

# anuario <sup>2019</sup>

internacional

sobre PRL y calidad de vida en el trabajo:

La protección sancionadora  
frente al acoso moral en el trabajo.  
Nuevas perspectivas en  
un horizonte comparado

FINANCIADO POR:

AI2018-0002



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE TRABAJO, MIGRACIONES  
Y SEGURIDAD SOCIAL



FUNDACIÓN  
ESTATAL PARA  
LA PREVENCIÓN  
DE RIESGOS  
LABORALES, F.S.P.







**anuario** 2019  
**internacional**

**sobre PRL y calidad de vida en el trabajo**

**EDITA**

Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC

**DISEÑA E IMPRIME**

Blanca Impresores S.L

Depósito Legal: M-31236-2013

ISSN: 2173-0830

**2019**  
**anuario**

# anuario <sup>2019</sup> internacional

sobre PRL y calidad de vida en el trabajo

# 2019

**La protección sancionadora frente al acoso moral en el trabajo.  
Nuevas perspectivas en un horizonte comparado**

**OBSERVATORIO DE RIESGOS PSICOSOCIALES  
UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES-CEC**



**Dirección y coordinación**

**Ana García de la Torre**

Secretaria de Salud Laboral y Medio Ambiente UGT-CEC

**José Antonio Fernández Avilés**

Director Científico del Observatorio de Riesgos Psicosociales UGT-CEC



# Índice

<b>Presentación .....</b>	<b>9</b>
<b>I. LA TUTELA SANCIONADORA ADMINISTRATIVA FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO. LA VISIÓN DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL .....</b>	<b>17</b>
<i>Manuel Velázquez Fernández</i>	
<b>II. MODALIDADES DE ACOSO LABORAL PREVISTAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: PROBLEMÁTICA Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN .....</b>	<b>39</b>
<i>Esther Pomares Cintas</i>	
<b>III. MORAL HARASSMENT IN THE WORKPLACE. THE SITUATION IN POLAND.....</b>	<b>67</b>
<i>Agata Ludera-Ruszel</i>	
<b>IV. LA PROTECCIÓN JURÍDICA Y SANCIONADORA FRENTE AL CIBERACOSO EN EL TRABAJO: SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS DE MEJORA .....</b>	<b>89</b>
<i>Fernando de Vicente Pachés</i>	
<b>V. REFLEXÕES SOBRE O ÓNUS DA PROVA E DANOS MORAIS NO TRATAMENTO JURÍDICO DO ASSÉDIO EM PORTUGAL .....</b>	<b>121</b>
<i>Ana Cristina Ribeiro Costa</i>	

<b>VI. LAS VIOLENCIAS QUE NOS ATRAVIESAN. EL ACOSO PSICOLÓGICO Y LAS BUENAS PRÁCTICAS EMPRESARIALES. UNA MIRADA DESDE Y HACIA EL INTERIOR DE LAS ORGANIZACIONES .....</b>	<b>149</b>
<i>Andrea Franconi, Óscar E. Benítez</i>	
<b>VII. LA RILEVANZA DISCIPLINARE DEL MOBBING: RIFLESSIONI SULL'ORDINAMENTO ITALIANO .....</b>	<b>177</b>
<i>Anna Rota</i>	
<b>VIII. EXTRAPOLAÇÃO DO PODER DIRETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO AMBIENTE DE TRABALHO.....</b>	<b>201</b>
<i>Nadia Regina de Carvalho Mikos, Marco Antônio César Villatore, Fábio Túlio Barroso</i>	
<b>IX. LA PREVENCIÓN DEL ACOSO LABORAL DESDE LA ÓPTICA PENAL: EL COMPLIANCE LABORAL COMO FÓRMULA GLOBAL DE GESTIÓN DE LOS RIESGOS CORPORATIVOS.....</b>	<b>227</b>
<i>José Sánchez Pérez</i>	
<b>X. NUEVAS HERRAMIENTAS DEL INSST PARA LA SENSIBILIZACIÓN. VIDEOS SOBRE “GESTIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES” .....</b>	<b>247</b>
<i>Sofía Vega Martínez</i>	

## **Presentación: castigar no es la solución... pero sigue siendo necesario para afrontar el acoso laboral**

Cuando hablamos de la protección o tutela jurídico-sancionadora frente al acoso moral (o psicológico) en el trabajo nos referimos a un triple ámbito, que viene reflejado -bajo diversos enfoques- en las aportaciones que este año contiene el Anuario 2019 que presentamos.

En primer lugar, las conductas constitutivas de acoso laboral pueden encontrar una respuesta jurídica de tipo sancionador mediante el juego de las responsabilidades administrativas y penales, con grupos normativos reguladores (y una consiguiente tipificación y criterios de imputación diferenciados) que responden a un carácter y naturaleza jurídico-públicas y que se encuentran en una relación de exclusión, en virtud de la preferencia del orden penal y del juego del conocido principio del *non bis in idem*.

De otra parte, nos encontramos con la posibilidad de que puedan ser de aplicación los regímenes disciplinarios, con la consiguiente imposición de sanciones disciplinarias a los empleados que cometen este tipo de conductas. Se trataría de un régimen que varía en función del tipo de vínculo del empleado y de la naturaleza jurídica del empleador, pues tendrían carácter jurídico-privado en la empresa privada (con la aplicación de la normativa laboral y los regímenes disciplinarios previstos en los convenios colectivos); mientras que en las Administraciones públicas el empleo está “dualizado” y también el régimen disciplinario sancionador de los empleados públicos difiere cuando se trata de personal laboral o de funcionarios públicos.

Resulta obvio que la garantía primaria frente al acoso laboral es su prohibición, cosa que no se encuentra suficiente ni convenientemente desarrollada en nuestro ordenamiento, pero que es claramente derivable del marco normativo vigente. Pero eso no es suficiente, el Derecho también debe desplegar otras dos funciones para que esa prohibición venga acompañada de un conjunto de garantías jurídicas -preventivas, administrativas, procesales, etc.- para que la prohibición tenga efectividad social. El reconocimiento de derechos, sin garantías por incumplimiento, es poco más que algo simbólico y el Derecho aspira a conformar la realidad. En este caso, una realidad laboral libre de “acoso” y del resto de formas de violencia. Es por ello que, cuando los mecanismos preventivos son deficientes o ineficaces, el Derecho inevitablemente debe desplegar una *función reparadora* y una *función sancionadora* (para cuando los mecanismos de prevención han fracasado).

En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico -y los de otros países- se ha ido dotando, tanto del reconocimiento al derecho a un ambiente de trabajo libre de violencia y acoso, como de un conjunto de garantías para hacerlo efectivo, entre las que se encuentran las garantías de tipo sancionador, esto es, la tipificación de conductas desviadas de la norma y sus correlativas medidas sancionadoras.

Tratándose de ámbitos del Derecho sancionador, todos se rigen por un conjunto de principios comunes a este ámbito del Derecho, muy significadamente al *principio de tipicidad*, según el cual, cada concreta infracción tiene que estar previamente definida (aunque la doctrina constitucional permitió las conocidas “*normas sancionadoras en blanco*”, esto es, cuando el tipo sancionador se remite al incumplimiento de normas de derecho sustantivo, el supuesto de hecho de la norma -preventiva en este caso- ya tenemos que buscarlo en dichas normas). Lo cierto es que el acoso moral ha sido tipificado en nuestro Código penal, aunque sigue presentando ciertas incongruencias aporías sistemáticas en relación con otros delitos cercanos; así como, por la definición que incorpora, problemas aplicativos en otros grupos normativos huérfanos de noción (generando situaciones de desprotección, significativamente en el terreno competencial de la jurisdicción social). Importa destacar que, ni en el concepto de acoso laboral que contempla en Convenio número 190 de la OIT, como en ninguno de nuestros tipos sancionadores se exige elemento alguno de “intencionalidad” -elemento subjetivo- en la conducta del infractor, sino que la intencionalidad tan solo es un elemento agravante de la responsabilidad de la empresa, pero no un elemento determinante para su calificación como infracción administrativa (como tipo “laboral” de acoso). Aproximación que, en relación al concepto de acoso laboral, se ha visto confirmada por la relevante sentencia de Tribunal Constitucional 56/2019, de 6 de mayo.

Precisamente, en clave “pro-activa”, algo todavía a perfeccionar en su efectividad, es que el terreno de la prevención de riesgos laborales se caracteriza también por la presencia de normas sancionadoras -administrativas y penales- que contemplan “*tipos de riesgo*”, ello quiere decir que no hay que esperar a un resultado lesivo para la víctima, sino que los tipos infractores se consuman tan solo por generar una situación de riesgo (de cierta gravedad y relevancia). El reto es que estos tipos también tengan plena aplicabilidad en materia de incumplimientos preventivos en riesgos psicosociales que generen situación de riesgo psicosocial para los trabajadores. Así pues, dentro de estos incumplimientos cabe incluir la inacción de la empresa en relación todas sus obligaciones preventivas sobre riesgos psicosociales (incluida la evaluación, la integración en la planificación preventiva, el desarrollo de medidas preventivas -como los Protocolos de actuación-, etc.). Evidentemente, cuando estamos ante una situación de “acoso laboral” ya consumado, ya sí que tenemos un resultado y ahí ya cabría la posibilidad de aplicar los específicos “tipos infractores de resultado”.

La tutela sancionadora frente al acoso laboral constituye un “microcosmos” de garantías que, siendo normas “secundarias” (Luigi FERRAJOLI), *abren la posibilidad de desplegar una eficaz función preventiva, ejemplarizante y disuasoria* del propio incumplimiento de los estándares preventivos en materia psicosocial que conllevan situaciones de acoso moral en el trabajo. Al igual que sucede con el carácter “ejemplarizante” que ya la propia jurisprudencia admite de manera más decidida que -en clave reparadora- deben tener las indemnizaciones por daños y perjuicios, en concreto, por “daño moral” derivado de la violación de derechos fundamentales (en lo que aquí nos interesa, las violaciones de derechos fundamentales en situaciones de acoso laboral o de cualquier otro tipo).

De todos modos (como ya pusiera de manifiesto Alejandro NIETO) la eficacia disuasoria del sistema sancionador -en referencia al derecho administrativo sancionador- depende mucho de la “cultura del incumplimiento” en que se inserta. Pero lo más preocupante es que no hemos abandonado -esto parece que forma parte de nuestra propia idiosincrasia- una cierta solidaridad, admiración o fascinación por el infractor. Hay muchos incumplidores/defraudadores -también acosadores- que -por desgracia- terminan percibiéndose por la ciudadanía -o en el contexto de la empresa- como “modelos sociales”.

Desgraciadamente, en nuestro país, seguimos teniendo déficits importantes, *v. gr.*, la aplicación de sanciones administrativas -incluso en el orden social- se sigue percibiendo como una especie “desgracia aleatoria” que le sucede a una empresa incumplidora. Aunque se siguen incorporando efectivos (cabe recordar que el *Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2018-2020* preveía un incremento de plantilla, bastante mermada por los efectos de la crisis sobre el empleo público y la tasa de reposición), la *ratio* de efectivos de la ITSS por número de empresas es tan baja que hace ilusoria la posibilidad de que el control público pueda calificarse mínimamente de sistemático en el tejido productivo español. Al respecto, se calcula que en nuestro país hay un inspector por cada 15.000 asalariados, mientras que en Europa hay un inspector por cada 7.300 trabajadores; tras las nuevas incorporaciones en julio de este año se alcanzaron los 2.055 Inspectores y Subinspectores y en España hay actualmente -según los datos del propio MITRAMISS- un inspector por cada 9.460 trabajadores.

Reconociendo que la aplicación de sanciones no es sino una consecuencia indeseable, pues refleja el propio fallo -o fracaso- del sistema preventivo, lo cierto es que la persistencia de riesgos psicosociales -incluido muy significativamente el acoso en sus diversas formas- en las organizaciones productivas hace necesario el mantenimiento -y perfeccionamiento- de los mecanismos sancionadores para las instituciones o personas que llevan a cabo -o toleran- tales tipos de conductas.

Así pues, uno de los principales problemas que deben de afrontarse –en el plano de la seguridad jurídica- para la adecuada tutela de los trabajadores en materia de riesgos psicosociales es el tratamiento sancionador de los comportamientos que, por acción u omisión, generan inaceptables situaciones de riesgo y/o daño psicosocial en empresas y administraciones públicas.

Teniendo presente la heterogeneidad de las posibles responsabilidades de tipo sancionador (disciplinaria, administrativa y penal), que pueden presentar tanto naturaleza pública como privada, resulta muy conveniente realizar un estado de situación de nuestra normativa interna en el contexto internacional, y especialmente europeo, que muestre –a modo de *benchmarking*- los modelos de regulación que se han mostrado más eficaces, de cara a la formulación de propuestas normativas o bien mostrar a los agentes sociales regulaciones de calidad en el marco de la negociación colectiva (significativamente en el terreno de los regímenes disciplinarios a incorporar en los convenios colectivos).

En todo caso, el método comparado tiene sus límites y sus riesgos: comparar regulaciones no es suficiente sin conocer la efectividad y todo el conjunto de garantías que llevan aparejadas esas regulaciones. Por todo ello el interés de este Anuario, que incide en ese conjunto de garantías sancionadoras, como normas de tutela secundarias frente al acoso laboral.

En base a lo expuesto, resultaba muy adecuado y necesario un Anuario que abordara la situación actual de esta problemática, tanto a nivel nacional, con el análisis de los correspondientes instrumentos normativos, como en el plano del Derecho comparado, para conocer los instrumentos técnico-jurídicos desarrollados en los diversos países (tanto a nivel legislativo y judicial, como en la *praxis* administrativa y en la negociación colectiva) para abordar esta cuestión crucial de las diversas formas de tutela sancionadora de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales en el trabajo, significativamente en el caso del acoso moral, en sus diversas manifestaciones.

Por lo que respecta a la tutela sancionadora administrativa, nos afirmamos en que es la empresa la que, dentro de su poder directivo, puede y debe controlar el cumplimiento de la normativa preventiva y tiene el deber de prevenir –y vigilar- que no se produzcan situaciones de acoso laboral en la misma. La empresa además, ya dispone –dentro de sus facultades directivas- de un poder disciplinario para corregir todo este tipo de situaciones en cuanto sean evaluadas, o denunciadas o afloran de alguna manera. Esta función de vigilancia y sanción no se puede descargar en la ITSS y en la Autoridad Laboral, como se sostiene desde algún sector.

Pero este enfoque, ya tan solo “reactivo” hay que complementarlo con otro más “proactivo”, que son el conjunto de infracciones preventivas (enfoque de prevención de riesgos laborales) que se tipifican y gradúan en función de la intensidad y gravedad del riesgo generado (tipos “de riesgo” que no requieren de un resultado ya lesivo para la integridad moral o la dignidad del trabajador) [v. gr. la falta de evaluación de los riesgos psicosociales constituye una infracción grave del art. 12.1.b) LISOS]; sin perder de vista el posible concurso con infracciones laborales por violación de derechos -básicos- fundamentales.

Una de las grandes peculiaridades de nuestro país, en relación a la tutela de las contingencias profesionales, y conviene recordar que todos los daños físicos o psicofísicos derivados de una situación de acoso laboral con falta preventiva han de calificarse como tales [para esta problemática, véase el Estudio sobre *Calificación jurídica de las patologías causadas por Riesgos Psicosociales en el trabajo. Propuestas de mejora*, UGT-CEC (2018)], es la institución del recargo de prestaciones (actual art. 164 LGSS), que desde la óptica sindical defendemos, aunque hay una clara ofensiva que aboga por su supresión (o, al menos, abrir la posibilidad del aseguramiento privado de esa responsabilidad). Tiene un cierto carácter sancionador en la mecánica para su imposición, pero también indemnizatorio, pues la cantidad la recibe la víctima y mejora la compensación del daño que ha sufrido. De ordinario -a diferencia de la responsabilidad civil- no requiere del inicio de acciones judiciales (con la correlativa incertidumbre o la posible falta de actuación cuando el asesoramiento jurídico del trabajador es deficiente), sino que se impone por el INSS. Al no ser asegurable, impide la externalización de este coste y, por lo tanto, es un fuerte elemento “disuasorio” del incumplimiento de la normativa preventiva. Al respecto, debemos ser muy críticos con la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 28 de febrero de 2019, donde no se admite la aplicabilidad de la culpa *in vigilando* como criterio de imputación del recargo de prestaciones -por su “naturaleza sancionadora”-; de ahí que, en ausencia de una falta preventiva precisa, el exclusivo comportamiento inadecuado de un jefe o compañero de trabajo (por imprudencia grave), exoneraría de esta responsabilidad a la empresa, situando a la víctima en una clara situación de desprotección, en cuanto a la compensación del daño producido. Conviene precisar varias cosas: que la naturaleza del recargo no es exclusivamente punitiva, sino que funciona como un complemento indemnizatorio, luego no tiene porqué serle íntegramente aplicables consecuencias jurídicas como si su naturaleza fuese exclusivamente sancionatoria; que nunca un jefe o compañero de trabajo es -en términos laborales- un “tercero” a la relación de trabajo, pues integra el contexto directivo y organizativo que caracteriza la nota de dependencia; por otra parte, tratándose tan solo de una consecuencia económico-sancionadora para la empresa, se asemeja más a las sanciones administrativas, donde lo que interesa no es tanto un “culpable”, sino un “patrimonio” responsable del incumplimiento preventivo (y ese incumplimiento se había producido por alguien con responsabilidad en el organigrama funcional empresarial).

Precisamente, al hilo de lo anterior, incluso en el terreno estrictamente penal, cuando la responsabilidad penal en la empresa por un ilícito de este tipo no es individualizable, hace emerger la “responsabilidad penal de la persona jurídica”, que despliega consecuencias jurídicas en términos de asunción también de la responsabilidad por los daños producidos a la víctima. Para evitar estas situaciones, se viene desarrollando el *compliance penal*, una de cuyas vertientes a integrar sería el estricto cumplimiento del marco normativo preventivo de riesgos laborales por parte de la organización empresarial, incluida la dimensión de tutela de los riesgos psicosociales (en las que se incluiría la política de prevención del acoso laboral y el resto de riesgos de esta tipología).

El poder disciplinario de la empresa es una “anomalía contractual”, dado que atribuye a un sujeto privado, en el seno de un contrato cambiario como es el contrato de trabajo, la posibilidad de sancionar directamente a la otra parte cuando se producen incumplimientos contractuales. Pero es también una garantía para reforzar el cumplimiento de las obligaciones de los trabajadores en materia preventiva y prevenir riesgos, y así lo ha reconocido la propia doctrina judicial. Al tutelar bienes jurídicos diferentes, es una responsabilidad compatible con las posibles sanciones penales por acoso laboral que haya cometido uno o varios trabajadores. En las Administraciones Públicas el régimen jurídico es algo más complejo porque hay una parte común -establecida en el EBEP- pero luego el régimen jurídico sancionador se dualiza en función de si el agresor o los agresores tienen vínculo funcional -incluido el personal estatutario-, o bien se trata de personal laboral. Salvo el despido disciplinario por acoso laboral (contemplado en el art. 54 LET para las conductas más “graves y culpables”), la LET remite a la negociación colectiva la tipificación de las demás conductas infractoras, así como las correspondientes sanciones. Este es un espacio importantísimo para la acción sindical, pues el convenio colectivo tiene un papel regulador central en esta materia.

Son ya bastantes los convenios colectivos que a introducen conductas relacionadas con los riesgos psicosociales en su clausulado -incluido el acoso laboral en sus diversas variantes-, aunque la situación es todavía mejorable [para conocer el estado de situación, véanse dos publicaciones relativamente recientes del Observatorio: la Guía sobre *Identificación y análisis de las cláusulas incluidas en la negociación colectiva en materia de Riesgos Psicosociales*, UGT-CEC (2018) y el Estudio sobre *La negociación colectiva en prevención de riesgos psicosociales en el trabajo. A los 20 años de vigencia de la LPRL*, UGT-CEC (2015)]. El reto no es solo incluir tipos infractores relacionados con la violencia y el acoso en los códigos disciplinarios de los convenios, sino hacerlo también de una manera que tenga en cuenta la “dimensión integrada de la prevención”, con previsión de: sanciones para los trabajadores que conocen de estas situaciones pero no lo comunican a sus superiores inmediatos o a la dirección de la empresa; sanciones para los directivos y mandos intermedios que, siendo concededores de estas situaciones, no adoptan las medidas oportunas para evitarlos o no incoan los procedimientos -protocolos- establecidos para su abordaje.

Estos tipos infractores podrían complementar de manera adecuada una política de empresa de “tolerancia cero” hacia la violencia y el acoso, achicando los “espacios de inmunidad” o de complicidad con los agresores. Además, se podría atender en la tipificación o en la graduación de sanciones a las especiales “situaciones de vulnerabilidad de la víctima” [*v. gr.* trabajadoras embarazadas o con cargas familiares (hogares monoparentales), trabajadores con modalidades contractuales precarias, etc.].

En todo caso, nuestra aspiración es que las vertientes de reparación del daño derivado del acoso laboral, así como la sancionadora que ahora nos ocupa, tengan cada vez menos protagonismo en el futuro, pues ello sería el signo de un verdadero cambio de cultura preventiva, del éxito de las políticas empresariales de tolerancia cero hacia el mismo y de que los sistemas de prevención de riesgos laborales -con todos los medios posibles- han sido capaces de eliminar plenamente este riesgo psicosocial de los contextos laborales.

Hasta que eso no suceda, vamos a seguir necesitando de todo tipo de herramientas de sensibilización, información y formación en la materia, así como de la función “promocional” del Derecho (Norberto BOBBIO), con mecanismos de incentivo para fomentar la inversión en prevención de riesgos psicosociales; pero también de eficientes sistemas sancionadores (administrativos, penales y disciplinarios) que impidan la impunidad de aquellos que perpetran este tipo de conductas de consecuencias tan nocivas tanto en el plano individual, como en el organizativo-empresarial y para la sociedad en su conjunto.

*Ana García de la Torre  
José Antonio Fernández Avilés*



I.

# LA TUTELA SANCIONADORA ADMINISTRATIVA FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO. LA VISIÓN DE LA INSPECCION DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

**Manuel Velázquez Fernández**

*Inspector de Trabajo y Seguridad Social*

*Miembro del Senior Labour Inspectors' Committee (SLIC)*

**Sumario** 1. La actual regulación legal del acoso laboral en España. 2. Sobre el concepto de acoso moral en el trabajo. 3. Sobre la infracción derivada de la ausencia de medidas preventivas respecto al acoso. 4. Las políticas de empresa sobre el acoso. 5. Las actuaciones sancionadoras ante el acoso en el trabajo. 5.1. La infracción por vulneración de la legislación ordinaria. 5.2. El concurso de infracciones administrativas. 5.3. El contenido del derecho a la consideración debida a la dignidad. 5.4. La tipificación de las infracciones laborales sobre acoso. 6. Las actuaciones reparadoras ante el acoso. 7. Consideraciones finales.

## 1. LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL DEL ACOSO LABORAL EN ESPAÑA

Si algo ha caracterizado hasta ahora a la actual legislación española sobre el acoso en las relaciones laborales es su carácter disperso, fragmentado e incompleto.

Por un lado, contamos con una legislación laboral que no regula ni establece una definición de la conducta de acoso que es más común en la práctica, el denominado por la doctrina jurídica laboralista “acoso moral” y que desde la doctrina científica de la prevención de riesgos laborales se ha preferido llamar “acoso psicológico” (NTP 854 INSST). Esta conducta afecta a más del 90 por 100 de las denuncias sobre acoso laboral planteadas ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) y a similar porcentaje de las demandas planteadas ante los tribunales de justicia, según un reciente estudio del Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación.

Esta falta de definición legal no significa que esta conducta sea jurídicamente irrelevante. Toda la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales ha considerado que el acoso moral supone una implícita violación del derecho a la integridad moral del art. 15 de la Constitución Española (CE) o del derecho a la consideración debida a la dignidad previsto en la legislación ordinaria, en concreto en el art. 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores (ET) cuya vulneración supone una infracción laboral muy grave conforme al art. 8.11 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS).

También toda la doctrina jurídica y el derecho comparado han considerado que esta conducta es pluriofensiva puesto que es susceptible de violar de forma simultánea varios derechos fundamentales y laborales (STC 103/2011 FJ3º). Más en particular, el acoso vulnera el derecho a la integridad física previsto también en el art. 15 CE y el art. 4.2.d) ET y de cuya protección se ocupa fundamentalmente la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL).

La aplicación de esta Ley estaría relacionada con la obligación de prevenir el acoso, ya que también se considera de modo generalizado su inclusión dentro de los llamados “riesgos psicosociales” en el trabajo. Dicha inclusión se reconoce por las directrices y criterios de la Comisión Europea sobre seguridad y salud en el trabajo y de modo más explícito se recoge en el art. 9.b) del Convenio 190 de la OIT sobre Acoso y Violencia en el Trabajo, pendiente ahora mismo de ratificación por los Estados.

A estos riesgos, les serían de aplicación directa las normas de la LPRL y más en particular sus disposiciones generales previstas entre los art. 14 y 29, entre las que se encuentra la obligación de evaluar **todos** los riesgos (art. 15.1.b) y 16.2), adoptar las medidas preventivas que procedan como resultado de esa evaluación (art. 16.2), y adscribir a las personas a puestos compatibles con sus características psicofísicas (art. 25.1), entre otras.

También les serían de aplicación las normas de seguridad social que regulan los accidentes de trabajo y el recargo de prestaciones, ya que los daños a que puede dar lugar el acoso pueden tener esta consideración si se prueba su relación de causalidad exclusiva con el trabajo (art. 156 y 164 LGSS).

Sin embargo, sí contamos con una legislación que explícitamente regula un tipo de acoso, el llamado acoso discriminatorio, y que ha sido el fruto de la transposición de las Directivas de la Unión Europea, en particular la Directiva 2000/78 y la Directiva 2006/54, que regulan la igualdad de trato y no discriminación en las relaciones laborales.

Dentro de estas normas se contempla el acoso sexual y por razón de sexo previstos por el art. 7 de la LO 3/2007 de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, y el acoso por razón de origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona previsto en el art. 28 de una olvidada Ley ómnibus 62/2003 de acompañamiento a la Ley de Presupuestos del año 2004 cuyo contenido desgraciadamente no se incluyó dentro de una ley general como sería en este caso el Estatuto de los Trabajadores (ET). La comisión de estas conductas tiene además una previsión concreta en la LISOS como infracción laboral muy grave en sus art. 8.13 y 8.13 bis.

Además de la legislación laboral, algunas formas de acoso también tienen una regulación expresa en la legislación penal a raíz de las reformas del Código Penal de 1999, 2003 y 2010. En el art. 184 CP para sancionar una de las variantes del acoso sexual, la que se denomina bilateral o de chantaje, y en el art. 173 CP para incluir el delito por “grave acoso” en una relación laboral por parte de los mandos o supervisores de la empresa, quedando aún por aclarar en qué consiste la conducta de acoso y cuándo esta puede considerarse suficientemente grave como para constituir delito.

A esto, solo resta añadir, las normas específicas para tratar el acoso previstas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en sus art. 2.f), 95.3, 96.1, 151.5, 177, 180.4, 286.2 y 297.2, para establecer ciertas particularidades procesales en relación a las demandas de acoso.

Contamos, por tanto, con dos tipos de legislación laboral, una que regula explícitamente el acoso pero que solamente se refiere al acoso que se produce por razones discriminatorias en sus diversas variantes y otros preceptos constitucionales y legales en cuyo ámbito de aplicación se encuentra el acoso en el trabajo y que por tanto también regula esta materia, pero solamente de forma implícita.

Por su parte, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) ha dictado diversos criterios técnicos y guías que tratan, en la medida de lo posible, de dar coherencia a las normas vigentes sobre acoso y violencia en lo que respecta al ámbito de actuaciones inspectoras. Se trata del Criterio Técnico 69/2009 sobre actuaciones inspectoras sobre Acoso y Violencia y la Guía que se publicó en 2012 sobre actuaciones inspectoras en riesgos psicosociales con motivo de la campaña organizada en la Unión Europea por el Comité Europeo de Altos Responsables de la Inspección de Trabajo, más conocido como SLIC por sus siglas en inglés.

Precisamente el SLIC aprobó en 2018, siguiendo las indicaciones de la Comisión Europea en su Comunicación de 10 de enero de 2017 sobre Modernización de las Políticas de Seguridad y Salud en el Trabajo, una Guía sobre el control por las inspecciones de trabajo europeas de las evaluaciones de riesgos psicosociales y que próximamente dará lugar a la correspondiente actualización de los Criterios Técnicos de la ITSS sobre actuación en estos riesgos, un proceso que actualmente se encuentra en fase de elaboración y discusión.

Respecto a las disposiciones futuras, lo que sin duda tendría un gran impacto en la legislación sobre el acoso en el trabajo sería la ratificación por España del Convenio 190 de la OIT, que fue complementado por la Recomendación 206.

La ratificación de este convenio facilitaría el tratamiento ordenado y coherente de esta materia en los que respecta a los siguientes asuntos:

- El Convenio obliga a establecer un concepto de violencia y acoso en la legislación nacional (art. 1.2 y art. 7) que tenga un significado objetivo, basado en la causalidad para la calificación de esta conducta, que no incluye elementos subjetivos relativos a la intencionalidad del autor de estas conductas.
- En segundo lugar, obliga a contemplar el acoso dentro de la gestión de los riesgos psicosociales, algo que ya se reconoce por la mayor parte de los operadores jurídicos europeos y españoles, pero no se establece explícitamente en la legislación.
- El Convenio contempla también las políticas de empresa sobre violencia y acoso, un concepto que podría incluir, entre otras acciones, los códigos de conducta, las acciones de sensibilización y formación y los protocolos para la intervención sobre incidentes relacionados con conductas de acoso y violencia.
- Por último, el Convenio también exige que los Estados arbitren acciones sancionadoras y reparadoras frente al acoso como las que ya se contemplan en la legislación vigente.

Vamos a seguir este orden para explicar con carácter suficientemente exhaustivo las acciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y las posibles acciones administrativas sancionadoras en el orden social.

## 2. SOBRE EL CONCEPTO DE ACOSO MORAL EN EL TRABAJO

Como ya se ha señalado anteriormente, la legislación española carece de una definición del acoso moral en el trabajo sin perjuicio de la consideración que han hecho todos los operadores jurídicos sobre su inclusión en el ámbito de aplicación de algunos derechos fundamentales y derechos básicos de la relación laboral.

En el año 2001 un Juzgado de lo Social de Navarra se pronunció por vez primera sobre el denominado “mobbing”, un neologismo que tiene sus raíces en el término “mob” de la lengua inglesa y que se refiere fundamentalmente a conductas grupales seguidas contra a una persona. Se tomó entonces como referencia la definición del psicólogo Heinz Leymann que se encontraba transcrita en la Nota Técnica de Prevención (NTP) 476 del actual Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) sobre cuyo contenido real también ha habido un cierto grado de discusión y controversia en el terreno científico de la psicología<sup>1</sup>.

La mayoría de la doctrina jurídica de los tribunales superiores de justicia, ya que todavía a estas alturas se carece de una jurisprudencia, propiamente dicha, derivada de sentencias del Tribunal Supremo, ha resuelto que para que haya acoso deben coexistir una serie de elementos objetivos que definan esas conductas y al menos otro elemento, de carácter subjetivo, sobre la intencionalidad de su autor.

Los elementos objetivos son, básicamente, que la conducta que se enjuicia debe suponer, por un lado, un atentado a la integridad moral o un menoscabo de la dignidad de una persona concreta y, por otro, que esa conducta se manifieste en una sucesión de actos que deben tener carácter habitual o reiterado, utilizando criterios más rígidos o más flexibles en cuanto a la determinación de la frecuencia que es exigible en cada caso.

Sobre la apreciación de que el acoso supone un atentado al derecho a la dignidad, o al trato digno a una persona, existe completa unanimidad en la doctrina y en las definiciones legales que luego examinaremos. Así lo hace expresamente el art. 26 de la Carta Social Europea que define el contenido del derecho a la dignidad en el trabajo como “actos censurables o explícitamente hostiles y ofensivos dirigidos de manera reiterada contra cualquier trabajador en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo”.

---

<sup>1</sup> Mobbing: ¿debemos seguir llamándolo así? Lorenz y Leymann revisitados. Sergio Navarrete Vázquez.  
<https://www.academica.org/sergio.navarrete.vazquez/4>

Respecto a la nota de la reiteración de los actos ofensivos u hostiles, en el pasado hubo muchas sentencias que adoptaron de modo mecánico la frecuencia sugerida, a modo de simple ejemplo, en la definición de Leymann de la NTP 476 (INSST) de una vez por la semana y durante seis meses, pero la última jurisprudencia ha sustituido este criterio por otro más flexible de habitualidad dentro de un espacio de tiempo limitado. Precisamente, el INSST publicó posteriormente la NTP 854 para ofrecer un concepto de acoso psicológico que excluyera ese umbral de frecuencia que tantas distorsiones y malentendidos había causado.

La particular creación de la jurisprudencia de los tribunales españoles ha sido añadir el denominado elemento subjetivo del acoso, que se resume en la probada intención de causar un daño a la víctima por parte del autor o autores de esta conducta. Se trata de un requisito que se ha requerido con diferentes intensidades, desde la simple voluntad de causar un daño hasta el extremo de pretender su “destrucción”, “autoeliminación” (un término particularmente exótico que podría traducirse por la finalidad del agresor de que la víctima abandonara su empleo) o incluso en ocasiones la exigencia de una constatación cierta y real de haber originado un daño físico o psíquico a la víctima. El origen de este elemento subjetivo se encuentra en estereotipos que provienen del mundo de la psicología, que en ningún caso tienen carácter jurídico y que tratan de explicar el origen del acoso en comportamientos “perversos” del autor, basados en supuestas envidias o celos hacia la víctima.

Sin embargo, este elemento subjetivo no está presente en ninguna de las definiciones legales sobre acoso que existen en nuestra legislación vigente, concretamente en el art. 7 de la LO 3/2007 de Igualdad Efectiva y el en el art. 28 de la Ley 62/2003, ni tampoco en las que se utilizan en otras legislaciones cercanas como la francesa o la belga. El debate jurídico debía haber transcurrido por otros cauces, haciendo valoraciones y consideraciones sobre el alcance y significado de los derechos a la integridad física y moral (At. 15 CE) y el derecho a la consideración debida a la dignidad [art. 4.2.e) ET] que son los que cualquier operador jurídico tiene que aplicar.

Una nota común a todas las definiciones de acoso que se contienen actualmente en la legislación laboral es que todas coinciden en señalar que se trata de conductas que atentan contra el derecho a la **dignidad** de una persona. Un derecho que no está reconocido como fundamental por la Constitución Española, aunque pueda tener coincidencias o semejanzas con el derecho a la integridad moral, pero que, como ya hemos indicado, sí se encuentra expresamente reflejado dentro de los derechos básicos de la relación laboral del art. 4 ET, más concretamente en su apartado 2.e): “el derecho a la consideración debida a la dignidad”.

Otra coincidencia en las definiciones es la relativa a la creación de un **entorno** intimidatorio, humillante, degradante u ofensivo. La explicación de este término es que se trata de conductas envolventes y no de sucesos puntuales o marginales y, por lo tanto, que implican una cierta reiteración o prolongación en el tiempo de sus efectos. En el acoso sexual, sin embargo, la creación de este entorno no es un elemento esencial, puesto que dice la norma legal que esta conducta sucede “en particular cuando” sucede esta circunstancia. Por lo tanto, en el acoso sexual podría bastar un solo acto para calificar la conducta como tal.

Pero la nota más destacable es la objetivación en todos los casos del concepto de acoso, puesto que la violación legal causada por el acoso puede ser tanto intencional como ser simplemente la consecuencia o el efecto de esa conducta. Las definiciones legales señalan a este respecto que la conducta “tenga el propósito o produzca el efecto” o “tenga como objetivo o consecuencia” vulnerar el derecho a la dignidad de una persona.

Esta objetivación del concepto de acoso es la que está también presente en el reciente Convenio 190 de la OIT sobre Violencia y Acoso en el Trabajo cuyo art. 1.1. señala que “La expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, **que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico**, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”. Esta definición tiene como principal característica su carácter objetivo y la ausencia del elemento subjetivo de la intencionalidad que está muy presente en la jurisprudencia de los tribunales españoles. El propio Convenio señala a continuación que “La violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados” (art. 1.2.) y que “Todo Miembro deberá adoptar una legislación que defina y prohíba la violencia y el acoso en el mundo del trabajo” (art. 7).

Es de esperar, por tanto, que la muy posible ratificación del Convenio por España conlleve una definición legal de acoso en todas sus manifestaciones de la que ahora carecemos.

Para aproximarse a lo que probablemente será una definición que distinga entre acoso y violencia, el Acuerdo Marco Europeo sobre la Violencia y Acoso de 2007 ya señaló a este respecto que:

- **“Se da acoso cuando se maltrata** a uno o más trabajadores o directivos varias veces y deliberadamente, se les amenaza o se les humilla en situaciones vinculadas con el trabajo”.
- **“Se habla de violencia cuando se produce la agresión** de uno o más trabajadores o directivos en situaciones vinculadas con el trabajo”.

El Acuerdo Europeo también señala el carácter objetivo y pluriofensivo de estos conceptos al señalar que “el acoso y la violencia pueden provenir de uno o más directivos o trabajadores, **con la finalidad o el efecto** de perjudicar la dignidad de la víctima, dañar su salud o crearle un entorno de trabajo hostil”.

En resumen, como podemos advertir, el elemento subjetivo no está presente en la definición del Convenio 190 OIT ni en las definiciones legales de acoso que están en la legislación vigente española ni en otras legislaciones europeas.

La reciente sentencia del TC 56/2019, de 6 de mayo, considera además que la intencionalidad no es un elemento esencial de esta conducta, que solamente basta con constatar una relación de causalidad, y que la producción de un daño efectivo tampoco es un elemento sustancial, que basta con que se produzca un riesgo de que aquel se produzca. En concreto su FJ 5º c) señala que: “hay que tener en cuenta que, con carácter general, la protección constitucional de los derechos fundamentales no puede quedar supeditada a «la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control», **pudiendo bastar «la presencia de un nexo de causalidad** adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma» (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 6; 124/1998, de 15 de junio, FJ 2; 126/1998, de 15 de junio, FJ 2; 225/2001, de 26 de noviembre, FJ 4; 66/2002, de 21 de marzo, FJ 3, y 80/2005, de 4 de abril, FJ 5; y 12/2019, de 28 de enero, FJ 5). En cuanto al menoscabo, **no es preciso «que la lesión de la integridad moral se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse»** (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido: SSTC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3, 220/2005, FJ 4). En cualquier caso, «no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma» (STC 220/2005, FJ 4)”.

Para el **Criterio Técnico 69/2009**, las conductas de acoso se pueden clasificar en aquellas que derivan del abuso del poder de dirección del empresario y las conductas vejatorias o maltrato que puede ejercer cualquier persona.

- a. Las primeras se refieren a las conductas abusivas de los mandos o responsables de la empresa en el uso de su potestad de organización y dirección en lo que se ha venido denominado tradicionalmente por la doctrina y alguna legislación como “abuso de autoridad”.

Ejemplos prácticos del abuso del poder de dirección serían dejar al trabajador de forma continuada sin ocupación efectiva o asignarle tareas marginales, dejarlo incomunicado sin causa alguna que lo justifique, dictar órdenes de imposible cumplimiento con los medios que al trabajador se le asignan u ocuparle en tareas inútiles o que no tienen valor productivo.

- b. En cambio, en las “conductas vejatorias” o de “maltrato” no se ejercita el poder de dirección y organización y las mismas pueden igualmente suceder entre personas que no mantienen entre sí una relación laboral jerárquica (puede tratarse, por tanto, de una relación vertical u horizontal).  
Ejemplos prácticos de estas conductas son insultar, burlarse o menospreciar repetidamente a un trabajador/a, reprenderlo reiteradamente delante de otras personas o difundir rumores sobre su trabajo o vida privada con ánimo de perjudicarlo.

También para el Criterio Técnico 69/2009 de la ITSS la intencionalidad solo es un elemento agravante de la responsabilidad de la empresa, pero no un elemento determinante para su calificación como infracción administrativa. Todo ello sin perjuicio de que este elemento intencional sí pueda ser tenido en cuenta como constitutivo de la conducta penal de “grave acoso”.

Una vez hecho este análisis del concepto, vamos a analizar las posibles infracciones administrativas que se pueden derivar por la comisión de una conducta de acoso o la ausencia de medidas de protección frente al mismo.

### **3. SOBRE LA INFRACCIÓN DERIVADA DE LA AUSENCIA DE MEDIDAS PREVENTIVAS RESPECTO AL ACOSO**

La prevención de riesgos laborales está en principio concebida con la principal finalidad de eliminar o reducir las causas que producen dichos riesgos. Por lo tanto, su principal razón de ser es la de actuar antes de que se produzca el daño.

Las causas que producen el acoso pueden estar relacionadas con el ambiente laboral, en cuyo caso la empresa debe adoptar las medidas preventivas para eliminarlas o reducirlas. En cambio, en otras ocasiones, el acoso puede deberse también a causas que tengan un origen externo al trabajo, en cuyo caso la empresa solo puede actuar para impedir o reducir sus efectos dentro del entorno laboral.

Las causas más estudiadas del acoso que se desarrollan en el entorno laboral son los conflictos laborales (NTP 476 INSST) que ante la falta de intervención para solventarlos se han desarrollado progresivamente en escala y en los que una de las partes tiene una posición de poder frente a la otra, no necesariamente jerárquica (NTP 854 INSST), y por otra parte la discriminación por cualquiera de las causas previstas legalmente y basada en prejuicios y estereotipos sociales.

Entre las causas no relacionadas con el entorno laboral, en las que la empresa solo puede combatir sus manifestaciones y sus efectos, se encuentran los rasgos de personalidad neurótica de los individuos o los conflictos interpersonales o sociales externos al trabajo.

Las evaluaciones de riesgo psicosocial pueden ayudar a detectar los factores susceptibles, en determinadas circunstancias, de causar conflictos o conductas que deriven finalmente en acoso, como es el caso de la “ambigüedad de rol”, por la falta de una definición clara de las funciones, el “exceso de demanda o ausencia de control”, si se encontrara una disparidad injustificada en el reparto de la carga de trabajo o la autonomía en el desarrollo de las tareas, el “apoyo y supervisión de los mandos”, si se detectaran disfunciones en su ejercicio y las “relaciones interpersonales” así como las deficientes “comunicaciones” en el trabajo.

Además, estas evaluaciones pueden también detectar problemas de discriminación hacia determinados colectivos si las mismas se estructuran por unidades de análisis formadas por grupos de trabajadores reunidos por sexo, edad, origen, contrato fijo y temporal, etc., tal y como señala expresamente la mencionada Guía del SLIC.

A la hora de evaluar la eficacia real de estas evaluaciones pueden intervenir también otros factores como el interés de las partes que intervengan, los objetivos que se persiguen, la información que la empresa y los trabajadores manejan y la adecuación de los métodos y procedimientos.

En cualquier caso, las evaluaciones de riesgo psicosocial no son un instrumento infalible para detectar situaciones o conductas que puedan derivar en acoso, especialmente cuando el acoso deriva de una acción directa de la empresa o sus más altos representantes. Además, estas evaluaciones no se realizan continuamente sino con cierta periodicidad y siempre es posible que haya un cambio posterior de circunstancias o que los propios trabajadores no participen, que no pongan de manifiesto sus reales percepciones o que sus respuestas a los cuestionarios pasen numéricamente desapercibidas, según el método que se utilice.

En todo caso, la evaluación de riesgos psicosociales se debe llevar a cabo por las empresas en las mismas condiciones que la evaluación del resto de las condiciones de trabajo y la infracción por incumplir esta obligación es la prevista con carácter general como infracción grave en el art. 12.1.b) LISOS para todos estos supuestos.

#### 4. LAS POLÍTICAS DE EMPRESA SOBRE EL ACOSO

Además de la prevención de los riesgos psicosociales, el Convenio 190 OIT describe lo que denomina “políticas” sobre acoso y violencia en las empresas. Esta expresión de “política” o “política de empresa” es la que progresivamente se va empleando en diversas partes del ordenamiento laboral o de las guías que lo complementan para referirse a las acciones que debe adoptar la empresa ante temas tan variados como el derecho a la intimidad, la desconexión, la igualdad o también sobre la prevención de riesgos laborales en términos generales.

La política define un conjunto de acciones de la empresa dirigidas a unos fines y objetivos concretos. En el caso del acoso y la violencia, el Convenio 190 y la Recomendación 206 OIT señalan dentro de estas acciones los códigos éticos o de conducta, las acciones de sensibilización y formación y los denominados procedimientos o protocolos que, como veremos, ya están parcialmente previstos en nuestra legislación respecto a algunas clases concretas de acoso.

Los códigos éticos o de conducta se consideran una facultad de organización de la empresa conforme al art. 20 ET y se trata de declaraciones o reglamentos internos que señalan determinadas conductas como constitutivas de acoso o bien como conductas que merecen reproche o son inaceptables. Estas declaraciones suelen preceder en la práctica a los protocolos y pueden ser útiles para identificar las conductas que se consideran “inaceptables” en la dicción del art. 1.1 del Convenio 190 OIT. La propia STC 56/2019 se valió precisamente de uno de estos protocolos para determinar que la conducta seguida se debía considerar como acoso.

Por el momento, la única aproximación legal a estos códigos la encontramos en el art. 48 de la LO 3/2007 de Igualdad Efectiva cuando señala “la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas ante el acoso sexual y por razón de sexo” por las empresas.

En segundo lugar, se encuentran las acciones de sensibilización y formación dirigidas hacia la plantilla de trabajadores. Estas acciones tienen un carácter general y se diferencian de las medidas que se derivan de la evaluación de riesgos en que estas últimas se dirigen a tratar de corregir situaciones específicas de riesgo identificadas en la evaluación.

De momento, solo el art. 48 de la LO 3/2007 de Igualdad Efectiva prevé “la realización de campañas informativas o acciones de formación ante el acoso sexual y por razón de sexo”.

Por último, se encuentran los llamados protocolos o procedimientos de intervención ante una sospecha de acoso que también solo se encuentran previstos en el art. 48 LO 3/2007 de Igualdad Efectiva: “Las empresas deberán

promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”.

Estos procedimientos son los que han motivado hasta la fecha mayor interés por parte de todos los agentes sociales porque son los que de forma más clara pueden ayudar a confrontar una posible situación de acoso laboral.

Estos procedimientos no son un instrumento de prevención propiamente dicho, ya que la prevención debe ser por esencia anterior a que se produzca cualquier situación de acoso. Se trata de un instrumento reactivo a una denuncia o a una incidencia, pero cuya finalidad también puede ser preventiva puesto que pueden contribuir a que una conducta inapropiada no se llegue a reiterar o a establecer medidas que eviten la recurrencia de una situación del mismo tipo en el futuro.

Los protocolos se han de activar ante una sospecha de acoso, pero no ante una evidencia de esta conducta, en cuyo caso procedería abrir sin más trámite el procedimiento disciplinario.

El protocolo se fundamenta en la responsabilidad de la empresa de garantizar los derechos laborales de los trabajadores que tiene a su servicio en cuanto conozca una posible violación de sus derechos laborales.

El Observatorio Vasco sobre Acoso y Discriminación ha desarrollado seminarios y documentos en los que se ha analizado la aplicación de estos protocolos. Se considera más adecuado que su ámbito sea más amplio y abarque todo tipo de “conductas inapropiadas” (que es la expresión empleada por la Comisión Europea para su propia gestión interna). De ese modo se evita que la persona reclamante tenga que calificar la conducta y que la empresa eluda su intervención ante otras situaciones que no son de acoso, pero que sí constituyen un riesgo psicosocial.

Es conveniente que el protocolo tenga una entrada única para todas las quejas, aunque luego se puedan seguir distintos procedimientos según cuál sea la naturaleza de los hechos, que pueda iniciarlo la víctima u otras personas, incluida la empresa, por su función de garante. Que las acciones que se lleven a cabo sean adecuadas y proporcionales a cada situación, ya que no siempre es necesario iniciar una instrucción para investigar los hechos, y que las personas que lo instruyen sean imparciales y estén debidamente formadas.

La falta de aplicación de estas medidas podría dar lugar a la consideración de hechos constitutivos de infracción en el orden social de la forma que analizaremos en el siguiente apartado.

## 5. LAS ACTUACIONES SANCIONADORAS ANTE EL ACOSO EN EL TRABAJO

### 5.1. La infracción por vulneración de la legislación ordinaria

Para determinar la responsabilidad en el derecho administrativo sancionador es necesario señalar cuáles son los preceptos legales que vulnera una conducta y posteriormente determinar cuáles son los preceptos de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) en los que dichos incumplimientos están tipificados como infracción.

En principio, el ámbito de la LISOS se circunscribe al incumplimiento de las leyes, reglamentos y cláusulas normativas de convenios colectivos en lo que se refiere a las infracciones laborales (art. 5), un concepto que comprende tanto las infracciones en materia de relaciones laborales (sección primera del capítulo II) como las referentes a la prevención de riesgos laborales (sección tercera del capítulo II).

Este artículo hace referencia a las leyes, cualquiera que sea su consideración de ordinarias u orgánicas, pero no lo hace expresamente respecto a la vulneración de la constitución española. Este es un dato particularmente relevante cuando se trata del acoso puesto que hay abundante jurisprudencia que lo encaja dentro del art. 15 de la Constitución como una violación simultánea de los derechos a la integridad física y la integridad moral.

El derecho a la dignidad no se considera un derecho fundamental en la Constitución Española (CE) sino como un principio general en el art. 10.1. En cambio, el art. 15 CE establece como derecho fundamental que “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha hecho una separación entre el derecho a la integridad moral y el derecho a la integridad física, incluyendo dentro de este último el derecho a la integridad psíquica.

Hay que tener en cuenta a este respecto que el contenido de los derechos fundamentales no es necesariamente el mismo que el de las normas relacionadas con estos derechos en las leyes ordinarias. Como muestra de ello, el derecho a la integridad física del art. 15 CE también se reconoce en su misma literalidad por el art. 4.2.d) ET y por los preceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Sin embargo, no todo incumplimiento de estos últimos preceptos supone la vulneración de un derecho fundamental como bien se encarga de señalar la sentencia del Tribunal Constitucional 160/2007 en su fundamento jurídico segundo: “El derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal queda también comprendido en el derecho a la integridad personal (STC 35/1996,

de 11 de marzo, FJ 3), **aunque no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma** (SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

Respecto al derecho a la integridad moral previsto en el art. 15 CE y el derecho a la consideración debida a la dignidad previsto en el art. 4.2.e) ET tampoco existe la misma valoración por parte de los tribunales respecto a su ámbito ya que se considera que el derecho a la integridad moral también es más restringido y se refiere a conductas de mayor gravedad que el derecho a la consideración debida a la dignidad previsto en el Estatuto de los Trabajadores.

Por lo tanto, una primera conclusión es que el acoso al que van referidas las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es el que supone una vulneración de los derechos a la consideración debida a la dignidad y a la integridad física previstos en las leyes ordinarias, en concreto, en el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. La ITSS no puede iniciar un procedimiento sancionador por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española.

## 5.2. El concurso de infracciones administrativas

El segundo debate se refiere al carácter pluriofensivo del acoso que supone la violación e infracción de distintos derechos laborales por una sola conducta produciéndose de este modo un concurso entre infracciones de las relaciones laborales y de la prevención de riesgos laborales.

La balanza en este caso se inclina por la prevalencia de las infracciones en las relaciones laborales por varios motivos.

En primer lugar, porque la conexión entre las conductas de acoso u hostigamiento y la violación del derecho a la consideración debida a la dignidad se encuentra expresamente recogida en el art. 4.2.e) ET y el art. 26 de la Carta Social Europea. Por lo tanto, dar preferencia a la vulneración de este precepto legal resulta más acorde con el **principio de tipificación** de las conductas constitutivas de infracción administrativa previsto en el art. 27 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Además, se da la circunstancia de que otros tipos de acoso, como el acoso sexual y el acoso discriminatorio ya reciben la calificación de infracción laboral muy grave en los art. 8.13 y 8.13 bis LISOS.

Por otro lado, ante los supuestos de que se produzcan hechos constitutivos de varias infracciones son de aplicación las reglas del concurso de sanciones administrativas que prevén los apartados 5 y 6 del art. 29 de la LRJSP donde se indica que cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a **la infracción más grave** cometida. Esto implica que también deben prevalecer, según este criterio, las infracciones previstas en el art. 8 LISOS por tener la consideración de muy graves.

