, hay que reservar para aquellos tratos que impliquen padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre”⁴⁶ y conocemos también otras sentencias en las que el derecho a la integridad física solo se entiende vulnerado cuando se pone en peligro “grave e inmediato”⁴⁷ o “grave y cierto”⁴⁸ la salud e incluso un auto en el que se sostiene que “no puede aceptarse, sin banalizar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 15 de la Constitución Española, que todo supuesto de riesgo

⁴⁶ Sentencias 120/1990, de 28 de junio (*BOE* del 30 de julio), 137/1990, de 19 de julio (*BOE* del 30), 57/1994, de 28 de febrero (*BOE* del 24 de marzo) y 207/1996, de 16 de diciembre (*BOE* del 22 de enero de 1997).

⁴⁷ Sentencia 119/2001, de 24 de mayo (*BOE* del 8 de junio) FJ 6.

⁴⁸ Sentencias 5/2002, de 14 de enero (*BOE* del 8 de febrero), FJ 4, y 220/2005, de 12 de septiembre (*BOE* del 14 de octubre), FJ 4.

o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física⁴⁹. En cuanto a la integridad moral, si según las sentencias del Tribunal Constitucional no atentan contra ella la alimentación contra su voluntad a reclusos en huelga de hambre⁵⁰, ni el aislamiento de reclusos en las condiciones previstas por la Ley general penitenciaria⁵¹, ni la abstinencia sexual impuesta como obligatoria a los reclusos a quienes no se permite ese tipo de encuentros⁵², ni el sometimiento obligatorio a la prueba de paternidad⁵³, ni el tonsurado de las axilas y de la cabeza de un presunto drogadicto por un forense para su posterior análisis⁵, que sea trato inhumano o degradante procurar la inactividad de un funcionario, por larga que sea, es un salto que no es fácil entender, aunque la pretensión sea la de proyectar los derechos fundamentales sobre el ámbito de las relaciones laborales⁵⁴.

EL CONVENIO DE LA OIT

Como se sabe, en el año que acaba de terminar se ha conmemorado el centenario de la Organización Internacional del Trabajo, creada por el Tratado de Versalles en el seno de la Sociedad de las Naciones que se instituía a la vez.

La nueva Organización empezó a trabajar inmediatamente y ya el 29 de octubre de 1919 se abrió en Washington la primera sesión de la Conferencia. España, que era uno de los treinta y nueve miembros de pleno derecho, estuvo representada por el Vizconde de Eza y por Adolfo G. Posada, el gran reformista asturiano, en nombre del Gobierno, por Alfonso Sala como patrono y por Francisco Largo Caballero, que acababa de cumplir cincuenta años, como representante de los trabajadores españoles. Le asistieron como consejeros Fernando de los Ríos y Luis Araquistain y el secretario de la misión española fue el abogado Ramón Pérez de Ayala. Largo Caballero asistió a todas las Conferencias, excepto a la de Génova de 1920 por su carácter esencialmente marítimo. Desde 1923 a 1931 perteneció al Consejo de Administración como miembro titular o como miembro adjunto y en las Conferencias de los años 1931 a 1933 habló como Ministro de Trabajo⁵⁵.

⁴⁹ Auto del Tribunal Constitucional 57/2007, de 26 de febrero FJ 3.

⁵⁰ Sentencias 120/1990 y 137/1990 cits.

⁵¹ Sentencias 2/1987, de 21 de enero (BOE del 10 de febrero) y 57/1994. cits.

⁵² Sentencia 89/1987, de 3 de junio (BOE del 25).

⁵³ Sentencia 7/1994, de 17 de enero (BOE del 17 de febrero) ⁵ Sentencia 207/1996 cit.

⁵⁴ En ese sentido, son mucho más convincentes los votos particulares del magistrado Rodríguez-Zapata a las sentencias 62/2007, de 27 de marzo (BOE del 26 de abril) y 160/2007, de 2 de julio (BOE del 3 de agosto). Según el, “nuestro Derecho laboral ofrece garantías suficientes para la protección de los riesgos que preocupan a la sentencia de la mayoría. Cuando el Derecho laboral basta, no es pertinente trivializar categorías de Derecho constitucional plenamente consagradas”.

⁵⁵ El libro de Josefina Cuesta Bustillo *Francisco Largo Caballero: Su compromiso internacional*, Fundación Largo Caballero, Madrid, 1977, contiene amplísima información sobre el tema, incluidos sus discursos en la OIT.