### 5.3. El contenido del derecho a la consideración debida a la dignidad

Atentar a la dignidad de una persona en el trabajo se caracteriza por la realización de conductas, continuadas o puntuales, que se pueden considerar objetivamente ofensivas, humillantes, intimidatorias o degradantes respecto a una determinada persona o varias personas siempre que las mismas estén identificadas o sean identificables.

Las menciones expresas que hace el Estatuto de los Trabajadores a la dignidad se encuentran en estos preceptos:

- En el art. 18 ET: Solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización **se respetará al máximo la dignidad** e intimidad del trabajador.
- En el art. 20.3 ET: El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación **la consideración debida a su dignidad** y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.
- En el art. 39.1: La movilidad funcional en la empresa se efectuará de acuerdo a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y **con respeto a la dignidad** del trabajador.

El derecho a la consideración debida a la dignidad es, por lo tanto, un derecho individual de las personas y no cabría admitir esta vulneración ante hechos o conductas que no tienen un destinatario claro y concreto.

Dentro de su contenido caben todas las conductas que objetivamente atenten a la dignidad. En primer lugar, las que tienen ocasión en el transcurso de las medidas expresamente mencionadas por el Estatuto de los Trabajadores como por ejemplo podría ser la destrucción de bienes de valía personal en un registro, la existencia controles vejatorios e innecesarios del trabajo que se realiza o una degradación clara y permanente de las funciones asignadas a una persona cuando estas correspondan a un grupo profesional inferior al que ostenta.

También podrían atentar contra la dignidad otras conductas ofensivas, humillantes o intimidatorias fuera de estos contextos, como las que hemos descrito arriba dentro de los conceptos de violencia y acoso.

Aquí estarían las conductas de violencia que suponen una agresión puntual, pero de suficiente relevancia, ya se trate de una agresión física o de una agresión verbal como una difamación, un insulto o cualquier otro acto particularmente ofensivo o humillante.

Del mismo modo, también estarían dentro del ámbito de este derecho las conductas de maltrato o acoso que arriba ya se han descrito.

#### **5.4. La tipificación de las infracciones laborales sobre acoso**

Por último, hay que abordar la tipificación de las conductas relacionadas con el acoso en el actual texto legal de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

En este terreno se presentan, como vamos a ver a continuación, algunas variaciones de importancia según el tipo de acoso.

Por un lado, el art. 8.13. LISOS tipifica 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”.

Por otro, el art. 8. 13 bis LISOS tipifica el acoso discriminatorio “por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, 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”.

El art. 8.11 tipifica “Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”, entre lo cuáles, como hemos visto, estaría el acoso moral.

Y, por último, el art. 7.10 LISOS tipifica como infracción grave, no muy grave como las anteriores, “los actos u omisiones que fueren contrarios a los derechos de los trabajadores reconocidos en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, salvo que proceda su calificación como muy graves”.

Como puede apreciarse, entre las infracciones muy graves hay una distinta tipificación en función del autor directo de la conducta. En el acoso sexual, la empresa es responsable por todos los actos de acoso sexual que cometa cualquier sujeto que ejerza facultades de dirección empresarial, en el acoso discriminatorio la empresa solo es responsable en segundo grado cuando hubiera conocido el acoso dentro de su empresa y no hubiera adoptado medidas para impedirlo y en el acoso moral, en cambio, solo son punibles dentro del art. 8.11 LISOS las conductas de acoso llevadas directamente a cabo por el empresario o su representante.

En consecuencia, las conductas que sean contrarias al derecho a la consideración debida a la dignidad que queden fuera de la tipificación del art. 8.11. LISOS quedarían dentro de los actos de acción u omisión previstos en el art. 7.10 LISOS como infracción grave.

Estarían dentro de esta calificación, entre otras:

- Cuando el autor de la conducta de acoso moral sea una persona distinta del empresario o su representante.
- Cuando no se ha constatado el acoso, pero si se ha comprobado que la empresa no ha tomado medidas para proteger y garantizar el derecho a la consideración debida a la dignidad.  
También estarían dentro de esta consideración, los casos en que la empresa no haya puesto en marcha una medida como activar los protocolos, si dispusiera de ellos, o los ha puesto en marcha de modo no efectivo o, en general, no ha adoptado ninguna otra medida protectora de los derechos laborales.
- Por último, estarían dentro de la tipificación del art. 7.10 LISOS los incumplimientos del art. 48 de la Ley de Igualdad Efectiva que antes hemos reseñado, haya tenido lugar o no en estos casos una conducta de acoso o de vulneración de derechos básicos de la relación laboral puesto que el cumplimiento de este precepto no está subordinado a tal circunstancia.

## 6. LAS ACTUACIONES REPARADORAS ANTE EL ACOSO

Por último, analizamos las actuaciones de la ITSS de tipo reparador o rehabilitador ante el acoso.

Por un lado, están las acciones que se encuentran implícitas en el art. 25 LPRL relacionadas con la adscripción de las personas que han padecido una baja por enfermedad como consecuencia de su exposición a riesgos psicosociales, haya habido o no acoso, a puestos que no son compatibles con sus características y estado psicofísico.

En estos casos, es necesario velar por que se practique la vigilancia de la salud para determinar su aptitud (art. 37 del Reglamento de Servicios de Prevención). Si ha habido daños a la salud, la empresa está obligada a investigar los hechos para detectar las causas y las medidas preventivas que correspondan (art. 16.3 LPRL) y la empresa debe adoptar medidas preventivas para adaptar el puesto, acordar un traslado de la persona afectada y hacer seguimiento de la efectividad de estas medidas conforme a los art. 15.1.d) y 25.1 LPRL.

Por otra parte, la medida reparadora en el orden administrativo cuando se ha sufrido una conducta de acoso que ha entrañado una baja por incapacidad es la imposición del recargo de prestaciones previsto en el art. 164 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Para ello son necesarios tres requisitos básicos:

- El primer requisito es la determinación de la enfermedad como **contingencia profesional** por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o por resolución judicial firme de conformidad con lo dispuesto en el art. 156.2.e) LGSS.
- El segundo es la comisión de una **infracción administrativa** por la empresa de las previstas en el art. 8 LISOS por acoso, en particular cuando se haya extendido Acta por la Infracción laboral muy grave del art. 8.11 LISOS como ha señalado la STS 4ª de 4.03.2014 (RJ 2014/2400), lo que resultaría también extensible, por analogía, a las infracciones laborales previstas en los apartados 13 y 13 bis del art. 8 LISOS de acoso sexual y discriminatorio. Se exceptúan de este requisito los supuestos en que el procedimiento sancionador no pueda ser iniciado, bien ya sea por tratarse de una administración pública o porque la infracción haya prescrito.
- Y, en tercer lugar, es necesario que la conducta incumplidora de la empresa o empresas haya sido **la causa** de la enfermedad que ha motivado la situación de incapacidad temporal o permanente.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

Como hemos visto a lo largo de este artículo, la actual legislación española sobre el acoso es mejorable y esperamos que la ratificación y posterior transposición de los mandatos del Convenio 190 OIT pueda contribuir sustancialmente a esta mejora junto con la extensión de la doctrina de la comentada STC 56/2019.

Sin duda alguna, el aspecto que provoca mayor distorsión y controversia es el concepto que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia españoles ha adoptado sobre el acoso ateniéndose más a estereotipos importados de la psicología que al uso de instrumentos jurídicos como la analogía con definiciones legales ya establecidas en la propia legislación española o el derecho comparado.

Esta distorsión ha tenido también efectos negativos en las actuaciones inspectoras sobre el acoso y ha provocado la anulación de resoluciones sancionadoras por violación del derecho a la consideración debida a la dignidad al haber hecho una mención expresa a una conducta de acoso moral que no se correspondía con el concepto restringido y subjetivista mantenido por la jurisprudencia.

Como ya hemos visto, el contenido de este derecho no solamente comprende el acoso moral sino también otras conductas ofensivas que pueden manifestarse de manera puntual en las relaciones laborales y la respuesta legal para todas esas conductas sería en cualquier caso la misma. Es por ello conveniente y necesario que en tanto no haya una norma legal que enmiende el criterio expresado en la generalidad de las sentencias de los tribunales, las actuaciones de la ITSS se atengan estrictamente al texto de la ley y solamente se basen en la presunta vulneración del derecho básico de la relación laboral reconocido en el art. 4.2.e) ET.

Será en última instancia la ley que transponga el Convenio de la OIT la que establezca un concepto de la conducta de acoso moral que en principio podría atenderse a los siguientes parámetros:

- El acoso supone, en primer lugar, la violación de derechos individuales de una persona o varias personas, y por lo tanto la víctima de esta conducta debe ser una persona identificada o identificable.  
No se puede hablar de acoso, sino de “conducta despótica”, cuando nos referimos al comportamiento desordenado y ofensivo dirigido, generalmente por un mando, hacia un colectivo indeterminado de personas. No cabe, por tanto, en nuestro ordenamiento el denominado “acoso colectivo” si no se constata la vulneración del derecho de una o varias personas de ese colectivo en particular.

- Se trata de una conducta “inaceptable” (Convenio 190 OIT) o “censurable” (Carta Social Europea), un concepto indeterminado que ha de ser interpretado y aplicado conforme a parámetros jurídicos y no a estereotipos importados de la psicología.
- Se trata además de una conducta continuada, de maltrato (Acuerdo Europeo), consistente en la sucesión de actos reiterados o bien de una conducta continuada cuyos efectos se prolongan en el tiempo con la suficiente frecuencia o intensidad como para crear un entorno (Directivas Europeas sobre Igualdad de Trato).
- Y, por último, la conducta debe ser objetivamente valorada como un atentado al derecho a la consideración debida a la dignidad de una persona y un atentado al derecho a su integridad física, cualquiera que sea la intención del sujeto o sujetos que sean autores de la misma. Bastaría acreditar una relación de causalidad entre la conducta inaceptable de maltrato y la violación de estos derechos para considerar que se trata de una conducta de acoso.

Aún con todo, el debate sobre el significado de este término no estaría cerrado. El propio término “acoso” significa literalmente “persecución sin tregua” (RAE), por lo tanto, un comportamiento intencional.

Conviene tener en cuenta que en la realidad del debate jurídico sobre el término acoso estamos incluyendo conductas muy variadas y de diferente intensidad que van desde conductas intencionales de persecución y ataque (o asedio, como se ha preferido llamar a esta conducta en la legislación y doctrina portuguesas) hasta conductas meramente negligentes de maltrato continuado hacia ciertas personas basadas en cualquier clase de prejuicio hacia ellas, ya se trate de causas que se consideran legalmente discriminatorias o por motivos de cualquier otra especie.

Considero que el uso del término “hostigamiento”, en cambio, podría ser más apropiado puesto que presenta un significado literal de contornos más amplios, de “molestar a alguien o burlarse de él insistentemente” (RAE), que puede abarcar tanto conductas intencionales como negligentes y que se corresponde más con el significado literal de las palabras utilizadas en otros idiomas como “*harassment*” en inglés, “*harcèlement*” en francés o “*molestia*” en italiano. Este ha sido también el término utilizado en otros países de habla hispana como México (art. 3 Ley Federal del Trabajo) aunque con un significado propio y desafortunadamente poco comprensible.

Por otra parte, el acoso es una materia jurídicamente compleja puesto que su regulación abarca varias partes del ordenamiento laboral como la prevención de riesgos laborales y las normas que regulan los derechos y deberes de las relaciones laborales. La prevención de riesgos y el derecho de las relaciones laborales se orientan por distintos principios y objetivos y es preciso que ambas legislaciones se complementen en el tratamiento de este problema.

Por un lado, la prevención de los riesgos psicosociales, entre ellos el acoso, y las acciones de rehabilitación de las personas acosadas se encuentran dentro del ámbito de la LPRL mientras que, por otro lado, las políticas de empresa como los códigos de conducta o los protocolos, y las sanciones administrativas se incardinan mejor dentro del campo del derecho que regula las relaciones laborales.

Lograr una adecuada conjunción y coherencia en la aplicación de ambas legislaciones ha sido el objetivo que persiguen los criterios técnicos y guías que ha elaborado hasta el momento la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

**II.**

# **MODALIDADES DE ACOSO LABORAL PREVISTAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: PROBLEMÁTICA Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN**

**Esther Pomares Cintas**

*Profesora Titular de Derecho Penal (Universidad de Jaén)*

*Miembro del Observatorio Vasco sobre Acoso Moral*

**Sumario** 1. Modalidades de acoso en el ámbito de la relación de trabajo reguladas en el Código penal  
1.1. Consideraciones previas. 1.2. Elementos comunes de la tipificación de los delitos de acoso laboral vertical previstos en el Código penal. 1.3. La integridad moral del trabajador como bien jurídico. 2. ¿Cabría identificar las modalidades de acoso laboral vertical reguladas en el Código penal dentro de la categoría del delito de trato degradante? 3. El acoso laboral vertical subsiguiente al acoso sexual: identificación del problema y su resolución. 4. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. MODALIDADES DE ACOSO EN EL ÁMBITO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO REGULADAS EN EL CÓDIGO PENAL

### 1.1. Consideraciones previas

Las prácticas de acoso que tienen lugar en el contexto de la prestación laboral, mediante el prevalimiento de la posición de superioridad de quien las ejerce, han recibido distinta respuesta en el ámbito jurídico-penal y en momentos cronológicos muy distantes. Actualmente, en el Código penal se encuentra fragmentada la regulación de las conductas de acoso laboral vertical descendente.

En primer lugar, con ocasión de la aprobación del Código penal de 1995, y con la finalidad de acallar ciertas reivindicaciones sociales de género, se tipificó específicamente una modalidad de acoso en el trabajo: el acoso sexual (art. 184 CP). Castigaba originariamente comportamientos derivados del prevalimiento de una situación de superioridad laboral respecto de la víctima y bajo la amenaza de causarle un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de la relación laboral o de prestación de servicios de que se trate. Aparece sistemáticamente ubicado dentro de los delitos contra la *libertad sexual*. Sin embargo, desde la reforma de la Ley Orgánica 11/1999, su relevancia penal requiere que el comportamiento del autor provoque a la víctima, en dicho ámbito, “*una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante*”. Se sanciona con las penas de prisión de 5 a 7 meses o multa de 10 a 14 meses<sup>2</sup>.

Posteriormente, y ante la negativa repercusión de un fenómeno que, en realidad, trasciende el plano sexual<sup>3</sup>, se reabre un debate legislativo en la esfera penal sobre la oportunidad de regular, esta vez de modo genérico, el acoso en el lugar de trabajo. Tanto el Proyecto de reforma del Código Penal de 15 de enero de 2007, como el de 27 de noviembre de 2009, sugieren introducir -con distinto alcance- el acoso laboral dentro de los delitos contra la *integridad moral*, como modalidad dependiente del delito de trato degradante -añadiendo un párrafo al art. 173.1 CP- y bajo el mismo marco punitivo. El Proyecto de 2009 proponía imponer la pena de prisión de 6 meses a 2 años a “*los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima*”. Éste es precisamente el delito de acoso laboral incorporado al Código penal por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (art. 173.1, 2º párrafo).

2 A partir de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Hasta entonces la pena prevista para el acoso sexual vertical descendente era la de arresto de 12 a 24 fines de semana o multa de 6 a 12 meses.

3 Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de septiembre de 2001, sobre el acoso moral en el lugar de trabajo [2001/2339 (INI)].

Pues bien, desde la reforma de 2010, esta separación sistemática del acoso vertical (descendente) en el marco de la relación de trabajo (arts. 184.2 y 173.1, 2º párr. CP) corrobora el propósito del Legislador de distanciar rotundamente el tratamiento penal que ha atribuido, sin criterios claros ni coherentes, a sendas figuras de violencia en el trabajo. Por ello, esta situación ha vuelto a despertar la preocupación doctrinal por la regulación penal del acoso sexual: ¿por qué se castiga con una pena inferior (prevé también la pena de multa alternativa) el acoso sexual de quien se prevale de su posición de superioridad laboral, logrando crear a la víctima una situación gravemente humillante?, ¿es un delito de acoso de menor entidad?

La reforma penal de 2015 (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) complica el panorama. Se introduce, dentro de los *delitos contra la libertad*, un nuevo tipo penal de acoso que, basado en actos continuos de hostigamiento, no se vincula a un ámbito particular (art. 172 ter). Se castiga (tipo básico) con las penas de prisión de 3 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses. Se ha trasladado así al Código penal español una tipificación similar al delito genérico de acoso previsto en el parágrafo 238 del Código penal alemán, aplicable a cualquier modalidad de acoso que altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima<sup>4</sup>.

## 1.2. Elementos comunes de la tipificación de los delitos de acoso laboral vertical previstos en el Código penal

Las modalidades de acoso laboral vertical con relevancia penal persiguen la realización de comportamientos ofensivos u hostiles dirigidos contra una determinada persona<sup>5</sup>, que se desenvuelven en el contexto de la prestación de trabajo, siendo significativos el carácter reiterado de los mismos (cualquiera que sea su forma de expresión) y el prevalimiento de la posición de superioridad laboral del autor. Junto a ello, se exige que el acoso sea “grave” (art. 173.1, 2º párr.), o provocar a la víctima una “situación *objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante*” en el marco de la relación de trabajo (art. 184.2 CP).

Son éstas las características esenciales que constituyen el denominador común de la tipificación de los delitos de acoso laboral vertical de los arts. 184.2 y 173.1 2º párr. CP.

4 Cfr. POMARES CINTAS, E., FUENTES OSORIO, J. L.: “La regulación penal en Alemania y España del acoso moral en el trabajo”, En, *Anuario Internacional sobre Prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo*, 2010, pp. 67 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Iustel, 2009; de la misma autora, “La incriminación del mobbing en derecho penal español: los claroscuros del delito de acoso laboral”, *Revista de Derecho y Proceso penal*, 30, 2012. Véase, aun cuando media una relación de trabajo entre los sujetos implicados, el caso valorado por el Auto Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Secc. 3º, nº 248/2014, de 20 de octubre.

5 También el delito de acoso laboral del art. 173.1, 2º párr., exige que el acoso vaya dirigido contra una determinada persona (“*contra otro*”). Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Los delitos de acoso laboral e inmobiliario”, En, (F. J. Álvarez García, Dir.), *Derecho penal español, Parte Especial, I*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 468. En este sentido, el Anexo II, B) del Protocolo (2011) de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado excluye del concepto de acoso laboral las “Conductas despóticas dirigidas indiscriminadamente a varios trabajadores” (Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre dicho Protocolo).

a. Una situación de hostigamiento derivada del ejercicio reiterado de comportamientos despreciativos u hostiles

En primer lugar, ambos preceptos penales utilizan expresamente el término “acoso” con la finalidad de identificar el fenómeno: los delitos de acoso laboral vertical de los arts. 184.2 y 173.1 2º párr. giran en torno a una misma noción relacionada con su perfil gravemente degradante y envolvente para la víctima en el entorno de la relación de trabajo. La creación de “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante”, como resultado del acoso sexual (art. 184.1)<sup>6</sup>, es valorativamente equiparable a la producción de un “grave acoso contra la víctima” (art. 173.1, párr. 2º)<sup>7</sup>, que se ha interpretado, a su vez, como el correlato del *menoscabo grave de la integridad moral*<sup>8</sup>. Esto es, la producción de un estado insoportable (grave) de sometimiento de la víctima a disposición del autor, con ocasión de la prestación laboral y en dicho contexto (efecto de cosificación)<sup>9</sup>.

6 Como señala OTERO GONZÁLEZ, si la jurisprudencia lo define como delito de mera actividad probablemente será porque traslada, por inercia, la fundamentación anterior a la reforma de 1999. Cfr. “Acoso sexual”, En, (F.J. Álvarez García, Dir.), *Derecho penal español, Parte Especial*, I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 632; PEDREIRA GONZÁLEZ, F.: “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual (Doctrina y Jurisprudencia)”, *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 783.

7 Vid., en este sentido, Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2008; POMARES CINTAS, E.: “Una alternativa a las propuestas legislativas de tipificación del delito de acoso laboral”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 795, 2010; OTERO GONZÁLEZ, P., POMARES CINTAS, E.: “El acoso laboral (mobbing)”, En, (F.J. Álvarez García/J.L. González Cussac, Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 203; CARMONA SALGADO, C.: “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la LO 5/2010”, *Revista La Ley Penal*, nº 81, 2011, p. 14; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Los delitos de acoso laboral e inmobiliario”, En, (F.J. Álvarez García, Dir.), *Derecho penal español, Parte Especial*, I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 472; DEL ROSAL BLASCO, B.: “Delitos de acoso laboral e inmobiliario”. En, (L. Morillas Cueva, Dir.), *Sistema de Derecho penal español, Parte Especial*, Dikynson, 2011, p. 195; SUAY HERNÁNDEZ, C.: “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”, En, (H. Hormazábal Malarée, Coord.), *Estudios de Derecho Penal, En memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, Ed. Ubijus, México D.F., 2011, pp. 515-516; SIERRA LÓPEZ, Mª V.: “La provocación en la víctima de “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante” en el delito de acoso sexual”, En, (Mª I. Martínez González, Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 88; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Mª I.: “Las conductas de acoso como delitos contra la integridad moral”, En, *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, p. 64; MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial*, 19ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 176; del mismo autor, “Diversas modalidades de acoso punible en el código penal”, En, *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, p. 22; en esta línea, y subrayando aquí exclusivamente la connotación humillante de la situación, GALÁN MUÑOZ, A.: “A la búsqueda del injusto típico propio del delito de acoso sexual”, En, *El acoso: tratamiento penal y procesal*, 2011, p. 121; DAZA BONACHELA, Mª M.: “La intervención del orden penal como medida disuasoria”, En, (A. Rubio Castro /J.Mª Gil Ruiz, Eds.), *Las medidas disuasorias frente al acoso sexual y por razón de sexo*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 90-91.

8 Cfr. REBOLLO VARGAS, R.: “Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código penal”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. 60, 2007, pp. 219, 225, 226; POMARES CINTAS, E.: “Una alternativa a las propuestas legislativas de tipificación del delito de acoso laboral”, cit.; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: “Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante”, *Diario La Ley*, 23 de diciembre de 2010 (14429/2010), p. 41; CARMONA SALGADO, C.: “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual...”, cit., pp. 12-13; SUAY HERNÁNDEZ, C.: “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”, cit., p. 515; GALÁN MUÑOZ, A.: “A la búsqueda del injusto típico propio del delito de acoso sexual”, cit., p. 121; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La incriminación del mobbing en derecho penal español: los claroscuros del delito de acoso laboral”, p. 241; BORONAT TORMO, Mª M.: “Desde el acoso laboral al delito de acoso. Criterios de delimitación (RJCIV 44/2012)”, Documento TOL2.664.592, 10/2012 (tirant on line).

9 Cfr. SIERRA LÓPEZ, Mª V.: “La provocación en la víctima de “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante” en el delito de acoso sexual”, cit., p. 88; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La incriminación del mobbing en derecho penal español: los claroscuros del delito de acoso laboral”, cit., p. 212. La exigencia de un entorno degradante es un requisito ambiental consustancial al acoso moral. Cfr. Guía explicativa y de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo, que complementa el Criterio Técnico 69/2009, sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en esta materia, p. 3; art. 2.1 Protocolo (2011) de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado.

Una situación así, en el acoso, no se deriva de un solo comportamiento ofensivo u hostil en el marco de la relación de trabajo –así, en el acoso sexual, de una sola solicitud de conducta sexual: como mantiene el Consejo General del Poder Judicial en el Informe sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2008, afirmar otra cosa sería “contrario a la propia semántica del término, que se caracteriza por la reiteración”<sup>10</sup>.

En este sentido, cabe distinguir el delito de acoso sexual del art. 184 del delito contra la Administración pública previsto en el art. 443 CP. Obsérvese que éste no extiende el término “acoso” a la solicitud de una conducta sexual por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones cuando de ella se hace depender una toma de decisión que esté al alcance del autor. En este delito, la finalidad que se persigue es muy diferente: no es la de crear una situación gravemente humillante a la persona sexualmente requerida, sino la de “negociar”, contrariando las exigencias de imparcialidad y legalidad que deben inspirar el ejercicio de la función pública, la resolución o gestión de un asunto administrativo que depende del funcionario público (autor), mediante la solicitud sexual (por ejemplo, para no incoar un expediente de expulsión administrativa, STS de 18 octubre 2004); por eso, basta una sola petición sexual para que se perfeccione el tipo penal. Esta conducta es, pues, ajena al concepto de acoso.

En efecto, la *reiteración* de los comportamientos hostiles o despreciativos, sea cual fuere su forma de expresión, es otro elemento inherente a la noción de acoso, no sólo por su idoneidad para lograr el resultado humillante que los respectivos tipos penales requieren, sino también porque identifica aquello que se pretende perseguir: se trata de dar respuesta, no a actos aislados o esporádicos (aunque revistan gravedad), sino a prácticas de maltrato que se dirigen, gota a gota, a provocar tal situación de cosificación de la víctima. Revelar una determinada persistencia es, además, conceptualmente factible porque el comportamiento del acosador se desenvuelve con ocasión de la relación de trabajo que le une a la víctima. Asimismo, la reiteración es vehículo portador de un modo de medición de la *gravedad* que los tipos penales de acoso requieren: la perspectiva de conjunto<sup>11</sup>.

10 Cfr. Guía explicativa y de buenas prácticas para la detección y valoración de comportamientos en materia de acoso y violencia en el trabajo, que complementa el Criterio Técnico 69/2009, p. 3; véanse, Sentencia del Tribunal Supremo (STS, en adelante), nº 830/2014, de 28 de noviembre; Sentencias de las Audiencias Provinciales (SAP, en adelante) de Valencia, Secc. 3ª, nº 223/2014, de 8 de abril; de Toledo, Secc.1ª, nº 21/1998, de 4 de mayo; Auto AP de Madrid, nº 929/2005, de 11 de octubre. En esta línea, VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.: “Presente y futuro del delito de acoso laboral (Comentario a la sentencia de 27 de septiembre del año 2006 del juzgado de lo penal número uno de Jaén.)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 731, 28 de junio de 2007; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: “Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante”, cit., p. 41; CARMONA SALGADO, C.: “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual...”, cit., p. 21; PEDREIRA GONZÁLEZ, F.: “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual...”, cit., p. 778, aunque distingue supuestos. Con la finalidad de salvar el efecto indebidamente privilegiante del tratamiento penal del acoso sexual (y a riesgo de desnaturalizar el concepto de acoso), asumen un planteamiento distinto, GALÁN MUÑOZ, A.: op. cit., p. 108; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La incriminación del mobbing en derecho penal español...”, cit., pp. 213, 245.

11 Cfr. POMARES CINTAS, E.: *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 221 ss.

b. La vinculación de los comportamientos de acoso a un marco laboral. El prevalimiento de una posición de superioridad laboral

Los dos tipos penales que regulan el acoso en el trabajo exigen que el comportamiento de que se trate se realice con ocasión de la prestación laboral de la víctima: se requiere que el acoso se desenvuelva *en el ámbito de una relación laboral (...) o de prestación de servicios, continuada o habitual* (art. 184), “*en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial*” (art. 173.1, 2º párr). Este elemento contextual restringe la esfera de los sujetos del delito ya que debe mediar entre ellos una relación de trabajo, sea de carácter privado o público (estatutario o de servicio propio de la función pública). Al igual que los conceptos de trabajador o empleado público a efectos penales, el alcance de la relación laboral o funcionarial se interpreta de modo amplio<sup>12</sup>.

Otro elemento común al acoso laboral en la modalidad vertical descendente, es el prevalimiento del autor de la posición de superioridad que detenta sobre la víctima en el ámbito de prestación de la actividad laboral (arts. 184.2, 173.1, 2º párr.<sup>13</sup>). Este requisito típico, que sitúa al sujeto pasivo en el marco del desequilibrio de la relación de trabajo, debe ser entendido en un sentido amplio. En ninguno de los preceptos se identifica estrictamente con la exigencia de una relación de dependencia *jerárquica* entre los sujetos implicados, no se requiere expresamente que la superioridad del autor sea jerárquica desde el punto de vista de la organización administrativa o piramidal<sup>14</sup>. Cabe integrar relaciones de superioridad basadas en la dependencia funcional de la víctima<sup>15</sup>, sometida al albur de las decisiones del autor. El autor ha de aprovecharse de la ventaja que supone detentar ese poder efectivo sobre el sujeto pasivo en el contexto laboral<sup>16</sup>.

12 Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La incriminación del mobbing en derecho penal español...”, cit., p. 237; SANTANA VEGA, D.M.: “El nuevo delito de acoso laboral”, En, *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

13 Sobre las diferentes propuestas legislativas en torno al delito de acoso laboral fruto de la reforma de 2010, REBOLLO VARGAS, R.: “Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso...”, cit., pp. 205 y ss.; LAFONT NICUESA, L.: *El delito de acoso moral en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 431 ss.; POMARES CINTAS, E.: “El derecho penal ante el acoso en el trabajo: el proyecto de reforma penal de 2009”, *Temas Laborales*, nº 105, 2010, pp. 61 y ss.

14 Cfr. GONZÁLEZ RUS, J. J.: “Los delitos contra la libertad sexual”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 59, 1996, p. 350; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Los delitos de acoso laboral e inmobiliario”, cit., p. 467; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Mª. I.: “Las conductas de acoso como delitos contra la integridad moral”, cit., p. 65. Sin embargo, SANTANA VEGA equipara el término “*relación de superioridad*” (art. 173.1, 2º párr.) a la relación de jerarquía laboral entre el sujeto activo y el pasivo. Cfr. “El nuevo delito de acoso laboral”, cit.

15 Así, SAP Córdoba, Secc. 1ª, nº 15/2002, de 22 de enero. Según la Guía explicativa relativa al Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la ITSS en materia de acoso y violencia en el trabajo, lo esencial es que el autor del acoso ejerza abusivamente un poder efectivo de dirección u organización existente sobre la víctima, p. 4.; art. 2.1 Protocolo (2011) de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado. Mantienen también una interpretación amplia de la relación de superioridad, SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: op. cit., p. 468; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La incriminación del mobbing en derecho penal español...”, cit., pp. 237 y ss., y por esa razón no se configura el delito de acoso laboral como delito especial.

16 Cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: op. cit., p. 469. Elemento que deberá ser acreditado, SANTANA VEGA, D. M.: op. cit.

### 1.3. La integridad moral del trabajador como bien jurídico

El ámbito laboral, público o privado, es un escenario de convivencia normativamente organizado que crea condiciones propicias para reproducir comportamientos abusivos, especialmente en el marco del desequilibrio de la relación de trabajo. El acoso laboral vertical, sea cual sea la estrategia empleada por el sujeto activo, es una modalidad de violencia en el trabajo que afecta al trabajador como sujeto de derechos en el marco de la relación laboral de que se trate. En efecto, la esfera jurídico-laboral y administrativa han dado respuesta específica a las situaciones de acoso: se protege al trabajador frente a comportamientos de acoso situando la idea clave en el reconocido derecho básico a la consideración debida a la dignidad del trabajador en el desempeño de sus funciones -art. 4.2 e) Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 24 de marzo de 1995, art. 14. h) Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), de 12 de abril de 2007. De tal modo que, en relación con estos comportamientos, se han previsto *infracciones muy graves* (apartados 11, 13, 13 bis del art. 8. Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, de 4 de agosto de 2000), o *faltas muy graves*, en el contexto público [apartados b), o) del art. 95. 2 EBEP].

En consecuencia, el derecho a la protección de la persona trabajadora frente a las prácticas de acoso es una específica expresión del derecho básico a la dignidad del trabajador, está conectado con el derecho a la *integridad moral* del trabajador en el desempeño de sus funciones<sup>17</sup>.

---

17 El acoso moral "supone siempre la violación del derecho a la integridad moral y a la consideración debida a la dignidad en el trabajo", así lo señala la Guía explicativa que complementa el Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la ITTS en materia de acoso y violencia en el trabajo, p. 4; también el Protocolo (2011) de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado.

Los tipos penales de acoso que se analizan giran en torno a la utilización por el autor de su poder efectivo de dirección u organización que ejerce sobre la víctima en el contexto de la relación de trabajo. El prevalimiento de la posición de superioridad (funcional, estructural o jerárquica) ayuda a marcar, en un ámbito cerrado como el laboral, posiciones de dominio/sometimiento de la víctima es indicativo de la tendencia a considerar a la víctima a disposición del autor, fundamenta una mayor dificultad de alejarse de la influencia ofensiva del acosador<sup>18</sup>. Estas notas de instrumentalización/humillación son trasladables igualmente al acoso sexual vertical como estrategia de dominación: más que la libertad sexual, es la integridad moral de la persona trabajadora el bien jurídico principalmente afectado<sup>19</sup>.

En consecuencia, el acoso sexual vertical descendente es una modalidad específica de acoso laboral, una estrategia más de violencia en la relación de trabajo que comparte las exigencias típicas del delito previsto en el art. 173.1, 2º párrafo, como atentado contra la integridad moral. El componente basado en la solicitud sexual no es suficiente para explicar su autonomía conceptual y menos aún para fundamentar un marco punitivo tan privilegiado que no guarda proporción con la gravedad del injusto (concurriendo, como es frecuente, la vía intimidatoria basada en amenazar con frustrar expectativas legítimas laborales de la víctima)<sup>20</sup>.

18 Son los supuestos más graves de acoso en el trabajo. Cfr. FERNÁNDEZ PALMA, R.: “Acoso laboral e inmobiliario (arts. 172.1, párrafo tercero y 173.1, párrafos segundo y tercero CP)”, En, (G. Quintero Olivares, Dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, 2010, p. 156; OTERO GONZÁLEZ, P., POMARES CINTAS, E.: “Coacciones e Integridad moral. Acoso laboral: arts. 172.1, 173.1 y 184 CP”. En, (F.J. Álvarez García/J.L. González Cussac, Dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 188,189; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: op. cit., pp. 40, 41; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Mª. I.: op. cit., p. 64; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: op. cit., p. 469; BORONAT TORMO, Mª. M.: op. cit. Véase SAP Valencia, Secc. 3ª, nº 223/2014, de 8 de abril.

19 Cfr. OTERO GONZÁLEZ, P.: “El nuevo delito de acoso sexual (tras su modificación por LO/11/1999, de 30 de abril)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 1, 2000, p. 510; la misma, “Acoso sexual”, cit., p. 628; CARMONA SALGADO, C.: “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (mobbing)”, En, *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 237; de la misma autora, “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual,...”, cit., pp. 15, 16; ESCUDERO MORATALLA, J. F., POYATOS i MATAS, G.: *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2005, p. 82, nota 99; PURCALLA BONILLA, M.A.: “Tratamiento jurídico del mobbing y de otros riesgos psicosociales”, En, *Mobbing-Opinión.com*, Estudios Jurídicos, 2004 (mobbing.nu); POMARES CINTAS, E.: “¿Protección penal específica del derecho a no sufrir acoso en el trabajo?”. En, (F.J. Álvarez García, Dir.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La Política criminal europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 306; planteamiento secundado por el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2008; OTERO GONZÁLEZ, P., POMARES CINTAS, E.: “Coacciones e Integridad moral. Acoso laboral...”, cit., pp. 191-192; SIERRA LÓPEZ, Mª. V.: op. cit., p. 88; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La incriminación del mobbing en derecho penal español...”, cit., pp. 209, 213, 245; DAZA BONACHELA, Mª. M.: op. cit., p. 78; planteamiento que es subrayado por el voto particular formulado a la STS nº 1460/2003, de 7 de noviembre, y especialmente, en la SAP de Madrid, Secc. 30ª, nº 427/2013, de 12 de noviembre. Véase también la STS, nº 830/2014, de 28 de noviembre.

20 Detenidamente, POMARES CINTAS, E.: “Acoso sexual”, En, (Rivas Vallejo/Barrios Baudor, Dirs.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. Ed. Aranzadi, 2ª ed., 2014.

Pues bien, desde la reforma penal de 2010, esta doble ubicación sistemática del acoso vertical descendente en el marco de la relación de trabajo (arts. 184.2 y 173.1, 2º párr. CP) no sólo revela el propósito del Legislador de distorsionar la comprensión del bien jurídico tutelado<sup>21</sup> y distanciar inexplicablemente su respectivo tratamiento punitivo. También aleja la regulación de estas manifestaciones de violencia en el trabajo del contexto penal específico protector de los derechos de los trabajadores, a pesar de la pretensión inicial del Código penal de 1995 de aglutinar en un mismo Título (Título XV) los delitos que los perjudican o vulneran.

En efecto, siendo formas de violencia en el marco del desequilibrio de la relación de trabajo, que se persiguen también en la vía sancionadora laboral-administrativa, el Legislador ha tutelado, en definitiva, el derecho del trabajador a la protección frente al acoso, el derecho a la integridad moral en el desempeño de la prestación laboral, como si fuera ajeno al estatus del trabajador en la esfera pública y privada. Piénsese que es frecuente, también en el acoso sexual vertical (art. 184.2 CP), y en virtud del abuso de las facultades de dirección/organización del sujeto activo, recurrir a la amenaza de frustrar legítimas expectativas laborales de la víctima, o alterar ilícitamente el ejercicio, contenido o forma de desempeño de la prestación laboral. Son estrategias organizativas de la prestación laboral, carentes de valor productivo, que, a menudo, son decisivas en la conformación del acoso en la medida en que sirven de medio de presión y/o castigo de la víctima<sup>22</sup>. Se convierten, pues, desde la perspectiva de conjunto, en un medio idóneo para degradar y cosificar al trabajador en el marco de la relación de trabajo, afectando también al derecho a la integridad moral del trabajador<sup>23</sup>.

---

21 Discute la decisión de ubicar el delito de acoso sexual en el ámbito laboral dentro de los delitos contra la libertad sexual, NARVÁEZ BERMEJO, M. A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 20.

22 Comportamientos que se desvían de los objetivos y fines legítimos de la organización y dirección del servicio que se encuentra efectivamente a cargo del autor. *Vid.* Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo, que también alude a comportamientos constitutivos de infracción laboral grave del art. 7.10 Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; véase, en esta línea, en el ámbito público, Art. 2.1, y Anexo II, A) Protocolo (2011) de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado. Cfr. POMARES CINTAS, E.: "El acoso en el trabajo basado en la alteración de condiciones de prestación de la actividad laboral. Análisis de los planteamientos prelegislativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre su regulación penal", Cuadernos de Política Criminal, nº 97, 2009, pp. 94 y ss. Estrategias puestas de relieve por LEYMANN, H.: *Mobbing. La persécution au travail*, 1996, pp. 28-43. Véase también, VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M.: "Presente y futuro del delito de acoso laboral...", cit. Por ejemplo, incoar expedientes disciplinarios de modo injustificado, que no se instruyen, como coartada para castigar o amedrentar a la víctima: SAP de Navarra, Secc. 1ª, nº 241/2013, de 17 de diciembre, SSAP de Ávila, nº 33/2010, de 22 de febrero, nº 16/2005, de 4 de febrero; SAP de Castellón, nº 36/1999, de 5 de julio.

23 No fue afortunada la Proposición de Ley Orgánica de 23 de noviembre de 2001 (122/000158), del Grupo Parlamentario Socialista, que planteaba integrar el acoso laboral como delito de discriminación (art. 314 bis). Al margen de los defectos técnicos del delito de discriminación, se concebía erróneamente el acoso como medio para degradar condiciones laborales, y no al revés: la alteración de las condiciones de prestación de la actividad laboral debe entenderse como estrategia de acoso, idónea para degradar al trabajador.

Véanse, por ejemplo, los supuestos de acoso vertical en el ámbito laboral valorados por las Sentencias del Tribunal Supremo, nº 945/2010, de 28 de octubre, nº 2140/1994, de 12 de diciembre; y las siguientes sentencias de Audiencias Provinciales: SAP de Madrid, Secc. 30ª, nº 427/2013, de 12 de noviembre, SAP de Cantabria, Secc. 3ª, nº 533/2012, de 11 de octubre, SAP de Madrid, nº 196/2011, de 17 de mayo, SAP de Ávila, nº 33/2010, de 22 de febrero, SAP de Lleida, Secc. 1ª, 360/2008, de 20 de octubre<sup>24</sup>, SAP de Asturias, Secc. 8ª, nº 234/2005, de 9 de noviembre, SAP de Guipúzcoa de 27 de junio de 2003.

Las dos modalidades de acoso laboral reguladas en el Código penal se encuentran vinculadas, como se ha señalado, con el valor de la integridad moral en el contexto de la prestación laboral. Ahora bien, el derecho a la protección de la persona trabajadora frente a los comportamientos que la instrumentalizan o degradan, debe encontrarse tutelado en el Título dedicado a los delitos contra los derechos de los trabajadores (así, por ejemplo, el art. 311 castiga adoptar condiciones laborales ilícitas de forma abusiva o mediante violencia o intimidación).

Las situaciones de grave atropello de los derechos laborales no tienen por qué identificarse exclusivamente con comportamientos explotadores que obedecen a una finalidad productiva al margen de la legalidad<sup>25</sup>. Es posible pensar en otras expresiones de violencia que, en el marco del desequilibrio de la relación de trabajo, vulneran sistemáticamente derechos del trabajador, siendo tal vulneración un fin en sí mismo. Esto es característico de los supuestos de acoso laboral: aquí, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de diciembre de 2003, el acosador no busca “por medios inadecuados un mayor aprovechamiento de la mano de obra imponiendo condiciones de trabajo más favorables a sus intereses”, “El interés organizativo de la empresa no se presenta en primer plano pues resulta obvio que la existencia de un clima hostil en el lugar de trabajo no lo procura, como tampoco la utilización del trabajador en actividades inútiles, irrealizables”.

En otras palabras, el acoso laboral (vertical) afecta al trabajador como tal, en el desempeño de la actividad laboral y en el marco de una relación laboral o funcional de dependencia respecto del sujeto activo: es el sujeto pasivo, como sujeto de derechos en el ámbito de la indicada relación. La decisión de concebir el delito de acoso laboral como atentado contra la integridad moral de las personas sería indicativa, en principio, del objeto primordial de tutela, no obstante, aludiendo a la dignidad del trabajador como persona, desligándolo del estatus de quien realiza una prestación en el ámbito de la organización del trabajo: por tanto, como bien jurídico *individual*

24 Véase el comentario a esta sentencia, en POMARES CINTAS, E.: “¿Existe dificultad de encontrar un acomodo típico-penal para el acoso laboral?”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 780, 2009.

25 POMARES CINTAS, E.: *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, cit.

o *personal*<sup>26</sup>. Sin embargo, no se entiende por qué se protegen específicamente valores tan esenciales como la vida, integridad física o salud del trabajador, en su condición de tal, incluso frente a los riesgos psicosociales, como lo es precisamente el acoso laboral (arts. 316, 317 CP)<sup>27</sup>. Sería un modo de desnaturalizar como derecho laboral básico la integridad moral de las personas en el trabajo.

En síntesis, las modalidades de acoso laboral vertical que se analizan están localizando el ataque a la integridad moral de la víctima en el concreto marco de la relación de trabajo que debe mediar entre los sujetos implicados, y bajo una situación de dependencia: afectan al trabajador como sujeto pasivo, como sujeto de derechos básicos en el desempeño de la actividad laboral. La referencia al marco laboral no sólo tiene la virtud de dar entrada al escenario del acoso en la medida en que es un espacio de convivencia y desarrollo personal; tiene un alcance particularmente significativo como elemento que predetermina la naturaleza del bien jurídico que aquí se tutela. El derecho a la integridad moral del trabajador en el contexto del desequilibrio de la relación de trabajo es indisponible o irrenunciable<sup>28</sup> –como el derecho a la no discriminación o el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Probablemente, este perfil de la integridad moral del trabajador como bien jurídico constituye una de las características que dota de singularidad a los tipos penales de acoso vertical en el trabajo, cuestionando su regulación separada, de un lado, y su distanciamiento respecto del Título dedicado a la protección de los derechos de los trabajadores en el ámbito público y privado.

El acoso en el ámbito laboral con relevancia penal, cualquiera que sea su modalidad, vulnera el derecho básico del trabajador a desempeñar la actividad en un entorno sin riesgo para su intimidad, dignidad y libertad: STS nº 830/2014, de 28 de noviembre, SAP de Jaén, nº 105/2002, de 16 de septiembre, SAP de Castellón, nº 219-A/2002, de 31 de julio.

26 *Vid.*, en esta línea, PÉREZ MACHÍO, A. I.: *Mobbing y Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, p. 136; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> I., MENDOZA CALDERÓN, S.: “El acoso en Derecho penal: Una primera aproximación al tratamiento de las principales formas de acoso”, *Revista Penal* (18), 2006, pp. 208, 214; MIR PUIG, C.: “El acoso moral en el trabajo (*mobbing*) y en la escuela (*bullying*) y el derecho penal”, En, (C. Mir Puig, Dir.), *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 213, 217; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La incriminación del mobbing en derecho penal español...”, cit., p. 220.

27 Ha alcanzado la consideración de *riesgo psicosocial* en el lugar de trabajo que el empresario está obligado a evaluar y prevenir o reducir a través de medidas específicas Cfr. POMARES CINTAS, E.: “La protección penal de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales a través de los artículos 316 y 317 del Código penal”, *Revista de Derecho Penal*, nº 34, 2011, pp. 9 ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La incriminación del mobbing en derecho penal español...”, cit. Véase, en esta línea, Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la ITSS en materia de acoso y violencia en el trabajo, pp. 2 ss.; art. 2.1 Protocolo (2011) de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado.

28 Véase el art. 3.5 Estatuto de los Trabajadores. En esta línea, SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: op. cit., p. 465, subrayando el carácter pluriofensivo y supraindividual del bien jurídico del delito de acoso laboral; BORONAT TORMO, M<sup>a</sup>. M.: op. cit. Mantiene una posición intermedia sobre la naturaleza del bien jurídico del delito de acoso laboral, SANTANA VEGA, D. M.: “El nuevo delito de acoso laboral”, cit.

Por otro lado, si la incriminación expresa de estas modalidades de maltrato grave en el trabajo se explica por contemplar sus singularidades, sorprende que no se haya arbitrado un tratamiento punitivo consecuente que comprenda la privación de derechos: el autor se prevale de sus funciones, de la posición de superioridad laboral respecto de la víctima. Frente al trato degradante por funcionario público (art. 175 CP), o a la violencia habitual en el ámbito familiar o asimilado (art. 173.2 CP), y al igual que ocurre en los delitos laborales, no se han previsto penas tales como la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio. Esta clase de penas permite responder a la naturaleza y gravedad del comportamiento que se castiga, despliega efectos disuasorios y posibilita el alejamiento del acosador (o la acosadora) respecto de la víctima maltratada<sup>29</sup> (además de neutralizar su peligrosidad en relación con otros trabajadores<sup>30</sup>).

La única vía alternativa para contemplar estas sanciones la ofrece el catálogo de *penas accesorias* de los arts. 56. 1. y 57.1 CP (siempre que la pena impuesta sea privativa de libertad): suspensión de empleo o cargo público o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, si se acredita su “*relación directa con el delito cometido*” (art. 56. 1, 1º y 3º CP), o la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima “*atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente presente*” (art. 57.1).

La aplicación de penas accesorias privativas de derechos en relación con el cargo o empleo de quien se prevale de sus funciones, o la prohibición de aproximarse a la víctima, sigue siendo anecdótica en materia de acoso laboral: véanse, STS nº 325/2013, de 2 de abril, SAP de Madrid, nº 427/2013, de 12 de noviembre, SAP de Madrid, nº 196/2011, de 17 de mayo, SAP de Murcia, nº 74/2010, de 27 de octubre.

---

29 Vid. POMARES CINTAS, E.: “Una alternativa a las propuestas legislativas de tipificación del delito de acoso laboral”, cit.; MIR PUIG, C.: “El acoso moral en el trabajo (*mobbing*) y en la escuela (*bullying*) y el derecho penal”, cit., pp. 217, 218, 229; CARMONA SALGADO, C.: “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual...”, cit., pp. 15, 21; SANTANA VEGA, D. M.: op. cit.; SÁNCHEZ GARRIDO, J.A.: “La consideración penal del *mobbing*”, *Diario La Ley*, nº 7612, 2011, La Ley 5891/2011; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La incriminación del *mobbing* en derecho penal español...”, cit.

30 Véanse los supuestos de acoso valorados por la SAP de Madrid, nº 196/2011, de 17 de mayo, SAP de Madrid, nº 427/2013, de 12 de noviembre, y la STS nº 830/2014, de 28 de noviembre.

Por último, también es llamativo que en el delito de acoso laboral genérico -art. 173.1, 2º párr.- se hayan descartado, como circunstancias agravantes, situaciones de especial vulnerabilidad de la víctima “por razón de su edad, enfermedad o situación”, como así consta en el delito de acoso sexual (art. 184. 3 CP), o como se contempla en el nuevo delito de acoso que introduce la Ley Orgánica 1/2015 dentro de los delitos contra la libertad (art. 172.1 *ter in fine*). Al menos, en el delito de acoso laboral, introducir el factor de la edad, por ejemplo, trabajadores de más de 55 años, podría compensar el desagravio que supone haberlo omitido como causa de discriminación<sup>31</sup>.

## 2. ¿CABRÍA IDENTIFICAR LAS MODALIDADES DE ACOSO LABORAL VERTICAL REGULADAS EN EL CÓDIGO PENAL DENTRO DE LA CATEGORÍA DEL DELITO DE TRATO DEGRADANTE DEL ART. 173.1?

Las dos modalidades de acoso laboral vertical reguladas en el Código penal constituyen atentados contra la integridad moral de la persona trabajadora en el contexto de la relación de trabajo, que no se apoyan en una conducta aislada o de carácter esporádico.

Ambos tipos penales no sólo utilizan términos imprecisos y valorativos que cuestionan el principio de legalidad, como, entre otros, provocar “*una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante*” (art. 184) o un “*grave acoso contra la víctima*” (art. 173.1, 2º párr.), también plantean otros problemas.

En la redacción del delito de acoso laboral del art. 173.1, párr. 2º, se incorpora un elemento que resulta novedoso al tiempo que inquietante: se exige realizar de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, “*sin llegar a constituir trato degradante*”, supongan grave acoso contra la víctima. Un requisito negativo y ausente en la tipificación de fenómenos de maltrato paralelos, como el delito de violencia habitual en el ámbito familiar o asimilado (art. 173.2 CP), que ha logrado poner en tela de juicio la calificación del acoso laboral vertical como trato degradante. Ha servido para recuperar aquellos planteamientos jurisprudenciales que inexplicablemente sostenían que la situación de hostigamiento/humillación que sufre el trabajador en estos supuestos de maltrato no agota el injusto del delito de trato degradante, no alcanza apriorísticamente el “nivel mínimo de severidad” de éste, aunque

31 Véase la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. La causa discriminatoria alusiva a la edad no se encuentra dentro de las previstas en la circunstancia agravante genérica del art. 22.4º: no se ha acordado de ella el Legislador de 2015, que ha modificado este precepto introduciendo la razón de género. Tampoco consta en la tipificación del delito de discriminación laboral (art. 314 CP). Véase, aplicando la circunstancia agravante genérica de discriminación (por razón de sexo) a un supuesto de acoso laboral (no sexual), Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 8 de Valencia, nº 151/2005, de 21 de abril. Pudo haberse aplicado, por la misma razón, en los casos valorados por la STS nº 325/2013, de 2 de abril, y la SAP de Madrid, nº 427/2013, de 12 de noviembre.

afecte a la integridad moral de la víctima<sup>32</sup>. En otras palabras: pretender subsumir los supuestos de acoso en el trabajo en el art. 173.1 CP “cuando subyace una relación de subordinación como en las relaciones laborales” es forzar el sentido del precepto<sup>33</sup>.

De esta manera, el mencionado requisito negativo ha fortalecido un planteamiento teórico que, en el contexto laboral, continúa latente: expresa la dificultad de reconducir semejante situación de cosificación del trabajador, fruto del abuso de la posición de superioridad laboral sobre él, al concepto de trato degradante. Si es éste el sentido, asistimos entonces al nacimiento de una tercera categoría de atentado a la integridad moral *sui generis*, junto al trato degradante y las torturas, de “inferior intensidad lesiva para la integridad moral”<sup>34</sup>. Y, sin embargo, se castiga con la misma pena del trato degradante (art. 173.1, párr. 2º).

Pues bien, se ha acudido a este criterio interpretativo para “justificar” la necesidad de incriminar expresamente el acoso laboral como atentado a la integridad moral por no poderse encuadrar estrictamente en el trato degradante. Sin embargo, mantener este planteamiento distorsionaría la relación de complementariedad entre ambos delitos: la falta de acreditación de elementos singulares del tipo específico (art. 173.1, párr. 2º) propiciaría sustentar la resolución de tales prácticas de maltrato en ámbitos extrapenales<sup>35</sup> (véanse, por ejemplo, SAP de Castellón, Secc. 2ª, nº 98/2014, de 14 de febrero, SAP de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 2ª, nº 127/2012, de 27 de marzo).

No obstante, más que un planteamiento teórico, es un criterio exclusivamente asentado sobre una base comparativa de los pronunciamientos jurisprudenciales que han valorado comportamientos de trato degradante deducidos de hechos aislados que, en sí mismos, revisten especial intensidad; o, en última instancia, porque simplemente se señalaba que el delito de trato degradante “no ha sido aplicado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en ningún caso al acoso psicológico en el trabajo”<sup>36</sup>.

---

32 MIR PUIG, C.: “El acoso moral en el trabajo...”, cit., pp. 188, 191, 194. Mantiene este planteamiento, SAP de Santa Cruz de Tenerife, Secc. 2ª, nº 127/2012, de 27 de marzo, SAP de Valencia, Secc. 2ª, nº 300/2010, de 29 de abril, SSAP de Castellón, Secc. 2ª, nº 306/2007, de 5 de julio, nº 98/2014, de 14 de febrero. Véase, críticamente, POMARES CINTAS, E.: “El acoso en el trabajo basado en la alteración de condiciones de prestación de la actividad laboral...”, cit., pp. 85 y ss.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La incriminación del mobbing en derecho penal español...”, cit.

33 MIR PUIG, C.: op. cit., p. 194. Sin embargo, en la propuesta de tipificación del acoso laboral vertical que realiza este autor, se plantea la aplicación de una pena de prisión que supera el marco legal mínimo del art. 173.1 CP. Cfr. op. cit., pp. 217, 218, 229.

34 FERNÁNDEZ PALMA, R.: “Acoso laboral e inmobiliario...”, cit., p. 155. Tampoco identifican el acoso laboral grave –en su conjunto– con el trato degradante, a pesar de ser castigados con la misma pena, SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: op. cit., pp. 471 y ss., p. 475; SÁNCHEZ GARRIDO, J. A.: “La consideración penal del mobbing”, cit.; SANTANA VEGA, D.M.: “El nuevo delito de acoso laboral”, cit.; asimila el acoso grave a la entidad de la falta de vejaciones injustas, que se convierte en delito en estas situaciones, GÓMEZ RIVERO, Mª. C.: “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, En, (Martínez González, Mª I., Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 49.

35 Cfr. VILLEGAS FERNÁNDEZ, J.: “Presente y futuro del delito de acoso laboral...”, cit.

36 SAP de Valencia, Secc. 2ª, nº 300/2010, de 29 de abril.

No cabe duda de que el trato degradante, la gravedad del menoscabo de la integridad moral y la provocación de una situación humillante, forman parte de un conjunto de conceptos cuyo alcance resulta difícil de precisar<sup>37</sup>. Pero tampoco existe razón alguna para desterrar *a priori* el acoso laboral de la categoría de trato degradante porque ello se contrapone con la versatilidad de dicho concepto, niega su naturaleza circunstancial y valorativa<sup>38</sup>. En este sentido, basta recordar el debate que suscitó la calificación penal del ejercicio de violencia psíquica habitual en el ámbito familiar, que, como en el laboral, se ha invisibilizado tanto tiempo: se rechazó, en ocasiones, como trato degradante por carecer de la “nota de envilecimiento y humillación que corresponde al tipo penal del art. 173” (STS nº 489/2003, de 2 de abril); en otras, en cambio, fue considerado como tal. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, sobre intervención del Ministerio fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, reconocía la idoneidad del delito de trato degradante para castigar el maltrato psíquico. En síntesis, si la valoración de la violencia psíquica habitual en el entorno familiar o asimilado venció dicha controversia, la tipificación específica del acoso laboral vertical debía haber evitado incorporar el requisito negativo que analizamos, que sólo conduce a la confusión en el plano teórico y práctico<sup>39</sup>.

La decisión de regular el acoso laboral vertical grave junto al delito de trato degradante, y sancionarlo con la misma pena, obliga a buscar una explicación a dicha cláusula (“*sin llegar a constituir trato degradante*”). Parece desempeñar una doble función:

En primer lugar, la de reservar un ámbito propio de aplicación del delito de acoso laboral que permita englobar las características esenciales de esta modalidad de maltrato, la singularidad de su dinámica comisiva: en otras palabras, el delito de acoso laboral no podría conceptualmente atender a un episodio aislado de violencia de intensidad equivalente al trato degradante; su gravedad en relación con el bien jurídico integridad moral únicamente puede hacerse derivar de una valoración conjunta de los comportamientos que lo constituyen, que no pueden reunir, *individualmente considerados*, la severidad del delito de trato degradante genérico (art. 173.1)<sup>40</sup> porque, en tal caso, se aplicaría éste.

37 SAP de Lleida, Secc. 1ª, nº 163/2007, de 3 de mayo.

38 Por ejemplo, la STSJ del País Vasco, nº 1400/2008, de 17 de marzo, consideró delito de trato degradante un hecho aislado consistente en masturbarse en la cama de una compañera de trabajo que se encontraba ausente en la casa y dejar manchas de semen en la pared que hacía de cabecero y en las sábanas de la cama que previamente rasgó.

39 Vid. POMARES CINTAS, E.: “Una alternativa a las propuestas legislativas de tipificación del delito de acoso laboral”, cit.

40 Como señala el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2008, la reiteración es “precisamente, (...) la que concede relevancia penal a cada uno de los actos de acoso, cuya gravedad por separado (...) no puede constituir trato degradante, ya que, en tal caso, la conducta entraría en el ámbito típico del vigente artículo 173.1”. Vid. en esta línea, REBOLLO VARGAS, R.: op.cit., p. 219; OTERO GONZÁLEZ, P., POMARES CINTAS, E.: “El acoso laboral (mobbing)”, cit., p. 200; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: op. cit., p. 41; CARMONA SALGADO, C.: “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual...”, cit., pp. 12-13; BORONAT TORMO, Mª. M.: op. cit.; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Mª. I.: op. cit., p. 63; GALÁN MUÑOZ, A.: op. cit., p. 121; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: “La incriminación del mobbing en derecho penal español...”, cit., p. 241.

En segundo lugar, dado que el tipo penal de acoso nace con el propósito de compensar la amplitud y generalidad del delito de trato degradante, pero sin separarse de su naturaleza (gravedad) ni de su marco punitivo, la inclusión del citado requisito negativo tiene también la función de reclamar la posibilidad de aplicar, de modo alternativo, el delito genérico (en cuanto tipo residual). En suma, ambos delitos guardan una relación de complementariedad, pues el tipo específico describe una forma “igualmente” grave de lesionar el bien jurídico “integridad moral”<sup>41</sup>.

Especialmente interesante es el cambio de valoración jurisprudencial que se observa acerca de la trascendencia penal de las situaciones de grave acoso vertical en el contexto laboral. Actualmente, la vigencia del delito específico no ha impedido acudir al delito genérico. Su identificación con la categoría del trato degradante ha sido manifiesta y reiteradamente corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de otros Tribunales, recaída tras la aprobación –o su entrada en vigor– del delito de acoso moral en el trabajo: se ha aplicado el delito (genérico) de trato degradante (art. 173.1 CP) a situaciones de humillación derivadas de una pluralidad de actos realizados por quien se prevale de su posición de superioridad respecto de la víctima, que, aisladamente valorados, no alcanzan la entidad del trato degradante, pero sí desde una perspectiva de conjunto<sup>42</sup>: STS nº 325/2013, de 2 de abril, SAP de Madrid, Secc. 30ª, nº 427/2013, de 12 de noviembre (ambas resoluciones reconocen expresamente estar ante hechos constitutivos de un delito de acoso laboral, que no aplican porque su comisión fue anterior a su entrada en vigor), STS nº 945/2010, de 28 de octubre, SAP de Navarra, Secc. 1ª, nº 241/2013, de 17 de diciembre, SAP de Cantabria, Secc. 3ª, nº 533/2012, de 11 de octubre, SAP de Les Illes Balears, Secc. 2ª, nº 1/2013, de 14 de enero, SAP de Zaragoza, Secc. 6ª, nº 206/2011, de 1 de junio, SAP de Huelva, Secc. 3ª, nº 335/2010, de 23 de diciembre, SAP de Madrid, Secc. 16ª, nº 4/2010, de 29 de enero.

---

41 Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2008. CARMONA SALGADO, C.: op. cit., p. 3; GALÁN MUÑOZ, A.: op. cit., p. 121; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: op. cit., p. 41; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: op. cit. Véase, aplicando el delito específico de acoso laboral, SAP Lugo, Secc. 2ª, nº 140/2017, de 18 de julio; SAP Zaragoza, Secc. 3ª, nº 44/2017, de 16 de febrero.

42 El art. 173.1 CP brinda una protección más amplia en la medida en que se entiende aplicable tanto a las conductas aisladas como a las habituales que alcanzan, en su conjunto, la gravedad requerida. Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, sobre intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

Este número comparativamente creciente de sentencias condenatorias contrasta con las escasas recaídas en el periodo anterior a los trámites prelegislativos que condujeron al tipo penal de acoso laboral vertical<sup>43</sup>. Paradójicamente, el debate legislativo previo a la incorporación del nuevo delito tuvo la virtualidad de demostrar, sobradamente, la falta de necesidad del tipo específico – como dice la STS nº 325/2013, de 2 de abril, “sin precisar que se tipifique de forma específica el acoso laboral por la circunstancia de que la conducta se haya producido en el ámbito específico del trabajo”<sup>44</sup>- y sin perjuicio de la idoneidad de aplicar alternativamente, o en concurso, otros tipos penales (recuérdese la regla concursal del art. 177 CP<sup>45</sup>). Así, el delito de imposición de condiciones laborales ilícitas (art. 311 CP), que comprendería las hipótesis de acoso fundamentalmente basado en estrategias organizativas arbitrarias de la prestación laboral<sup>46</sup>, el delito relativo a la prevención de riesgos laborales –psicosociales (arts. 316-317) o, en el ámbito público, el delito de prevaricación administrativa (art. 404)<sup>47</sup>.

No considero satisfactoria la aplicación del delito de trato degradante realizado por funcionario público que abusa de su cargo (art. 175 CP) a las conductas de acoso protagonizadas por funcionario público porque entiendo que el autor no se prevale en sí de su carácter público para realizar dichas conductas, sino de una ordinaria posición de superioridad laboral en el ámbito interno. En consecuencia, la mayor pena y la relajación de los requisitos de este precepto –no exige necesariamente un menoscabo grave de la integridad moral- representarían un agravio comparativo frente a hipótesis paralelas de acoso en el ámbito de la empresa privada (véase, en este sentido, alegando más argumentos, AAP de León, Secc. 1ª, nº 48/2008, de 17 de marzo, STS, nº 325/2013, de 2 de abril).

Por otro lado, cabe subrayar que se ha aplicado también el delito de trato degradante (art. 173.1), en comisión por omisión, a los supuestos en los que no se impide el grave acoso laboral realizado por otro, cuando existe el deber de garante (ex art. 11 CP) de evitar el menoscabo de la integridad moral de las víctimas que se encuentra a cargo del autor omitente: es el planteamiento que mantiene la STS nº 325/2013, de 2 de abril, al sancionar por este título a un Jefe de policía local que no evitó, conociéndolo, el acoso laboral realizado por un mando (sargento de policía local) sobre funcionarias de

43 Cfr. POMARES CINTAS, E.: *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, cit., pp. 195 y ss.

44 Así también SAP Zaragoza, Secc. 3ª, nº 44/2017, de 16 de febrero, aunque aplica la nueva modalidad, si bien a través de la figura, aquí rechazable, del delito continuado contra la integridad moral. Interesante es la SAP de Barcelona, Secc.9ª, nº 275/2017, de 22 de marzo, que aplica el delito genérico de trato degradante a un supuesto de acoso horizontal entre compañeros de trabajo.

45 En este sentido, es significativa la incorporación de una cláusula concursal en la regulación del nuevo delito de acoso genérico, dentro de los delitos contra la libertad. Art. 172.3 ter CP: “Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso”. Delito introducido por LO 1/2015, de 30 de marzo.

46 Véase, SAP de Asturias, Secc. 8ª, nº 234/2005, de 9 de noviembre. Cfr. POMARES CINTAS, E.: *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, cit., pp. 234 ss.

47 Ante supuestos de acoso laboral vertical en la esfera pública. Así, véanse las SSTS nº 648/2007, de 28 de junio, nº 2140/1994, de 12 de diciembre, SSAP de Ávila, Secc. 1ª, nº 16/2005, de 4 de febrero, nº 33/2010, de 22 de febrero, SAP de Zaragoza, Secc. 1ª, 387/2008, de 29 de octubre, SAP Lugo, Secc. 2ª, nº 140/2017, de 18 de julio.

policía que se encontraban bajo su dependencia jerárquica. En cambio, el delito específico de acoso laboral vertical (art. 173.1, 2º párr. CP) plantea problemas de interpretación sobre su aplicabilidad en su forma omisiva<sup>48</sup>.

En suma, las repercusiones de la reforma de 2010 han intensificado el debate sobre la necesidad de un tipo específico de acoso laboral, y su problemática coexistencia con el delito de acoso sexual vertical, con el que comparte similares exigencias.

### **3. EL ACOSO LABORAL VERTICAL SUBSIGUIENTE AL ACOSO SEXUAL: IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA Y SU RESOLUCIÓN**

La regulación penal separada de los comportamientos de acoso vertical descendente en el marco de la relación de trabajo, y la coexistencia del delito de trato degradante genérico, generan importantes repercusiones en la práctica.

Una de sus manifestaciones más llamativas se evidencia a través de supuestos de grave acoso laboral que se conciben como represalia ante un acoso sexual previo, es decir, por el rechazo de la víctima a las reiteradas pretensiones sexuales por parte de quien se prevale de su posición de superioridad laboral (por ejemplo, véanse los hechos probados de la SAP de Guipúzcoa de 27 de junio de 2003, SAP de Madrid, Secc. 30ª, nº 427/2013, de 12 de noviembre, SAP de Madrid, nº 196/2011, de 17 de mayo y SAP de Valencia, Secc. 3ª, nº 223/2014, de 8 de abril).

Estas hipótesis de acoso laboral son factibles habida cuenta del dilatado intervalo temporal desde que se inicia el hostigamiento. En un primer momento, la pretensión de obtener “favores sexuales” de la víctima se manifiesta reiteradamente, y en diversas formas, pero con idéntica estrategia vejatoria, como refuerzo para lograrlo. En una segunda fase, una vez que se verifica la rotunda negativa de la víctima a las proposiciones sexuales, y como represalia, se reproducen las prácticas de maltrato en el marco de la relación de trabajo a través de reiterados comportamientos igualmente despreciativos y adversos, que trascienden, esta vez, el objetivo inicial de la pretensión sexual; una actitud idónea también para someter a la víctima a un estado insoportable en dicho ámbito.

Por ejemplo, como se desprende de las sentencias mencionadas, la amenaza de ejercer violencia física contra la víctima, diversas estrategias organizativas de la prestación laboral carentes de valor productivo, expresiones despreciativas ante los compañeros de trabajo, comentarios despectivos alusivos a los atributos sexuales del sujeto pasivo que no tienen el significado de pretensión de una conducta sexual, etc.

---

48 Cfr. POMARES CINTAS, E.: “El derecho penal ante el acoso en el trabajo: el proyecto de reforma penal de 2009”, cit., p. 72; FERNÁNDEZ PALMA, R.: op. cit., cit., p. 156; SUAY HERNÁNDEZ, C.: op. cit., p. 515; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: op. cit., p. 239.

Son, en definitiva, estrategias igualmente graves de acoso que marcan posiciones de dominio-sumisión con ocasión de la relación de trabajo.

La ubicación sistemáticamente separada de los delitos de acoso laboral vertical en el Código penal permite arbitrar una solución específica para las hipótesis que se analizan, de tal modo que englobe la relevancia penal de los comportamientos hostiles realizados contra la víctima. Así, se puede plantear un concurso real entre el delito de acoso sexual (art. 184.2 CP) y el acoso laboral del art. 173.1, 2º párr. (o bien, el delito de trato degradante genérico, como se ha señalado)<sup>49</sup>. Sin perjuicio de la aplicación de otros tipos penales, en su caso.

Sin embargo, estos supuestos no son adecuadamente valorados en la práctica. Los mecanismos acusatorios no suelen reparar en las características que se han puesto de relieve; aunque así lo hicieran, los pronunciamientos condenatorios tienden a aplicar exclusivamente el delito de acoso sexual (art. 184.2 CP; por ejemplo, SAP de Guipúzcoa de 27 de junio de 2003, SAP de Valencia, Secc. 3ª, nº 223/2014, de 8 de abril, SAP de Madrid, nº 196/2011, de 17 de mayo), una solución absolutamente insatisfactoria que no explica el conjunto de las actuaciones hostiles posteriores, con relevancia penal, desconectadas de cualquier propósito de solicitar a la víctima “favores sexuales”. Al respecto, resulta interesante, en la medida en que se distancia de esta solución privilegiada, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Secc. 30ª, nº 427/2013, de 12 de noviembre, que aplica el delito de trato degradante del art. 173.1 CP a unos hechos muy similares a los valorados por las sentencias antes citadas, que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del nuevo delito de acoso laboral<sup>50</sup>: aquí no se formuló acusación por el delito de acoso sexual, se pone el acento sobre la carga humillante del comportamiento reiterado del autor, que trasciende la significación de la pretensión sexual e instrumentaliza a la víctima en el marco de la relación de trabajo, alcanzando la gravedad del trato degradante.

En suma, decantarse, en estas hipótesis, por la sola aplicación del delito de acoso sexual distorsiona la valoración penal que merecen: es una respuesta manifiestamente privilegiada<sup>51</sup> en comparación con la gravedad de los comportamientos y sus posibles repercusiones sobre la salud mental de la víctima. Tampoco aquí se aprecia de modo autónomo el delito de lesiones psíquicas (art. 147.1 CP) imputables a los comportamientos de acoso (véanse SAP de Guipúzcoa de 27 de junio de 2003, SAP de Madrid, nº 196/2011, de 17 de mayo). Mientras que la calificación

49 Cfr. PÉREZ MACHÍO, A. I.: “Concreción del concepto jurídico de “mobbing”, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2004, p. 52; CARMONA SALGADO, C.: “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo...”, cit., p. 237; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: op. cit. Vid. al respecto, POMARES CINTAS, E.: “Delitos contra la integridad moral”, En, (J. M. Zugaldía, Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial. I. Un estudio a través de sistemas de casos*. 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 213 ss.

50 Especialmente, SAP de Guipúzcoa de 27 de junio de 2003, SAP de Madrid, nº 196/2011, de 17 de mayo.

51 POMARES CINTAS, E.: “Delitos contra la integridad moral”, cit.; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: op. cit.

del acoso laboral como modalidad de trato degradante no obstaculiza apreciar, en concurso ideal, el delito de lesiones<sup>52</sup>, la naturaleza sistemática del delito de acoso sexual, como atentado contra la libertad sexual, está cuestionando su compatibilidad con el delito de lesiones psíquicas, porque se entienden consumidas en aquel en virtud de la regla del concurso aparente de normas penales del art. 8. 3º CP<sup>53</sup>. En realidad, esta interpretación deriva de una aplicación extensiva e inadecuada<sup>54</sup> del Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 10 de octubre de 2003, que sostiene que las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de un delito de agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el Legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan absorbidas por aplicación del principio de consunción. Este criterio fue asumido por la STS nº 1460/2003, de 7 de noviembre, en un supuesto de acoso sexual (véanse, en otro sentido, los votos particulares incorporados a esta sentencia)<sup>55</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

La previsión de modalidades específicas de acoso vertical en el trabajo, que probablemente se ha justificado por su valor pedagógico y por contemplar sus singularidades (arts. 184.2, 173.1, 2º párr. CP), plantea problemas de distinta índole que cuestionan seriamente su conveniencia o utilidad<sup>56</sup>. No sólo cabe objetar el recurso a términos imprecisos, eminentemente valorativos, en la descripción de la conducta típica<sup>57</sup>, o el escaso efecto disuasorio de la pena. También hay que tener en cuenta que, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se eliminará la relevancia penal de las vejaciones injustas leves, es decir, la falta que se aplicaba cuando el acoso no reunía, en las circunstancias concretas, la gravedad requerida en los respectivos preceptos (anterior art. 620.2º CP). Como señala el Preámbulo de la reforma de 2015, las vejaciones injustas quedan al margen del ámbito penal “por tratarse de ofensas de carácter privado cuya reparación puede exigirse en la vía jurisdiccional civil o mediante

52 Han aplicado, en supuestos de acoso laboral, un concurso ideal entre el delito de trato degradante (art. 173.1 CP) y el delito de lesiones psíquicas (art. 147.1 CP), STS nº 945/2010, de 28 de octubre, SAP de Huelva, Secc. 3ª, nº 335/2010, de 23 de diciembre, SAP de Madrid, Secc. 16ª, nº 4/2010, de 29 de enero, SAP de Navarra, Secc. 1ª, nº 241/2013, de 17 de diciembre, SAP de Cantabria, Secc. 3ª, nº 533/2012, de 11 de octubre.

53 En este sentido, SAP de Guipúzcoa de 27 de junio de 2003.

54 Cfr. OTERO GONZÁLEZ, P.: “Acoso sexual”, cit., pp. 639-640; también, RAMOS TAPIA, I.: “Delitos contra la libertad sexual”, En, (J.M. Zugaldía Espinar/E. Marín de Espinosa, Dirs.), *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Un Estudio a través del sistema de casos resueltos*, 3ª ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 313; DAZA BONACHELA, Mª M.: “La intervención del orden penal como medida disuasoria”, cit., p. 95.

55 Hay algún pronunciamiento judicial anterior al mencionado Acuerdo no jurisdiccional que ha estimado la posibilidad de aplicar aquí el delito de lesiones, en concurso ideal (SAP de Jaén, nº 105/2002, de 16 de septiembre).

56 Como subraya REBOLLO VARGAS a propósito de las propuestas legislativas de tipificación, “lejos de solucionar los problemas no hace más que abundar en ellos”. Cfr. op. cit., p. 219; en esta línea, VILLACAMPA ESTIARTE, C: op. cit., que objeta el “casuismo arbitrario de que adolece la incriminación de los supuestos de acoso tras la reforma de 2010”; SANTANA VEGA, D.M.: “El nuevo delito de acoso laboral”, cit.

57 Cfr. REBOLLO VARGAS, R.: op. cit., pp. 222, 223; VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M.: “La impotencia de un legislador bienintencionado: el futuro delito de acoso inmobiliario”, En, Noticias. Jurídicas. com, 2010; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Mª I.: op. cit., p. 63; SÁNCHEZ TOMÁS, J.M.: op. cit., p. 468; GALÁN MUÑOZ, A.: op. cit., p. 120; BORONAT TORMO, Mª M.: op. cit.,

los actos de conciliación”. No se han convertido, como la mayoría de las faltas, en subtipo atenuado de los respectivos delitos (así, del delito de trato degradante del art. 173.1, o del acoso laboral del segundo párrafo): no se han tipificado como “delito leve”. Tampoco se ha flexibilizado el requisito de gravedad del menoscabo de la integridad moral del art. 173.1, ni del precepto que regula el acoso laboral, ni del que tipifica el acoso sexual (art. 184.1). En consecuencia, cuando el acoso no reúna la gravedad requerida, se podrá acudir, en su caso, a otros delitos que ya se han mencionado (art. 311, art. 404, etc.).

Por otro lado, si nada se ha modificado a este respecto, con la incorporación del delito de acoso laboral vertical (art. 173.1, 2º párr.) el Legislador ha consolidado un grosero agravio comparativo punitivo, desde diversos prismas, injustificable<sup>58</sup>; ha privilegiado los supuestos de acoso sexual vertical en el ámbito laboral (art. 184.2 CP), que, como se ha señalado, exige también el prevalimiento de una posición de superioridad laboral y la provocación de una “*situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante*” para la víctima (penas de prisión de 5 a 7 meses o multa de 10 a 14 meses). En este sentido, se ha criticado, de nuevo, la defectuosa técnica legislativa por su repercusión práctica<sup>59</sup>: no se entiende por qué está castigado con una pena inferior de la que resultaría si se aplicaran otras figuras delictivas relacionadas con la entidad de su injusto - delito de acoso laboral vertical (art. 173.1, 2º párr.), delito de amenazas condicionales de un mal no constitutivo de delito (art. 171.1 CP), o, en su caso, el delito de imposición de condiciones laborales ilícitas (art. 311 CP)<sup>60</sup>.

---

58 Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2008. Cfr. CARMONA SALGADO, C: “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo...”, cit., p. 186; POMARES CINTAS, E.: “Delitos contra la integridad moral”, cit., pp. 213 ss.; de la misma autora, “Acoso sexual”, 2014, cit.; DEL ROSAL BLASCO, B.: “Delitos de acoso laboral e inmobiliario”, cit., p. 196; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. I.: op. cit., p. 66; DAZA BONACHELA, M<sup>a</sup>. M.: op. cit., pp. 92, 102; SANTANA VEGA, D. M.: “El nuevo delito de acoso laboral”, cit.; de la misma autora, “Problemas concursales del nuevo delito de acoso laboral”, En (C. Mesa Marrero/C. Grau Pineda, Coords.), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, 2014.

59 Cfr. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2008; OTERO GONZÁLEZ, P., POMARES CINTAS, E.: “El acoso laboral (mobbing)”, cit., pp. 202 ss.; OTERO GONZÁLEZ, P.: “Acoso sexual”, cit., p. 639; RAMOS TAPIA, I.: “Delitos contra la libertad sexual”, cit., p. 312; DAZA BONACHELA, M<sup>a</sup>. M.: op. cit., p. 102; SANTANA VEGA, D. M.: “El nuevo delito de acoso laboral”, cit.; PEDREIRA GONZÁLEZ, F.: op. cit., p. 796.

60 Cfr. POMARES CINTAS, E.: “Acoso sexual”, cit.

Por tanto, la regulación específica del delito de acoso sexual vertical ha arrojado un resultado perturbador: constituye una “encerrona”, un precepto-trampa, que cierra el paso a esas otras figuras delictivas. En la medida en que el delito de acoso sexual vertical del art. 184.2 prevalece ante otros delitos que están más gravemente penados, supondrá una manifiesta desventaja para las víctimas del mismo. Este serio despropósito invita a preguntarse por el sentido de la tipificación específica (o separada) del delito de acoso sexual laboral vertical<sup>61</sup>. De la situación denunciada sólo cabe salir a través de una reforma legislativa: los graves defectos técnicos y las disfunciones penológicas que se han puesto de relieve por la doctrina y el Consejo General del Poder Judicial deben ser corregidos por el Legislador. Sólo así se podrá restablecer la merecida protección penal de las víctimas del acoso sexual vertical en el contexto de la prestación laboral. No parece que sea, por ahora, la voluntad del Legislador corregir este tratamiento penal desigual: no lo hizo en 2010, y tampoco lo ha hecho en 2015.

El delito de acoso sexual vertical representa, en la práctica jurisprudencial, una manifestación de violencia de género<sup>62</sup>: es una estrategia de sometimiento e instrumentalización de la mujer trabajadora que revela el menosprecio a la mujer por el hecho de serlo.

Por último, y por razones similares, cabe cuestionar también la necesidad de tipificar específicamente el acoso laboral vertical genérico. Ni la vigencia del delito específico ha impedido acudir al delito de trato degradante<sup>63</sup>, ni puede impedir aplicar otros tipos penales posibles. Servirá para engrosar el nutrido elenco de preceptos que no pueden ser calificados de otra forma que no sea “Derecho penal simbólico”<sup>64</sup>.

---

61 Vid. especialmente, OLAIZOLA NOGALES, I.: “El delito de acoso sexual”, TSJ y AP, Aranzadi, nº 1, 1998, pp. 27 ss.; de la misma autora, “El delito de acoso sexual: perspectiva penal y laboral”, En, (M. Corcoy Bidasolo, Dir.), *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002, pp. 565 y ss.; CARMONA SALGADO, C.: “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo...”, cit., pp. 186, 187; BOIX REIG, J.: (Dir.), *Derecho penal. Parte Especial, I*, Iustel, Madrid, 2010, p. 361; ORTS BERENGUER, E.: En, (T.S Vives Antón, /E. Orts Berenguer/J.C Carbonell Mateu/J.L. González Cussac, C. Martínez Buján), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 253. Vid. planteando una alternativa, OTERO GONZÁLEZ, P./POMARES CINTAS, E., “Coacciones e Integridad moral. Acoso laboral...”, cit., pp. 191-192.

62 Cfr. OTERO GONZÁLEZ, P.: “Acoso sexual”, cit., p. 631; VILLACAMPA ESTIARTE, C.: op. cit., p. 201; DAZABONACHELA, Mª M.: op. cit., pp. 78 ss.

63 Como señala CARMONA SALGADO, hubiera sido suficiente describir adecuadamente los contornos del delito de trato degradante. Cfr. “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario...”, cit., p. 14; LAFONT NICUESA, L.: *El delito de acoso moral en el trabajo*, cit. (Documento TOL1.348.888, <http://www.tirantonline.com>); CRUZ MÁRQUEZ, B.: “La aplicabilidad del delito de trato degradante cometido por particulares (art. 173.1 del CP) frente al acoso moral en el trabajo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* (BIB 2010\1383); SANTANA VEGA, D.M.: “El nuevo delito de acoso laboral”, cit.

64 Cfr. REBOLLO VARGAS, R.: op. cit., p. 232; MUÑOZ CONDE, F.: “Diversas modalidades de acoso punible en el código penal”, cit., pp. 24, 25.

## BIBLIOGRAFÍA

BORONAT TORMO, M<sup>a</sup>. M.: “Desde el acoso laboral al delito de acoso. Criterios de delimitación (RJCIV 44/2012)”, Documento TOL2.664.592, 10/2012 (tirant on line).

BOIX REIG, J.: (Dir.), *Derecho penal. Parte Especial, I*, Iustel, Madrid, 2010.

CARMONA SALGADO, C.: “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (mobbing)”, *Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004; de la misma autora, “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la LO 5/2010”, *Revista La Ley Penal*, nº 81, abril de 2011.

DAZA BONACHELA, M<sup>a</sup> M., “La intervención del orden penal como medida disuasoria”, En, (A. Rubio Castro /J.M<sup>a</sup> Gil Ruiz, Ed.), *Las medidas disuasorias frente al acoso sexual y por razón de sexo* Dykinson, Madrid, 2012.

DEL ROSAL BLASCO, B., “Delitos de acoso laboral e inmobiliario”. En, (L. Morillas Cueva, Dir.), *Sistema de Derecho penal español, Parte Especial*, Dikynson, 2011.

GONZÁLEZ RUS, J.J., “Los delitos contra la libertad sexual”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 59, 1996.

ESCUADERO MORATALLA, J. F., POYATOS i MATAS, G., *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*, 2<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 2005.

FERNÁNDEZ PALMA, R., “Acoso laboral e inmobiliario (arts. 172.1, párrafo tercero y 173.1, párrafos segundo y tercero CP)”, En, (G. Quintero Olivares, Dir.), *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*, Aranzadi, 2010.

GALÁN MUÑOZ, A.: “A la búsqueda del injusto típico propio del delito de acoso sexual”, En, (Martínez González, M<sup>a</sup> I., Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> C.: “El derecho penal ante las conductas de acoso persecutorio”, En, (Martínez González, M<sup>a</sup> I., Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

LAFONT NICUESA, L.: *El delito de acoso moral en el trabajo*. Tirant lo blanch, Valencia, 2008.

LEYMANN, H., *Mobbing. La persécution au travail*, 1996.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. I.: “Las conductas de acoso como delitos contra la integridad moral”, En, (Martínez González, M<sup>a</sup> I., Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> I., MENDOZA CALDERÓN, S.: “El acoso en Derecho penal: Una primera aproximación al tratamiento de las principales formas de acoso”, *Revista Penal* (18), 2006.

MIR PUIG, C.: “El acoso moral en el trabajo (*mobbing*) y en la escuela (*bullying*) y el derecho penal”, En, (C. Mir Puig, Dir.), *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

MUÑOZ CONDE, F.: “Diversas modalidades de acoso punible en el código penal”, En, (Martínez González, M<sup>a</sup> I., Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; del mismo autor, *Derecho Penal, Parte Especial*, 19<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

NARVÁEZ BERMEJO, M.A.: *Delitos contra los derechos de los trabajadores y la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: “Aspectos esenciales del nuevo delito de acoso laboral y sus antecedentes jurisprudenciales como trato degradante”, *Diario La Ley*, 23 de diciembre de 2010 (14429/2010).

OLAIZOLA NOGALES, I., “El delito de acoso sexual”, *TSJ y AP*, Aranzadi, n<sup>o</sup> 1, 1998, p. 36; de la misma autora, “El delito de acoso sexual: perspectiva penal y laboral”, En, (M. Corcoy Bidasolo, Dir.), *Derecho penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2002.

ORTS BERENGUER, E., En, (T.S Vives Antón,/E. Orts Berenguer/J.C Carbonell Mateu/J.L. González Cussac, C. Martínez Buján), *Derecho Penal. Parte Especial*, 2<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

OTERO GONZÁLEZ, P., “El nuevo delito de acoso sexual (tras su modificación por LO/11/1999, de 30 de abril)”, *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 1, 2000; de la misma autora, “Acoso sexual”, En, (F.J Álvarez García, Dir.), *Derecho penal español, Parte Especial, I*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

OTERO GONZÁLEZ, P., POMARES CINTAS, E., “Coacciones e Integridad moral. Acoso laboral: arts. 172.1, 173.1 y 184 CP”. En, (F.J. Álvarez García/J.L. González Cussac, Dirs.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010; de las mismas autoras, “El acoso laboral (mobbing)”, En, (F.J. Álvarez García/J.L. González Cussac, Dirs.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F., “Principales problemas sustantivos y procesales del delito de acoso sexual (Doctrina y Jurisprudencia)”, *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PÉREZ MACHÍO, A.I.: *Mobbing y Derecho penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007; de la misma autora, “Concreción del concepto jurídico de “mobbing”, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”, *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2004.

POMARES CINTAS, E., “Delitos contra la integridad moral”, En, (J.M. Zugaldía, Dir.), *Derecho Penal. Parte Especial. I. Un estudio a través de sistemas de casos*. 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; de la misma autora, “¿Protección penal específica del derecho a no sufrir acoso en el trabajo?”. En, (F.J. Álvarez García, Dir.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La Política criminal europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009; de la misma, “El acoso en el trabajo basado en la alteración de condiciones de prestación de la actividad laboral. Análisis de los planteamientos prelegislativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre su regulación penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 67, 2009; de la misma, “¿Existe dificultad de encontrar un acomodo típico-penal para el acoso laboral? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (sección 1ª), de 20-10- 2008, núm. 360/2008”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 780, 2009; de la misma, “Una alternativa a las propuestas legislativas de tipificación del delito de acoso laboral”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 795, 2010; de la misma, “El derecho penal ante el acoso en el trabajo: el proyecto de reforma penal de 2009”, *Revista Temas Laborales*, nº 105, 2010; de la misma, “La protección penal de los trabajadores frente a los riesgos psicosociales través de los artículos 316 y 317 del Código penal”, *Revista de Derecho Penal*, nº 34, 2011; de la misma, *El Derecho penal ante la explotación laboral y otras formas de violencia en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; de la misma autora, “Acoso sexual”, En, (Rivas Vallejo/Barrios Baudor, Dirs.), *Violencia de género: perspectiva multidisciplinar y práctica forense*. Ed. Aranzadi, 2ª ed., 2014.

POMARES CINTAS, E./FUENTES OSORIO, J.L.: “La regulación penal en Alemania y España del acoso moral en el trabajo”, En, *Anuario Internacional sobre Prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo*, 2010.

PURCALLA BONILLA, M.A.: “Tratamiento jurídico del mobbing y de otros riesgos psicosociales”, En, *Mobbing-Opinión.com*, Estudios Jurídicos, 2004 (mobbing.nu).

RAMOS TAPIA, I., “Delitos contra la libertad sexual”, En, (J.M. Zugaldía Espinar/E. Marín de Espinosa, Dirs.), *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I. Un Estudio a través del sistema de casos resueltos*, 3ª ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

REBOLLO VARGAS, R.: “Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código penal”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, T. 60, 2007.

SÁNCHEZ GARRIDO, J. A.: “La consideración penal del mobbing”, *Diario La Ley*, nº 7612, 2011, La Ley 5891/2011.

SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: “Los delitos de acoso laboral e inmobiliario”, (F.J Álvarez García, Dir.), *Derecho penal español, Parte Especial, I*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SANTANA VEGA, D. Mª.: “El nuevo delito de acoso laboral”, En, *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; de la misma autora, “Problemas concursales del nuevo delito de acoso laboral”, En (C. Mesa Marrero/C. Grau Pineda, Coords.), *Mujeres, contratos y empresa desde la igualdad de género*, 2014.

SIERRA LÓPEZ, Mª. V., “La provocación en la víctima de “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante” en el delito de acoso sexual”, En, (Martínez González, Mª I., Dir.), *El acoso: tratamiento penal y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SUAY HERNÁNDEZ, C.: “El acoso moral. Algunas consideraciones criminológicas y penales”, En, (H. Hormazábal Malarée, Coord.), *Estudios de Derecho Penal, En memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, Ed. Ubijus, México D.F., 2011.

VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Stalking y derecho penal. Relevancia jurídico-penal de una nueva forma de acoso*. Iustel, 2009; de la misma autora, “La incriminación del mobbing en derecho penal español: los claroscuros del delito de acoso laboral”, *Revista de Derecho y Proceso penal*, 30, 2012.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, J., “Presente y futuro del delito de acoso laboral (Comentario a la sentencia de 27 de septiembre del año 2006 del juzgado de lo penal número uno de Jaén.)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 731, 28 de junio de 2007; del mismo autor, “La impotencia de un legislador bienintencionado: el futuro delito de acoso inmobiliario”, En, *Noticias. Jurídicas. com.*, 2010.

III.

## MORAL HARASSMENT IN THE WORKPLACE. THE SITUATION IN POLAND

**Agata Ludera-Ruszel**

*Department of Law and Administration  
University of Rzeszow (Polonia)*

**Summary** 1. Introduction: the concept and the personal scope of protection against moral harassment in the workplace. 2. The prevention of moral harassment in the workplace: the duties of employer. 3. The protection against moral harassment under labour law. 3.1. Responsibility of the employer. 3.2. Responsibility of other (than employer) persons. 4. The protection against moral harassment under civil law. 5. The protection against moral harassment under criminal law. 5.1. Moral harassment an offence against employees' rights. 5.2. Moral harassment and other types of offences. 6. The role of the national labour inspectorate in the protection against moral harassment. 7. Conclusions. Bibliography.

## 1. INTRODUCTION: THE CONCEPT AND THE PERSONAL SCOPE OF PROTECTION AGAINST MORAL HARASSMENT IN THE WORKPLACE

The concept of ‘moral harassment’- in Poland known as *mobbing* - has been implemented in the Polish Labour Code<sup>65</sup> by an amendment of 14 November 2003<sup>66</sup>. Under Article 94<sup>3</sup> § 2 LC moral harassment is understood as “any act or behaviour relating to an employee or targeted against an employee that involves persistent and long-term bullying or intimidation, resulting in lower self-evaluation by the employee of his professional abilities, with the purpose or effect of humiliating or ridiculing, isolating or eliminating that employee from the team”. The accepted definition of moral harassment is based on the one much earlier provided to by Swedish psychologist Heinz Leymann just until 1980s, that focuses on the psychological dimension of moral harassment that involve repeated, non-physical acts with a humiliating effect on the victim (Leymann, 1990: 11).

The defining structural elements of the workplace moral harassment under Article 94<sup>3</sup> § 2 LC must be cumulatively fulfilled<sup>67</sup>. Because of their general and imprecise meaning, these elements have been mostly shaped by doctrinal work and by a jurisprudential analysis. The recent case law represents rather an inclusive approach to this concept. As indicated by the Polish Supreme Court, defining elements of the moral harassment can’ be understood in an abstract manner, but has to be clarified by reference to the overall circumstances of every specific case<sup>68</sup>. This relates, in particular to the condition of ‘durability’ of bullying or intimidation, that must be examined on a case by case basis having regard to the individual circumstances specific to each case, which means that no specific ‘qualifying period’ is necessary in this regard<sup>69</sup>.

Since the application of labour law in Poland is built around a binary division between an ‘employment relationship’ and all other, different forms of ‘paid employment’ (Krzysztof Baran, 2015: 22). The concept of moral harassment under Article 94<sup>3</sup> § 2 LC and the protection conferred with this provision is limited only to work performed in an employment relationship, meaning as an employee-employer relation of a performance a continuous, paid and personal work by employee under subordination and dependence of employer who assume the risk of this relationship by itself (Teresa Liszcz, 2011: 100-101; Florek, 2017: 48-49)<sup>70</sup>. With regard to employees the protection against

65 Act of 26 June 1974 - The Polish Labour Code, Journal of Laws from 2019, item. 1040 – hereinafter referred to as LC.

66 Act of 14 November 2003 on Amending the Labour Code and Some other Acts, Journal of Laws from 2003, no. 213, ite. 2081.

67 Case I PK 165/13 of 11 February 2014 *A.T. v. N Sp. z o.o.*

68 Case III PK 6/18 of 29 January 2019 *R.Ł. v. Concert Hall in L.*

69 Case I P K 176/06 of 17 February 2007 *Aleksandra M. v. L Sp. z o.o.*

70 Case III AKa 791/18 of 6 December 2018 *E.K. and B.K. v. The National Healthcare Fund*; Case III AUa 246/18 of 4 December 2018 *R.C and W.C. v. The National Healthcare Fund*.

workplace moral harassment is based on the more general provision of Article 11<sup>1</sup> LC that implies on employer an obligation to respect the dignity and other personal rights of an employee and on the Article 15 LC and Article 207 § 2 LC that both stipulate the employer's obligation to protect employee's life and health by safe and hygienic working conditions (Cieślak, Stelina, 2003: 70).

Workers who perform work in other, than employment relationship, work relations may only use a general civil and criminal law provisions to seek a protection against actions of their employer (client) that fulfill the constitutive elements of moral harassment. This refer to the provisions of Civil Code on a protection of personal rights, such as health, life, reputation (Article 24 of the Polish Civil Code<sup>71</sup>) and the provisions of Criminal Code on protection against criminal acts directed against health, life and reputation (Article 156, Article 157, Article 190, Article 191, Article 194, Article 197, Article 207, Article 212, Article 216 of the Polish Criminal Code<sup>72</sup>). The protection against humiliating acts in any work relation is based on the constitutional principle of protection of (every) human work (Article 24 of the Polish Constitution<sup>73</sup>). The protection of human work serves to protect a human dignity that is “inviolable and its respect and protection is the obligation of the public authorities” (Article 30 of the Polish Constitution) (Dral, Bury, 2014: 236). The protection of dignity in the workplace with regard to every work relations is reflected in a number of more a specific constitution rights, mainly the protection of human life (Article 38 of the Polish Constitution), protection of human reputation and integrity (Article 47 of the Polish Constitution), right to safe and hygienic working conditions (Article 66(1) of the Polish Constitution) and right to protect human health (Article 68(1) of the Polish Constitution).

## 2. THE PREVENTION OF MORAL HARRASMENT IN THE WORKPLACE: THE DUTIES OF EMPLOYER

The Article 94<sup>3</sup> § 1 LC impose on employer a general obligation to act against a moral harassment in the workplace. This provision gives rise to a broad responsibility of employer for a moral harassment, that include not only his own acts, but also acts of other persons, managers or other employees, whether or not these persons act prior to his (employer) knowledge or consent (Szewczyk, 2012: 153). Neither in Polish Labour Code, nor in other labour laws, are provisions that laid down more specific rules regarding protection against moral harassment in the workplace, making it possible to determine whether employer comply with his duty. It is broadly accepted that this employer's duty includes both the preventive actions and actions aimed at dealing with the negative effects of moral harassment (Szewczyk, 2012: 155)<sup>74</sup>. This general obligation is – not without difficulty - filled by the doctrine and juris-

71 The Act of 23 April 1964 – Civil Code, Journal of Laws from 2019, item. 1145 – hereinafter as CC.

72 The Act of 6 June 1997 – Criminal Code, Journal of Laws from 2019, item. 1950 – hereinafter as PCC.

73 The Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997, Journal of Laws from 1996, no. 78, item. 483.

74 See also case II PK 149/14 of 21 April 2015 *D.K. v. Theater*.

prudence. In the case *Joanna P. v. College of Health Promotion* Polish Supreme Court has indicated that employer should take a genuine actions that will be objectively necessary to prevent a moral harassment in the workplace. This confirms that an assessment is contextual and should depend on the circumstances of a specific case. The appropriate measures can, in particular, take the form of employee training, informing employees about dangers and effects of moral harassment or internal procedures allowing for detection and desist of moral harassment, when it exists, elimination of negative consequences of moral harassment (Kurkowska, 2016: 61; Jęderek, 2007: 73)<sup>75</sup>. The measures implementing employer's obligation to prevent moral harassment should be covered by an internal anti-mobbing policy that can be included in internal workplace regulation or collective agreement (Gersdorf, Reczyńska-Ratajczak, 2007: 31; Semena, 2016: 87-102). An important part of internal anti-mobbing policy should be a complaint procedure based on the activity of internal Anti-Mobbing Committee Semena, 2016: 96).

The position of the Polish Supreme Court on the employer's obligation to prevent moral harassment in majority comply with the preventive actions against workplace moral harassment provided for by the World Health Organisation (WHO) (Agnieszka Krzemień, 2017: 161). In this regard, WHO has recommended to undertake a three type of actions that includes: primary, secondary and tertiary prevention. Primary prevention is aimed at elimination or reduction of aggression by shaping an appropriate organisational culture that guarantee a high level of security for employees. This includes a promotion of fair-play rules, training on how to cope with difficult situations at work, resolve workplace conflicts and effective communications addressed to employees and managers. Secondary prevention involves any activities aimed at mitigating the negative consequences of moral harassment and creating an internal procedure to monitoring and documentation of actions that fulfill the elements of moral harassment. Tertiary prevention is address to victims of moral harassment and is aimed at providing them with an assistance and help that include psychological, medical and legal assistance.

---

75 See also Case I PK 35/11 of 8 August 2011.

### 3. THE PROTECTION AGAINST MORAL HARASSMENT UNDER LABOUR LAW

#### 3.1. Responsibility of the employer

According to Article 94<sup>3</sup> § 3 k.p. an employee for whom a moral harassment has caused health problems may claim a compensation from the employer as a money equivalent for the damage sustained. In this case the burden to prove a moral harassment, a health disorder, damage and direct casual link between conduct of employer and damage, lies on employee (Jaworska, 2015: 93)<sup>76</sup>. A health disorder as a condition for a compensation must be objectively justified, which means that subjective perceived feelings of employee are not sufficient in this regard (Urszula Jackowiak, 2004: 462)<sup>77</sup>. This comply with the general rules for claiming compensation for damage in civil matters, with the exception for a compensation for the infringement of personal rights of worker and discrimination in the workplace, in which a burden of prove that unlawful acts does not exist, rests with employer. An employer responsibility for a moral harassment is an example of tortious liability<sup>78</sup>. An employer's liability for his own acts is fault-based (Article 415 CC<sup>79</sup>), and as indicated by a Polish Supreme Court, it covers both intentional and non-intentional fault<sup>80</sup>. The situation is different in case of employer responsibility for acts of other persons, that is then risk-based (Skoczyński, 2005: 468) (Article 430 CC<sup>81</sup>).

The duty of employer to redress damage caused by a moral harassment is based on civil rules for redressing damage inflicted on a person by delict (Maniewska, 2019). Article 444 CC regulates the scope and mode of redressing economic damage in the form of a bodily injury or a disturbance of health. The redress of other economic and non-economic damage, if they are inflicted directly on a human being, are regulated under Articles 445 CC and 448 CC – the redress of non-economic damage. The redress for an economic damage covers all resulting costs (including medical treatment costs, diagnosis, therapy and rehabilitation), that upon a demand of injured person should be deposit, in advance by a disable person. If the injured person was permanently disabled, then the person disable should also deposit the sum needed to cover the costs of his training for another occupation. Moreover, the injured person may claim an appropriate pension if he has completely or partially lost

76 Case II PK 112/06 of 5 December 2005 *Janusz J. v. City Hall in D.*

77 Appeal Court in Wrocław case II APa 28/12 of 27 September 2012.

78 The Polish Supreme Court case II PK 228/06 of 29 March 2007 *Agnieszka W. v. Łukasz P.*

79 Article 415 CC states that whoever, through his fault, has caused damage to another person is obliged to redress it.

80 Case I PK 203/09 of 16 March 2010 *Regina S.P. v. Clinical Hospital in K.*

81 Article 430 CC states that, if a supervisor has entrusted the performance of the act to a subordinate, then the supervisor is disable for the damage regardless of his fault only when the subordinate (perpetrator of the damage) is at fault.

his ability to be employed or if his needs have increased or the chances of his future success have decreased. The injured person may also claim pecuniary compensation for the wrong suffered for non-economic damage. The compensation for a moral harassment based on civil rules for redressing damage inflicted on a person by delict is at the court discretion. Based on the Article 94<sup>3</sup> § 3 LC it is accepted that the compensation equivalent to the damage suffered by an employee – victim of moral harassment, should reflect the kind of health injury, the intensity of physical and mental pain, the length of disease, the behaviour of person liable, lasting effects of injury, including its irreversibility (Dörre-Nowak, 2008: 494). As indicated by an Appeal Court in Katowice in every case the amount of compensation should not be only symbolic, but should be sufficiently high so as to be economically tangible for a person liable<sup>82</sup>.

As follows from the Article 94<sup>3</sup> § 4 LC an employee who terminates his employment contract as a result of workplace moral harassment has the right to claim compensation from the employer in an amount not lower than the minimum remuneration for work, as specified under separate provisions<sup>83</sup>. In this case, according to Article 94<sup>3</sup> § 5 LC, the employee's statement on the termination of the employment contract must be made in writing, indicating the reason referred to in § 2 of this provision, that justifies the termination of the contract. This provision creates an exception from the general rules on the form of the employee's statement on the termination of employment, that can be made in any form, including in oral (Liszczy, 2011: 153). The lack of a written form of this employees' statement excludes the possibility to claim compensation under Article 94<sup>3</sup> § 4 LC. (Jaworska, 2015: 96). The law does not provide for any specific time limit for a termination by employee of employment relationship due to the moral harassment (Romer, 2005: 3). The compensation under Article 94<sup>3</sup> § 4 LC. do not depend on the way of the termination of employment contract by employee was done, notably termination without notice due to employer's fault is not necessary (Article 55 § 1<sup>1</sup> LC<sup>84</sup>) is not required (Jerzy Wratny, 2016: 322). In case of termination of employment contract without notice under Article 55 § 1<sup>1</sup> LC an employee has an additional claim for a compensation under this provision. Article 94<sup>3</sup> § 4 LC does not provide for a maximum limit for a compensation claimed by an employee. It is accepted that the right to compensation is generally not depend on the damage suffered by an employee, since then an employee maintain a right to a minimum amount of compensation (in the amount equivalent to the amount of minimum remuneration for work). If an employee suffered a damage, then he is entitled to a compensation equivalent to a full damage (Sobczyk, Dörre-Nowak, 2006: 523).

---

82 Case III APr 43/94 of 3 November 1974.

83 This is the Minimum Remuneration Act of 10 October 2002, Journal of Laws from 2002, no. 200, item. 1679 as amended.

84 Based on the grave violation of the basic obligations by the employer towards the employee.

### 3.2. Responsibility of other (than employer) persons

Considering that the responsibility of an employer for a moral harassment cover the actions and behaviour of other persons, then an employee can claim a compensation directly from an employer. In this case the liability of employer for an acts of another person is based on Article 430 CC that states that if a supervisor has entrusted the performance of the act to a subordinate, then the supervisor is liable for the damage regardless of his fault only when the subordinate (perpetrator of the damage) is at fault. An employer who has provided a compensation to an employee has then a recourse to the person who caused a damage (Article 441 § 3 CC). When a person directly liable for a moral harassment is an employee then the scope of his recourse responsibility to his employer, depends on whether it was intentionally or non-intentionally fault by him, since such a division follows directly from the Article 119 LC and 122 LC. If a damage was inflicted because of non-intentional guilt of a person concerned then his recourse liability is limited and can't exceed three months remuneration due to the employee on the date the damage was caused. If a damage was caused intentionally then a liable person is obliged to compensate it in full.