Aunque la Sociedad de las Naciones desapareció al empezar la segunda guerra mundial, en 1939, la Organización Internacional del Trabajo continuó funcionando y contribuyendo decisivamente al fomento de la legislación laboral. Como se sabe, el objetivo de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores de todos los países lo persigue la OIT mediante la aprobación de dos instrumentos característicos de su actuación, que son los Convenios y las Recomendaciones.

El Convenio es un pacto internacional, acordado por la Conferencia, pero cuya eficacia está condicionada a la ratificación por el Estado miembro. Las Recomendaciones surgen *si la cuestión tratada o uno de sus aspectos no se prestara en ese momento para la adopción de un Convenio* (artículo 19.1.1 de la Constitución de la OIT) y, aunque requieren también una mayoría de dos tercios de los delegados presentes, revisten una menor significación, porque los Estados miembros no están obligados a ratificarlas, sino únicamente a someterlas a la autoridad competente para que las tenga en consideración

Para valorar la situación en que se encuentra la OIT, se puede recurrir a un expresivo resumen de la historia de sus convenios. Desde el Convenio n.º 1, de 1919, hasta la Conferencia del Centenario de 2019, se han celebrado ciento ocho reuniones de la Conferencia y se han aprobado ciento noventa Convenios.

Por supuesto, hay un paréntesis que se abre en 1939 y se cierra en 1946, motivado naturalmente por la segunda guerra mundial, pero en la inmensa mayoría de los años restantes, lo normal es que se alcance la aprobación de algún Convenio. En 1946, se aprobaron trece. En 1936, se aprobaron nueve. En 1949, ocho. En 1921 y 1933, siete. En 1947, seis. En 1935, cinco. Sin llegar a esas cifras, han sido raras las Conferencias en las que no se han aprobado cuatro (1925, 1934, 1937, 1939, 1948, 1958, 1970, 1976, 1987, 1996) o tres (1920, 1926, 1952, 1957, 1959, 1964, 1975, 1981).

No es arbitrario suponer que la ofensiva neoliberal que ha hecho del Derecho del Trabajo una de las más patentes causas del desempleo haya provocado en la OIT una cierta perplejidad ante la contradicción entre el intervencionismo en las relaciones laborales que ella ha promovido siempre y las exigencias de la competitividad crecientemente recordada por los economistas. Quizá por ello, en los últimos doce años solo se aprobó el Convenio 189, sobre el trabajo doméstico, y se han hecho inciertas apelaciones a la *flexibilidad*, insistiendo también en promover lo que se ha venido a llamar el *trabajo decente*. Solo ante la celebración del centenario de la institución se han decidido a aprobar el pasado 10 de junio el Convenio n.º 190, que se refiere a la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo.

Se trata de un Convenio en el que se imponen obligaciones bien poco precisas, de modo que no va a contribuir a aclarar la situación que he

intentado dejar antes descrita. Sus principios fundamentales, contenidos en los artículos 4.º a 6.º, no pueden ser más obvios: “Todo miembro que ratifique el presente Convenio deberá respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso” y “deberá adoptar, de conformidad con la legislación y la situación nacional y en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, un enfoque inclusivo, integrado y que tenga en cuenta las consideraciones de género para prevenir y eliminar la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Este enfoque debería tener en cuenta la violencia y el acoso que impliquen a terceros cuando proceda, y consiste en particular en

- a) prohibir legalmente la violencia y el acoso;
- b) velar por que las políticas pertinentes aborden la violencia y el acoso;
- c) adoptar una estrategia integral a fin de aplicar medidas para prevenir y combatir la violencia y el acoso;
- d) establecer mecanismos de control de la aplicación y de seguimiento o fortalecer los mecanismos existentes;
- e) velar por que las víctimas tengan acceso a vías de recurso y reparación y a medidas de apoyo;
- f) prever sanciones;
- g) desarrollar herramientas, orientaciones y actividades de educación y de formación y actividades de sensibilización, en forma accesible, según proceda, y
- h) garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso, incluyendo a través de la inspección de trabajo o de otros organismos competentes.

Al adoptar y aplicar ese enfoque inclusivo e integrado —termina diciendo el artículo 4.º— “todo miembro deberá reconocer las funciones y atribuciones diferentes y complementarias de los gobiernos, y de los empleadores y de los trabajadores, así como de sus organizaciones respectivas, teniendo en cuenta la naturaleza y el alcance variables de sus responsabilidades respectivas”.

No me parece que en el heterogéneo ordenamiento español haya que hacer muchas innovaciones para ratificar y dar cumplimiento a este Convenio n.º 190.