The moral harassment can be considered as breach of an employees' duty to respect the principles of community co-existence in work establishment (Article 100 § 1 point 6 LC) (Wratny, 2016: 322) and employee's duty to respect the interest of the work establishment (Article 100 § 2 point 4 LC) (Ziółkowska, 2015: 240). Both are considered as primary duties of an employee for a purpose of termination of employment relationship by employer without notice in the case of employees fault (Baran, 2016: 406, 409). When an act or behaviour of employee that constitute a moral harassment was intentionally fault, then an employer may terminate an employment relationship with such as an employee without notice under Article 52 § 1 pint 1 LC (Wratny, 2016: 322)<sup>85</sup>. It should be noted that the termination of a contract of employment without notice in the case of the employee's own fault may not take later than one month after the moment the employer was made aware of the circumstances justifying termination (Article 52 § 2 LC).

---

85 See also The Polish Supreme Court case I PK 290/04 of 29 June 2005 *Urszula O. v. Meat Establishment in P. Sp. z o.o.*

#### 4. THE PROTECTION AGAINST MORAL HARASSMENT UNDER CIVIL LAW

Due to the general and imprecise meaning of the structural elements of moral harassment under Article 94<sup>3</sup> § 2 LC it would be often difficult to prove that a moral harassment has occurred. It relates, in particular to the condition of “long and repeated psychological acts” that must be demonstrated by a victim. As an alternative for these hardships can serve a protection of a personal rights (Maniewska, 2019). This is because of the fact that the protection of personal rights – contrary to the protection against moral harassment - is facilitated by a presumption of illegality for violations of personal rights (Nazaruk, 2019: 100). This presumption obliges every person who infringes a personal right to prove that the infringement was justified in the particular case (Piasecki, 2003: 190). This means that a person who considers the infringement of her personal right should only provide what personal right is under a consideration in a particular case (has been infringed) and prove that this personal right has been breach or is at risk of breach (Nazaruk, 2019: 100).

Under Polish civil legislation there is no legal definition of ‘personal rights’. This concept is shaped by a doctrine and judiciary. It is generally accepted that a personal rights considered to be a non-material goods, closely related to an individual, that are decisive for their dignity, existence, position in society and make them, physical and psychological, unique, that are accepted in society and recognized by a law (Szpunar, 1979: 106; Pazdan, 2002: 80-81; Stanisław Rudnicki, 1992: 34)<sup>86</sup>. Article 23 CC provides only a non-exhaustive list of personal rights that are under protection. This consistent with a nature of personal rights which evolve in line with rapid changes in society (Nazaruk, 2019: 98).

Due to the absolute character of personal rights the responsibility for their infringement is irrespective of fault and based only on illegality of violation. As indicated by an Appeal Court in Warsaw civil protection of personal rights is based on a concept of a ‘genuine illegality’ which means that the responsibility under Article 24 CC covers not only a behaviour towards a concrete victim, but also any other (abstract) person<sup>87</sup>. It is accepted that the assesment, of whether an infringement of personal right has occurred in a particular case, is objective, that means that the court does not examine a subjective feelings of a victim, but it focuses on an assesment of an average, honest and reasonable person and examine what would be a presumed feelings of such a person to a concrete infringement under a conditions of a particular case<sup>88</sup>. Some authors admit the need to adjust this assesment to the established customs of a given society (community), if the infringement concerned has occurred within this society (Kordasiewicz, 1975: 17 and subsequent).

---

86 The Appeal Court in Warsaw I ACa 137/2019 of 25 July 2019.

87 Case I ACa 84/2018 of 15 May 2019.

88 The Polish Supreme Court case II CSK 158/2018 of 15 May 2019 M.S. v. A.B.. The Appeal Court in Warsaw case I ACa 168/2018 of 18 April 2018.

Moral harassment in every case affects personal rights. Typically, this includes a health, reputation and life of an employee. In judiciary it is considered as personal rights a right to safe and hygienic working conditions<sup>89</sup>. Because a personal rights are protected under a civil law, this protection is also available for a person that provides their work under other, than an employment relationship, work relations, who are not covered by a protection against moral harassment that – as mentioned - is only an institution of labour law. Irrespective of whether a claim is raised by an employee or a worker in other work relations, it is a civil court that would be competent to consider such a case. This alleviate a protection of employee whose claims are typically considered by a labour court and examined – as a labour case - under a specific procedure. As follows from the Article 24 § 3 CC the civil protection of personal rights shall not prejudice the entitlements provided for by other provisions, which also includes the protection of personal rights under labour law (Irena Boruta, 1998: 18). This is directly implemented by Article 11<sup>1</sup> LC that obliges an employer to respect the dignity and other personal rights of employees. This duty, alike as a duty to act against moral harassment, is broad and includes a duty to prevent and counteract an infringement by an other person that act under his (employer) supervision<sup>90</sup>. In case of an infringement of other, than employer, person the responsibility of an employer is directly based on an Article 24 CC and considered as breach of employer duty to prevent an infringement to personal rights of employees<sup>91</sup>.

Under Article 24 § 1 and § 2 CC a person (an employee and person who works under other work relations) whose personal rights are jeopardized by another person's action (employer or another worker) may demand: that the person who has infringed their right cease the infringement (1); in case of violation, he may also demand that the person who committed the violation performs acts necessary to remove its consequences, in particular that the latter make a statement of a relevant content and in a relevant form (2); he may also demand a pecuniary compensation for a moral damage (3) or a payment of an adequate amount of money for a specified community purpose (4); if financial damage was inflicted, the injured party may demand a redress (5). It is generally accepted a possibility to claim at the same time all these claims that are a combination of both preventive and repressive measures (Piasecki, 2003: 193; Kędzierska-Cieślak, 1981: 196-197).

With regard to the first claim it would be justified when under a circumstances of a particular case it may be expected any subsequent infringements of a personal right concerned. When there is no such a risk, then a claim would be deemed as unjustified (Cisek, 2016: 114-115). An employee must to prove what kind of activities of employer (another person) present a risk to his personal right. The court would then precisely determine the conditions of the prohibition of the infringements of a personal right concerned<sup>92</sup>. The court decision may be judiciary enforced (Bidziński, Serda, 1986: 79-81).

89 The Polish Supreme Court case II PK 311/08 *K.W. v. Jeronimo Martins Dystrybucja S.A. in K.*

90 The Polish Supreme Court case II PK 189/10 of 2 February 2011 *M.K. v. N.P. Sp. z o.o.*

91 The Polish Supreme Court case I PK 291/08 of 7 April 2010 *Krystyna M. V. P. Voivodeship Office in G.*

92 The Polish Supreme Court case II CR 220/71 of 9 July 1971 *Michał K. v. Wiktoria S.*

A statement as a form action taken by an employer (other person) to remove or mitigate the effects of infringement of personal right in case of moral harassment would often include an apology. Given a circumstances of infringement of personal rights that constitutes an element of moral harassment, it may be important for a victim that the statement of employer (other person) be public and would be received by co-employees, having then a preventive dimension. It is stressed that, in every case, the measures taken it should be then tailored to the circumstances of a particular case and appropriate, given a real satisfaction to a victim (Grzybowski, 1957: 159-160).

The claim for a compensation for a damage to property is raised under a general civil rules of Article 415 CC and subsequent provisions on civil delicts.

The most problematic is in practice a claim for a compensation for a moral damage, since the assessment is under a discretion of a court. The Article 448 CC, that serves a basis for a compensation for a moral damage in case of violation of a personal interest, states only that the amount of a compensation should be “appropriate”, without providing any detailed criteria for an assessment, that are shaped by a doctrine and judiciary. The Polish Supreme Court has indicated that by assessing the compensation for a moral damage the all circumstances of a particular case should be taken into account, namely the fault of perpetrator, including the intensity of fault, kind of personal interest concerned, intensity and lasting of moral damage and level and sustainability of negative consequences for a victim<sup>93</sup>. In the majority of cases of claims for a compensation for a moral damage it granted when the right holder has proved the fault of the infringer, although generally the fault – as mentioned before- is not a condition for a protection of personal interests under Article 24 CC. In a doctrine it is generally accepted that a compensation is “appropriate” only when it gives a victim a moral satisfaction and at the same time means a repression for an infringer (Piszczek, 1981: 154-155).

From a perspective of a moral harassment, it is worth to mention, that in case of protection of personal rights, an employee has a broader opportunity as regards claim for compensation for a damage to a property and moral damage that are not – as in case of moral harassment – conditioned on effect of bodily harm or a health disorder (Article 44 CC and 445 CC). Therefore the protection based on a provision of personal rights is broader than the protection offered directly by a provisions of labour law on moral harassment.

---

93 Cases: II PK 245/05 of 19 April 2006 *Jacek B., Weronika F., Aleksandra P. v. Technical University in W* and II PK 102/06 of 5 December 2006 *Jadwiga B. V. Polish State Treasury*.

## 5. THE PROTECTION AGAINST MORAL HARASSMENT UNDER CRIMINAL LAW

Polish criminal law considers the rights of employees and workers as deserves for a special protection. This is performed by Polish Criminal Code, which in chapter XXXVIII, offers a particular category of offences that penalise acts against rights of persons performing a paid work. Regardless of this special protection, both employees and workers in other, than employment relationship, work relations are protected against acts of their employer (client) under other types of offences specified in Polish Criminal Code, under which the protection has a universal character, being not linked with employment (work) relation. Given the principle of individual nature of criminal liability, it is excluded under a criminal law, a responsibility for an act of a third's party. The protection under a criminal law may serve as an alternative to the protection under labour law and civil law, given the possibility to rule on a perpetrator an additional punishment in the form of a duty to redress damage or an injury (Article 46 PCC).

### 5.1. Moral harassment an offence against employees' rights

Article 218 PCC sanctions malicious and persistent violation of the employees' rights to which he is entitled as a result of his employment of social welfare relationship (§ 1a), refusal to reinstate an employee as ordered by a competent authority (§ 2), and failure to effect payments or their contributions or benefits adjudicated by a court (§3). It is clear that the all offences under Article 218 PCC are addressed only to an employee in a genuine employment relationship, left behind its scope a person who perform work under other work relations (Tomporek, 2002: 13; Marek, 2010: 489-490).

The right of employee to have an effective protection against moral harassment, that is reflected by a duty of employer to act against workplace moral harassment (Article 94<sup>3</sup> § 1 LC) is protected under Article 218 § 1a PCC (Wróbel, 2017: 114). This means that an employer who breach of his duty to act against harassment in the workplace may be punished for an offence under Article 218 § 1a PCC considered as an act against an employees' right. Because of the components of 'malicious' and 'persistence' as attributes of a behaviour of perpetrator of this offence, the criminal liability of employer under Article 218 § 1a PCC for a breach of his duty to prevent moral harassment, would be more possible in case of his own acts of moral harassment, than for acts of other persons (other employees), as committed by omitting to act. As indicated by Polish Supreme Court a 'persistence' as an attribute of an offence under Article 218 § 1a PCC includes both a bad will of perpetrator and durability of his behaviour. This expressed by intrusive and repetitive acts<sup>94</sup>. And it attributes of 'malicious' indicates on a motivation

---

94 Case WA 18/16 of 17 January 2017.

of the perpetrator, which expressed in an intention to cause a damage or harm<sup>95</sup>. This determine that this offence can be committed with a direct intention. Consequently, the existence of workplace moral harassment and labour and civil responsibility of employer for them, would not automatically constitute an offence penalised in Article 218 § 1a PCC. Moreover, when a moral harassment is not an act of an employer, then a criminal responsibility of such as person will not be based on Article 218 § 1a PCC, that could be committed only by an employer (Wróbel, 2017: 16-118). Then such a person may only be punished under other offences against health, life or reputation of every human. The offence under Article 218 § 1a PCC is not conditioned on a damage (to a property or moral) of employee (Konarska-Wrzosek, 2016: 993)<sup>96</sup>, although a moral damage to an employee is a defining element of a moral harassment.

With regard a moral harassment in the workplace a due may be also an offence under Article 218 § 3 PCC. This could be committed by an employer, who intentionally does not effect payments or their contributions or benefits adjudicated by a court. In case of moral harassment this could be a compensation for a damage to a property or moral damage under Article 94<sup>3</sup> § 3 and § 4 LC and under Article 24 § 1 and § 2 CC.

Offence under Article 218 § 1a PCC may be punished by a following penalties: fine, restriction of liberty or a deprivation of liberty up to 2 years. Because an offence under Article 218 § 3 PCC constitutes a graded type of an offence against employees' right, it may be punished by a following penalties: fine, restriction of liberty and deprivation of liberty up to 3 years. Both offences are prosecuted by a public indictment, which means that the complaint of an employee (his consent) is not necessary.

## 5.2. Moral harassment and other types of offences

Acts that consists to the concept of moral harassment under Article 94<sup>3</sup> § 2 LC may be considered as other different types of offences against health, life and reputation of an individual. This, in particular includes: an offences against health of man under Article 156 § 1, § 2 PCC (causing intentional and unintentional serious impairment of health, such as, among others, permanent mental illness or complete or significant incapacity to carry on professional work), Article 157 § 1, § 2, § 3 PCC (intentional and unintentional impairment of bodily functions or a disturbances to health other than as specified in Article 156 § 1 PCC), Article 190 § 1 PCC (intimidating a person with a threat that a perpetrator will commit an offence that will cause harm to that person or that person's next of kin if the threat causes a legitimate concern on the part of the threatened person that the threat may materialize),

95 The Appeal Court in Wrocław case II AKa 71/16 of 30 March 2016.

96 The Appeal Court in Gdansk case III APa 7/16 of 13 October 2016.

Article 191 § 1 PCC (using violence or a punishable threat against someone to coerce that person into certain conduct, or into refraining from action or having to tolerate the act of the perpetrator), Article 194 PCC (restricting the rights of a man because of his religious denomination or because he does not follow any religion), Article 197 PCC (rape, that is punished more severely if performed in concert with another person, or with a particular cruelty), Article 207 PCC (physical and mental abuse of one's dependent person, that is punished more severely if the act is committed with particular cruelty or if the offence results in the victim's attempt at their own life), Article 212 § 1, § 2 PCC (defamation of a person imputing conduct or such features that may debase them in public opinion or expose them to loss of the trust that is necessary for their given position, profession or business operation, that is punished with a more severe penalty if committed using means of mass communication), Article 216 §1, § 2 PCC (slander against another person in that person's presence, but also if made in that person's absence, but publicly and with the intention that the slander reaches the person in question, that is punished with a more severe penalty if committed using means of mass communication).

All these offences are independent to the relation between an employee (worker) and employer (client), since these may be committed by any person. For these reasons only a real perpetrator (a person who performs an act) would be punished for these offence. This would be in case of acts of workplace moral harassment of other, than employer, persons (e.g. other employees). Due to the universal character of these offences the protection is also available for a person that provides their work under other, than an employment relationship, work relations, who are not covered by a protection against offences under Article 218 PCC against employees' rights. In majority these offences are prosecuted by a public indictment, which means that a complaint by an employee (or his consent) is not necessary. The exception are offences under Article 157 § 2, § 3 PCC (if bodily functions are impaired or health is disturbed for no more than seven days), Article 212 § 1, § 2 PCC and Article 216 §1, § 2 PCC are prosecuted under a private (victim) indictment. Offences under Article 157 § 1, § 2 PCC (if a victim is a person who is a perpetrator's next of kin), Article 190 § 1 PCC are prosecuted by a public indictment but only on a complaint of a victim.

## 6. THE ROLE OF THE NATIONAL LABOUR INSPECTORATE IN THE PROTECTION AGAINST MORAL HARASSMENT<sup>97</sup>

As mentioned before, the Polish Constitution in article 24 subjects work to the protection of the State and, at the same time, establishes State supervision over working conditions. On the international level, the obligation to maintain a system of labour inspectorate in the industry in order to “secure the enforcement of the legal provisions relating to conditions of work and the protection of workers while engaged in their work” is the subject of Convention No. 81 International Labour Organisation (ILO) of 11 July 1947 concerning Labour Inspection in Industry and Commerce<sup>98</sup>. In Poland the tasks in this respect are performed by the National Labour Inspectorate, that is the subject of the Act of 13 April 2007<sup>99</sup>. According to article 1 u.p.i.p. the National Labour Inspectorate is the authority that supervises and controls the enforcement of labour law, in particular health and safety at work and the legality of employment regulations. Although it is not explicitly stated in the above-mentioned articles, National Labour Inspectorate upholds the public interest in employment, which reflects the constitutionally defined state supervision over working conditions. This position was also adopted by the Polish Supreme Administrative Court in the judgment of 10 May 2006<sup>100</sup>. Public interest that is protected by National Labour Inspectorate lies in the enforcement of law and order in employment, especially in respect of worker’s rights as a constitutional value (article 24 of the Polish Constitution). Putting the employment relationship under the control of an autonomous state authority which is independent of both the initiative and will of the parties reflects the primacy of such public interest in employment, even though it may interfere with individual interests of one of both parties. Giving the priority to the public interest reflects, among others, the constitutional protection of some employee’s rights (the right to safe and hygienic working conditions, the right to dignity, the right to rest, or the right to a minimum pay). Therefore, leaving the control over the enforcement of rights and responsibilities in employment relationship to the parties’ own decision would be contrary to the principle of social justice as well as to the social dimension of market economy.

Supervision and control exercised by the National Labour Inspectorate primarily include the enforcement of employer’s duties that result from the employment relationship. This relates to the duty to act against moral harassment in the workplace under Article 94<sup>3</sup> § 2 LC. To the extent specified in the National Labour Inspectorate Act, the above also applies to workers in other, than employment relationship, work relations (anyone in non-employee forms of employment, including those doing community service, soldiers and prisoners performing work, anyone running their own businesses who performs their work in the workplace or in another place determined by the employer, as well as students and pupils during traineeship).

---

97 This chapter is a modified version of an article A. Ludera-Ruszel (2014). „The Role of the State Labour Inspectorate in the the protection of public interest”, in: *Institutional and Functional aspects of the national security*, I. Oleksiewicz, M. Pomykała, M. Polinceusz. Rambler Press.

98 Ratified by Poland on 19 April 1995, Journal of Laws of 1997, no. 72, item 450 and 451.

99 National Labour Inspectorate Act, Journal of Laws of 2012, item 404 as amended – hereafter referred to as u.p.i.p.

100 I OSK 1107/05, Lex no. 236485.

According to article 10 u.p.i.p. the scope of the state supervision and control over working conditions in the name of protection of public interest is broader in comparison with work in others, than employment relationship, work relations. Putting the employment relationship under such broad state control (in its every aspect) results from the protective function of labour law as well as from less freedom of the parties in employment relationship, which both reflect the specific nature of the provisions that are *ex parte* binding norm (semi-imperative provisions). The scope of control of the National Labour Inspectorate over non-employee work relations that may be critical for the protection against act that constitute the elements of moral harassment is limited. It only include enforcement of safe and hygienic working conditions.

The methods of operation of the National Labour Inspectorate reflect the above idea that it upholds public interest. The control procedure of the National Labour Inspectorate under the provision of the National Labour Inspectorate Act is instituted against entities specified in article 13 on its own initiative. An authorized officer of the National Labour Inspectorate is obliged to institute proceedings on their own initiative if there are reasonable grounds. The necessary information may come from any person, even one who has no direct interest in the case (Liżewski, 2016). Failure to take control proceedings on the part of an authorized officer, considered to be a breach of their duties, may lead to their functional liability – organizational or disciplinary. It has to be noticed that control procedure of the National Labour Inspectorate concerning the employer on the ground of breach of labour legislation is based on the Code of Administrative Procedure<sup>101</sup> in the case of matters that are not directly regulated by the National Labour Inspectorate Act and provisions that have been issued on its basis or in other specific provisions (article 2 u.p.i.p.). Thereby the control procedure before the National Labour Inspectorate in individual cases is also governed by the general principle of administrative procedure, in particular by the objective truth principle included in article 7 of the Code of Administrative Procedure. According to this principle, public authorities uphold the rule of law during their proceedings, taking all actions that are necessary for the investigation of facts of the case on their own initiative or at the request of either party. During its proceedings, National Labour Inspectorate plays the role of public interest advocate, holding an imperative position in relation to the party. It is worth to mention that the party to the proceedings may only be the entity specified in article 13 u.p.i.p. not any employee, even if they have a direct interest in its results (Sławomir Liżewski, 2016). It was also confirmed by the Supreme Administrative Court in above-mentioned judgment of 10 May 2006, adding that “individual labour rights, relating to infringements of law by the employer, do not create any individual right to request public authority acts and to issue any settlement for the employee”. The extent and purpose of the control procedure is governed by article 21 u.p.i.p. The purpose of control procedure is to establish facts as regards the enforcement of labour law within the tasks of the National Labour Inspectorate

---

101 Act of 14 June 1960, Journal of Laws of 2013, item 267.

that are specified in article 10 u.p.i.p. In order to achieve the above-mentioned objectives of control procedure, the labour inspector has been provided by the law with adequate authority along with duties that have been at the same time imposed on the controlled entity (articles 23-24 and 26-30 u.p.i.p.). The most relevant in this respect is the instrument provided for in article 23 paragraph 2 u.p.i.p. whose purpose is to improve the efficiency of the National Labour Inspectorate performance. During the control procedure, the labour inspector is authorized to decide of the classification of all the information allowing for the disclosure of identity of the employee or another person that communicates information in the matters covered by the control procedure if there is well-founded fear of suffering any harm or objections. Based on the inspection findings evidenced in the protocol, in accordance with the requirements laid down in article 31 u.p.i.p. the labour inspector is eligible to implement in the controlled entity the measures laid down in article 33 u.p.i.p. (Jasińska-Cichoń, 2008: 118-119). The set of available legal instruments has a broad range. With this regard, the labour inspector is authorized to issue a decision concerning the matters mentioned in article 11 paragraphs 1-4 and 6-7 and in article 11a u.p.i.p. that order the employer to remove infringements, undertake or stop certain actions (Niedziński, 2002: 15)<sup>102</sup>; to make a request to remove infringement and possibly draw the consequences to those guilty in the matters that cannot be settled by an administrative decision; to issue the order to remove infringement in the matters of minor importance; to institute and take part in legal proceedings in the determination of the existence of employment relationship, as well as to take any other actions resulting from separate provisions. The implementation of the obligations that occurred through National Labour Inspectorate's decisions is guaranteed in the Administrative Executive Proceedings Act<sup>103</sup>. In contrast to administrative decisions, a request or order of the labour inspector is only a non-imperious form of influence (Kisielewicz, 1998: 6; Liwo, Nowosiadły-Krzywonos, 2011: 18). In this case, the controlled entity only has the responsibility to notify the labour inspector of the time and way of implementation of the post-audit conclusions, which does not mean the obligation to perform this. It is important to stress that when justified, in the case of an employer who starts a business, as well as if there is no direct threat to the life and health of the employee or non-employee, or if the offence was not committed intentionally by the employer, the labour inspector is authorized to exempt them from the above legal instruments and only instruct the employer orally on the lawful methods of work organization and receive from them information about the date of removing the infringement (article 37a u.p.i.p.).

---

102 According to the doctrine, the administrative decision issued by the Labour Inspector deprived both the employee and employer of the right to defend their rights in court.

103 Journal of Laws of 2012, item 1015.

The public interest is protected by the National Labour Inspectorate also through its competences in criminal proceedings. In criminal proceedings the role of the National Labour Inspectorate as a public interest advocate is limited to the competences laid down in article 49 § 3a and Article 325e § 1a of the Criminal Procedure Code, Article 49 § 3a of the Criminal Procedure Code grants National Labour Inspectorate the authority to exercise the powers that are exercised by the victim of crime referred to in articles 218 of the PCC, provided that they reveal the crime or initiate the proceedings. The activity of the National Labour Inspectorate is then independent of the victim's own activity during the proceedings. The above regulations are based on the need to make prosecution of crimes against employees more effective<sup>104</sup>. The purpose to increase the effectiveness was at the heart of adding paragraph 1a to Article 325e of the Criminal Procedure Code, which imposes on the prosecutor the obligation to prepare at labour inspector's request the justification of the decision to refuse the initiation or discontinue the criminal proceedings when they have been informed of the crime<sup>105</sup>. The above-mentioned power of the labour inspector is closely connected with article 49 § 3a and article 306 paragraph 1 and 1a of the Criminal Procedure Code, i.e. the right to appeal against both decisions.

## 7. CONCLUSIONS

The regulation of workplace harassment in the Polish Labour Code must be welcomed. It represents a positive direction towards a fair and inclusive working conditions, without violence and discrimination. The respect for a dignity of worker, on which a protection against workplace harassment is based, is a significant component of decent work ideal. At the same time an ongoing regulation on workplace moral harassment is not without a weaknesses.

Firstly, the regulation included in Polish Labour Code is addressed only to employees in employment relationship. It does not cover a workers in other work relations, in particular workers that are under a relation of dependence to their client, that due to their unequal position, are often even more at risk of psychological violence than employees in employment relationship. Secondly, the regulation of workplace moral harassment does not laid down any specific rules regarding the performance by employer of his duty to act against moral harassment in the workplace in the form of, e.g. anti-mobbing policy in the workplace. Therefore, it is hardly difficult to determine whether an employer has complied with his duty, that is a role of judiciary under specific circumstances of each case. Lack of precise duties to prevent moral harassment creates a legal uncertainty that is detrimental to both employee and employer. Thirdly, it is a burden of proof that a workplace moral harassment has occurred, that lie on employee. This combined

104 See Justification of the National Labour Inspection bill, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki5ka.nsf/wgdruku/712> (access on 10.12./2019).

105 See Justification of the bill of amendment to the National Labour Inspectorate Act, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/FB1D222F9C374C78C1257840002A62CA/\\$file/3870.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/FB1D222F9C374C78C1257840002A62CA/$file/3870.pdf) (access on 10.12.2019).

with an imprecise meaning of workplace moral harassment and lack concrete duties of the employer in this regard, make it harder for employee to effectively seek a judicial protection. For this reason a protection based directly on personal rights and discrimination where a burden to prove that the infringement was justifies in the particular case lies on an employer. Lastly, there are limited competences of National Labour Inspectorate as regards protection against workplace moral harassment. Due to the lack of concrete employer's duty to act against moral harassment in labour law, the labour inspectorate is not allowed to prescribe during the control a particular actions that should be taken in this regard by an employer.

## BIBLIOGRAPHY

BARAN, K.W. (2015). *System Prawa Pracy. Tom VII. Zatrudnienie niepracownicze*. K.W. Baran (ed.), Warszawa.

BARAN, K.W. (2016). *Kodeks pracy. Komentarz*. K.W. Baran (ed.), Warszawa.

BIDZIŃSKI, Z., SERDA, J. *Cywilnoprawna ochrona dóbr osobistych w praktyce sądowej*, in: *Dobra osobiste i ich ochrona w polskim prawie cywilnym: zagadnienia wybrane*, J.S. Piątkowski (ed.). Wrocław.

BORUTA, I. (1998). "Ochrona dóbr osobistych pracownika", *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 2, 17-20.

CIEŚLAK, W., STELINA, J. (2003). "Prawne aspekty mobbingu", *Prokuratura i Prawo*, 10, 70-97.

CISEK, A (1989). "Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w Kodeks cywilnym," *Acta Universitatis Wratislaviensis*, 2016, 112-115.

DÖRRE-NOWAK, D. (2008). *Kodeks pracy. Komentarz*. B. Wagner (ed.), Gdańsk.

DRAL, A., BURY, B. (2014). "Zasada ochrony pracy w świetle Konstytucji RP", *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, 3, 233-251.

GERSDORF, M., RECZYŃSKA-RATAJCZAK, M. (2007). "Prewencja atymobbingowa", *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 2, 31-34.

GRZYBOWSKI, S. (1957). *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego*. Warszawa.

FLOREK, L. (2017). *Prawo pracy*. Warszawa.

JAWORSKA, K. (2015). “Uprawnienia pracownika w razie zaistnienia mobbingu w zakładzie pracy”, *Studia Prawno-oustrojowe*, 29, 91-98.

JACKOWIAK, U. (2004). *Kodeks pracy z komentarzem*. Gdynia.

JASIŃSKA-CICHONŃ, A. (2008). *Ustawa o Państwowej Inspekcji Pracy. Komentarz*. Warszawa.

JĘDEREK, G. (2007). *Mobbing. Środki ochrony prawnej*. Warszawa.

KĘDZIERSKA-CIEŚLAK, A. (1981). “Ochrona zdrowia i życia jednostki w prawie cywilnym (w ujęciu modelowym)”, *Zeszyty Naukowe Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego*, 9, 195-198.

KISIELEWICZ, A. (1998). “Inspektor pracy ściga zatrudnienie na podstawie umów cywilnoprawnych”, *Prawo Pracy*, 7, 6-10.

KONARSKA-WRZOSEK, V. (2016). *Kodeks karny. Komentarz*, V. Konarska-Wrzosek (ed.). Warszawa.

KORDASIEWICZ, B. (1985). *W sprawie obiektywnych i subiektywnych kryteriów oceny naruszania dóbr osobistych, (w:) Prace z prawa cywilnego. Wydane dla uczczenia pracy naukowej Profesora Józefa Stanisława Piątowskiego*, B. Kordasiewicz, E. Łętowska (ed.). Wrocław.

KRZEMIENIŃ, A. (2017). *Nowe perspektywy rynku pracy*. R. Muster (ed.), Warszawa.

KURKOWSKA, K. (2016). “Mobbing jako patologiczne zjawisko w miejscu pracy”, *Ekonomia i Zarządzanie. Zeszyty Naukowe*, 1, 49-67.

LEYMAN, H. (1990). “Mobbing and Psychological Terror at Workplace”, *Violence and Victims* 5, 119-126.

LISZCZ, T. (2017). *Prawo pracy*. Warszawa.

- LIWO, M., NOWOSIADŁY-KRZYWONOS, E.(2011). “Niezbędne dalsze zmiany w ustawie o Państwowej Inspekcji Pracy”, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 11, 17-21.
- LIŻEWSKI, S. (2016). *Kontrola Państwowej Inspekcji Pracy*. Warszawa.
- MANIEWSKA, E. (2019). E. Maniewska, K. Jaśkowski, *Komentarz aktualizowany do Kodeksu pracy*, Lex/el.
- MAREK, M. (2010). *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa.
- NAZARUK, P. (2019). *Kodeks cywilny. Komentarz*, J. Ciszewski, P. Nazaruk. Warszawa.
- NIEDZIŃSKI, T. (2002). “Nakaz płatniczy inspektora pracy – artykuł dyskusyjny”, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 8, 15-17.
- PAZDAN, M. (2002). *Kodeks cywilny. Komentarz*, K. Pietrzykowski (ed.). Warszawa.
- PISZCZEK, J. (1981). *Cywilnoprawna ochrona godności pracowniczej*. Toruń.
- ROMER, M.T. (2005). “Mobbing i jego konsekwencje”, *Prawo Pracy*, 12, 3-6.
- RUDNICKI, S. (1992). “Ochrona dóbr osobistych na podstawie art. 23 i 24 k.c. w orzecznictwie Sądu Najwyższego w latach 1985–1991”, *Przeгляд Sądowy*, 1, 34-39.
- SEMENA, J. (2016). “Wewnętrzna polityka antymobbingowa jako sposób realizacji obowiązku płynącego z art. 943 § 1 Kodeksu pracy”, *Przeгляд Prawno-Ekonomiczny*, 35, 87-102.
- SKOCZYŃSKI, J. (2005). M. Gersdorf, K. Rączka, J. Skoczyński, *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.
- SOBCZYK, A., DÖRRE-NOWAK, D. (2006). “Przeciwdziałanie mobbingowi”, *Monitor Prawa Pracy*, 10, 523-526.
- SZEWCZYK, H. (2012). *Mobbing w stosunkach pracy. Zagadnienia prawne*. Warszawa.
- SZPUNAR, A. (1979). *Ochrona dóbr osobistych*. Warszawa.

TOMPOREK, A.(2002). “Przedmiot ochrony i podmioty przestępstwa naruszenia praw pracownika”, *Praca i Zabezpieczenie Społeczne*, 7, 27-36.

WRATNY, J. (2016). *Kodeks pracy. Komentarz*. Warszawa.

WRÓBEL, W. (2017). *Kodeks karny. Część szczególna, Tom II. Część II*, A. Zoll (ed.).Warszawa.

ZIÓŁKOWSKA, K. (2015). “Obowiązek przestrzegania zasad współżycia społecznego w relacji do pracowniczego obowiązku dbałości o dobro zakładu pracy”, *Studia Prawnoustrojowe*, 28, 235-243.

## IV.

# LA PROTECCIÓN JURÍDICA Y SANCIONADORA FRENTE AL CIBERACOSO EN EL TRABAJO: SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS DE MEJORA

**Fernando de Vicente Pachés**

*Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universitat Jaume I-Castellón*

**Sumario** 1. El ciberacoso laboral: un riesgo psicosocial emergente en las relaciones de trabajo. 2. Caracterización del ciberacoso en el trabajo. 3. Las conductas devastadoras del ciberacoso laboral. 4. Supuestos existentes de ciberacoso laboral. 5. La protección jurídica y sancionadora frente al ciberacoso en el trabajo. 5.1. La protección desde la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). El ciberacoso laboral como riesgo psicosocial que justifica la aplicación de la LPRL (la tutela preventiva). 5.2. La protección desde la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS). La tutela sancionadora administrativa. 5.3. La protección desde el Estatuto de los Trabajadores (ET). 5.4. La protección desde la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y desde la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA). El proceso especial de tutela de derechos fundamentales. 5.5. La protección desde la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). La calificación de la lesión derivada del ciberacoso como accidente de trabajo. 6. La protección del ciberacoso laboral desde la perspectiva penal y civil. 7. La protección y sanción del ciberacoso laboral desde la reglamentación interna de las organizaciones. Bibliografía de referencia.

## 1. EL CIBERACOSO LABORAL: UN RIESGO PSICOSOCIAL EMERGENTE EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

La violencia, lamentablemente, es un elemento común que está presente también en el mundo del trabajo. La violencia en el trabajo, como sabemos, puede adoptar múltiples y variadas formas. Puede tratarse de agresiones físicas o de amenazas, o de violencia psicológica, manifestándose a través de intimidación, hostigamiento o acoso -moral, sexual, sexista- por diversos medios y formas. Actualmente, uno de estos medios son las tecnologías de la información y la comunicación (TICs): internet, las redes sociales y, cada vez en mayor medida, la telefonía móvil.

Los avances tecnológicos, indiscutiblemente, han revolucionado al mundo y el ámbito laboral no podía ser la excepción. En las organizaciones productivas es habitual espacios de trabajo donde se desarrollan actividades con un uso extendido de las redes sociales, de internet, del correo electrónico, los grupos de mensajería instantánea (*whatsapp*) o a través de cualquier otro medio tecnológico (blogs, foros, chats...), y donde, lamentablemente, no se implementa siempre una regulación o política preventiva adecuada sobre el uso de estos dispositivos tecnológicos tanto dentro como fuera del trabajo.

Por eso podemos hablar de una nueva forma de violencia que va en aumento, la violencia digital o violencia virtual en el trabajo, a la que denominamos -de forma sintetizada- con variedad de términos: acoso digital, acoso cibernético, acoso virtual, acoso en red, o la más conocida o utilizada, de “ciberacoso” laboral (Vicente Pachés, 2018).

La realidad es que el acoso, en sus múltiples formas, ha existido desde siempre, si bien ahora con la aparición y el uso masivo de internet, las redes sociales y la telefonía móvil el acoso se introduce en una nueva dimensión, en un nuevo contexto, en un espacio virtual donde da la impresión de que no existen límites. Se ha producido como una mutación del acoso a otro espacio, que no es otro que el espacio virtual. Hemos pasado del acoso físico (*off line*) al acoso digital (*on line*), dos formas de acoso que no se excluyen y que conviven actualmente en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Lo rápido y lo ilimitado en cuanto a la difusión de una información o de unas imágenes (sean reales o falsas) – la inmediatez e instantaneidad-, la persistencia en los ataques por los acosadores, el anonimato de estos dispositivos de comunicación, la mayor facilidad de ocultación de las conductas delictivas... hacen que el fenómeno del acoso virtual, la verdad, sea un problema que está aumentando vertiginosamente y en constante evolución.

Ningún grupo de trabajadores, sector o industria está exento de esta nueva forma de acoso, de esta violencia digital o virtual, aunque algunos grupos, lógicamente, por su actividad en sí misma en el uso de estas tecnologías corren mayor riesgo de sufrirla que otros. Es cierto que especialmente vulnerables son todas las personas que tienen la condición de empleados, si bien lo padecen en mayor medida las mujeres (ciberviolencia de género), los trabajadores jóvenes (por su condición de nativos digitales) y las personas que se encuentran en una situación social y laboral más vulnerable.

La violencia virtual en el trabajo repercute en muchos otros ámbitos y no solamente afecta a los empleados y empleadores sino también a los lugares de trabajo, los compañeros, las familias y la sociedad en general. La violencia digital en el trabajo puede ser gravemente perjudicial para el estado de salud de la persona trabajadora. El incremento de la violencia digital en los lugares de trabajo guarda estrecha relación con la insatisfacción en el trabajo. En casos extremos, puede producir importantes cuadros de ansiedad, depresión, de estrés postraumático, e incluso llevar a una persona al suicidio, como el reciente caso de la mujer trabajadora de la empresa Iveco.

El ciberacoso es un fenómeno que genera gran alarma social y que ha atraído la atención de expertos. Sin embargo, no se cuenta en la actualidad con un estudio en profundidad que permita cuantificar en qué medida y hasta qué punto afecta a la ciudadanía y, mucho menos, en qué medida se está ante un fenómeno digital que amplía las formas de ejercer la violencia en las relaciones personales y profesionales.

Por lo que respecta a la normativa internacional, algunos estados en EEUU comenzaron hace ya un tiempo a afrontar el problema del ciberacoso (no desde la perspectiva estrictamente laboral), como es el caso de California (1999), Florida (2003), Texas (2001) donde se promulgó el *Acta Stalking by Electronic Communications Act*. El Estado de Misuri (2006) revisó sus estatutos sobre acoso para incluir el acoso y el acecho mediante comunicaciones electrónicas y telefónicas, así como el ciberacoso escolar después del conocido caso del suicidio de Megan Meier. El ciberacoso ha sido tratado en la ley federal de los EEUU. Por ejemplo, en el *Acta Violence Against Women Act* (2000) incluyó el ciberacoso en un parte del estatuto interestatal sobre el acoso, si bien todavía hay una carencia importante en la legislación a nivel federal, dejándose en manos de los Estados de los EEUU la legislación contra el ciberacoso.

En el informe Eurofound sobre violencia y acoso en el lugar de trabajo en los países de la Unión Europea, en un estudio realizado en Suecia se indica que este acoso en la red suele provenir en mayor medida de terceras personas ajenas a la empresa. El ciberacoso es un problema frecuente entre los periodistas en Suecia indicando que un 22% de periodistas habían sufrido alguna clase de amenaza en red, particularmente, por la cantidad de comentarios

ofensivos a los que debe hacer frente, (Servera, 2015). Este mismo informe Eurofound recoge la muestra de una encuesta en la que pone de manifiesto que un 8% de los profesores alemanes afirmaron haber experimentado situaciones de ciberacoso. Otro colectivo que sufre el ciberacoso de forma notable es el de los doctores en prácticas, así como enfermeros y, en general, profesionales de sanidad.

En definitiva, el objetivo de este estudio no es otro que exponer ideas y reflexiones en relación al fenómeno del ciberacoso laboral en cuanto riesgo psicosocial emergente y como se ha convertido éste en una nueva forma de ejercer la violencia en el trabajo. Y en mayor medida desde el momento que en la evolución de las relaciones laborales el peso del trabajo telemático es cada vez mayor.

## 2. CARACTERIZACIÓN DEL CIBERACOSO EN EL TRABAJO

En la expresión acoso digital quedarían comprendidas el “conjunto de comportamientos mediante los cuales una persona o varias, o incluso una organización usan las TICs para hostigar a una o más personas”. Dichos comportamientos incluyen, aunque no de forma excluyente, amenazas y falsas acusaciones, suplantación de la identidad, usurpación de datos personales, daños al ordenador de la víctima, vigilancia de las actividades de la víctima, uso de información privada para chantajear a la víctima, etc.

Royakkers, en otra de las definiciones más referidas, mantiene que el ciberacoso es “una intromisión en la vida íntima de la persona utilizando los medios digitales, fundamentalmente las posibilidades que ofrece Internet, las redes sociales y la telefonía móvil” (Royakkers, 2000: 12-23).

Esta intromisión tiene una naturaleza repetitiva, disruptiva, prolongada en el tiempo o durante un cierto tiempo, en contra de la voluntad de la persona víctima de esta violencia y que incluye amenazas constantes de diferente naturaleza.

Por lo tanto, en esta definición se introducen varios elementos -o notas definitorias que caracterizan al ciberacoso- que deben ser tenidas en cuenta y debidamente aclarados para comprender nítidamente este fenómeno.

- a. *El ciberacoso implica un uso de tecnologías como Internet para acechar de forma repetida a una o varias personas. Un hostigamiento que se hace de forma sistemática y continua. Por lo tanto, un caso aislado y puntual de intrusión en la vida íntima de una persona utilizando como medio Internet o las redes no podría ser considerado como un caso de ciberacoso.*

Se trata de comportamientos repetitivos de manera sistemática. La frecuencia de los comportamientos lesivos es la nota definitoria considerada fundamental, esto es, la frecuencia de los ataques, en su repetición, la persistencia en el acto de acoso en red.

Si bien es cierto, que para ciertos tipos de ciberacoso –como el ciberacoso sexual y el sexista- no es siempre estrictamente necesaria esta reiteración o repetición para que ésta se materialice, pues –como es sabido- existe una importante confusión entre el acoso moral laboral con el de carácter sexual, en el que una única conducta ilícita podría ser más que suficiente para su consideración como ciberacoso laboral.

- b. *Se está ante una conducta que, además de reiterarse con frecuencia, tiene que mantenerse durante un cierto tiempo.* Ello significa que el acoso persista en el tiempo. La duración, la persistencia en el tiempo, y la frecuencia evidencian que se está ante un comportamiento unificado, planeado y programado que persigue un único objetivo: vejar, humillar, acechar, chantajear, etc., sin importar la destrucción de la víctima. Y, que en algunos supuestos, ha ocasionado hasta el suicidio de la persona acosada.

La duración de los ataques, la prolongación en el tiempo, lo que viene a denominarse como “efecto acumulativo”. La sensación de inseguridad, de indefensión y de temor aumenta en la víctima en la medida en que el acoso en red persiste en el tiempo. Dado que el ciberacoso se produce, generalmente, sin que haya coincidencia física de acosador/a y acosado/a, la reiteración en el tiempo se transforma en el elemento de invasión de la intimidad más utilizada por los ciberacosadores.

- c. Se trata de una *intromisión disruptiva, en el sentido de inapropiada y abrupta.* Es decir, el acosador ejerce su poder sobre elementos que la víctima considera privados y personales (unas fotos, una información, su vida privada...). Esta irrupción, abrupta en la mayoría de casos (interrupción súbita, abrupta...), trata de poner en evidencia aspectos de su vida personal que la víctima desearía mantener en el ámbito de lo privado. El riesgo de que aspectos de la vida íntima como fotos, vídeos, datos o documentos privados sean distribuidos entre un número indeterminado de usuarios de internet es una poderosa herramienta de dominación.
- d. Otro elemento clave del ciberacoso es que *se produce tras la negativa de la víctima, en contra de la voluntad de la víctima, esto es sin su consentimiento.* El acosador persiste, así, en su comportamiento a pesar de que la persona acosada haya explicitado su negativa a continuar recibiendo mensajes, llamadas, comentarios o información procedentes del acosador.

Sin embargo, y a diferencia de la versión del acoso *offline*, en muchos casos la víctima no conoce quién es el ciberacosador, si bien, como suele ser común, se trata en muchas ocasiones de una persona de su ámbito o entorno cercano en un sentido amplio, estando también entre los posibles sospechosos los compañeros de trabajo, amigos, excompañeros, mandos directivos, etc. Las posibilidades que ofrece Internet para la ocultación de la identidad, así como la distancia física entre acosador/a y acosado/a implica la imposibilidad de manifestar dicha negativa.

En muchos casos los sms, los correos electrónicos, los mensajes instantáneos, los *whatsapp*s enviados por el acosador se realizan desde un número oculto, los comentarios en las redes sociales del acosado o acosada se realizan desde una cuenta con identidad falsa o no explícita, etc. Esto no sólo implica que la víctima no puede mostrar su rechazo, sino que no sabe a quién mostrarlo. Esta indefensión es una fuente de incertidumbre con efectos muy negativos sobre el equilibrio psicológico de la víctima.

El ciberacoso laboral consiste en un fenómeno emergente que afecta a los trabajadores y trabajadoras digitales. Y en donde el trabajo telemático es cada vez mayor y frecuente. Y cada vez con una realidad numerosa de teletrabajadores. En ocasiones, los acosadores vierten a través de la red informaciones falsas con la intención de dañar la imagen profesional y personal de la víctima y, de esta forma, afectar negativamente a su desarrollo profesional. Esta modalidad de acoso puede provenir de compañeros o excompañeros, jefes, mandos intermedios... pero también de clientes o de terceras personas ajenas a las organizaciones productivas.

En definitiva, terminamos de evidenciar que la violencia laboral digital es, lamentablemente, un fenómeno cada vez más presente en nuestras organizaciones. La violencia laboral a través de dispositivos digitales de todo tipo y naturaleza es cada vez mayor. La realidad es que las tensiones, las agresiones, las diferentes formas de acoso forman ya parte de la vida laboral de muchos centros de trabajo. Todos estos comportamientos se producen actualmente también a través de dispositivos tecnológicos que terminan por generar un mal clima o ambiente de trabajo con importantes repercusiones en la salud y bienestar de los trabajadores y trabajadoras, afectando a las relaciones de trabajo, y a la propia productividad de la empresa.

Podemos concluir que el denominado ciberacoso en el trabajo se caracteriza, fundamentalmente, por tratarse de un comportamiento violento realizado: 1) a través de diversos medios tecnológicos -violencia laboral digital o virtual- de amplio contenido y múltiples formas; 2) generalmente realizado por uno o varios superiores o compañeros de trabajo, o/y por terceras personas ajenas o externas al propio lugar de trabajo; 3) generando un entorno laboral degradante; 4) desde una posición de poder -jerárquico o no-; 5) de forma repetida y sistemáticamente; 6) durante un cierto tiempo; 7) en contra de la voluntad de la víctima y 8) con el fin de destruir a la persona trabajadora cibercosada, en su salud, en su integridad física y psíquica. Estos elementos definitorios de este fenómeno no siempre son necesariamente todos ellos concurrentes para que podamos calificar a una conducta de ciberacoso laboral.

### 3. LAS CONSECUENCIAS DEVASTADORAS DEL CIBERACOSO LABORAL

Las consecuencias del ciberacoso en el entorno del trabajo pueden ser de distinta naturaleza y afectar a varios ámbitos.

Para el trabajador afectado, el acoso psicológico no tiene las mismas consecuencias ni provoca las mismas reacciones en todas las personas, debido fundamentalmente a que las diferencias entre las habilidades, caracteres, capacidades y recursos para afrontar las situaciones de acoso pueden ser muy distintas; no obstante, sus consecuencias son devastadoras en la mayor parte de los casos.

Las víctimas de acoso presentan cuadros más o menos severos de estrés, depresión, ansiedad, trastornos emocionales y de la conducta social, conflictos familiares, distorsiones cognitivas, trastornos psicossomáticos y otras afecciones que, en caso límite, puede desembocar en el suicidio.

La ansiedad o la depresión afectan al 14,6% de la población adulta española. El estrés es ya la segunda causa de los problemas de salud relacionados con el trabajo. Un problema que la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha calificado como 'epidemia global' y que encuentra en los entornos laborales su máxima expresión. Diversos estudios indican que el estrés es ya la segunda causa de los problemas de salud relacionados con el trabajo. Patologías como depresiones, dolencias cardíacas, alteraciones cardiovasculares, lesiones musculares, problemas isquémicos o dermatológicos pueden tener su origen o verse agravadas por culpa del estrés.

En el ámbito laboral experimentan pérdida de motivación, disminución en la cantidad y calidad de trabajo, deterioro en las relaciones con los compañeros, descenso de la creatividad, maltrato a los clientes, mayor absentismo y aumento de la probabilidad de accidentes.

Ante la violencia digital, la víctima parece optar entre dos posibilidades: deja su trabajo y así cumple la intención del ciberacosador o asume una actitud pasiva que le crea un daño enorme en la salud, desembocando en las situaciones ya expuestas: como estrés, ansiedad, depresión, ira, enfermedades físicas, pérdidas de confianza en sí misma y, en casos extremos, suicidio.

Para la empresa los procesos de hostigamiento se traducen en un mayor absentismo laboral, en un deterioro de la productividad y de la calidad del servicio prestado a los clientes, en la necesidad de contratar a trabajadores suplentes, en la obligación de pagar subsidios por incapacidad temporal y eventuales indemnizaciones a los trabajadores acosados.

Por otra parte, la sociedad en su conjunto se ve afectada negativamente por este tipo de comportamientos, no solo el entorno familiar directo del acosado (separaciones, divorcios, menor atención a los hijos...) sino también en el incremento de los gastos sanitarios y económicos de Seguridad Social y protección social ocasionados con motivo del tratamiento de las patologías provocadas por las situaciones de ciberacoso.

#### 4. SUPUESTOS EXISTENTES DE CIBERACOSO LABORAL

Es difícil realizar una lista cerrada y definitiva de las diversas formas o manifestaciones en las que puede expresarse el ciberacoso en el trabajo. Además, el propio desarrollo de las TICs conlleva que cada poco tiempo los acosadores encuentren nuevas formas de acoso a través de internet, las redes sociales o la telefonía móvil. Por esta razón, hay que mostrarse prudentes a la hora de listar los supuestos que constituyen comportamientos de acoso en internet. Veamos los casos más típicos y más frecuentes que se ha producido en el ámbito de las relaciones de trabajo.

- **Distribuir en internet imágenes o datos delicados.** Distribuir o colgar en internet una imagen comprometida -real o trucada- o datos susceptibles de perjudicar a la víctima. Se trata de colgar en internet una imagen comprometida o datos personales delicados que pueden perjudicar o avergonzar a la víctima y darlo a conocer en su entorno de relaciones personales y/o profesionales. La manipulación de fotografías es otro medio o práctica bastante frecuente, el acosador puede retocar o modificar una imagen con el objetivo de subirla a diferentes espacios de internet con la finalidad de herir, asustar y menoscabar la dignidad de su víctima. En este sentido, hablamos de extorsión cuando las fotografías o vídeos -de contenido sexual o no- en manos de la persona inadecuada pueden constituir un elemento para extorsionar o chantajear a la persona protagonista de esas imágenes. El chantaje consiste en la utilización de tales imágenes para obtener algo de la víctima amenazando con su publicación. A esta modalidad de extorsión en red también se le conoce como “pornovenganza” (*revenge porn*) o venganza sentimental consistente en la publicación -a través de la telefonía móvil o cualquier otro programa de mensajería instantánea- de fotografías o vídeos íntimos de la expareja una vez terminada la relación afectiva o sentimental. Son los supuestos denominados o considerados como de *sexting* o de *sextorsion*. Un caso conocido de pornovenganza en el ámbito laboral fue el del subinspector de la Guardia Urbana de Barcelona, quien fue juzgado por haber difundido una foto de carácter sexual con su expareja, también agente de la Guardia Urbana, para vengarse de ella por haber puesto fin a su relación. La imagen fue enviada por el subinspector a todos los contactos de la agente compañera.

El *sexting* en sí mismo no es una figura delictiva, lo que se penaliza -y así se ha tipificado como delito en nuestro código penal- es la difusión de esas imágenes íntimas sin autorización de la persona afectada y cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad de la persona que envió las fotografías o vídeos. El *sexting* se ha tipificado como delito en nuestro actual código penal tras la reforma de 2015, concretamente, en su art. 197.7 CP castigando a quien, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia y cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

- **Ridiculizar o estigmatizar en espacios web.** Otra práctica común es dar de alta a la víctima en un sitio o espacio web de internet desde donde puede estigmatizarse y ridiculizarla a la víctima como persona. Por ejemplo, una web donde se escoge a la persona en virtud de una serie de cualidades: la más tonta, más fea, más gruesa, la menos inteligente etc... presentando la posibilidad de cargarla del máximo número de votos o puntos por parte de los que visiten ese espacio web. También recibe el nombre de “web apaleador”, esto es, web creada a propósito para ciberacosar a la víctima, metiéndose con la persona víctima de manera pública y con el claro objetivo de ridiculizarla. De esta forma y desde este espacio en internet se anima a los testigos a que hostiguen a la víctima.
- **Usurpar la identidad de la víctima y -en su nombre y desde el anonimato- realizar comentarios ofensivos.** Se trata de usurpar la identidad de la víctima y, en su nombre y desde el anonimato, hacer comentarios ofensivos o participaciones inoportunas en *chats*, en redes u otras plataformas digitales, de tal modo que despierte reacciones adversas hacia quién en verdad es la víctima. La identidad de la persona en estos casos queda en entredicho. El acosador emite opiniones o hace comentarios en nombre de la víctima de acoso. En ocasiones, se accede de forma ilegal a la cuenta de correo electrónico, red social, red de mensajería instantánea, suplantando la identidad de la víctima para los fines expuestos e incluso insultar a los contactos de la víctima. En la Sentencia del Juzgado de los Social núm. 1 de Cartagena (Murcia) 517/2011 de 6 julio, se justificó el despido de un trabajador que procedió a crear un perfil en la red social Facebook a nombre de un superior jerárquico, sin su conocimiento ni consentimiento, utilizando sus datos personales y, emitiendo en su nombre, expresiones objetivamente injuriosas sobre la empresa en la que ambos prestaban sus servicios, con la intención de difundirlas. En la STSJ de Galicia (Sala de lo Social) 977/2012, de 23 de febrero de 2012, un trabajador publicó un vídeo en un blog, subtitulando la famosa escena de la película “*El Hundimiento*”, identificando a Hitler con el administrador único de la compañía, en su discurso ficticio este administrador insultaba a los trabajadores de la empresa y admitía haber sobornado a algunos clientes.

- **Acceder al ordenador de la víctima.** Práctica común que consiste en entrar o asaltar el correo electrónico de la víctima accediendo a todos sus mensajes o, incluso, impidiendo que el verdadero destinatario los pueda leer. Acceder a sus archivos y colgar en la red sus documentos y fotos privadas. Esta sería la figura más cercana al denominado “hacking”. En conjunto, quedaría comprendido bajo este concepto diversas conductas como –entre otras- el robo de fotos, vídeos, audios, datos personales, contraseñas, archivos, contactos del entorno de la víctima y de sus familiares, etc., del ordenador o cualquier otro dispositivo tecnológico o informático (tablet, teléfono móvil, consola, etc.) de la persona víctima de ciberacoso.

Llegados a este punto, podríamos plantearnos si un control por parte del empleador o desde organizaciones productivas que fuera excesivamente riguroso o contundente sobre la persona del trabajador si podría éste convertirse –en determinados casos y circunstancias- en una clara manifestación de acoso digital o ciberacoso laboral. Los límites del control que puede ejercer la empresa sobre los trabajadores para que estos cumplan sus obligaciones es un asunto históricamente controvertido en el ámbito laboral. Para lograr el necesario equilibrio entre el poder disciplinario y de dirección del empresario y los derechos de los empleados los tribunales deben ponderar con precisión las circunstancias concretas de cada caso. En este sentido, el avance de la tecnología ha dado a las empresas nuevas herramientas para vigilar la labor de sus empleados y lo cierto es que, tanto la justicia como la legislación, están siendo permeables al desarrollo de estos nuevos medios, admitiendo su uso en situaciones que, no hace tanto, hubieran considerado protegidas por el derecho fundamental a la intimidad del trabajador.

Pruebas obtenidas a través de cámaras de videovigilancia, sistemas de geolocalización o registro biométrico y rastreos de correos electrónicos, sirven como base para despedir al empleado que ha traspasado los límites, siempre que en su obtención no se vulneren los derechos fundamentales del trabajador, principalmente a su dignidad, intimidad y al secreto de las comunicaciones, así como a la protección de sus datos personales. La evolución jurisprudencial y normativa tiende, cada vez más, a blindar al empleador que consigue demostrar que sus empleados estaban cometiendo actos ilícito-delictivos o faltas muy graves, no siendo anulado el despido aunque las pruebas se hubieran obtenido sin respetar la intimidad o esfera privada del trabajador (véase, entre otras, las SSTSJ del Principado de Asturias 3058/2017, de 27 de diciembre y 2191/2017, de 3 de octubre).

- **Realizar en redes sociales comentarios ofensivos, opiniones y declaraciones insultantes o amenazantes.** Estamos ante una de las prácticas más comunes en la red. Enviar mensajes ofensivos y hostigadores a través de *e-mails*, *sms*, *whatsapps*, o redes sociales o espacios de internet que frecuenta habitualmente la víctima. Chistes, comentarios, bromas, correos electrónicos y *whatsapps* con fotografías, archivos y videos de contenido erótico o pornográfico. Este tipo de conductas también es bastante común entre compañeros en el ámbito laboral y han constituido causa justificada de despido disciplinario del trabajador que ha llevado a cabo este tipo de acciones, normalmente catalogadas por la doctrina judicial y científica como explícitos supuestos de lo que podríamos catalogar ciberacoso sexual ambiental.

En la STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social) 435/2010, de 21 de abril, calificó como procedente un despido por el hecho de proferir amenazas en un foro de internet a un directivo de la empresa en la que trabajaba. Como señala la mencionada sentencia: “no estamos propiamente ante una expresión de ideas u opiniones, legítimas o no, ni ante la transmisión de información, veraz o no, sino ante un llamamiento a la intimidación de un directivo de la empresa”.

En la STSJ Galicia (Sala de lo Social) 4798/2014, de 8 octubre, se declara procedente un despido de un trabajador que presta servicios en la Casa Sacerdotal de la Diócesis de Ourense por publicar en Facebook expresiones que incluso “bien pudieran integrarse en la calumnia”. Otros pronunciamientos de nuestros tribunales en los que el trabajador es despedido por comentarios en Facebook graves e injuriosos con insultos a superiores o responsables de la empresa, STSJ de Aragón 350/2016, de 18 de mayo y STSJ de Cataluña 6585/2015, de 6 de noviembre.

En la STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 5613/2015, de 30 de septiembre, el tribunal declara igualmente procedente un despido porque una trabajadora envió expresiones vejatorias e insultos a una compañera vía telefónica y por *whatsapp*s, y a la hija de esta última a través de su cuenta en la red social Facebook; a lo que se añadieron ofensas verbales y escritas que dirigió a compañeros de trabajo. En la STSJ Murcia (Sala de lo Social) 448/2017, de 26 de abril, en donde se declara la procedencia del despido al darse los requisitos de gravedad y culpabilidad necesarios, pues la trabajadora a través de Facebook y de una entrevista de radio, profirió ofensas verbales al gerente de la empresa, extralimitándose en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, siendo el motivo u origen de las descalificaciones el impago de los salarios de varios meses y al silencio de la empresa frente a las protestas de las trabajadoras.

Otro caso significativo es el de la STSJ Cataluña (Sala de lo Social) 191/2016, de 3 de marzo, en donde un trabajador fue despedido por motivos disciplinarios. El trabajador siendo cantante del Gran *Teatro del Liceo* y encontrándose en situación de excedencia voluntaria realizó desde su cuenta de Facebook distintas manifestaciones y comentarios contra la entidad y algunos trabajadores de la misma. El Tribunal analiza las distintas manifestaciones vertidas por el actor y los términos usados para realizar las denuncias de determinadas actuaciones y maneras de proceder por parte del Gran Teatro del Liceo. A este respecto, la Sala las califica de mal sonantes y sacadas de contexto, desagradables y “*sin duda reprochables moralmente*”; pero refiere a continuación que las mismas han de valorarse teniendo en cuenta la situación en la que se encontraba el actor, el momento y las circunstancias en que se llevaron a cabo; en definitiva, valorar si las mismas, tenían o no un claro ánimo de injuriar o, por el contrario, se hicieron con el simple ánimo de crítica o denuncia.

Llegados a este punto, es interesante plantear un tema nada pacífico como es el relativo al control empresarial de las actuaciones y comportamientos del trabajador en las redes sociales y como afecta al ejercicio del derecho a la libertad de expresión del trabajador, esto es, si una empresa puede sancionar también por emitir el trabajador opiniones personales en redes sociales que nada tienen que ver con la empresa o con la relación laboral (Serrano García, 2019: 2). Pues se han considerado

ilegítimos los controles empresariales ilimitados de la actividad del trabajador en internet por el hecho de haber incluido una cláusula en el convenio colectivo, acuerdo o código de conducta que sanciona la realización de comentarios que puedan vulnerar la imagen o reputación de la empresa. Y se ha llegado a estimar inadmisibles un control injustificado de las publicaciones de los trabajadores en la red, sin que se limite, claramente, su libertad de expresión (Serrano García, 2019: 4). En este sentido, se admite que el trabajador pueda realizar comentarios, emitir opiniones, escribir textos o difundir imágenes que no descalifiquen a la empresa o la de personas vinculadas con ésta, caso de compañeros, directivos o responsables. De esta forma, los trabajadores pueden revelar sus auténticas condiciones de trabajo en las redes sociales sin vulnerar la imagen, el honor o la reputación de la empresa y siempre que la crítica se haga sin que se propague al exterior y quede en el ámbito interno de la empresa, sin repercusión de terceros, tal y como entiende la sentencia del TSJ de Madrid 883/2013, de 16 de diciembre (Talens Visconti, 2014). Por consiguiente, no se puede prohibir genéricamente que se emitan declaraciones o comentarios por parte de los trabajadores en redes sociales ajenas a la empresa o sobre la realidad de sus condiciones de trabajo.

Y así, en la STSJ de Navarra (Sala de lo Social) 45/2014, de 21 de febrero, el tribunal aplicando la teoría gradualista, estima improcedente el despido por los comentarios en Twitter de un trabajador que descalificaban la forma de proceder de la empresa en situaciones de conflicto ante el agravamiento de las condiciones laborales, pues “no parece que dichos comentarios hayan llegado a tener la publicidad y extensión suficiente para haber llegado a ser conocidos por el gran público y llegar a dañar la imagen de la compañía ante proveedores y clientes”.

En la STSJ de Andalucía-Málaga (Sala de lo Social) 86/2018, de 17 de enero, el tribunal admite la nulidad del despido de una trabajadora por vulneración de los derechos de libertad de expresión y de libertad sindical de la trabajadora. La trabajadora había sido despedida por comentarios en Facebook llamando al gerente de la empresa “dueño del cortijo” y a los trabajadores “palmeros”.

En la STSJ de Andalucía (Sala de lo Social), Granada, 1647/2016 de 30 de junio de 2016, la trabajadora de un ayuntamiento es despedida por manifestaciones en el perfil de Facebook contra el alcalde y el equipo de gobierno. El TSJ califica el despido de improcedente por considerar que existe falta de proporcionalidad en la sanción impuesta a la trabajadora al considerar que existe un derecho a criticar y escrutar las acciones y actitudes de esos funcionarios en lo que atañe a la función pública. La trabajadora se ha limitado a llevar a cabo una opinión personal y dichas expresiones ni son ofensivas ni merecen la sanción impuesta.

En la STSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Social) 443/2016, de 8 de abril, el trabajador fue despedida por publicar comentarios ofensivos de claro contenido sexual y sexista respecto de otras compañeras en Facebook, a sabiendas que eran esposas de empleados de la empresa e incitando a que entrasen a leerlo en esta red social. En la STSJ Andalucía-Sevilla (Sala de lo Social) 932/2017, de 23 de marzo, un jefe de sección realiza un comentario y ofensas de contenido tan obsceno de una empleada en el muro de Facebook que justifican el despido inmediato del mismo. Las expresiones se consideran tan soeces y de tal envergadura que justifican la procedencia del despido.

Como podemos comprobar, los aspectos que se tienen en cuenta para justificar la procedencia o no del despido son: 1) si se han utilizado expresiones ofensivas o injuriosas; 2) cómo se han realizado, si son verbales o por escrito; 3) el lugar y contexto en el que los comentarios o expresiones se han hecho; y 4) el alcance y difusión de tales manifestaciones o comentarios.

En consecuencia, observamos que, con el tiempo, comienza a existir una doctrina judicial en nuestro país, que aplicando la teoría gradualista trata de valorar diferentes elementos tales como la gravedad de la conducta, el tiempo y el lugar de la infracción, la publicación y el grado de difusión o extensión, entre otras circunstancias a la hora de calificar la existencia o no de un incumplimiento laboral que pudiera acarrear la sanción de despido del trabajador.

- **Acciones de presión para actuar conforme a las solicitudes del acosador digital.**-Se trata de acciones de presión permanente a través de TICs para actuar conforme a las solicitudes del acosador –compañero, jefe, cliente, tercera persona ajena a la organización productiva...-. Sirva como ejemplo el hecho de “enviar más de 1000 *whatsapp*” pidiendo de manera insistente tener una relación o presiones para realizar actos de naturaleza sexual a cambio de obtener un determinado puesto de trabajo. Así, “el demandado comenzó a coger más confianza con la demandante, a agarrarla, obligándola a agacharse para besarla, a darle palmadas en el culo, a contarle detalles de su relación íntima con su mujer, a decirle que se había enamorado de ella, a enviarle mensajes telefónicos con propuestas sexuales, llegando a enviar a la actora unos 1.000 mensajes entre el 9 de enero y el 24 de febrero de 2013” [STSJ País Vasco (Sala de lo Social) 947/2014, de 13 de mayo].

Una de las formas de acoso digital más comunes y dañinas consiste en las críticas continuadas y la revelación de intimidades de la pareja tras extinguirse la relación afectiva a modo de revancha como consecuencia de la ruptura de la pareja o relación entre compañeros o excompañeros de trabajo.

- **Uso del teléfono móvil como instrumento de acoso digital.** Es también una práctica frecuente, acosar a través de llamadas telefónicas silenciosas, o con amenazas, insultos, con expresiones intimidatorias, colgando repetidamente la comunicación cuando contestan, llamar en horas inoportunas o intempestivas, como el caso de llamar a altas horas de la madrugada. Las amplias posibilidades que brinda la actual telefonía móvil, han sabido ser empleadas perversamente por los ciberacosadores. La más tradicional es la de las llamadas ocultas realizadas a horarios inoportunos. Pueden ir desde llamadas silenciosas a amenazas graves que incluyen insultos, gritos o mensajes intimidatorios. Un supuesto de acoso digital fuera del horario laboral o del lugar de trabajo, lo ratifica la STSJ de la Rioja (Sala de lo Social) 14/2016, de 22 enero de 2016. En este caso, el tribunal avala el despido disciplinario de una empleada que, con ocasión de la celebración del fin de año, envió más de 60 mensajes de *whatsapp* a su compañero de trabajo a altas horas de la madrugada. En la STSJ País Vasco/Bilbao 1646/2017 (Sala de lo Social), de 18 de julio de 2017, se le aplica al trabajador la máxima sanción de suspensión de empleo y sueldo por “*comportamientos que suponen una actuación de hostigamiento para con una compañera (referencia ruptura sentimental), donde se reconoce la autoría de mensajes, llamadas y whatsapp, a través de teléfono empresarial, a determinadas horas desconsideradas...*”.

## 5. LA PROTECCIÓN JURÍDICA Y SANCIONADORA DEL CIBERACOSO EN EL TRABAJO

Existen una serie de cauces e instrumentos previstos en la normativa vigente –laboral, civil y penal- que nos sirven tanto para prevenir las situaciones de ciberacoso como para restituir los bienes constitucionalmente infringidos, sancionar al hostigador y resarcir los daños causados a las víctimas que pudieran haber sufrido acoso a través de TICs.

Cabe advertir, que actualmente ni la legislación laboral, ni los convenios colectivos, ni los protocolos preventivos de acoso contemplan o recogen de forma expresa la figura del ciberacoso laboral, con independencia de su perfecto acomodo de muchas de sus conductas típicas en diversos preceptos tanto de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) como de nuestro actual Código Penal (CP) particularmente, en los arts. 173 y 172, ter y 197 CP.

Al estudio de estos cauces e instrumentos normativos nos vamos a referir a continuación. En primer lugar, hay que distinguir entre las medidas de protección en el ámbito interno preventivo de la empresa (tutela preventiva) de las del ámbito externo (tutela sancionadora administrativa y tutela judicial).

### 5.1. La protección desde la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). El ciberacoso laboral como riesgo psicosocial que justifica la aplicación de la LPRL (la tutela preventiva)

El ciberacoso laboral constituye un riesgo laboral de naturaleza psicosocial, lo que implica, de conformidad con lo previsto en el art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), que el empresario y las Administraciones Públicas son responsables de evitar que se den este tipo de conductas, arbitrando para ello todos los mecanismos preventivos necesarios, y, de no lograrlo, asumirá, junto con el acosador, las correspondientes responsabilidades recogidas en la ley.

En consecuencia, la tutela preventiva debe ser el instrumento adecuado para evitar que el acoso proliferen en las empresas y en las Administraciones públicas, pues la existencia de este riesgo laboral implica que tanto las organizaciones productivas como la Administración pública, respecto del personal a su servicio, deben actuar para que éste no se produzca, analizando y evaluando este riesgo psicosocial y adoptando cuantas medidas sean necesarias en prevención del mismo, a fin de evitar un daño a la salud de los empleados y garantizar así, a través de protocolos de actuación negociados –junto con otras medidas de protección y prevención- un ambiente de trabajo sano y seguro. El empleador es responsable de garantizar a sus trabajadores un entorno laboral seguro y libre de riesgos. De esta forma, entre las obligaciones establecidas por la LPRL cabe entender comprendida la de prevenir el ciberacoso dado que estos comportamientos representan un serio riesgo psicosocial profesional capaz de ocasionar graves daños sobre la salud de los trabajadores afectados.

De acuerdo con el artículo 14 LPRL es obligación del empresario y de las Administraciones públicas la prevención de los riesgos laborales garantizando “una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”, adoptando en el marco de sus responsabilidades “cuantas medidas sean necesarias” para tal fin, siguiendo un sistema de gestión y planificación de las actividades preventivas y valiéndose de una organización y los medios necesarios. En virtud de este principio, el empresario está obligado a adoptar todas las medidas que sean precisas para la consecución de un resultado, que es el de proteger al trabajador de los riesgos derivados de su trabajo y por lo tanto de los daños que pudieran producirse.

La obligación general del empleador de prevenir los riesgos en el trabajo ha permitido a la jurisprudencia de los tribunales adentrarse en la responsabilidad directa del empleador por la falta de adopción de medidas que contribuyeran a prevenir, evitar o corregir las situaciones de ciberacoso sufridas por los trabajadores como consecuencia directa de su conducta.

En este sentido, el empleador (sea éste empresario o entidad pública) dentro del marco de la LPRL tiene, fundamentalmente, una doble obligación que se transforma en multitud de acciones que debe acometer frente al ciberacoso laboral:

- a. *La obligación de identificar este riesgo psicosocial emergente y, a pesar de su actual y real complejidad de identificación y tratamiento, valorarlo debidamente.* Una vez que la dirección -de la empresa o de una Administración pública- tiene conocimiento de estas conductas, está obligada a intervenir analizando la situación y adoptando las medidas correctoras y preventivas procedentes. En esta valoración de las condiciones objetivas se debería entrar a considerar especialmente -aunque no sólo éstas- las cuestiones de orden organizativo, que son -según el parecer de los expertos- las principales causantes de este tipo de conflictos.
- b. *La obligación de adoptar las medidas procedentes para erradicarlo o minimizarlo.* Estas medidas pueden ser de diferentes modalidades. En el marco de la política de prevención de riesgos laborales la dirección de la empresa, esencialmente, debe:
  1. Informar a sus trabajadores de las actitudes y situaciones consideradas como de acoso digital en el trabajo. Asimismo, es trascendental, impulsar una política educativa de sensibilización y concienciación frente a esta nueva forma de acoso laboral.
  2. Prohibir de forma tajante dicho tipo de conductas (tolerancia cero), dejando constancia clara que los comportamientos descritos no serán permitidos en el seno de la empresa y objeto de su oportuna sanción.

3. Adoptar las medidas precisas para recibir la información necesaria de la existencia de ciberacoso en la empresa, incluso dando facilidades de comunicación de este acoso digital (queja, reclamación, denuncia verbal o escrita) y manifestando que si alguna persona trabajadora se cree víctima de esa situación (tanto interna como externa) lo ponga en conocimiento de la empresa. Investigar y tratar de eliminar o reducir el factor contaminante o tóxico del entorno laboral es una acción fundamental para su erradicación.
4. Deberá formar suficientemente a sus directivos, mandos intermedios y, en general, al conjunto de los trabajadores, sobre en qué consiste el acoso digital, para que sean capaces de detectarlo y, si se produce, actuar en consecuencia.
5. Establecer procedimientos o protocolos de actuación y prevención frente al acoso digital o ciberacoso laboral y adecuar políticas sobre los modos de conducta entre trabajadores que fomenten un clima de respeto y tolerancia en el entorno laboral. Los protocolos está comprobado que no siempre garantizan la prevención en su totalidad del acoso, pero su inexistencia en las organizaciones productivas aumenta el riesgo de sufrirlo y la gravedad de los daños.

Y es que aunque existen por parte de las organizaciones productivas -públicas y privadas- numerosas actuaciones y protocolos de gestión de la prevención del acoso, instamos a los poderes públicos -al legislador, fundamentalmente- y a los agentes sociales negociadores de estos protocolos preventivos del acoso laboral -moral, sexual y sexista- a que incorporen explícitamente el tratamiento del acoso digital o ciberacoso en el trabajo, con el fin de poder combatir el problema como se merece y de la mejor y más eficaz manera posible.

6. Si se comprueba la existencia de acoso digital en la empresa deberá aplicar las medidas disciplinarias adecuadas en función de la gravedad del caso que se trate, que podrán ir desde el advertimiento verbal o escrito hasta la sanción directa de suspensión de empleo y sueldo, traslado del agresor (movilidad), o el despido, si la gravedad del acoso lo hiciera necesario. En este sentido, los convenios colectivos, salvo algún caso aislado, no hacen referencia expresa a sancionar disciplinariamente por la comisión de este tipo de conductas ciberacosadoras.

Por lo que respecta a la tutela judicial preventiva del ciberacoso laboral, el art. 2.e) LRJS establece la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de cuestiones litigiosas que se promuevan para “garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de PRL, tanto frente al empresario como frente a otros obligados legal o convencionalmente, así como conocer de la impugnación de las actuaciones de las Administraciones Públicas en dicha materia respecto de todos sus empleados (...) que podrán ejercer sus acciones, a estos fines, en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de LPRL(...)”. Tratándose de Administración Pública se hace necesario la interposición de reclamación previa a la demanda judicial, o haber agotado la vía administrativa (art. 69.1 LRJS).

Por consiguiente, nuestro ordenamiento jurídico laboral contempla una doble responsabilidad del empresario respecto de las conductas de ciberacoso laboral. De un lado, existiría una responsabilidad por acción, como consecuencia de una conducta activa del propio empresario o de sus empleados; y de otro, una responsabilidad por omisión, resultante de la inactividad del empresario por consentir y no adoptar las medidas necesarias para evitar conductas de acoso a través del uso de las nuevas tecnologías. Una política activa ejemplar y disuasoria contra el acoso denunciado tiene un efecto de exclusión o, al menos, de reducción de la responsabilidad empresarial (STCO 250/2007).

En consecuencia, el ciberacoso que se produce en las organizaciones productivas es un grave problema de salud laboral en el ambiente de trabajo, de manera que debiera catalogarse como un nuevo riesgo psicosocial profesional emergente. La incidencia de esta forma de acoso en la salud de las personas trabajadoras tiene la suficiente entidad como para exigir de forma inmediata un tratamiento jurídico específico en la normativa preventiva de riesgos laborales. Y por consiguiente, debe ser la tutela preventiva el instrumento adecuado para evitar que el ciberacoso en el trabajo se extienda progresivamente, pues la existencia de este riesgo laboral implica que las organizaciones actúen para que éste no se produzca, analizando y evaluando el riesgo y adoptando cuantas medidas se precisen en prevención del mismo, a fin de evitar daños en la salud de los empleados y garantizar así un ambiente de trabajo sano y seguro.

## 5.2. La protección desde la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS). La tutela sancionadora administrativa

Si la tutela preventiva resulta fallida -por ineficaz, inadecuada o inexistente- entra en juego la tutela sancionadora y reparadora. La tutela sancionadora administrativa, en realidad, es la menos convincente y satisfactoria para los trabajadores ya que no restituye los derechos lesionados ni resarcen daños, sirviendo únicamente para sancionar a los sujetos infractores. Si bien tienen una clara y evidente función disuasoria.

El ciberacoso puede encontrar perfecto acomodo en diversas infracciones tipificadas en la LISOS. La persona trabajadora que considere estar sufriendo alguna de las conductas que pueden ser calificadas como de ciberacoso laboral puede ponerlo en conocimiento de la Inspección de Trabajo (ITSS), a través de la correspondiente denuncia.

En materia de ciberacoso lo más común es que la actuación inspectora se inicie a consecuencia de denuncia de interesado o de la representación legal de los trabajadores en la empresa. Será la Inspección de Trabajo la que, en uso de sus facultades, habrá que verificar la existencia del ilícito y, en su caso, proponer la correspondiente sanción. En este sentido, hay de tener en consideración lo establecido y regulado en el *Criterio Técnico 69/2009 de la ITSS*.

Cuando el acoso a través de red se realice por el empresario o su representante directo habrá que acudir al art. 8.11 LISOS, de conformidad con el cual constituyen infracción muy grave “los actos del empresario que fueran contrarios al respeto a la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.” Cuando se trate de una agresión, entre compañeros, y el empresario no toma las medidas para evitarlas, la LISOS incluye, además del art. 8.11 LISOS, la tipificación de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales en sus arts. 11, 12 y 13 LISOS.

El apartado 13 bis del art. 8 LISOS, que introdujo la Ley 62/2003, impone la sanción a la empresa cualquiera que sea el sujeto activo del acoso, siempre que, conocido por el empresario, no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo. En este sentido, el apartado 13 bis del art. 8 LISOS tipifica como falta 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 ámbito empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo.*”

Así, el art. 12. LISOS considera infracción grave aquellas actuaciones *“que supongan incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados...”*(apdo. 16) o el art. 13 LISOS considera 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”* (apdo. 10). El ciberacoso laboral derivado de infracción de la LPRL puede suponer multas que van desde 40 € (infracción leve, en su grado mínimo) hasta 819.780 € (infracción muy grave, en su grado máximo).

Además de las clásicas sanciones expuestas, existen otras sanciones administrativas. De un lado, el art. 53 LPRL faculta a la Autoridad Laboral competente para que, en casos de excepcional gravedad en las infracciones cometidas, pueda acordar la suspensión de las actividades laborales, o incluso el cierre definitivo del centro de trabajo, sin merma de los derechos laborales de los trabajadores. De otro, el art. 54 LPRL se refiere a las limitaciones a la facultad de contratar con la Administración. Se trata de una medida de gran importancia, de cara a aquellas empresas cuya actividad está muy relacionada y vinculada con la Administración. Otras sanciones accesorias podrían ser, la pérdida automática de ayudas, bonificaciones y beneficios en programas de empleo desde la fecha de la comisión de la infracción, así como la exclusión automática de acceso a tales beneficios (art. 46 bis.1 LISOS)

Las responsabilidades administrativas, como es conocido, serán compatibles con las indemnizaciones por daños y perjuicios (responsabilidad civil) y con el recargo de prestaciones de la Seguridad Social.

### **5.3. La protección desde el Estatuto de los Trabajadores (ET)**

Las diversas actitudes de ciberacoso podrían lesionar diferentes derechos legales y convencionales del trabajador, en clara referencia a los derechos laborales básicos del art. 4 ET (el derecho a su dignidad e intimidad, a no ser discriminado, a su integridad física y psíquica...) y deberes empresariales de protección (art. 19 ET) tanto si la conducta del acosador proviene de un compañero o de la propia dirección de la empresa.

Un instrumento de protección desde el ET sería el ejercicio del poder disciplinario como vía correctora de la conducta del ciberacosador. El empleador puede y debe ejercer su poder disciplinario para atajar los comportamientos hostigadores (que, como apuntábamos anteriormente, van desde la advertencia verbal o por escrito, suspensión de empleo y sueldo, traslado del agresor o el despido). Los convenios colectivos han de desempe-

ñar un papel crucial, en cuanto instrumentos emplazados a complementar la ley en el ámbito punitivo, tipificando como infracción tales comportamientos, con sus correspondientes sanciones. La ley faculta al empresario para castigar las conductas acosadoras de sus trabajadores mediante el despido. La sanción puede consistir en el despido disciplinario del acosador del art. 54 ET: por ofensas verbales, por trasgresión de la buena fe contractual y al abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Todo ello, en función del tipo de comportamiento o conducta que realice el agresor a través de las TICs.

También cabría, sólo como última ratio, -no parece la mejor solución frente a la conducta agresora- plantearse la rescisión indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, con fundamento en el art. 50 ET, esto es, al sufrir el trabajador un acoso digital consistente en modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en menoscabo de su dignidad [art. 50.1 a) ET]; o que el acoso tuviera su fundamento por un incumplimiento grave de determinadas obligaciones empresariales [art. 50.1 c) ET]. El propio trabajador afectado podría, pues dirigirse a la jurisdicción social a fin de iniciar frente a su empleador el procedimiento para extinguir su relación laboral con una indemnización similar a la del despido improcedente. Y además de la acción de extinción -o conjuntamente con ésta- podría exigir por la misma vía jurisdiccional una reparación indemnizatoria por los daños y perjuicios profesionales que la conducta ciberacosadora del empresario o compañero le ha ocasionado.

Curiosa y paradójicamente, la vía más utilizada y que prevalece en la práctica para afrontar la tutela del acoso moral laboral es la autoexclusión indemnizada, esto es, la extinción causal ex art. 50 ET, por mucho que se piense que debiera ser el procedimiento especial de tutela de derechos y libertades fundamentales de la LRJS. También es frecuente el ejercicio acumulado de la acción extintiva del art. 50 ET y la acción de despido (disciplinario u objetivo).

El principal problema al cual debe hacer frente el trabajador sería el de probar esos incumplimientos empresariales, toda vez que las conductas constitutivas de ciberacoso no siempre son fácilmente demostrables ni identificables, tanto en cuanto a su autoría como a su valor probatorio en juicio, o porque, en ocasiones, los ciberacosadores rápidamente destruyen u ocultan pruebas que les incriminen.

#### **5.4. La protección desde la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y desde la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA). El proceso especial de tutela de derechos fundamentales**

En cuanto lesión de derechos y libertades fundamentales, la persona trabajadora víctima de ciberacoso laboral podrá acudir al procedimiento preferente y sumario de los arts. 177 y ss. de la LRJS para reclamar el cese y la reparación de las conductas constitutivas de ciberacoso. Por lo que respecta a los funcionarios públicos, éstos pueden acudir al procedimiento contemplado en los arts. 114 y ss. de la LJCA, esto es, el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales. Si bien es cierto, el ínfimo índice de estimaciones de las demandas de los funcionarios en el orden contencioso-administrativo. Y ello obedece, más que a defectos de las leyes reguladoras del acoso en las Administraciones Públicas, a la continua rigidez con que son interpretadas por los tribunales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (Molina Navarrete, 2018:14).

Se trata del proceso especial de tutela de derechos fundamentales en ambos órdenes (social y contencioso-administrativo), el cual resulta especialmente aconsejable dadas las garantías de las que está revestido: intervención del Ministerio Fiscal, exoneración del requisito de la conciliación previa, preferencia sobre cualquier otro proceso, inversión de la carga de la prueba, brevedad de los plazos, celeridad y el carácter ejecutivo que posee la sentencia desde el momento en que se dicte.

Las principales características de este procedimiento son las siguientes:

- La posibilidad de solicitar medidas cautelares: El trabajador puede solicitar la suspensión del acto impugnado, el traslado o puesto en otro centro de trabajo, así como la suspensión de la relación laboral y por tanto la exoneración de acudir al trabajo mientras no se resuelva el procedimiento.
- El plazo para interponer la demanda es de un año. No obstante, en caso de que la conducta que vulnera la dignidad del trabajador sea el despido o una sanción, el plazo será de 20 días.
- La conciliación y juicio tiene lugar dentro de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda.
- La sentencia, que se dicta en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio, puede acoger las siguientes pretensiones:
- Declarar la existencia o no de vulneración de derechos fundamentales.
- Declarar la nulidad de la actuación del empresario, ordenando el cese inmediato de la actuación contraria a los derechos fundamentales.

- Restablecimiento del trabajador en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental.
- Indemnización por daños y perjuicios, en caso de que los hubiera.

La indemnización de daños y perjuicios no procede por la lesión de un derecho fundamental, sino que han de alegarse y acreditarse la existencia de un daño indemnizable. En este sentido, para lograr este resarcimiento de daños, deben de cumplirse los siguientes requisitos: a) existencia real de una situación generadora de daños y perjuicios; b) acreditar dichos daños en el proceso judicial; c) demostrar un incumplimiento por parte del empleador, que provoca la situación de ciberacoso y d) relación causal clara y directa entre el incumplimiento de la parte demandada y el daño sufrido.

La cuantía de la indemnización tiene como objetivo resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño. Se calcula en función de los daños y perjuicios ocasionados, el tiempo de duración del acoso digital y en relación con el salario percibido por el trabajador. La indemnización incluirá el daño moral así como los daños y perjuicios adicionales derivados. Un trabajador que sufre acoso laboral puede ser indemnizado por diversos conceptos, siendo todos ellos compatibles y computables para establecer la cuantía total de la indemnización.

En cualquier caso, y a pesar de lo expuesto, en la práctica es el art. 50 ET, tramitado por procedimiento ordinario y acumulación de acción de indemnización, el más utilizado y el que, además, tiene más posibilidades de éxito.

#### **5.5. La protección desde la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). La calificación de la lesión derivada del ciberacoso como accidente de trabajo**

Cuestión importante es la de la calificación jurídica, a efectos de la protección de la Seguridad Social, de las lesiones -psicológicas o psicosomáticas- que, en la mayoría de los casos derivan del ciberacoso. Cuando se produce acoso en el trabajo, es frecuente que sus consecuencias psíquicas –a veces incluso físicas– acaben conduciendo a la víctima a una situación de incapacidad temporal (IT).

La ansiedad, la depresión y otros trastornos llegan a imposibilitar que la persona afectada esté en condiciones de seguir trabajando cotidianamente, sobre todo si debe hacerlo en el mismo entorno en el que ha sufrido o está sufriendo un caso de acoso digital. Esas patologías, siempre que tengan su origen exclusivo en factores laborales, pueden –y deben– ser calificadas como accidente de trabajo. Es evidente que si la causa (el acoso) es laboral, la consecuencia (la baja) no puede ser considerada enfermedad común o accidente no laboral.

Lo que es evidente es que la actualización de este emergente riesgo profesional genera un daño a la salud física y psíquica y a la integridad moral del trabajador que cabe catalogar también como accidente de trabajo o enfermedad profesional. Debe tenerse en cuenta que los efectos nocivos para la salud no sólo son psíquicos, sino también psicosomáticos, con proyección en lesiones físicas como trastornos funcionales y orgánicos, que incluso pueden provocar lesiones permanentes hasta llegar incluso a la muerte (suicidio inducido).

El artículo 156 LGSS admite que se consideren accidentes de trabajo “las enfermedades que contraiga el trabajador (...) con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo” (“accidente de trabajo impropio”). La redacción de este artículo ha hecho conflictivo el reconocimiento de enfermedades como accidentes de trabajo y son muchas y variadas las sentencias de Tribunales que admiten los trastornos psíquicos debidos a stress, “*burn-out*” y acoso moral como accidentes de trabajo. Y así, han ido apareciendo pronunciamientos que han apreciado con claridad cómo la enfermedad padecida por el trabajador trae su origen en el trabajo prestado, resultando evidente la existencia de un nexo causal entre la situación laboral y el síndrome psíquico padecido por la víctima.

Por otra parte, también cabría estimar la posibilidad de sancionar a la empresa con el correspondiente recargo de prestaciones del art. 164 LGSS, en aquellos casos en que éste no hubiera tomado en consideración las condiciones de trabajo (en la correspondiente evaluación de riesgos) para evitar la posibilidad de que se produzca acoso digital en el entorno empresarial y siempre que concurren los requisitos exigibles. Por consiguiente, cabe exigir el recargo de prestaciones de Seguridad Social cuando el empresario ha incumplido la normativa de prevención de riesgos laborales derivado de situaciones de acoso laboral, pues de conformidad con el art. 164 LGSS “todas las prestaciones que tengan su causa en AT o EP se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 % cuando la lesión se produzca por no haberse observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo”.

## 5.6. La protección del ciberacoso laboral desde la perspectiva penal y civil

La *vía civil* puede claramente servir de cauce para entablar posibles acciones de responsabilidad contractual o extracontractual (arts. 1.101 y 1.902 CC) al empleador o al trabajador que se considere presunto agresor, procurando la indemnización que resarza de los daños y perjuicios ocasionados por la actuación de acoso por medios tecnológicos.

También tendría cabida el acoso a causa de la conducta violenta de un tercero ajeno a la empresa, que en los casos de ciberacoso, es muy común que el agresor se trata de un cliente, contratista, proveedor, etc., o cualquier otra persona sin vínculo alguno o directo con el trabajador o con la entidad organizativa.

Asimismo, y al amparo de lo establecido en el art. 1.903 CC, el trabajador agredido podrá reclamar la responsabilidad directa de la empresa por ser esta responsable de los actos llevados a cabo por sus empleados en el desempeño de su trabajo, pues la obligación de velar por que en el desempeño de sus cometidos no se causen perjuicios a terceros le obliga a ello.

Para la responsabilidad contractual (la que se deriva de la existencia de un vínculo contractual -de trabajo, mercantil, etc.-), en el art. 1.101 CC según el cual: *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”*. En este sentido, el daño ocasionado al trabajador por incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, hace recaer en el empresario una responsabilidad *derivada del contrato de trabajo*, personal y directa, por incumplimiento, precisamente, del mismo contrato de trabajo, que se materializa en el abono, a su cargo, de una indemnización por daños y perjuicios; para ello, será necesaria la concurrencia de dolo o culpa en el incumplimiento empresarial de dichas obligaciones.

Para la responsabilidad extracontractual (o responsabilidad objetiva, para la cual no es necesaria la existencia de ningún vínculo contractual), el art. 1.902 del C.C. indica que *“El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*. Tal responsabilidad extracontractual alcanza al empresario, tanto por sus daños propios como por los de terceros a su servicio, porque es *“exigible, no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”*, y más concretamente: *“Los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en los que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”* (art. 1.903 del C.C. ). De cualquier modo, la apreciación de este tipo de responsabilidad pasa por la constatación judicial de un nexo causal entre la conducta del responsable directo y el resultado dañoso producido.

Por último, y como es conocido, la responsabilidad civil puede derivarse de la comisión de un delito; así el C.P. establece que: *“Toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios”*, de lo que se deriva una responsabilidad directa para el empleador u otros sujetos agresores.

Por otra parte, nuestro actual Código Penal recoge varios tipos delictivos en relación con el ciberacoso, siempre que dichas acciones cumplan con los requisitos establecidos en cada uno de los diferentes tipos penales. Así, en función de la modalidad de agresión, nos podemos encontrar ante un determinado delito (amenazas, injurias, coacciones, calumnias, acoso moral, acoso sexual, acoso sexista, un delito contra la seguridad y salud de los trabajadores, frente a un delito de *sexting*, *grooming* o de *ciberstalking*...) Haremos una breve referencia a algunos tipos penales.

El delito genérico de *trato degradante* lo encontramos en el art. 173.1 CP: *“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”*. En el párrafo 2º, se consagra el nuevo tipo específico de *acoso moral en el trabajo*. *“Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”*. En consecuencia, la relevancia penal de una situación de acoso moral laboral implica una especial gravedad de la conducta, por su intensidad y por su duración. Las conductas de ciberacoso en el ámbito laboral como puede comprobarse pueden tener perfecto acomodo en el descrito tipo penal, pues ese trato degradante podría generarse perfectamente desde medios tecnológicos.

En el art. 197.7 CP se tipifica el ya referenciado delito de *sexting*, disponiéndose que: *“Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”*.

La tipificación del *sexting* como delito en los términos del art. 197.7 CP planteará serias dudas para saber cuáles serán los parámetros que habrá que tener en cuenta al objeto de determinar que la divulgación de imágenes o grabaciones menoscaben “gravemente” la intimidad personal de la persona afectada. Asimismo, conviene también matizar –como curiosidad- que este precepto penal -aunque lo identificamos con conductas de *sexting* propiamente dichas- no exige en ningún caso que el contenido o contexto de la difusión de imágenes o grabaciones tengan que ser necesariamente de naturaleza sexual.”

Las acciones delictivas de *hacking* encuentran perfecto acomodo en el el art. 197.1 CP que tipifica como delito: *“El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Y en el 197.2 CP: “Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero”.*

También encuentran perfecto encaje en lo dispuesto en el nuevo art. 197.bis en su apartado 1.: *“El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años”.* Y en su apartado 2.: *“El que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses”*

El delito de *stalking* o delito de hostigamiento, supone una intromisión indeseada, obsesiva y persistente de una persona en la vida de otra que, en cuanto víctima, rechaza la relación con el sujeto que lleva a cabo los contactos, el acosador o *stalker*, a través de todo tipo de medios: llamadas telefónicas, mensajes de texto, e-mails, etc. Asimismo, también intenta comunicarse con la víctima mediante el envío de regalos u otros materiales que pueden parecer amenazantes o causar miedo, o intentan acercarse a la víctima merodeando cerca de su casa, lugar de trabajo o frecuentando lugares a los que ésta acude en su tiempo libre, espiándolas o persiguiéndolas. El *stalker* o acosador puede ser conocido de la víctima (la pareja o ex pareja de ésta, un familiar, un compañero de trabajo, un cliente) o desconocido, y persigue múltiples objetivos: deseo mantener una relación, fantasear con que está enamorada de él/ella o sentir y demostrar control, poder o posesión, celos o resentimiento, perturbando gravemente el desarrollo de su vida cotidiana, desde días hasta durante años.

En relación con este delito de hostigamiento, el art. 172 ter 2 CP: “1. *Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella”.*

Asimismo, los arts. 316 y 317 CP tipifican el *delito de puesta en peligro grave de la vida, salud e integridad de los trabajadores por infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales*, configurándose como un delito de peligro y no de resultado (no es necesario que haya muerte, daño a la integridad física o a la salud del trabajador), por lo que su comisión tiene lugar aunque no se produzca el accidente y bastando con que la omisión de las medidas de seguridad coloque al trabajador en una situación de riesgo grave.

Este delito está penado, en su forma dolosa (intencional), con una privación de libertad cuya duración puede oscilar entre seis meses y tres años, y con una multa de seis a doce meses, si bien, caso de considerarse la aparición del delito en forma culposa (por imprudencia), se aplicaría la pena inferior en grado.

Ha de advertirse que la realización de este tipo delictivo por un empresario persona jurídica, implica la atribución de responsabilidad penal a aquellas personas físicas (encargados, administradores, etc.) a quienes resulten imputables, así como a todos aquellos que pudiendo o debiendo haber adoptado medidas para evitar tal riesgo, no lo hubieran hecho.

### **5.7. La protección y sanción del ciberacoso laboral desde la reglamentación interna de las organizaciones**

Además de los convenios colectivos y los protocolos antiacoso a los que se ha hecho referencia, otro instrumento clave para prevenir, actuar y sancionar frente al acoso realizado por medios tecnológicos o digitales es la inclusión en la normativa o reglamentación interna de las organizaciones productivas de normas éticas o códigos éticos o de conducta, de concretas obligaciones y compromisos de los trabajadores, a modo de “buenas prácticas” o guías, para no perjudicar el buen nombre y reputación de la empresa, de los compañeros de trabajo y de los clientes, de opiniones, comentarios o manifestaciones que se pudieran publicar en internet y en las redes sociales. Por su parte, las Administraciones Públicas (centros educativos en mayor medida) también poseen instrucciones y directrices de actuación y prevención del ciberacoso, que en determinados aspectos sirven de referente a otras entidades públicas y privadas.

La tecnología amplifica y potencia el daño, por ello, la sugerencia o recomendación suele ser que cualquier empresa u organización debe de tener un protocolo, reglamento o documento de funcionamiento con respecto al uso de los canales corporativos sociales y también, y muy importante, respecto a lo que puede y debe hacer cada persona en su ejercicio libre de expresión con sus cuentas en redes sociales. Dichos protocolos deben ser informados a cada persona y deben estar accesibles para ser consultados. Los códigos internos de usos de las redes sociales son protocolos de presencia en redes sociales con pautas de relación de los empleados con los canales corporativos e indicaciones sobre el uso de los canales personales fuera de un entorno laboral. Las empresas deberán tener un criterio claro definido sobre cómo actuar y, en su caso sancionar conductas ciberacosadoras.

Uno de los inconvenientes que suelen presentar las empresas es el temor a verse perjudicados por publicaciones o comentarios de sus propios empleados en las redes sociales. Es por ello que toda empresa o entidad debe contar con un manual de uso y de buenas prácticas, que al mismo tiempo, debe integrar medidas de prevención y sanción de las conductas de ciberacoso.

Tampoco se debe obviar el hecho de que cada vez son más los usuarios que cuentan con su propio blog y en el que se identifican como trabajadores de una empresa concreta, de forma que van exponiendo públicamente sus propios razonamientos, algo totalmente válido pero que deben ser conformes a los criterios estipulados y, se entiende, que debidamente negociados.

En este sentido, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, en su art. 87, en relación al ejercicio del derecho a la intimidad y el uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral, (en clara referencia a instrumentos digitales propiedad de la empresa de uso privado por los trabajadores) recoge expresamente que: *“los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente y que en su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores”* (art. 87.3).

Además, para reforzar el papel que desempeñan los representantes legales, incide en que *“los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”* (art. 91).

Debemos recordar que se admite que el trabajador pueda realizar comentarios, emitir opiniones, escribir textos o difundir imágenes en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, siempre que no descalifiquen a la empresa o la de personas vinculadas con ésta. En consecuencia, no se puede prohibir genéricamente que se emitan declaraciones o comentarios por parte de los trabajadores en redes sociales ajenos a la empresa o sobre la realidad de sus condiciones de trabajo.

En las directrices de conducta de los empleados de la Federación Internacional de Cruz Roja y de la Media Luna Roja (Social Media Policy) podemos extraer una serie de interesantes principios clave o recomendaciones básicas de uso responsable en las redes sociales para sus empleados. Analicemos aspectos interesantes de estas directrices:

- Antes de publicar cualquier tipo de información en Internet, pregúntese si está dispuesto a que un ser querido la lea. Nunca olvide que lo que escribe en Internet puede sacarse de contexto con mucha facilidad. Además, aquello que en el lenguaje oral es una simple marca de humor, en el lenguaje escrito puede interpretarse como un comentario insultante. Evite, pues, cualquier comentario ambiguo.
- Actúe con sentido común y precaución. Antes de publicar un comentario o mensaje en una red social, pregúntese siempre cuáles podrían ser las consecuencias. Al asumir un compromiso laboral, usted acepta defender sus valores y sus principios. Sea consciente de que la información en Internet es persistente, visible para todos, reproducible ininidad de veces y fácil de encontrar. Una vez que esta información ha sido publicada en las redes sociales, usted ya no la controla, así que deberá decidir qué información está dispuesto a asumir.
- Respete las condiciones de uso. Cualquier utilización de las redes sociales deberá llevarse a cabo dentro del respeto del derecho y de las condiciones de uso propias a las páginas web correspondientes. Infórmese al respecto.
- Utilice una cláusula de no responsabilidad (“disclaimer”). Cuando utiliza las redes sociales, usted está actuando frente a sus amigos y a todas las personas que puedan leerlo. A partir del momento en que estas personas saben que trabaja para su entidad, su comportamiento tendrá inevitablemente un impacto en la imagen de la misma. Cuando usted expresa un punto de vista personal sobre temas relacionados con su trabajo en la compañía, asegúrese de que este no dañe la imagen y haga uso de un “disclaimer”. Ejemplo de disclaimer: “El punto de vista que defiendo aquí refleja única y exclusivamente mi opinión y no representa necesariamente la posición, estrategia u opinión de la entidad para la que trabajo sobre el tema”.
- Respete el contrato de comunicación. No exprese comentarios que puedan perjudicar a sus colegas, a los beneficiarios, a los voluntarios, a las entidades que trabajan con la Fundación. Las redes sociales no son el lugar adecuado para solucionar conflictos que se dan al interior de la Institución.

- Respete la obligación de confidencialidad. Algunas informaciones relativas a su actividad son confidenciales y en ningún caso deberán ser difundidas en la redes sociales, así sea a título privado. Si tiene alguna duda sobre el carácter confidencial de alguna información, contacte a su superior o absténgase de difundirla.

También debemos hacer referencia a las Guías del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INCIBE) dirigidas a los empresarios. Estas Guías del INCIBE consisten en “guías de aproximación para el empresario”. En la guía que lleva por título: “Ciberseguridad en la identidad digital y la reputación online” (2016) , pone claramente de relieve que “otro aspecto relevante en la gestión de la reputación de las organizaciones depende de la fijación de reglas claras que deben seguir aquellas personas que, o bien representan a la organización, o bien mantienen una relación laboral con la misma. Si en las redes sociales la identidad online de una empresa no se gestiona adecuadamente pueden producirse daños importantes en su imagen corporativa, que derivarán en pérdidas de confianza de los clientes y provocará, en definitiva, pérdidas económicas.

En este sentido, la Guía “Ciberseguridad en la identidad digital y la reputación online (2016)” del INCIBE, insiste en que “es necesario establecer unas obligaciones y recomendaciones para que el empleado con actividad en las redes sociales haga un uso adecuado de éstas sin poner en riesgo el funcionamiento, la reputación y la información de la empresa. Es recomendable apoyarse de asesoramiento legal para que la política se ajuste a la normativa legal. Además, deberemos acompañar esta política de una guía de buenas prácticas, que establezca las reglas, recomendaciones y acciones concretas del Community Manager y en general de todo empleado que use las redes sociales.

También insiste esta Guía del INCIBE que “es importante que los empleados conozcan la política, normativa, buenas prácticas y en definitiva las reglas definidas, los usos permitidos de las redes sociales y las posibles sanciones de un uso indebido. Además, es recomendable que en ellas se diferencien claramente dos escenarios de uso de las redes sociales, una para el trabajo y otra para su uso extralaboral que pueda estar vinculado con su actividad laboral.”

Como particularidad para los perfiles asociados a la marca de empresa, recomienda que “debemos tener presente que debemos hacerlo siempre utilizando un correo corporativo y nunca personal. En el caso de una pequeña empresa, esta recomendación se hace más relevante, y evitaremos mezclar los contactos profesionales con los personales, ya que no tenemos control sobre lo que pueden escribir nuestros amigos de nosotros”.

## BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

MOLINA NAVARRETE, C. (2018). *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿estancamiento y subestimación o lento progreso?*, Albacete: Bomarzo, 14.

ROYAKKERS, L. (2000). “The Dutch Approach to Stalking Laws”, *California Criminal Law Review*, 3, 12-23.

SERRANO GARCÍA, J. M<sup>a</sup>. (2019). “El derecho a la libertad de expresión del trabajador a través de las nuevas tecnologías y el derecho a la reputación de la empresa, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 217/2019 parte Estudios, 2019, 2.

SERVERA, J. (2015). “Ciberacoso laboral”, en <http://antitrabajo.com/2015/05/26/el-ciberacoso-laboral/>

TALENS VISCONTI, E. E. (2014). “Despido de un trabajador por comentarios contra la empresa vertidos en internet”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnológicas*, nº 35.

VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M. (2012). “La tutela administrativa frente al acoso moral en las Administraciones Públicas: normas y prácticas”, en AA.VV. (Marcos González, J. I. y Molina Navarrete, C., coordinadores) *El mobbing en las Administraciones Públicas: cómo prevenirlo y sancionarlo*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 141.