LA LEGISLACIÓN EUROPEA

Es sabido que la Unión Europea tiene entre sus prioridades conseguir la igualdad entre hombres y mujeres y eliminar cualquier discriminación por razón de sexo. Prescindiendo aquí de las Directivas que han sido derogadas o incorporadas ya al ordenamiento español⁵⁶, pienso que merecen especial atención cuatro documentos que, con expresiones repetidas y reiteraciones notorias, resumen en mi opinión la actitud y la normativa de la Unión: La resolución del Consejo de 29 de mayo de 1990⁵⁷ y la recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991⁵⁸ relativas a la protección de la mujer y del hombre en el trabajo, la Directiva 54/2006 de 5 de julio⁵⁹ relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 8 de noviembre de 2007⁶⁰ por la que se transmite el acuerdo marco firmado por los interlocutores sociales⁶¹ el 26 de abril de ese mismo año sobre el acoso y la violencia en el trabajo.

En 1990, el Consejo, y en 1991 la Comisión mantienen que “la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incluida la conducta de superiores y compañeros, constituye una violación intolerable de la dignidad de los trabajadores o aprendices y que resulta intolerable si:

a) dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona que es objeto de la misma:

b) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores y los compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional, al empleo, a la continuación del mismo, a los ascensos, al salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo y/o

⁵⁶ Las Directivas 207/1976, de 9 de febrero, 73/2002, de 23 de septiembre, y 113 /2004, de 13 de diciembre, sobre igualdad de trato y la Directiva 80/1997, de 15 de diciembre, sobre la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo fueron incorporadas al ordenamiento jurídico español por la Ley 3/2007, para la igualdad. Las Directivas 43/2000, de 29 de junio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato, y 78/2000, de 27 de noviembre, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato, fueron traspuestas al ordenamiento español por la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁵⁷ Diario Oficial del 27 de junio de 1990.

⁵⁸ Diario Oficial del 4 de febrero de 1992.

⁵⁹ Diario Oficial del 26 de julio de 2006.

⁶⁰ COM (2007) 686 final.

⁶¹ La Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones de industrias y empresarios de Europa, la Unión Europea de artesanías y pequeñas y medianas empresas y la Asociación Europea de empresas públicas.

c) dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma”.

En rigor, sin embargo, la resolución del Consejo y la recomendación de la Comisión no obligan a reprimir esas conductas, sino que hacen un llamamiento a los Estados miembros con objeto de que elaboren campañas de información y sensibilización de empresarios y trabajadores para combatir esas conductas no deseadas y que desarrollen medidas adecuadas de acción positiva en el sector público que puedan servir de ejemplo para el privado.

La Directiva de 2006 es más imperativa y al garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres y prohibir toda discriminación mantiene que el concepto de discriminación incluirá tanto “la orden de discriminar a personas por razón de su sexo” como “el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo” (artículo 2.2). Los conceptos de acoso y acoso sexual son prácticamente los mismos que en las disposiciones antes citadas⁶².

Por fin, el Acuerdo marco europeo suscrito por los interlocutores sociales es un texto bien claro, cuyo resumen podría hacerse así:

1. El acoso y la violencia son la expresión de comportamientos inaceptables adoptados por una o más personas.

2. Las formas de acoso y violencia en el lugar de trabajo pueden ser de carácter físico, psicológico o sexual, constituir incidentes aislados o comportamientos más sistemáticos, darse entre colegas, entre superiores y subordinados o provenir de terceros como clientes, usuarios, pacientes, alumnos, etc., e ir desde casos poco importantes de falta de respeto hasta actos más graves, como infracciones penales que requieren la intervención de las autoridades públicas.

3. Las empresas deben aumentar la sensibilización de todo el personal y darle una formación apropiada para que disminuya la probabilidad de acoso y violencia en el trabajo.

4. El procedimiento adecuado para hacer frente al acoso y la violencia debe ser discreto, sin demoras injustificadas, sin tolerar denuncias falsas, con sanción apropiada para los autores y con apoyo y ayuda para las víctimas.

⁶² El artículo 26 se dedica a la prevención de la discriminación por razón de sexo.

Por supuesto, cualquier persona, varón o hembra, puede y debe compartir todos los criterios que inspiran la normativa que combate el acoso sexual, el acoso por razón de sexo o el acoso por razón de orientación sexual y se entiende mal que algún feminismo pretenda monopolizar lo que es ya una patente exigencia de nuestra civilización y de nuestra sensibilidad.