VICENTE PACHÉS, F. de (2018). *Ciberacoso en el trabajo*, Barcelona: Atelier.

V.

# REFLEXÕES SOBRE O ÓNUS DA PROVA E DANOS MORAIS NO TRATAMENTO JURÍDICO DO ASSÉDIO EM PORTUGAL<sup>106</sup>

**Ana Cristina Ribeiro Costa**

*Assistente Convidada da Escola de Direito do Porto*

*Universidade Católica Portuguesa*

*Advogada*

---

106 O presente texto corresponde a uma adaptação do estudo disponível em [https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/int\\_ana\\_costa.pdf](https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2017/10/int_ana_costa.pdf). Teve em consideração a legislação, doutrina e jurisprudência publicadas até 31-07-2019. As decisões dos tribunais nacionais mencionadas ao longo do texto poderão ser consultadas em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), a menos que seja indicada expressamente fonte diferente. Todas as conclusões do Comité Europeu de Direitos Sociais (doravante apenas Comité) no âmbito do mecanismo de relatórios que se irão referir ao longo do texto poderão ser consultadas em <http://hudoc.esc.coe.int/eng/#>.

**Sumário** 1. Introdução. 2. Ónus da prova. 2.1. Análise do regime jurídico nacional: statu quo e entendimentos doutrinários. 2.2. Análise do cumprimento da legislação internacional: em particular, a Carta Social Europeia e sua interpretação pelo Comité Europeu dos direitos sociais. 2.3. Proposta em matéria de prova: criatividade. 3. Danos morais. 3.1. Análise do enquadramento nacional em matéria de danos morais. 3.2. Análise do cumprimento da legislação internacional: em particular, a Carta Social Europeia e sua interpretação pelo Comité Europeu dos direitos sociais. 3.3. Problematização. 4. Conclusão. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Os temas em apreço beneficiam já de amplíssima apreciação no panorama doutrinal (veja-se Carolina Amante, 2016) e jurisprudencial português, à partida, uma especial dificuldade em analisá-los sob novas vestes. Ainda assim, depressa concluímos poderem ainda ser desbravados (novos) trilhos.

Com efeito, sem prejuízo da análise do regime jurídico nacional e da sempre pertinente comparação com outros ordenamentos a fim de percebermos se, afinal, há assim tanto *que nos separe*, entendemos dever ainda visitar alguns instrumentos legislativos internacionais para cuidar de apurar da conformidade da nossa legislação e das nossas práticas aos mesmos.

A título conclusivo, apresentaremos e problematizaremos algumas questões, procurando responder a velhos desafios percorrendo esquecidos caminhos.

## 2. ÓNUS DA PROVA

### 2.1. Análise do regime jurídico nacional: statu quo e entendimentos doutriniais

A primeira questão a ponderar é a razão pela qual a matéria do ónus da prova na hipótese de assédio merecerá uma análise diferenciada. Na verdade, porque se defendem e são criados mecanismos de prova mais facilitados para o assediado?

Pereira Da Silva (2015: 385-386) adverte que o dever de conformação de instrumentos jurídicos como “obrigações de fundamentação, modulações do ónus da prova e presunções legais” e de “definição de procedimentos administrativos ou privados de tutela da igualdade – *maxime*, no âmbito das relações laborais”, se funda no imperativo de proteção estadual do valor constitucionalmente tutelado.

Entre as vantagens de criação de tais mecanismos encontra-se a facilitação da prova para um elemento que, em regra, mais dificilmente tem acesso a ela e está em situação de maior fragilidade. Ademais, a conduta do assediador é muitas vezes aparentemente lícita (em particular, quando isoladamente apreciada), correspondendo não raramente a uma (suposta) natural concretização do poder diretivo<sup>107</sup>. Acresce a dificuldade decorrente de a

---

107 Quando o assediador coincide na pessoa da entidade empregadora ou seu representante.

prova se alicerçar, em regra, em testemunhas, sendo que estas ainda trabalham para o mesmo empregador ou têm com ele interesses comuns (Freitas Pinto, 2011: 445)<sup>108</sup>. Ademais, assinalava justamente Gomes (2007: 165-184) que “(...) em múltiplas situações será difícil encontrar quem esteja disposto a testemunhar em favor da vítima de mobbing e isto por muitas razões: ou porque muitos trabalhadores não se perceberam da real gravidade dos factos, ou porque a estigmatização a que a vítima de mobbing é sujeita os persuadiu de que é ela a pessoa verdadeiramente responsável pelo conflito, ou porque tomaram parte activa no mesmo ou foram, pelo menos, cúmplices com o seu silêncio no agravamento da situação ou ainda porque o mobbing provém do empregador ou de um superior hierárquico e há um justo receio de represálias (...)”.

Asseveram ainda autores argentinos que a razão pela qual é difícil ter elementos probatórios é porque o exercício da violência é subtil, porque todo o processo violento é negado mediante o engano e porque pretende encobrir uma fraude (Babugia, 2015: 131). A mesma doutrina assinala ainda que a especial dificuldade de prova se acentua porque a própria vítima de assédio não conhece o direito de que é titular perante aquilo a que esteve exposta (Babugia, 2015: 30 a 32). Acrescentaríamos nós que a vítima frequentemente não se prepara para o que aí vem, ou seja, não tem ela própria, desde o início do processo persecutório ou assediante, um *animus* probatório, não imaginando porventura que a situação possa chegar àquele limite.

Apreciando as desvantagens ou riscos da criação destes mecanismos probatórios, Barrambana Santos (2019: 334) indica os efeitos adversos que podem advir de uma dilatação desmedida da figura, com enfraquecimento dos pressupostos legalmente exigidos e expansão da inversão do ónus da prova, que poderão conduzir a uma degeneração da figura, transformando o assediado em assediador, tornando este mecanismo uma forma de pressão ao invés de protetor da dignidade. Com efeito, reconhece-se que a inversão poderá comportar uma prova diabólica, já que implicará a demonstração de um facto negativo (Noel Sayanes, Pérez Ledesma, 2019: 283).

No mesmo sentido, Gomes (2007: 165-184) alertava para o “(...) risco de uma vingança contra um superior hierárquico ou um colega assumir a forma de uma denúncia falsa da existência de um mobbing, como também existe o perigo de uma desobediência ilícita ser camuflada deste modo”.

---

108 Autores brasileiros adiantam que “tratando-se de testemunhas arroladas pela parte-ré com contrato de trabalho vigente quando do depoimento não se pode olvidar que estas estão comprometidas com o empregador e, certamente, amenizarão os factos ocorridos em favor da reclamada” (WASEM GALIA, R., GOMES RAMOS, L. L., 2013: 125).

Por fim, Redinha (2003: 833-847) afirmava, ainda antes da criação do instituto legal, que a “*inversão do ónus da prova de inexistência de prática persecutória nas acções intentadas pelo trabalhador*” seria “*solução não imune ao risco de proliferação de falsas invocações de assédio, mas que, realisticamente, é a única alternativa para efectivação da prova de mobbing (...)*”, advertindo ainda a autora para o facto de que, de qualquer modo, “*o instrumento processual da condenação por litigância de má fé, e, eventualmente, no plano do direito substantivo a responsabilidade civil do trabalhador por ofensa do crédito ou do bom nome do empregador – art. 484.º do Código Civil*” sempre poderão limitar os potenciais efeitos adversos de tal solução.

Garcia Pereira asseverava que, na verdade, a questão do ónus da prova só é preocupante quando é o trabalhador quem invoca assédio, já que quando é a entidade empregadora que despede o trabalhador por prática de assédio, então aqui a empregadora terá que fazer prova nos moldes habituais. Isto justifica-se atenta a assimetria de poderes, e sendo certo que a empregadora, para aplicar a sanção de despedimento, teve que fazer prova no âmbito do procedimento disciplinar<sup>109</sup>.

Em Portugal, a consagração do assédio moral no Código de Trabalho (CT) de 2003<sup>110</sup> viria a cingir a reparação à vertente discriminatória do mesmo, sendo que o assédio não associado a fatores discriminatórios seria tutelado através da articulação do art. 18º (tutela da integridade física e moral) com o art. 24º (assédio), de acordo com alguma doutrina (Vieira Gomes, 2007a: 442; Dray, 2011: 131; Palma Ramalho, 2012: 162).

No art. 23º n.º 3 do CT de 2003 previa-se, para Barrambana Santos (2019: 335), uma verdadeira inversão do ónus da prova, sendo que ao trabalhador assediado (desde que assente em fator discriminatório) recaia a obrigação de demonstrar a existência da pretensa situação discriminatória, cabendo ao sujeito ativo demonstrar que tal comportamento não era assediante porquanto não se encontrariam preenchidos seus requisitos, sendo a situação legítima e objetivamente justificada. Quanto a manifestações não discriminatórias, inexistindo regime probatório especial, as mesmas ficariam sujeitas à regra probatória geral (2019, 336)<sup>111/112</sup>.

109 Caso contrário, permitir-se-iam despedimentos sumários, bastando que o empregador alegasse que o trabalhador assediou um colega, sem ter que demonstrar justa causa no plano factual (GARCIA PEREIRA, R., 2009: 169, nota 327).

110 Lei n.º 99/2003, de 27-08.

111 Seria necessário demonstrar-se existência de um conjunto de atos pluriofensivos e lesivos dos direitos do assediado, nomeadamente do direito à integridade física e mental, e nexos entre esses factos que permitisse integrá-los sob uma lógica unitária (BARRAMBANA SANTOS, P., 2019: 217).

112 Também a jurisprudência veio entendendo que as situações de assédio moral não discriminatórias não beneficiavam do regime de prova do art. 23º n.º 3, cabendo portanto ao putativo lesado fazer prova dos factos constitutivos do direito que se arroga – acórdão do STJ de 21-04-2010, relatado por Vasques Dinis e do mesmo Tribunal Superior, de 23-22-2011 relatado por Fernandes da Silva.

Pacheco (2007: 219) entendia então que no assédio não vigorava o regime da discriminação, necessitando aquele de um regime próprio de inversão do ónus da prova. No mesmo sentido, Ribeiro Parreira defendia a criação de presunções de culpa e inversões do ónus da prova, tal como Redinha (expondo as posições de todos, veja-se Barrambana Santos, 2019: 334).

Com o CT de 2009 (Lei n.º 7/2009, de 12-02) foi consagrada uma alteração sistemática, passando o assédio a fazer parte da divisão “proibição do assédio” (divisão autónoma) e já não da “não discriminação”, embora ainda dentro da subsecção igualdade e não discriminação. Esta modificação foi percebida por alguma doutrina como favorecendo um elemento interpretativo (Barrambana Santos, 2019: 219).

Ora, não subsistem dúvidas que se expurgou do conceito de assédio o fator discriminatório, que passou a ser facultativo. Todavia, dúvidas persistiram quanto ao regime de prova aplicável ao assédio, questionando-se se o novo enquadramento sistemático permite a convocação do regime probatório do art. 25º n.º 5 do CT de 2009, ou se este apenas se aplica ao assédio discriminatório (Barrambana Santos, 2019: 221).

Na senda da primeira solução, Redinha (2011: 271) é da opinião que com o CT de 2009 o regime da tutela da igualdade e não discriminação, onde o assédio se alberga, é aplicável integralmente ao assédio, ou seja, incluindo na parte referente à repartição do ónus da prova (aludido art. 25º n.º 5 do CT). A autora defende, portanto, uma interpretação extensiva destas normas, aplicando-o a qualquer tipo de assédio, o que resultaria da exigência metodológica da *ratio* normativa, da sistematização legal, e por se tratar de imposição lógica e substantiva, sendo que não faria sentido arredar o assédio discriminatório do regime do art. 25º, em incumprimento das regras de ónus da prova previstas pela legislação comunitária. Já na Administração Pública, a autora entende que, em face da redação do Regime do Contrato de Trabalho em Funções Públicas, o regime do assédio discriminatório é distinto do não discriminatório, não beneficiando este de regime probatório mais favorável, o que em si configura tratamento discriminatório e iníquo e entorse do princípio da igualdade (13º CRP).

Entendimento próximo parece sufragar Dray (2011: 131), quando afirma que a nova redação do art. 29º “*parece (...) admitir face à utilizada da locução nomeadamente, que o assédio moral não discriminatório também pode ser subsumido no preceito sob anotação (...) circunstância que pode ter relevância nomeadamente para efeitos de invocação e aplicação do regime de inversão do ónus da prova*”.

Pelo contrário, para a que cremos ser a maioria da doutrina, apenas nas hipóteses em que o assédio é discriminatório ocorre a repartição do ónus da prova ao abrigo do n.º 5 do art. 25º do CT<sup>113</sup>, pelo que da qualificação do assédio como discriminatório decorre vantagem para o lesado (Barrambana Santos, 2019: 337). Neste sentido, vejam-se, a título de exemplo, Monteiro Fernandes<sup>114</sup> e Kietzmann Lopes (2009: 253-269), que afirma que “no que tange aos demais casos de mobbing, o ónus probatório quanto aos requisitos enunciados no artigo 29.º continua a impender sobre a vítima”.

Palma Ramalho (2012: 178-179) criticou, ademais, a opção de autonomização do assédio discriminatório em relação ao não discriminatório, atentas as dúvidas que se geraram sobre a aplicação de regras procedimentais: *“a questão que se coloca concretamente é a de saber se esta regra é a aplicável às situações de assédio, uma vez que tais situações não são agora formalmente qualificadas como discriminação, ao contrário do que sucedia anteriormente”*, sustentando que *“(...) ao menos nas situações em que assédio tenha um fundamento discriminatório, esta regra deve continuar a ser aplicada, porque estamos de facto perante uma discriminação, sendo que tal qualificação é além disso um imperativo comunitário (Art. 2º n.º 2 a) diretiva 2006/54 de 5-0.7)”*.

Da aplicação da regra do art. 25º n.º 5 ao assédio assente em fator discriminatório resulta que, não havendo discriminação, serão aplicáveis, como se viu, as normas gerais em termos de distribuição do ónus da prova, ou seja, o art. 342º do Código Civil (CC), que importa que cabe a quem alega os factos constitutivos do direito, demonstrá-los (Leal Amado, Silva Rouxinol, Nunes Vicente, Gomes Santos, Coelho Moreira; 2019: 215), o que aliás foi sufragado pela jurisprudência<sup>115</sup>.

---

113 Para GARCIA PEREIRA, R., (ensinamentos orais) trata-se de uma presunção de discriminação, presunção esta ilidível, não correspondendo portanto a total inversão do ónus da prova.

114 Opinião manifestada na conferência apresentada no XX Congresso de Direito do Trabalho, em 2016, organizado pela Almedina e com coordenação científica do Professor António Moreira.

115 Na jurisprudência, veja-se o aresto do STJ de 23-11-2011 reportado por Fernandes da Silva: *“Não tendo a autora alegado factologia susceptível de afrontar, directa ou indirectamente, o princípio da igual dignidade sócio-laboral, subjacente a qualquer um dos factores característicos da discriminação, o assédio moral por parte da ré, por ela invocado, tem de ser apreciado à luz das garantias consignadas no art. 18.º do CT, segundo o qual o empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e o trabalhador gozam do direito à respectiva integridade física e moral, aplicando-se o regime geral de repartição do ónus da prova estabelecido no art. 342.º do Cód. Civil.”*

Já no Acórdão do TRL da mesma data relatado por Isabel Tapadinhas diz-se ainda que *“É que, fora do domínio da protecção contra a discriminação, e no âmbito da tutela dos direitos de personalidade, não se encontra norma que estatua presunção de causalidade idêntica à que se referiu, daí que o denunciante de uma situação de assédio moral não discriminatório deva, nos termos do art. 342.º, nº 1, do Cód. Civil, suportar o ónus de alegar e provar todos os factos que, concretamente, integram a violação do direito à integridade moral a que se refere o art. 18.º”*.

A este respeito, importa referir brevemente a questão da prova atinente à natureza contratual ou extracontratual da responsabilidade emergente de assédio. Note-se que, no que respeita à responsabilidade por assédio moral, a jurisprudência nacional não encontra ainda consenso nesta matéria, sendo que o Tribunal da Relação de Lisboa, em decisão de 15-02-2012, da relatora Filomena Carvalho, afirmou que *“a qualificação como assédio moral traduz um ilícito contratual dado que foi violado o dever de respeito e a integridade física e moral do trabalhador”*<sup>116</sup>, enquanto o mesmo Tribunal, em aresto de 21-03-2012, relatado por Ramalho Pinto, assumia a *“legitimidade passiva dos superiores hierárquicos e dos colegas de trabalhadora numa ação também intentada contra empregador por assédio moral perpetrado por superiores hierárquicos e colegas quando pedido indemnizatório se fundamenta em responsabilidade civil por violação de direitos de personalidade”*. Não são exclusivas do ordenamento nacional as consequências de tal escolha a nível de ónus da prova, de prazos prescricionais, de relação com o processo-crime, entre outras (sobre o assunto, veja-se Jorge Pinheiro, 2014: 427 e ss’).

De todo o modo, a escolha a fazer não influi, a nosso ver, na repartição do ónus da prova, já que ainda que a responsabilidade seja contratual, o que ocorrerá será apenas a aplicação da norma do art. 799º do CC, ou seja, uma presunção de culpa do assediador, competindo a este demonstrar alternativamente que o incumprimento não procede de culpa sua. Assim, não há qualquer inversão do ónus da prova mas uma presunção de culpa do devedor, demonstrado que seja o incumprimento da obrigação. Logo, a vítima terá sempre que demonstrar o incumprimento de parte do assediador, sem prejuízo de, provado esse incumprimento, beneficiar de uma presunção de que o mesmo foi culposos.

## **2.2. Análise do cumprimento da legislação internacional: em particular, a Carta Social Europeia e sua interpretação pelo Comité Europeu dos direitos sociais**

Resulta das notas acima expostas que o ordenamento nacional logrou respeitar os desígnios do Direito da União Europeia (UE) em matéria de igualdade e não discriminação, designadamente, estabelecendo um mecanismo probatório cumpridor da Diretiva n.º 2006/54, que insta os Estados à implementação de um sistema mitigado de ónus da prova mediante o estabelecimento de uma presunção de discriminação (cuja atuação depende da demonstração pelo lesado dos factos constitutivos dessa ilação), pertencendo ao presuntivo autor do ato o ónus de provar a conformidade da atuação com o princípio da igualdade (Barrambana Santos, 2019: 134). Não impõe, todavia, o Direito da UE, qualquer mecanismo probatório de natureza idêntica para as hipóteses de assédio.

---

116 No mesmo sentido ver o aresto do STJ de 12-3-2014, relatado por Mário Belo Morgado.

Já no âmbito do Conselho da Europa, o Estado Português encontra-se vinculado à Carta Social Europeia (CSE) e aos mecanismos de interpretação e controlo da sua aplicação por parte do Comité dos Direitos Sociais, designadamente, a emissão de conclusões na sequência dos relatórios apresentados pelos Estados signatários da Carta, e as decisões proferidas no âmbito do procedimento de reclamações coletivas.

A este respeito, cumpre referir que o Comité já analisou a conformidade das legislações e práticas de alguns Estados ao art. 26º da CSE que, sob o manto do *direito à dignidade no trabalho*, tutela os direitos dos trabalhadores em matéria de assédio sexual e moral (Ribeiro Costa, 2017, 244-265).

A este propósito, o Comité assumiu que não há necessidade de referência expressa ao assédio se a legislação permitir uma proteção efetiva contra várias formas de discriminação<sup>117</sup> (Blatman, Bourgeot, Verkindt; 2014: 327). Aquele órgão tem revelado preocupação com a tutela de todos os trabalhadores ao serviço da entidade empregadora, independentemente da natureza do respetivo vínculo, bem como a necessidade de a legislação prever a faculdade de os trabalhadores reclamarem da violação dos seus direitos, solicitarem compensação por tal violação e o direito a não serem discriminados por terem perseguido o respeito destes direitos<sup>118</sup>.

Processualmente, uma proteção eficaz do trabalhador pode impor algum tipo de inversão do ónus da prova, permitindo ao juiz que se pronuncie favoravelmente à vítima com base em elementos presuntivos suficientes e na sua íntima convicção. Esta posição viria a ser assumida pelo Comité nas conclusões de 2003 referentes à Eslovénia, sendo que nas conclusões de 2010 referentes a Portugal, o Comité solicitou informação sobre esta matéria. Tendo-lhe sido respondido pelas autoridades nacionais que a inversão do ónus da prova apenas existe quando o assédio for discriminatório, o Comité solicitou, nas conclusões de 2014, esclarecimentos sobre se, à luz da jurisprudência, na prática, o assédio é mais frequentemente considerado no enquadramento da discriminação ou não.

Já nas conclusões referentes a Itália (2014), quando informado de que, nas hipóteses de discriminação, há inversão do ónus da prova e a possibilidade de o juiz decidir com base em prova *prima facie* e na sua convicção pessoal (art. 2729 do *Codice Civile*), o Comité questionou o Estado italiano sobre se tal solução se aplica às hipóteses de assédio.

---

117 Nas conclusões de 2005, Declaração de Interpretação do art. 26º n.º 1, o Comité asseverou que o assédio sexual é uma violação da igualdade de tratamento.

118 Conclusões 2003 Eslovénia.

Em sentido idêntico ao propugnado pelo Comité, estabeleceu-se na Recomendação n.º 206 da OIT relativa à eliminação de violência e assédio no mundo laboral, a respeito dos meios de reparação em caso de violência ou assédio fundados no género, que os mecanismos de resolução de litígios incluam a inversão do ónus da prova (ponto 16, alínea e)).

Inexistindo, no ordenamento português, qualquer mecanismo que corresponda a uma repartição do ónus da prova mais favorável ao lesado, quando a conduta de que foi vítima não esteja assente em fator discriminatório, então poderá colocar-se eventualmente em crise o estrito cumprimento da norma e da respetiva interpretação imposta pelo Comité por parte do nosso país. As próximas conclusões apresentadas pelo Comité em relação ao relatório a apresentar pelo nosso país, bem como pelo Estado Italiano, serão, pois, essenciais para a compreensão do que efetivamente impõe o Comité nesta matéria.

Veremos, portanto, se há alguma argumentação que o nosso país possa utilizar no sentido de justificar a conformidade da nossa legislação e práticas à CSE.

### **2.3. Proposta em matéria de prova: criatividade**

Alguma doutrina defendeu que uma das formas de ultrapassar as dificuldades probatórias em situações de assédio seria permitir a prova por presunções, valorando-se um feixe de indícios como o comportamento da vítima, o carácter reiterado das acusações, as confidências feitas a colegas, as consequências na vítima, entre outras<sup>119</sup>. Neste sentido, Barrambana Santos (2019: 352 e 353) sugeriu uma intervenção legislativa no plano probatório “*elencando situações típicas mediante valoração indiciária, da existência de uma situação de assédio moral, transportando (...) o ónus para a esfera do pretense assediador se efetivamente ficar demonstrada situação de dependência jurídica, económica ou subordinação jurídica ou de facto*”, propondo ainda a valoração efetiva da prova pericial demonstrativa dos danos infringidos na vítima. R. Jorge Pinheiro defendeu, por seu turno, que o assédio não assente em fator discriminatório deveria beneficiar do mesmo regime probatório que acolhe o assédio discriminatório<sup>120</sup>.

119 RITA GARCIA PEREIRA, 2009: 169, nota 327.

120 Acrescenta a autora que “*a consagração de um regime de prova uniforme, em que a prova a cargo da vítima é suavizada, resolve, à partida, as questões que se têm levantado em termos jurisprudenciais no ordenamento nacional. Não faz a balança pender excessivamente a favor do trabalhador: na verdade, reequilibra a situação*” (JORGE PINHEIRO, R. J., 2014: 434 e 435).

Neste sentido, alguns projetos legislativos anteriores chegaram a prever a inclusão de medidas quanto à prova: no Projeto de Lei n.º 334/VIII do Partido Comunista previa-se no art. 9º a valoração de um elenco indiciário de assédio (elencado no art. 2º n.º 2 do diploma), sendo que ao trabalhador cabia o ónus de demonstrar os indícios e ao assediador que os atos não tinham tido intenção de exercer violência psicológica sobre o trabalhador. O texto não chegaria a ser aprovado, apesar de a UGT ter também apresentado um parecer, em apreciação do contemporâneo Projeto de Lei n.º 252/VIII do Partido Socialista, sustentando que se deveria consagrar a inversão do ónus da prova nos casos mais graves (embora sem definição deste conceito).

Mais recentemente, o mesmo Partido comunista viria a apresentar o Projeto de Lei n.º 375/XIII que previa a introdução no art. 29º de dois dispositivos que consagrariam que ao trabalhador caberia alegar factos que constituem assédio e ao empregador competiria a prova da inexistência da prática de tal fenómeno. Tal proposta não viria, todavia, a ter respaldo na redação final da Lei n.º 73/2017, de 16-08, que veio reforçar o quadro legislativo para a prevenção da prática de assédio, procedendo à alteração de diversos diplomas legais, entre eles o CT, e que veio a aproximar-se de forma muito mais significativa ao texto do Projeto de Lei n.º 371/XIII apresentado pelo PS nesta matéria. Na verdade, na doutrina nacional, Paula Quintas (2018: 297) manifestou que a aludida Lei n.º 73/2017, foi uma oportunidade perdida para se “repensar o regime probatório, sendo plausível a solução de repartição do ónus da prova como regime geral”.

Mas será que o nosso ordenamento não tem, de facto, quaisquer respostas que permitam obviar às dificuldades probatórias vividas pela vítima de assédio? Estarão as vítimas de assédio não assente em fator discriminatório “condenadas” a carrear para os autos elementos probatórios que corroborem integralmente a sua tese? Ou poderão as dificuldades acima identificadas ser afastadas ou minorizadas através de mecanismos já existentes na nossa lei?

Antes de mais, refira-se que na Lei n.º 73/2017, acima identificada, apesar de não se ter aprovado qualquer medida em matéria de repartição do ónus prova, estabeleceram-se soluções que permitem atenuar a dificuldade probatória, através de pontuais alterações ao CT e ao CPT.

Entre elas encontram-se, desde logo, a salvaguarda para o denunciante e testemunhas de que não podem ser punidas disciplinarmente por terem contribuído para o processo (art. 29º n.º 6 CT); a criação da obrigação de celebração de Códigos de conduta, que certamente irão conter procedimentos a seguir pela vítima de assédio e pelos trabalhadores a quem o mesmo seja denunciado, permitindo que exista um “rastros” escrito que auxilie na reconstituição da história (art. 127º, n.º 1, alínea k) do CT); a previsão de uma (alegada) obrigação de instauração de “*procedimento disciplinar sempre que tiver conhecimento de alegadas situações de assédio no trabalho*”

(alínea l) do n.º 1 do 127º do CT), que também trará algum respaldo em suporte físico quer à denúncia realizada, quer à prova testemunhal (e outra) que venha a ser produzida; a previsão de que os “*danos emergentes de doenças profissionais resultantes da prática de assédio*” são da responsabilidade do empregador, embora pagos pela Segurança Social (nos termos dos n.ºs 8 e 9 do art. 283º do CT)<sup>121</sup>, o que potenciará que os trabalhadores vítimas de tais danos na sua saúde procurem o reconhecimento como contingência profissional junto da Segurança Social, apoiados em relatórios médicos e outros elementos com alcance probatório; a previsão de que a resolução com justa causa fundada em hipótese de assédio deva ser precedida de denúncia ao serviço da Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT), o que constituirá mais um meio de prova<sup>122</sup> (art. 394º n.º 2 f) CT); e, finalmente, o aditamento do n.º 2 ao art. 66º do CPT, prevendo que as testemunhas sejam notificadas pelo tribunal em processos em que a causa de pedir a prática de assédio.

Assim, é evidente para nós que a legislação em causa introduziu subtis mas extremamente relevantes medidas que permitem moderar a dificuldade probatória que assiste à vítima de assédio.

Mas para além destas medidas, cremos que há (velhos) mecanismos a que os agentes judiciais (advogados e magistrados) podem recorrer e que, sendo utilizados com parcimónia, serão suficientes para cumprir os desideratos acima identificados e responder satisfatoriamente às exigências internacionais nesta matéria.

Senão vejamos: o nosso CC prevê a possibilidade de em determinados casos, se inverter o ónus da prova. Com efeito, o art. 344º deste diploma consagra que para além dos casos legalmente previstos, “*há também inversão do ónus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo*

121 A propósito desta matéria das doenças profissionais falta ainda a respetiva regulamentação, prometida pelo art. 6º da aludida Lei n.º 73/2017 e ainda inexistente à data, apesar do prazo anunciado ter já decorrido. Não compreendemos a menção neste preceito à intenção de regulamentar os termos da aplicação da lei relativamente aos “acidentes de trabalho”, quando as normas anteriores apenas haviam referido a reparação a título de doença profissional e não de acidente de trabalho. Também é incompreensível para nós como será a entidade empregadora responsável, aparentemente, em qualquer caso de assédio, independentemente da respetiva autoria, ou seja, incluindo-se aparentemente os casos de assédio por terceiro e não obstante a entidade empregadora poder ter atuado corretamente, designadamente, instaurando o agora devido processo disciplinar e eventualmente aplicando a sanção correspondente. Temos, assim, dúvidas quanto ao funcionamento dos mecanismos dos arts. 17º e 18º da Lei n.º 98/2009, de 04-09 (que regulamenta o regime de reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais – LAT), aplicáveis às doenças profissionais por força do art. 1º n.º 2 do diploma. Finalmente, temos curiosidade para perceber como se resolverá o problema do acionamento da reparação pela Segurança Social: dependerá o mesmo da constatação de que houve assédio por sentença transitada em julgado – como parece exigir GARCIA PEREIRA, R. (ensinamentos orais). A reparação do trabalhador a este título não importará uma atuação mais célere por parte da Segurança Social, contemporânea ao tratamento do dano, pelo menos no que respeita a prestações em espécie (art. 104º da LAT)? Como impugnar a decisão da segurança social que tenha indeferido o pedido, quando o assédio não tenha sido debatido judicialmente, eventualmente até por se ter resolvido extrajudicialmente?

122 Embora seja a nosso ver discutível que tal denúncia deva preexistir para que a resolução ao abrigo desta alínea possa ser lícita. Aliás, parece que se incentivam “corridas” à ACT e poderá até funcionar em sentido algo perverso, levando alguns trabalhadores a apresentar queixa junto daquela Autoridade apenas para ter um documento “oficial” que ateste a sua versão dos factos.

*das sanções que a lei de processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações”, permitindo-se, assim, que se o onerado demonstrar que a contraparte impediu culposamente o acesso a determinados meios de prova (por exemplo não dando acesso documentos na posse daquele, ou omitindo a identificação de outros trabalhadores ou terceiros que o trabalhador desejasse arrolar como testemunhas), possa inverter-se o ónus da prova.*

A propósito da apreciação da prova pelo julgador, recorde-se ainda o art. 396º do mesmo Código, que determina que a prova testemunhal seja apreciada livremente pelo tribunal.

Já no Código de Processo Civil (CPC), aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho *ex vi* do n.º 2 do art. 1º do CPT<sup>123</sup>, há mecanismos e meios de prova disponíveis que permitem resolver alguns impasses em matéria probatória.

Desde logo, o art. 7º, n.º 4 do CPC, a propósito do princípio da cooperação, dispõe que *“sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício da faculdade ou cumprimento do ónus ou dever processual, deve o juiz sempre que possível providenciar pela remoção do obstáculo”,* atribuindo portanto ao julgador a faculdade de oficiosamente tentar promover a diligência probatória requerida. Acresce que, nos termos do art. 430º do CPC, se o notificado não apresentar o documento solicitado, aplica-se o n.º 2 do art. 417º do mesmo diploma, pelo que, se o recusante for parte, o Tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova (permitida, aliás, como se viu, pelo n.º 2 do art. 344º do CC).

Acresce que, no momento da elaboração da sentença, o juiz apreciará livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto (art. 607º, n.º 5 do CPC)<sup>124</sup>.

A respeito dos meios probatórios disponíveis, para além dos tradicionais mecanismos, permitimo-nos recordar a faculdade de utilização do mecanismo da antecipação probatória, medida cautelar que pode ser admitida quando o trabalhador demonstre a verosimilhança do direito que invoca e o perigo na demora (Dolores Babugia, 2015: 128 e 129). No ordenamento jurídico português é possível ao abrigo do art. 419º do CPC, que esclarece que *“havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou*

123 A propósito desta subsidiariedade veja-se, a título de exemplo, AVEIRO PEREIRA, A., 2014: 32, e MARTINS, A., 2018: 35-36.

124 Correspondo-se, assim, ao apelo de PACHECO, M., (2007: 220), no sentido de que o juiz deverá fazer uma análise casuística, apurando todos os atos e apreciando o valor global de todas as condutas.

*a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação*". Poderá justificar-se, a nosso ver, por exemplo, a prova por perícia, para recolha de mensagens de correio eletrónico constantes do servidor da empresa antes de serem apagados, para recolha de imagens vídeo de circuito interno da empresa antes de serem eliminadas, ou até a audição "surpresa" de testemunhas, antes que sejam alcançadas ou "preparadas" pelo assediador e possam ser influenciadas por eventuais ameaças por este perpetradas, e num momento em que a recordação dos factos vivenciados se encontra mais presente na memória.

Finalmente, cumpre salientar o protagonismo que os princípios próprios do direito processual laboral devem assumir nesta sede. Já Kietzmann Lopes (2009: 166) afirmava que "(...) *dúvidas não restam de que sobre o julgador nos tribunais do trabalho impende um especial dever de apuramento da verdade material, traduzido no amplo poder inquisitório previsto no Código de Processo do Trabalho, detendo o juiz também as faculdades previstas na lei processual civil com vista a criar condições para que as testemunhas deponham de forma livre (v.g. chamando a depor quem a parte não arrolou ou criando condições propícias a que, em audiência, as testemunhas não se sintam constrangidas)*". Embora a autora prossiga afirmando que "(...) também é verdade que tais poderes encontram limites naturais, decorrentes, desde logo, do (por vezes falso) desconhecimento invocado pelas testemunhas, mas também da circunstância de o julgador não ter como "adivinhar" quem possa ter testemunhado os factos, a fim de oficiosamente determinar o respetivo depoimento. Ora, a vítima de assédio, consciente desta limitação, tenderá a não querer correr o risco de alegar em juízo factos que muito provavelmente não logrará demonstrar motu próprio".

Com efeito, o direito processual laboral é detentor de um conjunto de princípios que foram precisamente a causa da sua autonomização em relação ao processo civil (Aveiro Pereira, 2014: 27). Entre eles, e sem prejuízo das distintas posições assumidas na doutrina, encontra-se a garantia da igualdade real das partes (Alexandre, 2002: 422 e 423), a prevalência da justiça material sobre a formal ou da igualdade real das partes sobre a jurídica (Ventura, 1964: 37), e o princípio da prevalência do inquisitório sobre o dispositivo<sup>125/126</sup>.

125 Enunciado por MESQUITA, J. A., 2006: 210. Note-se que o autor o refere como sendo um princípio sufragado por Raul Ventura. Muito embora não encontremos nos escritos deste autor tal princípio mencionado nos precisos termos que José António Mesquita o cita, podemos de facto inferir tal princípio das afirmações do Professor Raul Ventura.

126 Na Argentina assinala-se que o juiz laboralista, ao contrário do civil, tem amplas faculdades para averiguar a verdade real dos factos, podendo tomar medidas para colmatar as falhas da ação judicial, como oficiosamente ordenar prova e investigar, ao abrigo dos princípios do inquisitório, da oralidade e da imediação, não estando vinculado ao princípio do dispositivo, tendo faculdades inquisitivas (DOLORES BABUGIA, M., 2015: 145 e 146).

Neste sentido, veja-se a jurisprudência dos nossos tribunais, entre a qual o aresto do Tribunal da Relação de Lisboa, 02-02-2000, relatado por Ferreira Marques<sup>127</sup>: *“Tanto no processo laboral como no processo penal, vigora o princípio do inquisitório ou do apuramento da verdade material, atribuindo-se aos juízes dos tribunais do trabalho o dever de diligenciar pelo efectivo apuramento da matéria de facto como pressuposto fundamental da realização do direito, através da “justa composição do litígio”. Os juízes dos tribunais de trabalho não podem limitar-se a uma atitude meramente passiva, de esperar que as partes os convençam da realidade histórica projectada no processo, devendo desempenhar sempre um papel activo desde o início da acção e desde que o processo ou o modo como decorre a produção de prova, permitam concluir objectivamente pela existência de elementos probatórios que possibilitem uma melhor averiguação da verdade material. Por regra, o julgamento, no processo laboral, só deve terminar quando o juiz esteja esclarecido da verdade dos factos, ou tenha esgotado todas as diligências ao seu alcance na procura dessa verdade, sendo os poderes-deveres, nesta parte, idênticos aos do juiz penal.”*

A este propósito, importa apelar mais uma vez a normas atualmente previstas no CPC, aplicáveis ao processo laboral. Entre elas, o art. 411º do CPC prevê a possibilidade de o julgador realizar ou ordenar oficiosamente a produção de prova relativamente a factos que possa conhecer, quando esta seja necessária ao apuramento da verdade e justa composição do litígio (princípio do inquisitório). A propósito dos factos de que o juiz pode lícitamente conhecer, veja-se o art. 5º do CPC, que sob a epígrafe *“ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal”* enuncia os factos que podem ser conhecidos pelo juiz. Ora, para além dos factos elencados na causa de pedir, outros poderão ser considerados pelo juiz, nada impedindo, portanto, que este possa averiguar a verdade, ordenando meios de prova para a demonstração de quaisquer desses factos. Por exemplo, ouvindo pessoas que percebe que não foram arroladas como testemunhas mas que seriam úteis porque são mencionadas ao longo do julgamento ou são referidas em prova documental, ordenando a produção de prova pericial ou outros meios de prova que se aperceba serem relevantes, entre outros.

Neste sentido, veja-se o Acórdão da Relação do Porto, de 09-02-2015, relatado por João Nunes, sumariando que *“Nos termos da lei processual civil (cfr. artigos 411 e 526.º), o juiz tem o poder-dever de determinar a produção de qualquer meio de prova, desde que o mesmo se apresente relevante para a descoberta da verdade material e boa decisão da causa;”, concluindo que “ Por isso, o juiz deve admitir a produção de prova requerida na audiência de julgamento, na sequência da prova até então produzida, designadamente testemunhal, se da mesma resulta que aquela tem aptidão para a descoberta da verdade material”*.

---

127 Coletânea de Jurisprudência, 2000, I, 173. Apud MENDES BAPTISTA, A., 2007.

Mas o próprio CPT reflete essa preocupação particular do processo laboral, com normas como o art. 28º a propósito da cumulação de pedidos e causas de pedir e, em particular, o n.º 1 do art. 72º, a propósito da amplitude dos poderes do julgador no momento da discussão e julgamento da causa para tomar em consideração factos não articulados mas relevantes e sobre os quais tenha incidido discussão com respeito pelo contraditório.

Concluimos, pois, que os mecanismos atualmente existentes no CT, no CPC e no CPT serão suficientes para atenuar as dificuldades probatórias existentes, devendo, pois, os advogados e magistrados estar particularmente sensibilizados para o recurso aos mesmos com especial sensibilidade e rigor.

### 3. DANOS MORAIS

#### 3.1. Análise do enquadramento nacional em matéria de danos morais

Com o CT de 2009 estabeleceu-se de forma clara o direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais nos termos gerais (arts. 28º e 29º n.º 3 do CT), sendo certo de qualquer forma que a jurisprudência nesta matéria tem tido decisões díspares, atribuindo valores a título de danos morais que vão desde os 5.000,00 € (veja-se aresto da Relação de Lisboa de 05-11-2013, relatado por Francisca Mendes) até aos 100.000,00 (Acórdão da Relação de Guimarães de 14-05-2015, relatado por Moisés Silva).

Na doutrina, Garcia Pereira (2011: 121) vem criticando os montantes atribuídos a este título, qualificando as indemnizações por danos morais como “verdadeiramente ridículas”, particularmente os valores de 5.000 €<sup>128</sup>. Também Freitas Pinto (2011: 446) assinalava as reservas da jurisprudência em valorar danos não patrimoniais sofridos no âmbito da responsabilidade contratual, sendo que só com a revisão do CT de 2009 deixou a indemnização por danos não patrimoniais decorrente de resolução lícita do contrato pelo trabalhador de ter que estar limitada pelo teto da indemnização por antiguidade.

Vieira Gomes (2007a: 442 e 2007: 165-184) assinalava de forma notável que *“A compensação a que a vítima de mobbing terá direito pelos danos morais que sofreu não deve depender ou ser limitada pelo montante da retribuição do trabalhador: o assédio a uma empregada de balcão não deve ser mais barato, para o empregador,*

128 Embora a autora assinala alguns progressos da atribuição de compensações mais elevadas em 2017: 137-140. Também LEAL AMADO (2019: 161) assinala que alguns considerarão o valor de 7.500€ atribuído num determinado caso como sendo “modesto em demasia”. O desacordo revela-se não apenas a nível nacional, mas também noutros ordenamentos: MOLINA NAVARRETE (2007: 43) menciona um “«miserabilismo» judicial na hora de determinar o preço da dor”.

*que o assédio a um quadro superior. Impõe-se, ainda, que as sanções aplicadas neste contexto tenham uma genuína eficácia preventiva. Pode ainda questionar-se se certos princípios desenvolvidos em matéria de acidentes de trabalho, não deverão também aplicar-se neste contexto, designadamente quando tiver sido afectada a capacidade de trabalho ou de ganho – pense-se, por exemplo, na irrelevância de uma predisposição patológica que não tenha sido propositadamente oculta”.*

A este propósito, cumpre referir que o legislador parece ter autonomizado esta consideração na actual previsão do art. 283º do CT, prevendo o reconhecimento dos danos decorrentes de assédio moral como doença profissional. Embora a expressão do legislador seja a de que os “*danos emergentes de doenças profissionais resultantes da prática de assédio*” serão da responsabilidade do empregador, esta expressão tem implícita, evidentemente, a prévia consideração de que a prática de assédio poderá resultar numa doença profissional.

Assim, esta reparação ao abrigo do regime das doenças profissionais implica que as consequências para a saúde do trabalhador serão, à partida, ressarcidas por essa via. Adiante veremos melhor que reflexos poderá esta solução ter para a reparação do dano moral.

Finalmente, cumpre ainda assinalar que na contratação coletiva se preveem algumas indemnizações tabeladas no seu valor mínimo. Por exemplo, no Acordo de empresa entre a Morais Matias, SA e a Federação Portuguesa dos Sindicatos da Construção, Cerâmica e Vidro – FEVICCOM, publicado no Boletim do Trabalho e Emprego n.º 18/2015, de 15-05-2015, a violação da obrigação de respeito pela dignidade da pessoa humana atribui o direito a que a entidade empregadora se constitua “*na obrigação de pagar ao trabalhador uma indemnização de valor nunca inferior ao triplo da retribuição efectivamente recebida*”, embora “*sem prejuízo de outras indemnizações por danos patrimoniais ou não patrimoniais a que houver lugar*”. Para Barrambana Santos (2019, 227) trata-se de cláusulas penais, estabelecendo valores mínimos admissíveis, sendo certo que se o trabalhador lograr provar que teve danos em montante superior, poderá exigir pagamento do remanescente, à luz do 811º n.º 2 do CC.

### 3.2. Análise do cumprimento da legislação internacional: em particular, a Carta Social Europeia e sua interpretação pelo Comité Europeu dos direitos sociais

O Comité concluiu, nas suas análises aos relatórios dos vários Estados, no sentido de que a proteção efetiva da dignidade do trabalhador impõe que a sua violação determine a atribuição de compensações em montante suficiente para reparar os danos patrimoniais e não patrimoniais e atuar como dissuasivo do empregador<sup>129</sup>.

Com efeito, nas conclusões de 2005, a propósito da Moldávia, o Comité assinalou a desconformidade da legislação deste país à CSE, já que não há legislação civil ou administrativa que permita que as vítimas acionem o empregador ou colegas e solicitem uma indemnização por danos patrimoniais ou morais perante os tribunais ou reintegração em caso de despedimento ilícito no contexto de assédio sexual. Também nas conclusões de 2005 referentes à Lituânia, o Comité solicitou informação sobre a dimensão dos danos reparáveis, tendo esclarecido que a compensação tem que reparar todos danos e servir de sanção ao empregador.

Já nas conclusões de 2014 em relação a Portugal, o Comité veio dizer que aplaude as iniciativas das instituições nacionais nesta matéria, mas solicitou informação sobre o resultado das mesmas, bem como informação sobre quais as medidas tomadas em cooperação com parceiros sociais para prevenir o assédio nos locais de trabalho. Relativamente às medidas tomadas em relação ao assédio, o Comité reconheceu a existência de mecanismos ao dispor do trabalhador, mas entende que na prática muito poucos casos chegam a tribunal, portanto quer ser atualizado nesta matéria e sobre as medidas tomadas no sentido de facilitar e aumentar as queixas. Solicitou, ainda, informação sobre quais as compensações efetivamente pagas em casos de assédio, mais questionando sobre um trabalhador pode obter compensação ou reintegração quando tiver sido forçado a sair devido a assédio.

A este respeito, devemos assinalar, na esteira do alerta de Barrambana Santos (2019: 261), que é importante perceber que a qualificação como danos morais permite evitar tributação em termos de IRS e contribuições para segurança social, pelo que as transações celebradas nos processos em que seja invocado o assédio moral poderão não refletir de forma correta o efetivo ressarcimento dos danos dos trabalhadores a esse título, qualificando-se muitas vezes todos os valores pagos ao trabalhador como danos morais apenas como forma de benefício fiscal do lesado, sendo certo que parte deles correspondem muitas vezes a outros créditos laborais do assediado que estariam em dívida. Assim, a informação a prestar ao Comité poderá não ser um reflexo exato da reparação dos trabalhadores neste domínio.

---

129 Conclusões 2003 Eslovénia a propósito do assédio moral e conclusões 2005 Moldávia a respeito do assédio sexual.

Acrescente-se que, apesar das diversas informações solicitadas, o Comité concluiu naquelas conclusões pela conformidade da legislação e práticas nacionais ao artigo 26º da CSE.

### 3.3. Problematização

Impõe-se agora apreciar e problematizar alguns aspetos: a recente consagração da reparação ao abrigo do regime das doenças profissionais resolve ou contribui de alguma forma para uma melhor ou mais adequada compensação das vítimas? Serão adequados os sistemas de fixação prévia do montante das compensações por danos morais? Ou devem seguir-se outros critérios? E o *quantum* das indemnizações em caso de cessação do contrato, merece reparos?

Como vimos, a reparação ao abrigo do regime das doenças profissionais determina que as consequências para a saúde do trabalhador serão, em princípio, ressarcidas por essa via.

A este propósito, assinala-se que é a doutrina italiana que desenvolvidamente trata o dano moral, dele (ou dentro dele) distinguindo o dano biológico (De Asmundis, 2013: 186), bem como o dano existencial<sup>130</sup>. Entre nós, poder-se-á afirmar que o direito infortunístico repara o dano biológico<sup>131</sup>, enquanto diminuição da integridade psicofísica, em si e por si mesma, incidindo sobre toda a concreta dimensão do homem, não só quanto à sua capacidade de gerar riqueza, mas também relativamente à soma de todas as funções por si exercidas no ambiente que o rodeia, com relevância económica, social, estética, cultural, biológica, incluindo o dano à saúde<sup>132</sup>, mas, em regra, não o dano moral e existencial (Cantisani, s.d.).

Este último foi criado como consequência de se julgarem insuficientes o dano biológico e o dano moral para dar resposta ressarcitória às manifestações do mobbing menos nocivas para a saúde, mas ainda assim lesivas da dignidade da pessoa. Assim, o dano existencial prescinde da prova de lesões concretas (exigível pelo dano biológico) e da capacidade reditícia do indivíduo, respeitando a todas as outras consequências danosas intrínsecas,

---

130 Veja-se, sobre o dano existencial no *mobbing*, PEDRAZZOLI, M., 2004: 31. Relativamente ao dano biológico, a jurisprudência nacional tem divergido, entendendo que poderá ser ressarcido enquanto dano patrimonial ou compensado como dano não patrimonial. *Vd.* Acórdão do STJ de 27-10-2009, relat. Sebastião Póvoas.

131 Ou, pelo menos, poder-se-á sustentar que a tendência doutrinal e jurisprudencial caminha nesse sentido. *Cfr.*, entre outros, o aresto do STJ de 10-07-2008, relat. Salvador da Costa. O conceito de dano biológico tem sido fruto de enérgica produção doutrinal e jurisprudencial no ordenamento italiano. Veja-se, exemplificativamente, PEDRAZZOLI, M., 2004: 157 e ss'.

132 Para MESSIAS CARVALHO, 2006: 46, consubstanciar-se-á num dano-evento, ou seja, é o evento do facto lesivo. Este dano opõe-se ao dano-consequência, que será o dano moral. *Cfr.* PEDRAZZOLI, M., 2007: 188, identificando a jurisprudência que afirma que o dano biológico é o evento do facto lesivo da saúde, enquanto o dano moral, tal como o patrimonial, é o dano-consequência em sentido estrito.

como a perda da autoestima, perda de confiança na própria capacidade de adaptação e de reação aos desafios, otimismo nos projetos para futuro, redução da qualidade de vida e repercussões no âmbito familiar. O ónus da prova deste dano existencial é da vítima, que deve demonstrar que teve este dano, não sendo ressarcível uma mera alteração pontual do cotidiano, mas apenas aquela que incida de modo sensível no *standard* de vida do sujeito (De Asmundis, 2013: 193 a 199). Em suma, o que se visa tutelar é uma dimensão do dano que se revela independentemente da maior ou menor “robustez” do trabalhador e da sua capacidade de “escapar” sem danos à sua saúde física e mental (Expressões de Vieira Gomes, 2011: 86).

Como tal, autonomizando a tutela dos danos decorrentes do assédio ao abrigo do regime de contingências profissionais, e acautelando desta forma a reparação do dano biológico, o legislador acaba por permitir uma maior margem para o dano moral reparar outras dimensões, o que nos parece assinalável.

Cumpra ainda ponderar se, além da consideração de princípios próprios do direito infortunistico, a responsabilidade civil terá (ou deverá ter) aqui uma finalidade punitiva<sup>133</sup>. Note-se que os danos punitivos são atribuídos ao demandante para além e acima da compensação das suas lesões, com o propósito de punir o demandado e com uma função pedagógica, instando-o a não repetir, e visando impedir que outros sigam o seu exemplo (Casas Planes, 2013: 129 a 131). Contudo, entendemos que o nosso ordenamento não tem, até ao momento, uma tal configuração da responsabilidade civil<sup>134</sup>, sendo certo que essas finalidades punitivas poderão a nosso ver ser perseguidas pela tutela contraordenacional (art. 29º n.º 5)<sup>135</sup> e até, porventura, criminal, que possa caber no caso concreto.

Outra questão decorrente da análise acima realizada diz respeito aos eventuais critérios para determinação da compensação por danos morais. Quanto a estes, parece-nos ser inadequado estabelecer limites mínimos ou máximos, como acontece noutros ordenamentos, devendo antes recorrer-se aos critérios adiantados pela doutrina e jurisprudência.

---

133 GARCIA PEREIRA, R., 2009: 216, entende que a responsabilidade civil tem esta função na sua essência e não apenas a função ressarcitória.

134 Sobre este tema, veja-se o estudo de VIEIRA GOMES, J. M., 1989, 105-144. Relativamente ao ordenamento espanhol, vd. MOLINA NAVARRETE, C., 2001: 54.

135 Aproveitamos o ensejo para apreciar criticamente a nova sanção acessória de publicidade da decisão condenatória, que parece passar a ser obrigatória em caso de assédio moral (art. 563º n.º 3). Apesar de a medida em si nos parecer meritória, a verdade é que nada se diz quanto ao consentimento do trabalhador, o que nos choca atendendo à matéria em causa, estritamente relacionada com direitos de personalidade do trabalhador e muitas vezes até particularmente relacionados com a sua intimidade.

Apesar de não respeitar diretamente à matéria que nos foi proposto tratar, a este respeito julgamos relevante apreciar os critérios indemnizatórios em caso de cessação do contrato subsequente a situação de assédio. Note-se que não raras vezes o assediado não resiste à pressão e acaba por fazer cessar o contrato unilateralmente, seja por denúncia unilateral, seja por resolução com justa causa. Nos casos em que seja atacado por via disciplinar poderá, todavia, vir a ser dispensado por meio de despedimento como sanção disciplinar, podendo ainda ver a sua relação terminar através de outros despedimentos como a extinção do posto de trabalho, ou até por acordo revogatório do contrato de trabalho. Importa, pois, verificar se todas as formas de cessação contratual terão tratamento indemnizatório idêntico em caso de assédio.

O caso da denúncia unilateral e particularmente flagrante, já que o assediado não só não terá direito a qualquer tutela indemnizatória, como será inclusivamente prejudicado em matéria de tutela social, já que não auferirá subsídio de desemprego. No entanto, naturalmente que, tendo optado por esta via em detrimento da resolução do contrato com justa causa, nos parece que a este respeito nada poderá ser feito em termos legislativos, sendo uma opção que deverá ser devidamente ponderada pelo trabalhador, procurando as autoridades competentes e os agentes a que eventualmente recorra informá-lo das respetivas consequências. De igual modo, também o acordo revogatório do contrato de trabalho terá, em princípio<sup>136</sup>, idênticas consequências.

A propósito da cessação por resolução com justa causa pelo trabalhador, quando comparada com o despedimento (ilícito) do trabalhador, já nos parece haver real desigualdade em termos indemnizatórios, prejudicando-se o trabalhador que “não aguentou” em relação àquele mais resistente, que veio a ser despedido, ainda que ilicitamente.

Com efeito, a indemnização por resolução com justa causa pelo trabalhador é calculada nos termos do art. 396º (*“entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, atendendo ao valor da retribuição e ao grau da ilicitude do comportamento do empregador, não podendo ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades”*), apesar de o n.º 3 do 396º consentir que a indemnização seja superior sempre que o trabalhador sofra danos patrimoniais e não patrimoniais superiores.

---

136 Sendo certo todavia que no âmbito da cessação por acordo revogatório poderá ser paga uma determinada compensação ao trabalhador (que é facultativa), sendo ainda possível o acesso ao subsídio de desemprego, mediante cumprimento da previsão dos arts. 10º ou 10-ºA do Decreto-lei n.º 220-2006, de 3-11.

Já no caso de despedimento ilícito, e atentas as alterações introduzidas pela Lei n.º 73/2017 e pela Lei n.º 93/2019, de 04-09, o trabalhador terá direito a indemnização majorada, por se tratar de sanção disciplinar abusiva, nos termos do n.º 3 do art. 392º aplicável por força da alínea d) do n.º 1 e da alínea b) do n.º 2 e n.º 4 do art. 331º (ou seja, “entre 30 e 60 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fracção de antiguidade, nos termos estabelecidos nos n.os 1 e 2 do artigo anterior, não podendo ser inferior ao valor correspondente a seis meses de retribuição base e diuturnidades”).

Ou seja, a resolução pelo trabalhador menos “resistente” permite-lhe aceder a uma indemnização que, em princípio, será de metade daquela que lhe será garantida caso seja especialmente resiliente e “lograr” ser despedido pelo empregador. Porque há-de o trabalhador despedido ilicitamente beneficiar em relação ao trabalhador que não aguentou e se despediu?

Recorde-se que o trabalhador despedido ilicitamente terá ainda direito às retribuições intercalares (art. 390º n.º 1 do CT) e a sua antiguidade será calculada até ao trânsito em julgado da decisão judicial (art. 391º n.º 2 CT), o que torna as indemnizações a atribuir a este título particularmente díspares e desiguais, situação que a nosso ver é desconforme ao entendimento do Comité Europeu dos Direitos Sociais a este respeito e que, ademais, poderá configurar flagrante violação do princípio da igualdade entre trabalhadores<sup>137</sup>.

Finalmente, queríamos ainda assinalar que se vem debatendo que a obrigação de prevenção de riscos profissionais que cabe à entidade empregadora inclui o risco psicossocial assédio, o que poderá determinar, no limite, que haja responsabilização daquela em termos objetivos, por violação da respetiva obrigação em matéria de segurança e saúde no trabalho de garantia de um ambiente de trabalho saudável e tutela dos trabalhadores especialmente vulneráveis (De Oliveira Carvalho, Ribeiro Costa, 2015: 142-172, e a propósito da tutela dos trabalhadores especialmente sensíveis, cfr. o nosso 2016: 106-129).

---

137 Ainda que tenhamos presente que o fundamento dos valores devidos em caso de despedimento ilícito é a consideração deste como um ato inválido, aplicando-se a lógica da responsabilidade civil, reconstituindo-se a situação como se o evento não tivesse ocorrido – art. 562º CC.

#### 4. CONCLUSÃO

Em suma, queremos advertir para o facto de que nem sempre a criação de novas soluções legislativas se afigura necessária ou adequada ao tratamento de um problema, sem prejuízo de os caminhos a trilhar para alcançar diferentes soluções exigirem dos intervenientes processuais (advogados e magistrados) algum arrojo e uma interpretação criativa mas tecnicamente sustentada das disposições legais existentes.

De todo o modo, há alguns aspetos do enquadramento jurídico nacional na matéria do ónus da prova e da reparação dos danos morais que deverão merecer atenção do legislador, para uma maior conformidade aos instrumentos jurídicos internacionais a que o Estado Português se encontra vinculado.

#### BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, I., 2002, «Princípios gerais do processo do trabalho», in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Coimbra, Almedina, pp. 389-442.

AMADO, J. L., 2019, «O assédio no trabalho», in *AADV, A igualdade nas relações de trabalho*, coord. Maria do Rosário Palma Ramalho, Teresa Coelho Moreira, Estudos APODIT 5, AAFDL, Lisboa, pp. 147-161.

AMADO, J. L., ROUXINOL, M. S., VICENTE, J. N., SANTOS, C. G., MOREIRA, T. C., 2019, *Direito do Trabalho. Relação individual*, Almedina, Coimbra.

AMANTE, C., 2016, *A prova no assédio moral*, Nova Causa Edições Jurídicas.

ASMUNDIS, I. de, 2013, *Il mobbing: il problema della responsabilità civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

AVEIRO PEREIRA, A., 2014, «O impacto do Código de Processo Civil no Código do Processo do Trabalho (alguns aspectos)», in *Cadernos do CEJ, Caderno IV, O novo Processo Civil. Impactos do novo CPC no processo do trabalho*, 2ª ed., disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook\\_trabalho.php](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebook_trabalho.php), consultado em 04-04-2015.

BAPTISTA, A. M., 2007, «Processo laboral e julgamento da matéria de facto», intervenção no “Colóquio Anual sobre Direito do Trabalho”, organizado pelo Supremo Tribunal de Justiça, que teve lugar no seu Salão Nobre no dia 19-09-2007, disp. em [http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodtotrabalho2007\\_albinobaptista.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquiodtotrabalho2007_albinobaptista.pdf), consultado em 17-10-2017.

BARRAMBANA SANTOS, P., 2019, *Do assédio laboral. Pelo reenquadramento do assédio moral no ordenamento jurídico português*, Almedina, Coimbra.

BLATMAN, M., VERKINDT, P.-Y.; BOURGEOT, S.; 2014, *L'état de santé du salarié. De la préservation de la santé à la protection de l'emploi*, Liaisons, Paris.

CANTISANI, D., s.d., «Mobbing e INAIL», disponível em [http://dirittolavoro.altervista.org/mobbing\\_e\\_inail\\_cantisani.html](http://dirittolavoro.altervista.org/mobbing_e_inail_cantisani.html), consultado em 29-11-2009.

CARVALHO, M., «Assédio Moral/Mobbing», *Revista TOC*, n.º 77, agosto 2006, disponível em [http://www.ctoc.pt/downloads/files/1155034857\\_40a49.pdf](http://www.ctoc.pt/downloads/files/1155034857_40a49.pdf), consultado em 25-10-2009.

CASAS PLANES, M. D., 2013, *La responsabilidad civil del empresario derivada de accidentes laborales: en especial por acoso moral o mobbing (novedades de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social)*, Thomson Reuters, Navarra.

DE OLIVEIRA CARVALHO, Catarina; COSTA RIBEIRO, A., 2015, «*Statu quo* y nuevas estrategias de prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo en Portugal», in AAVV, *Anuario internacional sobre prevención de riesgos psicosociales y calidad de vida en el trabajo. Nuevas estrategias en prevención de riesgos psicosociales en el trabajo – experiencias comparadas*, Observatorio de Riesgos Psicosociales, Fundación para la prevención de riesgos laborales, Secretaria de Salud Laboral y Medio Ambiente, Unión General de Trabajadores – Comisión Ejecutiva Confederal, 141-172, disponível em <http://portal.ugt.org/saludlaboral/observatorio/catalogo2015/publicaciones/revistas/028es/descargas/Anuario2015ESP.pdf>, consultado em 14-04-2019.

DE ROCHA PACHECO, M. G., 2007, *O assédio moral em Portugal. “O elo mais fraco”*, Almedina, Coimbra.

DOLORES BABUGIA, M., 2015, *La prueba en el acoso laboral*, Julio César Faira – Editor, Buenos Aires.

DRAY, G., 2011, «Igualdade e não discriminação», in *Código do Trabalho. A Revisão de 2009*, coord. Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 123-138.

FREITAS PINTO, P., 2011, «O assédio moral na jurisprudência nacional», in *AAVV, Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? Actas do Congresso de Direito do Trabalho*, coord. Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Coimbra Editora, pp. 441-459.

GARCIA PEREIRA, R., 2009, *Mobbing ou assédio moral no trabalho. Contributo para a sua conceptualização*, Coimbra Editora, Coimbra.

GARCIA PEREIRA, R., 2011, «Mobbing», in *AAVV, Código do Trabalho. A Revisão de 2009*, coord. Paulo Morgado de Carvalho, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 115-121.

GOMES RAMOS, L. L., WASEM GALIA, R., 2013, *Assédio moral no trabalho. O abuso do poder diretivo do empregador e a responsabilidade civil pelos danos causados ao empregado – atuação do Ministério Público do Trabalho*, 2ª ed. revista e ampliada, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre.

GOMES REDINHA, M. R., 2003, «Assédio moral ou *mobbing* no trabalho», in *AAVV, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, coord. José de Oliveira Ascensão *et al.*, volume II, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 833-847.

GOMES REDINHA, M. R., 2011, «Assédio – uma noção binária?», in *AAVV, Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho? Actas do Congresso de Direito do Trabalho*, coord. Catarina de Oliveira Carvalho e Júlio Vieira Gomes, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 265-273.

JORGE PINHEIRO, R., 2014, *A responsabilidade civil dos agentes perante a vítima de assédio moral*, *Questões Laborais*, n.º 42 – número especial comemorativo dos 20 anos da Revista, janeiro, pp. 409-435.

KIETZMANN LOPES, S., 2009, «O assédio moral no trabalho», *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 82, janeiro e abril, 253-269, também publicado em *AAVV, Cadernos do CEJ, O Assédio no Trabalho, Coleção de Formação Inicial*, setembro, 151-167, disponível em [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/o\\_assedio\\_trabalho.pdf?id=9&username=guest](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/o_assedio_trabalho.pdf?id=9&username=guest), consultado em 03-03-2019.

- MARTINS, A., 2018, *Direito processual laboral: uma síntese e algumas questões*, Almedina, Coimbra.
- MESQUITA, J. A., 2006, «Princípios gerais do direito processual do trabalho», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XLVII, julho-dezembro, n.ºs 3 e 4, pp. 209-219.
- MOLINA NAVARRETE, C., 2001, «La tutela frente a la “violencia moral” en los lugares de trabajo: entre prevención y indemnización», *Aranzadi Social*, n.º 5, 1127-1171, disponível em <http://cvu.rediris.es/pub/bscw.cgi/425661>, consultado em 28-11-2009.
- MOLINA NAVARRETE, C., 2007, *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses*, Editorial Bomarzo, Albacete.
- NOEL SAYANES, M., PÍREZ LEDESMA, A., 2019, «El acoso sexual y su prueba. Analizado a la luz del Convenio 190 y de la Recomendación 206», in AAVV, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la seguridad Social, en homenaje al centenario de la OIT*, Fundación de cultura universitária, Montevideo.
- PALMA RAMALHO, M. R., 2012, *Tratado de Direito do Trabalho. Parte II. Situações Laborais Individuais*, 4ª ed. revista e actualizada, Almedina, Coimbra.
- PEDRAZZOLI, M., 2004, *I danni alla persona del lavoratore nella giurisprudenza*, Cedam, Pádua.
- PEDRAZZOLI, M., 2007, «Tutella della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXI, n.º 4, dezembro, pp. 1119-1157.
- PEREIRA DA SILVA, Jo., 2015, *Deveres do Estado de protecção de direitos fundamentais*, Universidade Católica Editora, Lisboa.
- QUINTAS, P., 2018, «O percurso jurídico do assédio laboral», *Prontuário de Direito do trabalho*, I, pp. 281-306.
- RIBEIRO COSTA, A. C., 2016, «Occupational health and safety and older workers: are they in need of a special legal framework?», in AAVV, *Labour in the 21st Century. Insights into a Changing World of Work*, ed. Katherine Stone, Emanuele Dagnino, Silvia Fernández Martínez, ADAPT Labour Studies Book-Series, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, pp. 106-129.

RIBEIRO COSTA, A. C., 2017, «O arrojo do Comité Europeu dos Direitos Sociais na tutela da segurança e saúde no trabalho», *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, n.º monográfico 1, volume 7, pp. 244-265.

VENTURA, R., «Princípios gerais de direito processual do trabalho», in *Curso de direito processual do trabalho*, in *Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 1964, pp. 31-50.

VIEIRA GOMES, J. M., 1989, «Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal», *Revista de Direito e de Economia*, ano XV, pp. 105-144.

VIEIRA GOMES, J. M., 2007, «Algumas observações sobre o *mobbing* nas relações de trabalho subordinado», in *AAVV, Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Doutor António Motta Veiga*, coord. António José Moreira, Coimbra, Almedina, Coimbra, pp. 165-184.

VIEIRA GOMES, J. M., 2007a, *Direito do Trabalho. Volume I. Relações Individuais de Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra.

VIEIRA GOMES, J. M., 2011, «Algumas reflexões sobre a evolução recente do conceito jurídico de assédio moral (laboral)», *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.º 90, pp. 71-91.



V.

**LAS VIOLENCIAS QUE NOS ATRAVIESAN.  
EL ACOSO PSICOLÓGICO Y LAS BUENAS  
PRÁCTICAS EMPRESARIALES.  
UNA MIRADA DESDE Y HACIA EL INTERIOR  
DE LAS ORGANIZACIONES**

**Andrea Franconi**

*Profesora de la Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos Aires (Argentina)*

**Oscar E. Benítez**

*Profesor de la Facultad de Derecho  
Universidad de Buenos Aires (Argentina)*

**Sumario** 1. Introducción. 2. Breves referencias sobre el acoso psicológico y su tratamiento. 2.1. Una aclaración conceptual. 2.2. Sobre el acoso psicológico. 2.3. La importancia del proceder de la organización frente al acoso psicológico. 3. La metamorfosis de los deberes organizacionales. 4. Análisis de la experiencia jurídica. Nuevas prácticas y conflictividades frente a la realidad pendular. 4.1. Las buenas prácticas empresariales. Breves referencias sobre las mismas. 4.2. Nuevas prácticas, nuevas problemáticas. 5. In dubio pro víctima. Primeras aproximaciones. 6. ¿In dubio pro victima vs in dubio pro operario?

## 1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo constituye el análisis de las nuevas problemáticas que se presentan para la empresa a la hora de dar tratamiento a una denuncia de acoso psicológico.

A tal fin, primero trataremos de conceptualizar lo que conforme la experiencia jurídica puede entenderse por acoso psicológico en nuestro país y lo que parece ser un redimensionamiento de las obligaciones empresariales.

Por último, haremos una breve referencia a las buenas prácticas empresariales y cierta conflictividad que parece comenzar a advertirse con respecto a ciertas recomendaciones que se hacen desde diversas disciplinas que abordan la problemática desde una perspectiva de género.

## 2. BREVES REFERENCIAS SOBRE EL ACOSO PSICOLÓGICO Y SU TRATAMIENTO

### 2.1. Una aclaración conceptual

La violencia, con sus diferentes formas de manifestación es un fenómeno que siempre ha estado presente, tanto en el mundo del trabajo como en el mundo del derecho del trabajo<sup>138</sup>.

Sin embargo, desde la celebración de la conferencia 108 y la sanción del Convenio 190 y la Recomendación 206 de la OIT<sup>139</sup>, mucho se ha hablado sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Mucho se ha debatido en las jornadas académicas, sobre las expresiones y conceptualizaciones que dicho convenio realiza, como inciden ellas en los sistemas normativos y en virtud de ello, como deben operar frente a la violencia y acoso todos los sujetos, es decir, los empleadores, los trabajadores, los Estados, los sindicatos o gremios y las cámaras empresariales, para lograr un trabajo libre de violencia.

Y está bien que así sea, porque si hay algo que ha cambiado desde la consolidación del Estado Constitucional de Derecho es la forma de comprender el sistema normativo, que parece mutar del positivismo legalista a la comprensión sistémica conceptual.

De allí que es fundamental la comprensión de qué entendemos por violencia y acoso en el mundo del trabajo. Sin embargo, las emociones que despierta en los operadores jurídicos el referido instrumento internacional no deben confundirnos. Al momento de hablar de la violencia y acoso en el mundo del trabajo, el convenio no define el o los conceptos de “violencia” y “acoso”, sino que establece qué debe entenderse en dicho instrumento cuando se utiliza la expresión “Violencia y acoso” en el mundo del Trabajo.

---

138 La Declaración de Filadelfia (1944), cuando sostiene que: “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”, hasta en varios convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Es que si bien la violencia o el acoso no se mencionan explícitamente, se proporcionaban algunos elementos útiles para cubrir los aspectos conexos de la seguridad y salud en el trabajo y las enfermedades causadas por la violencia y el acoso en el trabajo.

Asimismo, desde una concepción de la violencia desde una perspectiva antidiscriminatoria, cabe recordar que los Convenios 100 y 111 figuran entre los ocho convenios fundamentales, así como también que los principios y derechos consagrados en estos Convenios pueden verse también en la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998) de la OIT. Otros instrumentos con un alto índice de ratificaciones, como los convenios relativos al trabajo infantil y a la seguridad y salud en el trabajo (SST), también son fundamentales para combatir la violencia en el trabajo.

139 Convenio no ratificado por Argentina al momento de la redacción de este capítulo. Sin perjuicio de los diez proyectos de ley para su ratificación.

El artículo 1º es claro al respecto: *“A efectos del presente Convenio: a) la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa...”*.

Dicha aclaración terminológica (no conceptual) busca superar las dificultades que suponen las diferencias lingüísticas o semánticas entre los distintos términos específicos<sup>140</sup>, así como superar las diferencias culturales<sup>141</sup> que poseen una alta incidencia a la hora de conseguir los consensos para regular este fenómeno. Lo que busca el Convenio 190 de la OIT, es fomentar y acelerar el proceso de estandarización del vocabulario para regular las distintas manifestaciones de la violencia que se generan en el mundo del trabajo, y que constituyen “comportamientos y prácticas inaceptables” bajo los paradigmas de trabajo decente y ciudadanía en la empresa.

Además dicha decisión de técnica legislativa, es coherente con las conclusiones de la Reunión de Expertos del año 2016, donde se destacaba que el instrumento o los instrumentos que se adopten deberían ser suficientemente flexibles para poder abordar *“las diferentes formas de violencia y de acoso, así como los contextos diferentes”* en que la violencia se manifiesta y *“responder asimismo a los nuevos riesgos y desafíos que pueden conducir a la violencia y acoso en el mundo del trabajo, como los que surgen como consecuencia de la evolución de las modalidades de trabajo y de la tecnología”*<sup>142</sup>. Es que la violencia, es *“un fenómeno sumamente difuso y complejo”*, cuya determinación depende de *“la noción de lo que son comportamientos aceptables e inaceptables, o de lo que constituye un daño”* y *“está influida por la cultura y sometida a una continua revisión a medida que los valores y las normas sociales evolucionan”*<sup>143</sup>.

---

140 En el año 2016, las encuestas utilizadas por la Reunión de expertos para elaborar el referido informe, mostraron que no habían definiciones universales de la violencia y el acoso, ya que muchos de los diversos términos, tales como “violencia”, “acoso” e “intimidación”, se utilizan de forma sinónima, o un mismo término se utiliza para designar acciones diferentes.

141 SALVATIERRA, C. E., “Violencia Laboral y Violencia en el Trabajo”, *Temas de Derecho Laboral*, noviembre 2016, p. 31.

142 OIT, 2016: *Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, Ginebra.

143 La violencia -conforme la noción que de la misma tiene la Organización Mundial de la Salud (OMS)- es “un fenómeno sumamente difuso y complejo cuya definición no puede tener exactitud científica, ya que es una cuestión de apreciación”, pues “la noción de lo que son comportamientos aceptables e inaceptables, o de lo que constituye un daño, está influida por la cultura y sometida a una continua revisión a medida que los valores y las normas sociales evolucionan” [*Informe Violencia y Salud Pública*, OMS, <http://cvu.rediris.es/pub/bscw.cgi/0/401766>].

He allí el motivo por el cual desde el año 2003<sup>144</sup> hasta el 2019, en el marco de la OIT se ha ido produciendo una mutación, no tanto en la conceptualización de la violencia en si (aunque debe reconocer un marco conceptual más amplio), sino en la técnica legislativa que opta por definir expresiones en lugar de conceptos, y de esa manera abarcar con mayor amplitud posible la gama de acciones que pueden causar daño físico, psicológico, económico o sexual<sup>145</sup>. Es por eso que, tal como lo ha destacado la doctrina, las prescripciones que brinda el artículo 1° del referido Convenio internacional, “no aluden ni a la intencionalidad subjetiva y perversa de la agresión ni a su reiteración durante un tiempo prolongado (de al menos seis meses) a las que hacían mención hasta ahora las conceptualizaciones de la doctrina autoral”<sup>146</sup>. Justamente el convenio 190 de la OIT, no conceptualiza, ni define fenómenos, sino que prescribe.

Ahora bien, la amplitud de la técnica legislativa utilizada de manera alguna da por tierra a las construcciones que la doctrina y jurisprudencia han forjado.

El acoso psicológico, el acoso sexual, la discriminación tal como ha sido entendida en las distintas latitudes constituyen indiscutiblemente esas prácticas y comportamientos que ya han sido declarados inaceptables, y que deben erradicarse del mundo del trabajo. Es cierto que la posible entrada en vigencia de dicho instrumento en el sistema normativo argentino, puede implicar la necesidad de adoptar ciertas regulaciones especiales y prácticas que tienen una visión restringida de la violencia en el mundo del trabajo, pero reiteramos que de ninguna manera implica el fin de las construcciones dogmáticas que han sido reconocidas por los jurisprudencia. Estas tienen justamente una importancia fundamental a fin de seguir los lineamientos que la misma Reunión de Expertos hiciera durante los trabajos preliminares al referido Convenio, en la que se sostuvo que es necesario “distinguir entre las diversas formas de violencia y acoso y el contexto en el que éstas se producen, ya que tal vez se [necesitaran] diferentes respuestas”<sup>147</sup>.

144 En 2003, la Reunión tripartita de expertos de la OIT encargada de elaborar el Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla adoptó una definición de la violencia en el contexto de dicho sector. En el Repertorio citado, la violencia se define como “[toda] acción, incidente o comportamiento que se aparta de lo razonable [y] mediante el cual una persona es agredida, amenazada, humillada o lesionada por otra en el ejercicio de su actividad profesional o como consecuencia directa de la misma”. OIT, 2004: *Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la violencia en el lugar de trabajo en el sector de los servicios y medidas para combatirla* (Ginebra).

145 Es interesante destacar que, a pesar de que no existía una definición universal, dos componentes eran comunes a la gran mayoría de los términos utilizados para designar la violencia y el acoso psicológicos y físicos. En los 80 países estudiados durante la confección del Informe Blanco – Informe preparado en vías a la celebración de la 107 Conferencia Internacional del Trabajo, donde se trataría por primera vez el tema Violencia en el Mundo del Trabajo-, resultó que las definiciones de las diversas formas de violencia y acoso incluían las más de las veces: 1) la conducta física y 2) la conducta psicológica.

146 VIRGILI, C., Aspectos principales del convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la violencia y el acoso, *Diario La Ley*, 12/12/2019, Buenos Aires.

147 OIT, 2016: *Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo* (Ginebra).

Por ello es importante que los operadores jurídicos sigan trabajando en conocer, estudiar y entender cómo funcionan fenoménicamente las distintas formas de manifestaciones que ya han sido relevadas. Porque para cada tipo de violencia existe un tratamiento específico, un modo de acción, o reacción. No es lo mismo un acto de *discriminación en la contratación*, que acto de *violencia física*. No es lo mismo un caso de *acoso psicológico*, que de utilización de las *desventajas estructurales*<sup>148</sup>. Todos constituyen actos de violencia, y se encuentran –o encontrarán- alcanzados por la citada norma, pero el tratamiento de cada uno de ellos debe atender a sus particularidades.

## 2.2. Sobre el acoso psicológico

El acoso u hostigamiento psicológico, acoso moral, psicoterror o mobbing<sup>149</sup>, es sin duda un ejemplo “típico” de violencia en el trabajo sobre el cual ya se ha escrito de forma recurrente en los últimos tiempos. Al punto que en reiteradas ocasiones suele identificársele con el concepto de violencia laboral, aunque entre ellos exista una relación de género-especie<sup>150</sup>.

Su conceptualización en nuestro país, que no está subordinada a tipos penales o contravencionales<sup>151</sup> y por lo tanto debe ser evaluada con criterio específico propio de esta materia<sup>152</sup>, fue una construcción jurisprudencial<sup>153</sup> que utilizara como base a conocimientos desarrollados tanto en el campo jurídico, como fuera del mismo, como medicina y psicología del trabajo sobre todo. Justamente, Heinz Leyman, uno de los primeros investigadores en la psicología del trabajo, observó que en el trabajo -al igual que en otros ámbitos- en ocasiones se producía “un proceso de destrucción, compuesto por diferentes manifestaciones de comportamientos hostiles, que quizás consideradas de manera aislada, podrán parecer anodinos o sin importancia, pero cuya reiteración y constancia producen efectos perniciosos”<sup>154</sup>.

148 Ver FREDMAN, S., “Desventaja estructural”, en *Justicia, Trabajo y Genero*, Gherardi, N. (Comp.), Librería, Buenos Aires, 2012, p. 63 y ss; SABA, R., *Mas allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el estado a los grupos desaventajados?*, Siglo veintiuno, Buenos Aires, 2016.

149 También existen otras formas de denominar la problemática: Acoso Moral, Acoso Laboral pero todas hacen referencia a la misma problemática: Ser Acosado.

150 En este punto es interesante, observar el *Manual de concientización y prevención sobre la Violencia Laboral en las organizaciones empresariales*, editado por el Ministerio de Trabajo, empleo y Seguridad Social de la Nación, que en su edición de septiembre de 2016 identifica al concepto de violencia laboral con el acoso psicológico, sosteniendo inclusive que los casos de exigencias organizacionales, incidentes aislados, Jefes con mal carácter, estrés o *burn out*, no constituyen supuestos de violencia laboral. Conceptualizaciones que entendemos deberían ser revisadas a la luz de la nueva normativa internacional.

151 El art. 52 del Código Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires prevé la figura de acoso.

152 CNATrab, Sala VI, de fecha 15/03/2011; “PVD C AA SA y otro S/ Despido”, publicado en *eleldail.com* – AA6A70, publicado el 27/4/2011.

153 Tal como sostiene Virgili, “cabe recordar que, en nuestro país, la conceptualización del acoso moral la inauguraron los tribunales provinciales, a partir de la sentencia dictada por el superior tribunal de Justicia de Rio Negro el 06/04/2005 en la causa “Dufey c. Entretenimientos Patagonia SA” (VIRGILI, C., Aspectos principales del convenio..., ob. cit.).

154 Citado por ABAJO OLIVARES, F. J., *Mobbing Acoso Psicológico en el ámbito laboral* (Buenos Aires, 2006), p. 8.

Posteriormente, la ley 26485<sup>155</sup> -y su Decreto Reglamentario 1011/2010<sup>156</sup>-, denominada “*Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales*”, la cual se encuentra basada principalmente en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer<sup>157</sup> -conocida como Convención de Belem do Pará- así como en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de discriminación contra la Mujer<sup>158</sup> y en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>159</sup> que constituyen instrumentos transversales aplicables a todas las ramas del derecho, contempló en su artículo 6° inciso c) el *hostigamiento psicológico*, estableciendo que este se producía cuando este se produce en *forma sistemática* sobre una determinada trabajadora *con el fin de lograr su exclusión laboral*, como una de las modalidades de ejercicio de la violencia laboral.

Si bien, por el texto de la norma, podría decirse que estamos frente a un supuesto de concepción restringida de la figura, lo cual fuera objetado por la doctrina nacional<sup>160</sup>, la norma reglamentaria extiende el concepto de hostigamiento psicológico a toda acción, omisión o comportamiento destinado a provocar, directa o indirectamente, *daño físico, psicológico o moral a una trabajadora*, sea como amenaza o como acción consumada<sup>161</sup>. Sin perjuicio del posible exceso reglamentario que parece desprenderse de dicha norma, debe destacarse que con dicha modificación, la tipología prevista en la norma prescinde de cierto elementos subjetivos tal como lo recomienda la doctrina moderna<sup>162</sup>, desplazando la exigencia fundamental hacia la persistencia y sistematicidad de la conducta del acosador o acosadora de la cual se infiere su intencionalidad<sup>163</sup>, la cual parece más adecuada conforme los factores de atribución que establece el Código Civil y Comercial en su artículo 1724<sup>164</sup>.

155 B.O. 14/04/2009.

156 B.O. 20/07/2010.

157 Ratificada por ley 24.632, B.O. 9/4/1996.

158 Naciones Unidas, 1979, ratificada por ley 23.179 (B.O. 03/06/1985). Incorporada a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22.

159 Naciones Unidas, ratificada por ley 23.849 (B.O. 22/10/1990). También incorporada a la Constitución Nacional por el art. 75 inc. 22.

160 “No hay duda que el elemento intencional es muy importante en el acoso psicológico y las normas expuestas lo prevén, pero nos parece que no necesariamente busca el alejamiento del trabajo, también puede perseguir el sometimiento en el trabajo de acuerdo al tipo de personalidad de la víctima”, LITTERIO, L. H., *El trabajo de las mujeres. Las normas, la jurisprudencia y la realidad* (Santa Fe, 2017), p. 444.

“lo determinante no depende, pues, de la intención de la persona culpable, sino de la víctima que es quien determina si una conducta es humillante o importa vejamen o insulto para ella” BARBADO, P., La prueba de la violencia psicológica en el ámbito laboral, RDL Año 2009 N° 1, p. 517.

161 LITTERIO, L. H., *El trabajo de las mujeres...*, ob. cit., p. 443.

162 UGARTE, J. L., El acoso laboral, entre el derecho y la psicología, en Colección temas de derecho laboral N° 18, Violencia Laboral Volumen II, (GARCIA VIOR, A. – Dir.) Errepar (Buenos Aires, 2013), pp. 63 y 62.

163 “Ello así, toda vez que el cuadro descripto da cuenta de comportamientos de los superiores lesivos de su integridad (violencia verbal, traslado a un espacio de trabajo hostil y aislamiento, degradación desproporcionada de tareas, etc.), que no pueden calificarse como episodios esporádicos, sino como maltratos reiterados y sistemáticos de los cuales se infiere una intencionalidad degradante para la trabajadora” C. M. L. vs. Defensor del Pueblo de la Nación s. Empleo público // Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala III; 03-04-2014; Rubinzal Online; RC J 2441/14.

164 Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Posteriormente, otras legislaciones locales emitieron su regulación específica aplicable a los trabajadores de la administración<sup>165</sup>, existiendo la cuenta pendiente de una regulación heterónoma específica general para el empleo privado sin distinción de género.

Sin embargo, ello no quita que actualmente, recurriendo a la analogía y conforme los criterios jurisprudenciales existentes, cuando hablamos de acoso psicológico, mobbing y hostigamiento psicológico, podamos tener cierta conceptualización del mismo en base a tres elementos esenciales, que ya los encontrábamos en aquella definición de Leyman: a) su sistematización; b) su composición y c) sus consecuencias.

Hablamos de sistematización porque el acoso u hostigamiento psicológico se trata de un proceso, que se constituye en base a una serie de actos que se extienden en el tiempo de forma sistemática y recurrente, por lo que aquellos incidentes momentáneos o de duración corta, por más graves que sean, si acaban en un breve plazo de tiempo, no son considerados como “acoso”, sin perjuicio que puedan constituir un acto de violencia en sí mismos.

Respecto a cuál debe ser la extensión temporal durante el cual se despliega el comportamiento hostigante, Leyman sostenía que los comportamientos hostiles deben extenderse “de manera frecuente (como criterio estadístico, por lo menos una vez por semana) y durante largo tiempo (por lo menos seis meses)”<sup>166</sup>. Sin embargo, ello no significa que por las particularidades de los comportamientos hostiles, las características del vínculo o las personalidades de las personas involucradas, el daño pueda producirse en un tiempo inferior, pues ello dependerá de las características de los comportamientos hostiles, la percepción de la víctima y su resiliencia<sup>167</sup>, por lo que es difícil darle un carácter estricto<sup>168</sup> o jurídico al plazo y frecuencia referido.

En lo que respecta a su composición, este proceso está conformado por comportamientos o prácticas hostiles, generalmente extremadamente sutiles, al punto que hacen difícil su apreciación, llegando a extremos donde en su comienzo, ni siquiera la víctima toma conciencia del mismo.

---

165 Ley N° 7232 de la provincia de Tucumán, La Ley N° 9671 de la provincia de Entre Ríos, la ley 13168 sancionada por la Provincia de Buenos Aires y la ley 1225 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre otras jurisdicciones.

166 En igual sentido, Piñuel sostiene que “el cuadro de mobbing requiere ser objeto de por lo menos seis meses de uno o más de los siguientes tipos de hostigamiento o malos tratos psicológicos, con una frecuencia de una vez o más por semana por parte de uno o varios trabajadores” citado por GONZALEZ PONDAL, T. I., *Mobbing. El acoso psicológico en el ámbito laboral* (Buenos Aires, 2010), p. 12.

167 “La capacidad humana universal para desarrollar procesos intrapsíquicos que en interacción dinámica con el contexto posibilitan hacer frente a las adversidades de la vida, superarlas y ser transformado positivamente por ellas”. CECCARINI, E. LUONGO, E., WEISS, P., “Resiliencia: El bastión de los vencedores vencidos”, en *Psicología y Trabajo. Una relación Posible* (Buenos Aires, 2006) Tomo II.

168 PETRONE, P., *Mobbing, Acoso Moral en el Sector de la Salud Pública* (Buenos Aires, 2016), p. 52.

Así lo advierten Piñuel y García: *“Nadie espere por tanto encontrar en los casos de auténtico mobbing acciones de violencia extrema entendida como una serie de agresiones físicas, avasallamientos o sangrientas hostilidades que provoque la alarma social en el seno de las organizaciones. No hay tal cosa... la naturaleza auténticamente perversa del acoso psicológico en el trabajo radica por el contrario en una serie de actos que aisladamente pudieran parecer anodinos o irrelevantes, pero cuyo encadenamiento en el tiempo y persistencia van minando la salud y las resistencia psíquica del trabajador hasta conseguir destruir su autoestima o producir enfermedades psicosomáticas que previamente no existía y que son el resultado de la indefensión que aprender la víctima”*<sup>169</sup>.

Esta dificultad en la identificación de los comportamientos hostiles es una de la problemáticas del fenómeno y no solo por la sutileza con la cual se realiza el proceso destructivo, sino también por otros procesos psicológicos que se producen en quienes participaban como observadores, que cuando no proceden a mimetizarse con los acosadores, pueden naturalizar y hasta justificar ciertos comportamientos, invisibilizando la violencia ejercida y transformándose en lo que desde la psicología llaman “testigos mudos”, fenómeno propio de este tipo de violencia.

El tercer elemento de este marco de referencia, son las consecuencias perniciosas de este tipo de comportamiento que ha relevado la psicología y medicina.

En primer lugar tendremos las consecuencias perniciosas directas que se generan sobre la víctima del mobbing.

Tal como quedara sentado en el preámbulo del Convenio 190 de la OIT y tal como desde hace tiempo lo destacara la doctrina y jurisprudencia, la violencia en general y el acoso en general, constituyen un daño a los Derechos Fundamentales de las Personas que trabajan. Por lo que aun en los casos que no exista un daño psíquico o físico, el mismo se constituye con un acto vedado en nuestra sistema normativo, sobre todo luego de la reforma Constitucional de 1994 y la integración del bloque de Constitucionalidad que nuestro máximo tribunal nacional.

Sin perjuicio de ello, no está de más destacar que las ciencias médicas han comprobado que las alteraciones en la salud producidas por el acoso en el trabajo son significativas, pues el acoso es un factor estresante que tiene consecuencias en la salud física y psicológica<sup>170</sup>.

---

169 PIÑUEL, I., GARCIA, A., ... ob. cit., p. 33.

170 MARMER, M., “Acoso laboral. Consecuencias en la salud”, publicado en La Ley Online: 0003/012822.

En un primer momento los cambios inmediatos en la conducta y en los afectos por parte de la víctima de acoso laboral son los que corresponden a la víctima de una situación de diestrés, que en caso de persistir el estímulo puede tomar carácter de crónico<sup>171</sup>.

Dentro de las consecuencias psicológicas inmediatas, se destaca que el acoso *“es una experiencia que conduce a vivencias de vergüenza y humillación recurrentes, es estigmatizante”*<sup>172</sup> pues quien es acosado pierde fe y confianza en sí mismo, por varias razones. Una de ellas es que duda acerca de la causa de las agresiones, inculpándose muchas veces por ellas, al menos en la primera etapa.

Por otro lado, la indefensión también conduce a sentimientos de fracaso. Esto tiene consecuencias directas en aspectos de su vida personal, familiar y social, pudiendo generar una depresión leve o moderada, cuyos síntomas inespecíficos corresponden a un estrés leve; que si no presenta complicaciones genera “problemas funcionales”, es decir, sin alteraciones orgánicas<sup>173</sup>.

Los primeros signos y síntomas observables subjetiva y objetivamente en las víctimas de acoso laboral son los siguientes:

- Apatía, falta de iniciativa.
- Inquietud.
- Agresividad.
- Sentimientos de inseguridad.
- Alteraciones del sueño, insomnio, pesadillas.

Este conjunto de síntomas es el que conforma el cuadro conocido como “trastorno de ansiedad”<sup>174</sup>.

---

171 El resultado fisiológico que se pone en marcha es el que corresponde a un mecanismo de huida. Es paradójico, pero que el mecanismo se ponga en juego no significa que el individuo que se encuentra bajo estrés pueda huir del estímulo causal. En este proceso participan la mayoría de los órganos y de las funciones del cuerpo, es decir, el sistema nervioso central, el aparato cardiovascular, el aparato digestivo y el sistema endocrino. El mecanismo que se pone en marcha podría ser descripto de la siguiente manera. El cerebro envía señales químicas que activan la secreción de hormonas y otras sustancias como los neurotransmisores. De éstos, las catecolaminas ejercen un importante papel, especialmente la adrenalina”. MARMER, M., “Acoso laboral...”, ob. cit.

172 MARMER, M., “Acoso laboral...”, ob. cit.

173 “Estas alteraciones son correlativas a modificaciones en el sistema nervioso autónomo de los sistemas simpático y parasimpático...- Cansancio; - Nerviosismo; - Alteraciones del sueño; - Migraña; - Problemas digestivos; - Lumbalgia; - Trastornos psicósomáticos: epigastralgia, colon irritable, palpitaciones, etc.” MARMER, M., “Acoso laboral...”, ob. cit.

174 MARMER, M., “Acoso laboral...”, ob. cit.

Tal como destacan por los estudios realizados puede suceder que este trastorno sea la única manifestación de la experiencia de acoso, inclusive a lo largo del tiempo. Pero también es probable la evolución hacia la depresión, en cualquiera de sus variantes, o hacia el estrés postraumático<sup>175</sup>.

Las personas con estrés postraumático padecen re-experimentación del episodio traumático de distintas maneras: 1) recuerdos intrusivos; 2) sueños recurrentes; 3) sensación de actualidad del episodio: ilusiones, flashbacks (reviviscencia visual), y en menor proporción alucinaciones, en los casos más graves.

La mayoría de las personas que padecen de estrés postraumático (TEPT), ven alterada de manera sustancial su calidad de vida y manifiestan tener problemas familiares, ocupacionales o interpersonales.

Tres semanas de repetición del factor estresante son suficientes para que comience el daño estructural en el hipocampo, sobre todo para el estrés crónico. Esto implica daño morfológico, es decir, ya no se puede hablar de cambios químicos exclusivamente, los cuales son muchas veces reversibles. El daño morfológico es, por el contrario, y en la mayoría de los casos, irreversible.

El trauma producido por el acoso laboral tiene características particulares:

- Aislamiento.
- Ausencia de solidaridad en el trabajo.
- Falta de sentido.

El aislamiento y la ausencia de la solidaridad pueden promover una de las peores consecuencias del trauma, como es la aparición de síntomas disociativos por la falta de comunicación de lo acontecido. La disociación se ha definido como una alteración de la conciencia que se caracteriza por la desconexión experiencial del yo y/o del entorno. El individuo experimenta un desapego experiencial y alteraciones de la memoria, con la clásica impresión por parte de su entorno de tratarse de una persona “ida”, como si no estuviera en el contexto.

---

175 Según la psicoanalista Marie-France Hirigoyen, el 69% de los casos de mobbing encuestados por ella presentaron depresión mayor, un trastorno severo del estado de ánimo que -entre otras cosas- puede conducir al suicidio. MARMER, M., “Acoso laboral...”, ob. cit.

Según hemos dicho, otro cuadro que se observa en un importante número de pacientes es el estrés postraumático. En estos casos todas las víctimas sufren una desestabilización duradera (Marie-France Hirigoyen, 2000).

Es de importancia destacar que los cuadros de ansiedad, depresión y estrés postraumático pueden coexistir en un mismo individuo<sup>176</sup>.

De todas formas, debe destacarse como lo hacen Piñuel y Garcia, que para que se configure el acoso psicológico no es necesario la existencia de un daño psíquico, pues *“debe recordarse que, del total de los trabajadores acosados en el trabajo, tan solo poco más de la mitad presentan secuelas psicológicas postraumáticas evaluables. Por lo tanto, se dan en realidad una buena parte de casos de auténtico mobbing, que pueden cursar con daños postraumáticos evaluables o que por el contrario, aun no los han desarrollado en el trabajador”*<sup>177</sup>, por lo que *“ni la acreditación del daño psíquico acredita per se la existencia de mobbing, ni la ausencia de daños o de lesiones psíquicas permiten descartar la existencia del proceso de mobbing”*<sup>178</sup>.

Pero las consecuencias de este proceso no solo son sufridas por las víctimas, sino que también existen otros “damnificados indirectos”<sup>179</sup>, como la comunidad de trabajo, pues su desarrollo genera problemas organizacionales, incremento de ausentismo, falta de concentración en el trabajo aumentando la probabilidad de accidentes; así como la misma sociedad, pues las afecciones en la salud que genera el acoso psicológico incide en la baja empleabilidad, el incremento de la población inactiva.

Por último, para terminar esta breve conceptualización cabe destacar que tanto en el campo científico, como en el campo de la experiencia jurídica, se han observado distintas clases de manifestaciones de este tipo de violencia ejercida en el lugar de trabajo.

En primera medida el mobbing puede ser vertical u horizontal.

---

176 MARMER, M., “Acoso laboral...”, ob. cit.

177 PIÑUEL, I., GARCIA, A.,... ob. cit, p. 155.

178 Ídem.

179 PETRONE, P., *Mobbing. Acoso Moral en el Sector de la Salud Pública* (Buenos Aires, 2016), p. 52

El vertical puede ser ejercido de forma descendente y ascendente. En el primer caso -conocido como *bossing*<sup>180</sup>-, el cual parece ser el más recurrente, pero también pudiendo darse desde un subordinado hacia un superior, aunque no sea la más habitual<sup>181</sup>. Es que las relaciones de poder dentro de determinada comunidad no se generan solo en el organigrama de la empresa, sino también por ciertas características de los sujetos que intervienen y/o las circunstancias que los rodea. Justamente por ello, es que también existe el acoso psicológico horizontal, que es el ejercido entre personas de la misma categoría o calificación profesional.

Asimismo, puede ser realizado por una o varias personas -inclusive por personas que no pertenezcan a la empresa- aunque algunos autores manifiestan que siempre debe ser dirigido a una sola persona o a un grupo reducido y/o determinado.

También debe destacarse que actualmente el acoso puede ser ejercido por cualquier medio, de forma personal, epistolar, telefónica, virtual, y no hay motivo para que deje de ser considerado como un comportamiento hostil.

### 2.3. La importancia del proceder de la organización frente al acoso psicológico

Como vimos el acoso psicológico es un proceso, y como tal pueden observarse distintas fases, para algunos autores tres y para otros cuatro o cinco, en virtud de las diferentes perspectivas clasificatorias<sup>182</sup>.

En general se hace referencia a una fase inicial, denominada “de conflicto o de incidentes críticos”, que da origen a la problemática. Un problema que no haya sido resuelto, ya sea por circunstancias particulares de los sujetos involucrados o por impedimento de la misma organización.

180 “Es un tipo de acoso laboral llevado a cabo por los superiores respecto de uno de sus empleados. En España se utiliza el término *mobbing* para hacer referencia, con carácter general, al acoso moral continuado que recibe un trabajador, ya sea por parte de sus compañeros como por parte de sus superiores, pero en los países anglosajones, de donde procede el término, se distingue más específicamente entre “*mobbing*”, concebido como acoso moral a un trabajador por otros trabajadores del mismo nivel o categoría (acoso en sentido horizontal), y “*bossing*”, que es el acoso moral a un empleado por parte de un superior jerárquico (acoso en sentido vertical).” DIAZ, V. L., “Violencia Laboral: de lo conceptual a lo específico analogías y diferencias entre los distintos institutos. El aikido como herramienta para el tratamiento de la Violencia Laboral”, RDL Año 2008, N° 2, pp. 375 y ss.

181 Dicha circunstancia podría hacernos analizar sobre el poder, y la forma que se ejerce.

182 Desde la perspectiva de la víctima se señalan tres fases: 1.- Fase inicial de acoso: Comienza el hostigamiento, desconcierto e incredulidad de la víctima, no sabe qué le pasa, ni por qué; comienza a preguntarse en que ha fallado; sentimientos de aislamiento y negación. 2.- Fase de conflicto interno: Avanza la estigmatización, pérdida de apoyo y refuerzo social, cambios en la personalidad, comienzan los efectos en el ámbito sociolaboral: errores, pérdida de concentración, síntomas físicos y psicosomáticos, comienzan las bajas médicas. Su última etapa coincide con la etapa de intervención externa y diagnóstico erróneo. 3.- Fase de escape: La víctima regresa al trabajo; síndrome de estrés postraumático; el hostigamiento no cesa y vuelve a enfrentar de nuevo la misma situación; estigmatización y “error atribucional”; búsqueda de salidas: pre-jubilación, bajas médicas, despidos con o sin causa, suicidios. Es muy interesante esta distinción de las fases, observadas desde dos ángulos, el de la víctima y el de la organización, ya que en realidad nos encontramos ante dos víctimas, la persona trabajadora y acosada y la organización entera. (BABUGIA, M., *La prueba en el acoso laboral*, Buenos Aires, 2014, p.46).

Una segunda fase, generalmente denominada “mobbing o de estigmatización”, en la cual el acosador (o acosadores) ponen en práctica toda su estrategia de hostigamiento en quien ha marcado o elegido como su víctima, valiéndose de diversos comportamientos y la persona acatada percibe la malevolencia de la cual es objeto, pudiéndose generar consecuencias sobre su psiquis<sup>183</sup>.

Luego suele generarse una tercera fase, relacionada con la intervención del empleador o de la empresa que es crucial para el devenir de la problemática.

Es en este punto sobre el que nos interesa trabajar, pues si el accionar empresarial es diligente puede tener una intervención positiva que propicie a la resolución de la problemática, realizando una investigación exhaustiva, tomando medidas en la organización del trabajo conforme sus facultades (organización, dirección y control, sanción) articulando mecanismo preventivos y/o correctivos, y evitando que el proceso siga avanzando hacia la cuarta fase, que es en la que se configura cuando se produce la marginación o exclusión la víctima de la vida laboral, ya sea por las incapacidades que el proceso genera o por la decisión de la víctima de dejar su trabajo<sup>184</sup>.

De allí la centralidad del proceder de las organizaciones en este tipo de violencia, y la necesidad de establecer ciertas pautas de acción concretas, que determinen como debería ser el actuar un buen empleador frente a este tipo de problemática.

---

183 También puede generarse, en esta etapa el binomio “sistematización - negación”, sistematización es la conducta del acosador y negación en la actitud del trabajador acosado, porque no toma conciencia de la situación por la que está atravesando. BANERA, J., *La estrategia ante el acoso laboral* (Buenos Aires, 2009), p. 61.

184 BANERA, J., *La estrategia...*, ob. cit, p. 62.

### 3. LA METAMORFOSIS DE LOS DEBERES ORGANIZACIONALES

Es cierto que el Convenio 190 de la OIT aún no es fuente formal de derecho, pero sí material<sup>185</sup>, y si hay algo que ha cambiado luego de los consensos conseguidos para la celebración del dicho instrumento, y ello radica en la toma de conciencia general y el entendimiento que la violencia y el acoso en el mundo del trabajo constituyen un riesgo psicosocial (art. 9 Inciso b)<sup>186</sup>.

Entender a la violencia como un riesgo psicosocial implica comprenderla como un fenómeno transversal que se presenta en todas las relaciones sociales y que por lo tanto que en todo contexto que estas se generen existe el riesgo su existencia.

---

185 En este sentido ha sido ya reconocido por la jurisprudencia nacional. La Dra. Holck, en su voto en la causa “S.A.M. c. R.J.C. s despido” de fecha 19/07/2019 (CNATrab, Sala I) sostuvo: “quiero remarcar que todo lo anteriormente reseñado resulta, a mi juicio, suficiente para encuadrar el tema decidendum desde el aspecto normativo; empero, pienso que el consenso internacional, recientemente manifestado sobre la temática en juego, revela una impronta que otorga fuerza cardinal a toda decisión en la que se diluciden cuestiones como las aquí planteadas. Digo esto porque no eludo que dicha normativa aún no ha sido ratificada por nuestro país; mas es innegable su cualidad loable como fuente de derecho internacional que recoge principios de validez atemporal y que no reconoce fronteras. En esta línea, el art. 1º del Convenio establece que “a) la expresión ‘violencia y acoso’ en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”, y “b) la expresión ‘violencia y acoso por razón de género’ designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.”. Que, conforme el art.2º, sus postulados resultan de aplicación “a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo”. Finalmente, resalto el art. 6º, en cuanto dispone que “[t]odo Miembro deberá adoptar una legislación y políticas que garanticen el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el empleo y la ocupación, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores y otras personas pertenecientes a uno o a varios grupos vulnerables, o a grupos en situación de vulnerabilidad que están afectados de manera desproporcionada por la violencia y el acoso en el mundo del trabajo (énfasis agregado). En tal entendimiento y a la luz de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en precedente “Álvarez, Maximiliano c/ CENCOSUD S.A.”(Fallos 333: 2306) hago mío que “la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (.) expresó que todos los Miembros de la OIT, aun cuando no hubiesen ratificado los convenios respectivos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios (.)”. Resalto esto último porque si entre esos ocho “Convenios Fundamentales”, dos son atinentes a la práctica de la discriminación –el Convenio Relativo a la Igualdad de Remuneración entre la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor, 1951 (núm. 100) y el Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación, 1958 (núm. 111)- la significación trascendente del novel instrumento no puede dejar lugar a dudas. Digo así, puesto que acoso laboral y discriminación, lamentablemente, y a fuerza de utilizar una expresión corriente, suelen “ir de la mano”; por lo que me animo a afirmar que a la luz de aquellos instrumentos generales, el flamante abreva en sus conceptos indiscutidos”.