Pero se entiende aún mucho menos que esa sensibilidad se haga excesiva, exagerada, enfermiza, patológica y se convierta en hiperestesia.

Tal es el caso, en mi opinión, del Informe sobre las medidas para prevenir y combatir el acoso sexual y psicológico en el lugar de trabajo, en los espacios públicos y en la vida política de la Unión, que la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo aprobó el 10 de julio de 2018⁶³ y el Pleno del Parlamento el siguiente 11 de septiembre.

Según ese informe, la violación de los derechos humanos que supone el acoso sexual está vinculada a estructuras patriarcales de poder que deben reconfigurarse con carácter de urgencia. Están especialmente expuestos a la violencia el sector sanitario, los servicios públicos de urgencias, la política, la educación, el transporte, el trabajo doméstico, la agricultura y la economía rural, así como los sectores textil, de la confección, del cuero y del calzado. Los políticos deben observar una normas de conducta rigurosas y actuar como modelos de comportamiento responsable, previniendo y combatiendo el acoso en los Parlamentos y fuera de ellos. El Informe llega a solicitar que un grupo de expertos independientes analicen la situación del acoso y los abusos sexuales en el Parlamento Europeo.

Las mujeres políticas se ven sometidas en los medios sociales a una forma de acoso denominada “troleo”, que consiste en la publicación de mensajes machistas y abusivos, e incluso de amenazas de muerte y violación. El Informe pide a la Comisión que presente una nueva definición de espacio público que tenga en cuenta la evolución de las tecnologías de la comunicación y que, por lo tanto, incluya en esa definición los espacios públicos “virtuales”, como las redes sociales y los sitios web. A partir de lo cual, pide a los Estados miembros que “a través de expertos informáticos y de los órganos de control competentes, como los cuerpos de policía postal, efectúen un mayor control de las páginas web, a fin de proteger a las víctimas del acoso psicológico y sexual y prevenir y castigar los delitos” y “que consideren la posibilidad de adoptar legislación específica sobre el acoso en los espacios públicos, en particular programas de intervención, prestando especial atención *a la intervención de los transeúntes* (el subrayado es mío). Pide también que la Comisión y los Estados miembros “lleven a cabo una mayor labor de investigación sobre las causas y

⁶³ A8-0265/2018.

las consecuencias del acoso sexual en los espacios públicos, que incluya el impacto que la publicidad sexista y estereotipada puede tener en la incidencia de la violencia y el acoso” y no deja de recomendar mayor presencia de policía en el transporte público y hasta mejor iluminación.

El Informe pide que se suprima el lenguaje mediático, político y público que incite a comportamientos violentos y a la descalificación de la figura de la mujer, vulnerando así su dignidad como persona.

Afortunadamente, el Informe considera la educación sobre igualdad de género herramienta fundamental para eliminar conductas inadecuadas, pero no subraya con suficiente vigor que solo con una escuela integrada por maestros bien seleccionados, con resuelta vocación de contribuir a la preparación de ciudadanos críticos, libres y demócratas, dignamente retribuidos e ilusionados por la elevación del nivel cultural de los futuros ciudadanos tienen remedio muchas de las conductas que lamentamos, llámense delincuencia juvenil, violencia de género, acoso laboral o sexual o incluso limpieza y decoro de nuestros espacios públicos.

Recordarán las señoras y señores Académicos que en la magistral intervención de nuestro colega el profesor Carpintero Capell del año 2017 sobre “El acoso escolar” se sostenía que cualquier solución pasa por una educación humanística que tome en consideración los principios democráticos de tolerancia, libertad, responsabilidad y respeto al otro. Propongo exactamente lo mismo para estos otros tipos de acoso.

No parece que una legislación y unas reglamentaciones cada vez más pormenorizadas y asfixiantes estén contribuyendo a reducir algunas de esas prácticas y habría que hacer la prueba de destinar a la escuela buena parte de lo que se gasta en limpieza, en contribuir a financiar películas en las que lo patológico se presenta como normal, por el simple hecho de que está muy extendido, o en subvencionar a organizaciones no gubernamentales que, incluso de buena fe, contribuyen a paliar las consecuencias de actos reprobables. Sin ignorar, claro es, que la escuela no tiene ya el monopolio de la formación infantil y juvenil, crecientemente compartido con las televisiones y lo que ahora se llaman las redes sociales, creo que son la familia y la escuela las que pueden todavía suministrar los criterios para enfrentarse sin riesgo a las propuestas de medios de difusión obedientes solo al afán de lucro y a las redes sociales en las que preferentemente toma la iniciativa una masa tan espontánea como inculta.