186 Así puede observarse el paso del concepto de “violencia laboral”, conceptualización jurídica en el cual subyace la idea del ejercicio abusivo de una relación de poder que se da en el trabajo dependiente, a un concepto más amplio, como “violencia y acoso en el mundo del trabajo”, conceptualización que excede el marco contractual clásico, entendiendo que la violencia en el mundo del trabajo es algo que excede la relación entre trabajador y empleador, abordando la problemática desde los Derechos Fundamentales y el concepto de Ciudadanía en la Empresa. Para ver este último concepto se recomienda “Igualdad y Ciudadanía en el Trabajo como bases conceptuales para el Derecho del Trabajo”. Informe Nacional para el Tema III, elaborado por la Delegación Argentina de la Sección Jóvenes Juristas de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Cape Town 2015), publicado por Ed. El Derecho, Revista Trabajo y Seguridad Social, Mayo 2016.

Lógicamente siendo que el contrato de trabajo se genera y ejecuta en el marco de diversas relaciones sociales, el empresario y sus representantes, en virtud de ser quienes se aprovechan de los beneficios que genera la organización del trabajo, son los primeros responsables de la generación de dicho riesgo y por lo tanto quienes más precauciones deben tomar al respecto y responder ante la configuración de un supuesto de manifestación de violencia.

En este punto cabe destacar, tal como lo hace Maza siguiendo a Ackerman<sup>187</sup>, que el denominado “deber de seguridad” que tiene que asumir el empleador por expresa disposición normativa del artículo 75 de la LCT reglamentario del artículo 19 de la Constitución Nacional (regla non laedere alter), evoca “al cúmulo de acciones exigibles al empleador para tutelar la integridad psicofísica de cada uno de los trabajadores que dependen de éste”, pues “*si el empresario puede dar órdenes en cuanto al tiempo, lugar y modo de la prestación del trabajador, le es exigible como deber procurar que no sean nocivas para el trabajador y que éste resulte indemne tras su cumplimiento*”<sup>188</sup>

Ello obedece a que la relación de poder jurídicada por el orden positivo no solo otorga al empleador una potestad para la organización y dirección del trabajo, sino también la responsabilidad por la forma en que dicho poder se ejerce y los riesgos que ello genera, conforme lo establece la normativa específica<sup>189</sup> y general<sup>190</sup>.

Justamente por ello, en la reunión de expertos<sup>191</sup> convocada con miras a la negociación del Convenio 190 se resaltó que los gobiernos, los empleadores y los trabajadores tienen una función que desempeñar a la hora de velar por el cumplimiento de la legislación y la política, y al adoptar iniciativas proactivas, estableciendo un nuevo campo obligatorio para el tratamiento de la Violencia y Acoso en el Mundo del Trabajo. En el mismo se incluyen deberes que van desde las expresiones genéricas -“... *respetar, promover y asegurar el disfrute del derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso*” (artículo 4, párrafo 1)- hasta “*adoptar y aplicar... una política del lugar*

187 MAZA, M.A., El “mobbing”, la violencia laboral y las condiciones dignas de trabajo, RDL Rubinzal Culzoni, Año 2009 N° 1, p. 431.

188 MAZA, M. A., El “mobbing”, la violencia laboral..., ob. cit.

189 “El empleador debe velar irrestrictamente por la integridad psicofísica de sus dependientes mientras se encuentren dentro del establecimiento y/o cumpliendo sus tareas, obligaciones que dimanen del deber genérico de seguridad y del principio de indemnidad (arts. 75 LCT y 4 apartado 1 LRT), de la misma forma que debe preservar también la dignidad del trabajador cuyo fundamento no es otro que el dispositivo constitucional que le garantiza “condiciones dignas y equitativas de labor” (art. 14 bis CN).” CNATrab, Sala II, autos “B. V. S. vs. Arcos Dorados Argentina S.A. s. Despido” de fecha: 21/08/2014. De forma coincidente, la normativa sobre seguridad e higiene en el trabajo es consistente en las condiciones dignas de labor que han de garantizarse para alcanzar un *trabajo decente*. A saber, el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187); Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121), entre otros. Otros instrumentos con un alto índice de ratificaciones, como los convenios relativos al trabajo infantil y a la seguridad y salud en el trabajo (SST), también son fundamentales para combatir la violencia en el trabajo.

190 En el marco del derecho común, en el caso, la responsabilidad que asume la empleadora frente al trabajador, es la de los artículos 1.722, 1.753 y 1.757 del C.C.C.N.

191 OIT, *Documento de base para el debate de la Reunión de expertos sobre la violencia contra las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo*, Ediciones OIT, (Ginebra, 2016).

*de trabajo relativa a la violencia y el acoso*<sup>192</sup>; *“tener en cuenta la violencia y el acoso...en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo”*<sup>193</sup>; *“identificar los peligros y evaluar los riesgos de violencia y acoso... y adoptar medidas para prevenir y controlar dichos peligros y riesgos”*<sup>194</sup>, así como *“proporcionar a los trabajadores y otras personas concernidas, en forma accesible, según proceda, información y capacitación acerca de los peligros y riesgos de violencia y acoso identificados, y sobre las medidas de prevención y protección correspondientes...”*<sup>195</sup>. Todo ello, *“de conformidad con la legislación y la situación nacional...”* y con *“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”*<sup>196</sup>.

Así, en esta etapa de evolución de la regulación de las conductas *aceptables* en el ámbito del mundo del trabajo (a luz del nuevo Convenio 190 de la OIT y su recomendación 206), el establecimiento de protocolos o procedimientos de actuación se ha tornado una obligación que pesa sobre el empleador a fin de dar cumplimiento acabado al principio constitucional previsto en el artículo 14 bis que garantiza *“condiciones dignas de labor”* al trabajador, al precepto del artículo 75 -deber de cuidado- de la Ley de Contrato de Trabajo, y el deber de actuar de buena fe previsto en sus artículos 62 y 63 de dicho cuerpo legal<sup>197</sup>.

El abordaje de la problemática desde esta perspectiva produce que lo primero que deba analizarse en casos en que se denuncian supuestos de violencia laboral, no es el proceder de la persona que denuncia su sufrimiento, sino de aquellos sujetos que se encuentran obligados a evitarla.

---

192 Artículo 9, inciso a.

193 Artículo 9, inciso b.

194 Artículo 9, inciso c.

195 Artículo 9, inciso d.

196 Artículo 4 párrafo 2.

197 En este sentido, la jurisprudencia ya había sostenido: “Sin embargo, la nocividad del ambiente de trabajo activa la responsabilidad del empleador en los términos del art. 1109 CC. El empleador tiene el deber constitucional de garantizar condiciones de trabajo dignas y la obligación legal de lograr la seguridad e higiene en el empleo, conforme lo exigen los arts. 14bis CN, art. 75 LCT y 4 ap.1 de la ley 24.557. El principal no sólo se encuentra legitimado para tomar medidas en resguardo de la integridad de sus dependientes sino que ello constituye una exigencia derivada del principio de buena fe exigible al buen empleador y lo esperable de éste (arts. 62/63 y concs LCT). En el caso, el ambiente de trabajo hostil en que prestó servicios la reclamante como el maltrato personal que padeció de sus compañeros y superiores jerárquicos, han generado dolor moral, sufrimiento emocional y padecimientos que deben ser reparados” CNAT Sala II Expte No 7.358/05 Sent. Def. No 95.304 del 12/10/2007 “R., F. c/Cablevisión SA s/ despido” (Maza – Pirolo).

#### 4. ANÁLISIS DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA. NUEVAS PRÁCTICAS Y CONFLICTIVIDADES FRENTE A LA REALIDAD PENDULAR

Hasta no hace mucho tiempo existía en la experiencia jurídica una práctica generalizada por parte del sector empleador que inclusive había sido reconocido por la doctrina. La misma indicaba que, frente a una denuncia de acoso psicológico las organizaciones, *“sin tener un conocimiento exhaustivo del caso, generalmente por no haberlo investigado”*, centraban su atención en la víctima a la que veían *“como el problema a combatir, reparando en sus características individuales tergiversadas y manipuladas, sin investigar el origen del problema”*<sup>198</sup>, buscando solucionar la conflictividad desatada con su reubicación o desvinculación, ya sea mediante acuerdos o retiros “voluntarios” o despidos sin causas, o no tomando acción alguna lo cual obligaba a la víctima a resistir hasta que su salud le indicaba que debía renunciar o colocarse en situación de despido indirecto.

Era -y es- común observar que los representantes de las empresas, frente a las denuncias y requerimiento de las personas que sufrían este proceso, respondían “Rechazo por malicioso, falaz e improcedente su telegrama... Niego... Niego... Niego...”, pidiendo pruebas, constancias de denuncias, y cuando no tratando de mentirosos o mentirosas a los denunciantes, hablando de enriquecimientos sin causas e inclusive amenazando con el inicio de actuaciones judiciales, inclusive penales, “si no cesa con su temerario proceder”.

Afortunadamente dicho proceder compadrito ha comenzado a disminuir en los usos y costumbres empresariales desde que la doctrina comenzara a plantear que *“de esta manera, la empresa viene a sumarse al entorno laboral que acosa activa o pasivamente al trabajador”*<sup>199</sup>, generando lo que se denomina la *espiral del mobbing*<sup>200</sup> y dando lugar a lo que se conoce como proceso de *revictimización secundaria*<sup>201</sup> que podría considerarse como otro daño que incrementa el padecer ya sufrido por el acoso.

---

198 BANERA, J., “La estrategia...”, ob. cit., p. 62.

199 BANERA, J., “La estrategia ...”, ob. cit., p. 62.

200 Que consiste en un bucle que incide en los síntomas psicológicos, que produce una merma en el rendimiento laboral que llega a “justificar” el hostigamiento en forma progresiva, frente al desinterés que la víctima comienza a tener por su labor. Ver BANERA, J., “La estrategia ...”, ob. cit., p. 62.

201 “Lo que se observa habitualmente es la inactividad de la empresa frente a las denuncias de acoso -sea sexual o psicológico- desentendiéndose del problema y sin brindar ayuda efectiva, o lo que es peor, protegiendo activamente al acosador, lo que ahonda la sensación de indefensión de la víctima y contribuye al desarrollo de un proceso de victimización secundaria. A los sentimientos de vergüenza y humillación que produce todo proceso violento suele sumarse también la actitud peyorativa de la empresa de hacer pasar a la víctima del acoso como mentirosa, de dudar de sus facultades mentales y de apoyar a los compañeros que la desacreditan” BARBADO, P., “La prueba de la violencia psicológica en el ámbito laboral”, RDL Rubinzal Culzoni, Año 2009 N° 1, p. 517

Ahora bien, las nuevas reacciones empresariales frente a las denuncias de acoso, también ha dado lugar a otros tipos de prácticas generalizadas por parte de las empresas. Prácticas nuevas que comienzan a generalizarse, pero no por ello resultan menos violentas. Dichas prácticas consisten en que, frente a una denuncia de violencia o acoso en el mundo del trabajo, se procede a directamente a desvincular a la persona que fuera denunciada, en el mejor de los casos sin invocación de causa o alegando la denuncia efectuada como justificativo, y por lo tanto eximiéndose del pago de las indemnizaciones por despido, pero sin realizar investigación alguna –a investigaciones serias nos referimos- ni darle la posibilidad a la persona acusada de ejercer su derecho de defensa.

Entendemos que este proceder es tan impropio de la figura del buen empleador, como el que se realizaba antiguamente.

La violencia en el mundo del trabajo no se erradica con *la violencia del poder privado*<sup>202</sup> que implica el despido sin justa causa, sino con la institucionalización de las buenas prácticas empresariales que garanticen un ambiente sin violencia ni acoso en el mundo del trabajo, así como el respeto por los Derechos Fundamentales de las personas que trabajan.

Es que, tal como sostiene Arese, con la evolución del sistema normativo los “poderes empresariales han sido progresivamente contractualizados y procesalizados” y lo que hoy podríamos denominar “Estado de Derecho empresarial” tiende “a comprender la aplicación de los principios de legalidad y de tipicidad durante el ejercicio de los poderes sancionatorios, similar aunque no idéntico al del Estado. Se genera una “legalidad” de empresa como producto de la incursión del orden público legal y de la negociación colectiva. En el micromundo empresarial se refleja crecientemente el mundo social o democrático con la carga de la civilidad del Derecho. Entre la civilidad democrática intraempresaria se encuentran los principios y reglas derivados de la dignidad y equidad en las condiciones de trabajo ingresado al artículo 14 bis de la Constitución Nacional, los que incluyen los enunciados comunes de Derecho Penal o Disciplinario como es el principio de legalidad, inocencia y derecho de defensa en proceso arropado por el artículo 18 de la CN”<sup>203</sup>.

¿Qué son las buenas prácticas empresariales? Es lo que abordaremos sucintamente a continuación.

202 BAYLOS, A., PEREZ REY, J., *El despido o la violencia del poder privado*, Ed. Trotta, 2009, Madrid.

203 “Este enfoque constitucional tiene respaldo, entre los instrumentos supranacionales, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo atinente al concepto de vida digna ciudadana, al goce de “condiciones justas, equitativas y satisfactorias” y a la “estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación”, y en el artículo 8.1 de aquella Convención, sobre debido proceso y tutela judicial efectiva para la determinación de derechos laborales”. ARESE, C., Derechos de defensa y a tutela judicial efectiva en el contrato de trabajo, RDL, Rubinzal, Tomo: 2009 1 Discriminación y violencia laboral - II.

#### 4.1. Las buenas prácticas empresariales. Breves referencias sobre las mismas

Las buenas prácticas empresariales no se encuentran previstas específicamente en ningún texto legal de forma expresa, sin embargo pueden ser exigidas al empleador en virtud de la figura arquetípica de buen empleador prevista en el art. 63 de la Ley de Contrato de Trabajo y las garantías que este debe brindar en el respeto por los derechos fundamentales de las personas que trabajan<sup>204</sup>, sobre todo cuando, como vimos, la configuración de un supuesto de acoso psicológico en el trabajo puede afectar su salud<sup>205</sup>.

Debe tenerse presente que *“la existencia de casos de mobbing es un síntoma evidente de la existencia de problemas en la manera de organizar el trabajo, asignar las cargas del mismo, seleccionar o promocionar a los directivos clave, o bien en los valores, la cultura y el estilo del management de una organización”*<sup>206</sup>. Comprender ello es el primer paso para pasar de ser una organización toxica a una saludable. El segundo paso es la implementación de las buenas prácticas empresariales.

Se denominan empresas saludables, sustentables o sostenibles a aquellas organizaciones que llevan adelante una gestión organizacional responsable, basada en el compromiso ético de apego al sistema normativo, respetuosa de las personas que interactúan en y con ellas, el medio ambiente y la sociedad de la que son parte.

En lo que respecta a la temática que nos convoca, son empresas que realizan “esfuerzos sistemáticos, planificados y proactivos para mejorar la salud de los empleados mediante buenas practicas (por ejemplo, con el diseño y rediseño de puestos), el ambiente social (canales de comunicación abiertos, por ejemplo) y la organización (estrategias de conciliación trabajo/vida privada)”<sup>207</sup> entre otras acciones.

Estas buenas prácticas empresariales pueden clasificarse en tres grupos.

Un primer grupo, relacionado con el deber de análisis de la información, para ver si se encuentran ciertos indicadores de violencia, que consisten en circunstancias que generalmente se presentan junto situaciones de violencia en el mundo del trabajo. En este sentido, la Oficina de Asesoramiento en Violencia Laboral del Ministerio de

---

204 Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva N° 18 del 17/09/2003.

205 Art. 75 de la LCT.

206 PIÑUEL, I., GARCIA, A., ... ob. cit, p. 53.

207 CARRASCO GONZALEZ, A. M.; DE LA CORTE, C.; LEON RUBIO, J. M., “Engagement: Un recurso para optimizar la salud psicosocial en las organizaciones y prevenir el Burnout y el Estrés laboral”, publicado en Revista Digital de Salud y Seguridad en el trabajo, N° 1, 2010, pp. 1/22. Citado por el mismo Manual de concientización publicado por el Ministerio de Trabajo al que se hiciera referencia oportunamente.

Trabajo de la Nación, identifica como indicadores de violencia en el mundo del trabajo al aumento de: licencias por enfermedad, accidentes de trabajo, reclamos laborales, renunciaciones y ausentismo. También la dificultad en la integración en las tareas, la utilización de frases descalificadoras y discriminatorias, la distribución desigual de recursos técnicos, recursos económicos y recursos humanos, la evaluación inequitativa, la formación de subgrupos radicalizados, el aislamiento social dentro del ámbito laboral, las quejas reiteradas sobre el trato de los superiores hacia los trabajadores, la ausencia de mecanismos de corrección de la desigualdad existente entre el poder de negociación del empleador y los trabajadores, y el impedimento de acceso a la capacitación<sup>208</sup>.

Un segundo grupo, vinculado con el deber de formación y capacitación a las personas que trabajan e interactúan con dicha empresa. Esto es generar dentro de la organización campañas para la concientización y visibilización de la problemática, y de esa manera evitar la naturalización de situaciones de violencia y acoso. También dentro de este grupo se encuentran la generación de espacios de diálogos y privacidad para mejorar la convivencia laboral.

Y el tercer grupo, vinculado con el establecimiento de procedimientos internos y protocolos de cómo deben proceder las personas que integran la organización frente a supuestos de violencia en general, y de acoso psicológico en particular.

Como suele afirmarse un protocolo es una herramienta que estandariza procedimientos de actuación frente a una situación específica en un ámbito determinado<sup>209</sup>. Constituye una herramienta de orientación, capaz de adaptarse al entorno y a los desarrollos legales y teóricos de los contextos en que se aplica, identificando actores y acciones claves para su objetivo que es la individualización, investigación y determinación de acciones concretas o sanciones -si correspondiere- frente a los actos de violencia.

Si bien cada protocolo debe adecuarse al contexto en el que se aplicará, existen ciertos principios básicos para su confección, como la constitución de un espacio libre y seguro, que el procedimiento sea confidencial, que toda actuación se haga bajo la pauta de consentimiento informado, que dicho proceso sea dirigido por personal equipo interdisciplinario especializado –preferentemente externo a la organización en caso de pequeñas empresas o instituciones –, que se evite re victimizaciones, y por supuesto respeto el marco legal en que se desarrolla la actividad<sup>210</sup>.

208 *Manual de concientización y prevención sobre la Violencia Laboral en las organizaciones empresariales*, editado por el Ministerio de Trabajo, empleo y Seguridad Social de la Nación, septiembre de 2016, p. 14.

209 *Guía para la prevención e intervención de situaciones de violencia contra las mujeres en las organizaciones*, Instituto Nacional de las Mujeres, Dirección Nacional de Asistencia Técnica, 2018, p. 9.

210 *Guía para la prevención e intervención de situaciones de violencia...*, ob. cit., pp. 12 y ss.

Estas buenas prácticas empresariales, otrora consideradas antes dentro de la Responsabilidad Social Empresarial, han adquirido una re-significación a la luz del Convenio 190 de la OIT, que establece el deber de no daño del subordinado y también el deber de prevención y en caso de su acaecimiento, la adopción de medidas necesarias para evitar la perpetuación de situaciones de violencia o acoso denuncias en su órbita de actuación empresarial.

#### 4.2. Nuevas prácticas, nuevas problemáticas

Ahora bien, la ejecución de estas buenas prácticas empresariales, constituida en base a los aportes de ciertas disciplinas científicas como la sociología, la psicología, la medicina, no implican *per se*, la solución a todos los problemas, pues su implementación en la experiencia jurídica trae aparejado un nuevo tipo de conflictividad que los operadores jurídicos deben enfrentar.

Para ilustrar sobre ello, pensemos un caso hipotético: una empresa, donde un empleador recibe por parte de una empleada una denuncia de acoso psicológico por parte de un compañero de trabajo. Realizado todas las acciones que indica el protocolo no se llega a ningún resultado. Las personas que tienen conocimiento directo de la situación, como suele suceder, manifiestan no haber visto nada entre ellos. Quizás alguna haga referencia a alguna situación en particular menor, como una discusión, o el carácter de alguna de las personas involucradas, pero nadie confirme la denuncia.

Dicha circunstancia puede ser interpretada de distintas maneras. Una, que se entienda que efectivamente los hechos no han sucedido como la denunciante afirmara, o que nos encontramos en presencia del ya mencionado fenómeno “testigos mudos”, reconocido por la misma jurisprudencia que entiende que en los casos de acoso psicológico, en muchas ocasiones le resultará muy difícil a la víctima lograr testimonios que acrediten el los comportamientos hostiles desplegados, pues estos pueden haber pasado inadvertidos debido a su sutileza, así como en caso de haberlos observado, naturalizarlos, justificarlos u omitirlos por temor a perder el empleo<sup>211</sup>.

¿Qué decisión debe tomar la empresa frente a dicha situación?

---

211 SCJ Mendoza, causa n° 86.883, “Acevedo Cariglio, Claudia Graciela en J° 29.713 “Acevedo Cariglio, C. G. c/Banco Suquia S.A. p/ enf. Acc”. s/inc.”, 28/11/07.

## 5. IN DUBIO PRO VÍCTIMA. PRIMERAS APROXIMACIONES

Desde hace un tiempo a esta parte, se viene trabajando el concepto de *in dubio pro víctima* para los casos de violencia. Como su nombre lo indica, el mismo establece que en caso de duda debe darle prevalencia a la declaración de la víctima por sobre la del victimario.

Para justificar esta posición, se sostiene que la balanza de la justicia victimal, para lograr la igualdad de los desiguales, debe quebrar la tradicional horizontalidad, debe inclinarse a favor de los más débiles<sup>212</sup>. Fundamental en esta materia ha sido el desarrollo en la doctrina especializada del concepto de “victimidad” como la cualidad que permite atribuir a una persona ese estatus de víctima, como marco para el acceso a un elenco de derechos. La “victimidad” deviene del sufrimiento del daño, según Herrera Moreno: “*se entiende como una condición objetiva, derivada del padecimiento de una injusticia victimaria, y vinculada al merecimiento de un específico estatus jurídico por el reconocimiento social del carácter abusivo del daño*”<sup>213</sup>.

En el concepto modelo formulado en la declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, se entiende por víctimas a “*las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados*”<sup>214</sup>.

La ONU admitió el principio *in dubio pro víctima*, en la apertura del 58 período de sesiones (Nueva York, 22 de septiembre 2003), al inaugurar la “*primera Conferencia Internacional sobre terrorismo*”, enfocada desde el punto de vista de las víctimas. También el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se hacía eco de este movimiento internacional y habla de los cada día mayores derechos de las víctimas, en los artículos III-270.2.c y III-321.1; y el propio procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha fijado que los hechos alegados en la petición que no sean controvertidos por la otra dentro del plazo fijado por la Comisión, se presumirán verdaderos<sup>215</sup>.

212 XII Symposium Internacional de Victimología de la Sociedad Mundial de Victimología (Orlando, Florida, EE.UU., 20-25 agosto 2006)

213 HERRERA MORENO, M. (2009). “Sobre víctimas y victimidad. Aspectos de controversia científica en torno a la condición de víctima”, en: A. García-Pablos de Molina (Ed.). *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Granada: Comares, p. 79.

214 Organización de las Naciones Unidas (1985). *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* [versión electrónica]. New York: Autor. Recuperado el 10 de noviembre de 2015, de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>.

215 Art. 38 del Reglamento. Esta disposición establece una presunción a favor de la víctima que solo puede desvirtuarse mediante prueba fehaciente aportada por el Estado

Este principio que deviene de la dogmática penal moderna pretende, desde diversos puntos de vista, superar la dogmática penal, el derecho penal y la criminología tradicional, para colocar en el centro a las víctimas, a la sanción reparadora-dignificadora, ateniendo preferencialmente a las víctimas, no al delito, ni al interés jurídico protegido por el poder, ni al castigo-expiación.

Este “travestir” el *in dubio pro reo* en el opuesto *in dubio pro víctima* proveniente de otras ciencias auxiliares del Derecho, parece comenzar a ganar terreno<sup>216</sup> y cambia radicalmente a la visión tradicional por una cosmovisión humanista, y, en cierto sentido, mantiene y consolida lo fundamental: la exigencia sine qua non de la reparación-satisfacción, la preferencia por los más débiles, la fraternidad, la solidaridad, porque, hoy, el más débil, son las macrovíctimas, sobre todo en algunos delitos como el terrorismo y contra la libertad y su indemnidad sexuales.

Justamente por ello, ha comenzado a ser sugerido para los casos de violencia sexual y de género. Es que como lo explica Susana Gisbert, fiscal en la Audiencia Provincial de Valencia: *“Mientras en el caso del acusado este puede callar, en todo o en parte, o mentir, porque se le reconoce tal derecho, en el caso de la víctima, esta está sujeta a la obligación de decir verdad bajo pena de falso testimonio. Y eso hace que en derecho penal, a diferencia de lo que ocurre en los demás campos, ambos testimonios no tengan la misma naturaleza. Por tanto, cuando contamos con la declaración de la víctima no es que no haya prueba, es que ésta ya es una prueba en sí misma”*<sup>217</sup>.

Por eso mismo son también muchas feministas las que abogan por una reconfiguración del sistema jurídico que haga más efectiva la toma de medidas que protejan a las víctimas, pues entienden que la necesidad de otorgar una protección inmediata a la víctima ante un peligro inminente, se torna fundamental, y por lo tanto entienden que es necesario la incorporación de esta principiología en los protocolos de actuación, así como en la formación de los magistrados que resolverán las conflictos judiciales.

---

216 En este sentido, se han observado en Europa avances en esta línea tales como la inversión de la presunción del consentimiento, pasando a ser requerido que el consentimiento sexual sea explícito, por lo que “quien tiene la carga de probar el consentimiento sea el acusado”. En Portugal por ejemplo, se aprobó en enero de 2019 una ley que así lo establece, en un intento de ajustar la legislación interna a la Convención de Estambul que en su artículo 36 estipula que las autoridades deberían adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que el sexo no consentido sea tratado siempre como un delito. De ahí que existan quienes sostengan que estas propuestas jurídicas como la que propuso el gobierno de Portugal, que sólo “sí es sí” y que el consentimiento en relaciones sexuales tenga que ser “consentimiento activo” son relevantes para este cambio de paradigma protectorio. Así ocurre ya en Reino Unido, Suecia, Bélgica. En Alemania y Francia también se han reformado recientemente sus ordenamientos jurídicos para dotar de mayor importancia al consentimiento otorgado por la víctima.

217 <https://confilegal.com/20170905-la-carga-la-prueba-la-violencia-genero/>

Dicho medio técnico, puede resultar útil para casos como el que hipotéticamente se plantea en esta presentación, sobre todo si recordamos que el Convenio 190 reconoce “que la violencia y el acoso por razón de género afectan de manera desproporcionada a las mujeres y las niñas, y reconociendo también que la adopción de un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones...”.

## 6. ¿IN DUBIO PRO VICTIMA VS IN DUBIO PRO OPERARIO?

No han sido pocas las voces que se han alzado contra esta técnica de dar prevalencia a la versión de las víctimas de violencia, por las del presunto victimario en caso de duda. Alegan que ella implica una violación al principio de inocencia, que rige no solo el derecho penal, sino también el poder sancionador que tiene los empresarios, generándose así un conflicto entre el derecho fundamental de defensa de la persona acusada, y entre el derecho fundamental a un trabajo libre de violencia que sufre la persona que sostiene haber sido víctima de este proceso.

Es que en general se acepta que el poder disciplinario del empleador tiene su paralelo con el derecho penal. Inclusive cuando se analiza su utilización se recurre a la analogía con aquel. Se habla de *non bis in ídem*, de *causalidad*, de *proporcionalidad*, e inclusive de *in dubio pro reo*, en su versión laboralista, *in dubio pro operario*. Tanto es así que la misma legislación que establece el procedimiento sumarial en el empleo público<sup>218</sup> lo acepta.

Pero como decía Arese en la expresión ya citada, el poder sancionatorio del empleador es *similar, aunque no idéntico* al del Estado, pues responden a distintas directrices o criterios de preferencia y protegen bienes jurídicos diferentes.

El principio de inocencia del Derecho Penal, existe en virtud de la gravedad de las sanciones que esta área del sistema normativo prevé, generalmente la privación de la libertad. El principio de inocencia en el derecho sancionador del empresario, a fin de procurar que las personas que trabajan no sean privadas injustamente de la posibilidad de trabajar con solo alegar un incumplimiento, sino que el mismo deberá ser acreditado por quien lo alega.

Pero las diferencias no solo se observan en las causas, sino también en las consecuencias.

---

218 El Decreto 467/99 que establece el Reglamento de Investigaciones Administrativas de aplicación en la Administración Pública Nacional, se basa en dichos preceptos para regir sus áreas centrales.

Mientras que en el derecho penal, la violación de algunos de los requisitos de validez hace a la nulidad de la sanción o condena, en el derecho del trabajo, no obstan a la consolidación del distracto, salvo en ciertos supuestos, como cuando encubre un acto de discriminación, o el trabajador goza de estabilidad absoluta.

La aplicación ha comenzado. Los argumentos a favor y en su contra están en pleno desarrollo. Veremos que nos depara la experiencia jurídica.



**VII.**

# **LA RILEVANZA DISCIPLINARE DEL MOBBING: RIFLESSIONI SULLA ORDINAMENTO ITALIANO**

**Anna Rota**

*Universidad de Bolonia (Italia)*

**Sommario** 1. Introduzione. 2. La definizione giurisprudenziale di mobbing. 3. La rilevanza disciplinare del mobbing. 4. Segue: le specificità del settore pubblico. 4.1. Confini ed ambito soggettivo dell'art. 55 quater, decreto legislativo n. 165/2001. 4.2. Oltre la responsabilità disciplinare del mobber. 5. Conclusioni. Bibliografia essenziale.

## 1. INTRODUZIONE

Oltre a suscitare l'interesse di sociologi, psicologi e medici del lavoro, il tema del *mobbing* si pone al centro del dibattito a livello giuridico.

Con riguardo all'ordinamento italiano, malgrado l'assenza di interventi legislativi dedicati alla qualificazione giuridica del fenomeno, risulta un copioso contenzioso giudiziale<sup>219</sup> promosso prevalentemente contro condotte commissive od omissive del datore di lavoro o di un suo collaboratore, finalizzate a vessare, emarginare ed espellere un prestatore di lavoro dal contesto aziendale<sup>220</sup>.

Sulla scorta di ciò, si è prodotto un intenso confronto attorno alla definizione della fattispecie unitamente alla presentazione di plurime proposte di legge in buona parte destinatarie di pronunce d'incostituzionalità per violazione delle norme sulla competenza definite nell'ambito dell'art. 117 Costituzione che regola il riparto di competenze tra Stato e Regioni<sup>221</sup>.

Analogo interesse nei confronti del mobbing è sorto nell'ambito dell'autonomia collettiva. Esaminando il contributo degli attori sindacali si evidenzia un apprezzabile impegno nell'individuazione di modelli e schemi di tutela contro le vessazioni ed angherie nei luoghi di lavoro. A tali finalità rispondono ad esempio l'istituzione di centri d'ascolto, comitati paritetici e sistemi di denuncia del mobbing oppure l'organizzazione di corsi di formazione dedicati parallelamente alla definizione di codici di condotta e comportamento, sentite le parti sindacali firmatarie dei Contratti collettivi nazionali di lavoro<sup>222</sup>. Si tratta di attività che si muovono in conformità a quanto auspicato dalle Istituzioni europee a partire dai primi anni del nuovo millennio. Sulla lotta al mobbing si è originariamente concentrata una Risoluzione del Parlamento del 2001 contenente un primo manifesto programmatico contro gli abusi e le vessazioni

219 In via introduttiva v. CARINCI, F., *Il mobbing: un fantasma che si aggira per le aule giudiziarie*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2003, 1097 – 1100.

220 Tale dato sembra in linea con i recenti dati pubblicati da Eurispes, il quale ha stimato che l'87% dei casi di mobbing è di tipo verticale. Sul contesto italiano, cfr. N. GHIRARDI, N., *Alla ricerca della fattispecie mobbing*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2015, 361 – 387; A. ROTA, *Alla ricerca della fattispecie mobbing: alcune riflessioni giuridiche* in AA.VV., *Il mobbing: conoscere per prevenire*, Bononia University press, 2016, 59-77. Più recentemente, v. C. LAZZARI, *Le disfunzioni dell'organizzazione del lavoro: mobbing e dintorni* in *Diritto della Sicurezza sul lavoro*, 2018, 2, 1-14.

221 Tra le esperienze regionali si richiamano la legge regionale Abruzzo n. 26/2004; la legge regionale Umbria n. 18/2005; la legge regionale Friuli Venezia Giulia n. 66/2005. Per una disamina delle pronunce della Corte costituzionale cfr. A. BOSCATI, *Mobbing e competenza legislativa regionale: continuità ed innovazione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2006, 4-5, 1166 ss.; E. STENICO, *La questione dei limiti di competenza legislativa di Stato e Regioni in tema di mobbing: lo stato dell'arte*, in Scarponi, S., *Il mobbing. Analisi giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2009, 141 – 166; I. DE ASMUNDIS – R. STAIANO, *Il mobbing e straining* in *Licenziamento, mobbing, processo del lavoro*, Utet giuridica, 2009, 243 ss.

222 Per una prima riflessione, seppur limitata alla Regione Toscana, v. L. GAETA – S. VERDOLIVA, *I difficili percorsi giudiziari del mobbing negli enti locali: notizie dalla Toscana* in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008, 573 ss.

nei luoghi di lavoro (risoluzione n. AS-0283/2001<sup>223</sup>): si tratta di un provvedimento privo del carattere precettivo e sprovvisto d'una definizione normativa di mobbing nel quale, però, si sottolinea come l'aumento del mobbing sia da correlare a due fattori principali quali la precarietà degli impieghi e l'exasperata competitività delle organizzazioni. Analogo tenore presentava la Comunicazione «Adattarsi alle trasformazioni del lavoro e della società», emanata dalla Commissione europea allo scopo di sollecitare gli Stati membri e le parti sociali nell'adozione di «misure di miglioramento lungimiranti, sistematiche e preventive finalizzate a contrastare efficacemente il *mobbing* in ambiente di lavoro»<sup>224</sup>. In tale documento, l'Esecutivo dell'Unione ha declinato le azioni contro il mobbing tra gli accorgimenti da apprestare per perseguire il benessere sul luogo di lavoro, sia fisico che psicologico.

## 2. LA DEFINIZIONE GIURISPRUDENZIALE DI MOBBING

Al di là delle poco realistiche analisi sulla incidenza del mobbing negli ambienti di lavoro – secondo cui l'Italia è tra i Paesi europei con più bassa percentuale di vittime (dato un tasso significativamente inferiore ai livelli registrati in Inghilterra, Svezia e Francia)<sup>225</sup>, appare anzitutto necessario occuparsi della nozione elaborata in sede giurisprudenziale e “convenzionalmente” utilizzata dai contratti collettivi oltre che dal legislatore nei provvedimenti che attribuiscono rilevanza disciplinare a comportamenti integranti il mobbing (su cui infra 3.1.).

Al netto delle indebite confusioni talvolta prodotte dalla sovrapposizione a forme di «malcontento o il disadattamento spesso derivante da una soggettiva ipersensibilità»<sup>226</sup>, la giurisprudenza – come già anticipato - è stata chiamata a enucleare il fondamento normativo della tutela ed il presupposto della stessa in un contesto normativo sprovvisto di norme di disciplina del fenomeno in esame. Nella nozione polimorfe di mobbing è stato ricompreso qualsiasi «comportamento ripetuto, irragionevole, rivolto contro un dipendente o un gruppo di dipendenti e tale da creare un rischio per la salute e la sicurezza»<sup>227</sup>.

223 Su cui per approfondimenti v. G. ARCIDIACONO, *Il mobbing e l'Unione europea. Nuove emergenze sul luogo di lavoro, legislazione e prospettive*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2009, 1, 7 ss.

224 Comunicazione 2002/18, *Mobbing sul posto di lavoro* emanata in data 11 marzo 2002.

225 Dove il dato si attesta rispettivamente al 16,3%, 10,2% e 9,9% dei complessivi casi accertati nel contesto europeo.

226 Così M. PEDRAZZOLI, *Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore*, in Pedrazzoli, M., *Vessazioni e angherie sul lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2007, 5 ed in precedenza DEL PUNTA, *Il mobbing: l'illecito e il danno*, in *Lavoro e diritto*, XVII, 2003, 3, 541 nel rilevare che «se l'oggettività del mobbing corrispondesse alla sua percezione, la parola dovrebbe già ritenersi, oramai, irrimediabilmente svalutata». Analoghe preoccupazioni erano state da subito espresse da BONAM., MONATERI P.G., OLIVA, U., *La responsabilità civile nel mobbing*, Giuffrè, Milano, 2002, 37.

227 Così da subito il fact-sheet n. 23/2002, *Il mobbing sul posto di lavoro*.

A partire dalle pronunce più risalenti (di fine anni Novanta), il mobbing è stato riconosciuto nel caso di dimissioni presentate da una lavoratrice a seguito dell'insorgenza di una grave crisi depressiva non regredita mediante terapie farmacologiche ed indotte da reiterate molestie/ingiurie perpetrate da un preposto del datore di lavoro unitamente all'assegnazione ad una postazione angusta e isolata rispetto al resto dei colleghi. Il mobbing è stato così identificato con «quella situazione in cui si pongono in essere pratiche che incidono gravemente sull'equilibrio psichico del lavoratore, menomandone la capacità lavorativa e la fiducia in se stesso, provocando una catastrofe emotiva allo scopo di isolarlo dall'ambiente di lavoro e, nei casi più gravi, espellerlo» (Tribunale di Torino 16 novembre 1999).

Si tratta di pratiche che assumono rilevanza sulla scorta d'una «considerazione unitaria del quadro persecutorio» incidente sulla personalità morale del lavoratore e la sua dignità e che hanno trovato il fondamento giuridico della tutela nell'art. 2087 codice civile<sup>228</sup> che impone all'imprenditore di garantire l'integrità psico-fisica del lavoratore, adottando tutte le misure necessarie secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica<sup>229</sup>. Quest'ultima norma, introdotta nel codice civile italiano approvato nel 1942, risulta una previsione estremamente moderna e più avanzata di analoghe norme di salvaguardia emanate in altri ordinamenti<sup>230</sup>, la cui sfera di applicazione ha ricompreso tutto ciò in grado di compromettere anche la vivibilità dell'ambiente di lavoro<sup>231</sup>.

In quanto «fenomeno complesso, consistente in una serie di atti o comportamenti intenzionalmente ostili, reiterati e sistematici, esorbitanti o incongrui rispetto all'ordinaria gestione del rapporto, espressivi di un disegno (in realtà) finalizzato alla persecuzione o alla vessazione del medesimo dipendente tale da provocare un effetto lesivo della sua salute psico-fisica»<sup>232</sup>, la giurisprudenza ha enucleato 7 elementi quale necessario corredo di una molteplicità di atti giuridici e/o comportamenti materiali di carattere persecutorio durante l'espletamento dell'attività in azienda.

Rilevano in generale i provvedimenti e i comportamenti negativamente incidenti sulla reputazione del lavoratore, sui suoi rapporti umani con l'ambiente di lavoro, sul contenuto stesso della prestazione lavorativa. Più precisamente, la condotta mobbizzante può essere costituita sia da comportamenti *ex se* illegittimi (dequalificazione professionale, trasferimento ingiustificato, comportamenti offensivi o violenti sul piano verbale) quanto da provvedimenti

228 GAROFALO, D., *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, 1, II, Milano, Giuffrè, 2004, 821 - 880.

229 Così R. NUNIN, *La strategia del mobber: l'elemento soggettivo del mobbing*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2005, 1195.

230 Sul punto M. DALL'OLIO, *Danno alla persona: quali tutele nel diritto del lavoro e nel diritto della sicurezza sociale*, in *Inediti*, Torino, 2007, 35 ss.

231 Su tutti v. MONTUSCHI, L., *Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1987, I, 3-16; dello stesso autore v. anche *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1994, I, 317 -337.

232 *Ex multis* dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 359 del 2003 v. Cassazione sezione lavoro: 21 maggio 2011 n. 12048; 5 novembre 2012, n. 18727; 21 febbraio 2013, n. 4303; 23 maggio 2013, n. 12725; 17 gennaio 2014, n. 898. In sede amministrativa, tra le altre, Consiglio di Stato, sezione VI, 16 aprile 2015, n. 1945. Si tratta di criteri ulteriormente esplicitati da Cassazione, sez. lavoro 15 maggio 2015, n. 10037.

e condotte che considerati singolarmente ed in maniera isolata potrebbero non assumere rilievo per il diritto. Tra questi ultimi si possono esemplificativamente richiamare: la modifica dell'orario di lavoro, l'irrogazione di sanzioni disciplinari, l'effettuazione di ripetute visite mediche di controllo domiciliare pur all'interno di un medesimo periodo di malattia<sup>233</sup> ed in linea di principio tutte quelle manifestazioni di atti d'esercizio di poteri datoriali all'apparenza corretti ma sostanzialmente abusivi (giacché esercitati per perseguire scopi diversi da quelli tecnico-organizzativi che ne costituiscono la causa).

Altrettanto fondamentale è apparsa la reiterazione delle vessazioni per un apprezzabile lasso di tempo. Salvo alcune (rare) eccezioni, l'individuazione del tempo necessario risulta dipendente dai seguenti fattori: ambiente socio-culturale in cui il conflitto si svolge; tipo di relazioni psicologiche del soggetto mobbizzato; specifico lavoro svolto<sup>234</sup>. Spetta al giudice verificare di volta in volta, sulla base delle circostanze concrete, se la sequenza degli atti e/o comportamenti abbia assunto una consistenza tale da pregiudicare interessi ed esigenze del lavoratore, meritevoli di tutela. Va a tal proposito precisato che in assenza di frequenti azioni ostili e della progressiva dinamica della vicenda, la giurisprudenza ha riconosciuto lo *straining*, intendendo per tale «una situazione lavorativa conflittuale in cui la vittima ha subito azioni ostili limitate nel numero ma comunque in grado di provocare una mortificazione costante e permanente della condizione lavorativa»: per fondare lo *straining* è sufficiente una condotta isolata in grado di produrre i suoi effetti a lungo termine ed in maniera costante in conseguenza del suo carattere di provocare danni alla vittima. Quanto a tale fenomeno, la giurisprudenza (tra le altre Trib. Brescia 15 aprile 2005; Trib. Aosta 1 ottobre 2014; più recentemente Cass. 29 marzo 2018, 7844) ha chiarito che la vittima subisce un tasso di stress ben superiore a quello normalmente richiesto dalla sua mansione lavorativa, ovvero uno stress superiore a quello dei colleghi o degli altri addetti alla sua stessa mansione o afferenti alla sua stessa qualifica<sup>235</sup>. A sua volta, si distingue dallo stress inteso, ai sensi dell'accordo quadro europeo del 2004<sup>236</sup> come «lo stato che si accompagna a malessere e disfunzioni fisiche, psicologiche o sociali che consegue dal fatto che le persone non si sentono in grado di superare i gap rispetto alle richieste o attese nei propri confronti»<sup>237</sup>.

233 Così dopo Cassazione 19 gennaio 1999, n. 475, Cassazione 6 marzo 2006, n. 4774.

234 In argomento v. Cassazione 9 settembre 2008, n. 22858.

235 Cfr. DI STASI, S., *Una eccellente sintesi di presente e futuro: la suprema corte riconosce la rilevanza giuridica dello straining*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, 1, 187 – 200; A.E. MATARAZZO, *La nuova frontiera del disagio lavorativo: il fenomeno dello "straining"*, *Stato civile italiano*, 2018, 6, 55-58; E. SIGNORINI, *Ambiente di lavoro e conflitto: il fenomeno dello straining*, *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, 1, 311-334.

236 Su cui M. PERUZZI, *La prevenzione dei rischi psico-sociali nel diritto dell'Unione europea* in *Lavoro e Diritto*, 2012, 2, 222 ss.

237 L. CALAFÀ, *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia* in *Lavoro e diritto*, 2012, 2, 275.

Ultimo elemento necessario del mobbing –in ragione del quale molte domande di giustizia sono state rigettate- è rappresentato dalla dimostrazione dell'intenzionalità del trasgressore. Con riguardo al criterio finalistico, motivo di particolare dissenso a livello interpretativo<sup>238</sup>, la posizione giurisprudenziale più rigorosa ha richiesto di provare il dolo specifico del *mobber* e dunque l'intenzione di tale soggetto di attuare un sistematico blocco non solo alle aspirazioni professionali della vittima, ma persino al godimento di una serie di diritti fondamentali attraverso atti o comportamenti volti ad ottenere le dimissioni e/o l'estromissione del lavoratore dal contesto lavorativo. In altre pronunce si propende invece per un'accezione attenuata del dolo, attribuendo rilievo alla volontà di porre in essere la condotta lesiva, quale risulta dall'obiettiva concatenazione dei vari episodi di carattere vessatorio. Sono numerose le decisioni che considerano l'elemento psicologico integrato almeno dal dolo generico di danneggiare la personalità del lavoratore<sup>239</sup>. Deve infine segnalarsi una corrente interpretativa, allo stato minoritaria, che di fatto nega rilevanza all'elemento soggettivo stesso, valorizzando la semplice successione di atti o condotte persecutorie e l'ininfluenza dell'intento persecutorio. La Cassazione italiana nel 2018 (20 giugno 2018, n. 16256) ha comunque riconosciuto il risarcimento del danno alla persona del lavoratore nell'ottica di ampliare la tutela dei lavoratori a fronte di comportamenti illegittimi o inadempienti posti in essere da colleghi o dal datore di lavoro.

Questo frastagliato e composito “mosaico” della giurisprudenza riflette l'eterogeneità delle posizioni espresse dalla dottrina e prima ancora nell'ambito delle scienze mediche. Già agli inizi del 2000, con riguardo alla necessità/eventualità del dolo generico/specifico ai fini della configurazione del *mobbing* si sono delineate due differenti impostazioni che rispecchiano il dilemma sorto tra gli scienziati dell'organizzazione durante la presentazione del *Consensus Document* che configurava l'azione persecutoria intrapresa con la finalità o la conseguenza dell'estromissione del soggetto dal posto di lavoro<sup>240</sup>.

238 Su cui da ultimo R. NUNIN, Configurabilità del mobbing e prova dell'intento persecutorio, *Lavoro nella giurisprudenza*, 2019, 4, 379-381.

239 Così da subito Trib. Trieste 10 dicembre 2003; Cassazione 4 maggio 2004, n. 8438; Cassazione 26 marzo 2010, n. 7382. Tra le sentenze amministrative v. Tar Roma, sez. II, 13 gennaio 2015, n. 439.

240 In argomento A. VISCOMI, *Mobbing e diritto: alcune questioni preliminari*, in *Lavoro e diritto*, 2002, 1, 50 in richiamo delle elaborazioni di GILIOLI, R., ADINOLFI, M., BAGAGLIO, A., BOCCALETTI, D., CASSITTO, M.G., DELLA PIETRA, B., C. LAZZARI, *Le disfunzioni dell'organizzazione del lavoro: mobbing e dintorni in Diritto della Sicurezza sul lavoro*, 2018, 2, 2.

Un ragionamento a se stante è stato svolto con riguardo al *mobbing* perpetrato mediante atti materiali o condotte astrattamente neutre e corrette, che acquisiscono natura di antigiridicità se in concreto preordinate allo svilimento della dignità e personalità del lavoratore<sup>241</sup>. Soltanto in relazione a questa specifica ipotesi, l'esistenza di una strategia intenzionalmente lesiva del *mobber* e la sua conseguente dimostrazione in giudizio, per quanto impegnativa e complessa<sup>242</sup>, può costituire quel *quid pluris* che consente all'interessato di accedere alla giustizia, ampliando in suo favore le aree di tutela fino a ricomprendervi atti e condotte altrimenti prive di anti-giridicità<sup>243</sup>.

Il lavoratore deve dunque dimostrare le azioni ostili, l'intento persecutorio ed infine il nesso di causalità tra la condotta persecutoria e il pregiudizio all'integrità psico-fisica attestato mediante produzione di certificati medico-sanitari che evidenzino la patologia derivata dalle azioni ostili del trasgressore<sup>244</sup>. Non sorprende a tal riguardo che il panorama giurisprudenziale in tema di danno alla persona conseguente ad un'ipotesi di *mobbing* si riveli assai complesso e vasto, in considerazione dei numerosi diritti inerenti la persona in generale, e il lavoratore in particolare, che trovano riferimento nella Costituzione e che possono essere lesi da una condotta vessatoria, denigrante o diretta all'emarginazione.

La vittima può essere risarcita sia sul piano patrimoniale che non patrimoniale. Nel primo caso, sono meritevoli di ristoro economico le conseguenze che incidono sul patrimonio quali ad esempio la mancata corresponsione di *benefits* (indennità, gratifiche e premi) a seguito di una dequalificazione professionale<sup>245</sup>, le spese sostenute in conseguenza d'un trasferimento illegittimo, gli esborsi per visite mediche.

241 CARINCI, M.T., *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2007, I, 133 – 163.

242 L'indagine sulle motivazioni e finalità delle vessazioni deve essere condotta valutando l'idoneità lesiva dei beni della persona tutelati dalla Costituzione. Il giudice deve dunque prescindere dalle condizioni personali, dalla sensibilità individuale e dalla struttura caratteriale della vittima.

243 Si condivide in proposito P. TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2000, I, 253.

244 Così fra le altre Cassazione 9 settembre 2008, n. 22858, ADL, 2009, II, 261 e Cons. giust. Amm. Sicilia 25/2/2013, n. 274. A questo riguardo, da tempo la Cassazione afferma che non è sufficiente analizzare i singoli elementi in maniera atomistica, ma valutarli nella loro articolata complessità e nella strutturale unitarietà.

245 A riguardo la Cassazione, a Sezioni Unite, ritiene necessaria l'allegazione delle spettanze che sarebbero state conseguite in caso di regolare svolgimento della prestazione. Così Cass, Sez. Un. 24 marzo 2006, n. 6572. Con riguardo al danno alla professionalità può ritenersi chiarita in giurisprudenza la natura del pregiudizio subito dal lavoratore: Cass. 15 maggio 2013, n. n. 11722 lo ritiene un danno di tipo patrimoniale, evidenziando che i comportamenti mortificanti e vessatori tenuti nei confronti di un lavoratore non solo ledono il diritto di quest'ultimo alla libera esplicazione della sua personalità morale, ma immancabilmente pregiudicano la dignità professionale del lavoratore «intesa come esigenza umana di manifestare la propria utilità e le proprie capacità nel contesto lavorativo e tale lesione produce automaticamente un danno (non economico, ma comunque) rilevante sul piano patrimoniale (per la sua attinenza agli interessi personali del lavoratore), suscettibile di valutazione e risarcimento anche in via equitativa».

Per quanto concerne i danni di tipo non patrimoniale, si considerano risarcibili il danno morale, il danno biologico ed il danno esistenziale, per come documentati e provati in sede processuale. Per danno biologico, inteso come «la lesione all'integrità psico-fisica, suscettibile di valutazione medico-legale, della persona», le prestazioni sono determinate in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato. Il danno esistenziale viene invece riconosciuto nel caso di lesione dei diritti alla persona di rango costituzionale diversi dal diritto alla salute. Quest'ultimo ha rappresentato per circa un decennio «la risposta più adeguata a fornire identità giuridica alle lesioni subite dalla persona in conseguenza delle vessazioni sopportate in ambiente lavorativo»<sup>246</sup>, salvo registrare in alcune rigorose sentenze un brusco arresto. A tali fini si richiama una pronuncia depositata alla fine del 2015 nella quale la Corte di Cassazione ha statuito che il risarcimento del danno esistenziale da mobbing non segue automaticamente all'accertamento della condotta vessatoria, in quanto il dipendente è tenuto a provare l'effettivo cambiamento nelle abitudini di vita, che dunque non può presumersi proprio per il carattere "personale" della fattispecie di danno<sup>247</sup>. Ciò in risposta ad un atteggiamento della giurisprudenza di merito che lo aveva liquidato in maniera automatica<sup>248</sup>, sulla scorta di una tesi dottrinale che ne collegava la liquidazione all'esistenza dell'evento lesivo<sup>249</sup>.

Una volta che il lavoratore abbia assolto a tale onere, compete all'azienda fornire la prova dell'esatto adempimento. Per invocare l'esonero di responsabilità del datore di lavoro occorre provare «di avere adottato tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno e che la malattia del dipendente non è ricollegabile alla inosservanza di tali obblighi»<sup>250</sup>. In particolare l'imprenditore deve dimostrare di aver ad esempio adottato misure organizzative finalizzate a garantire il buon andamento di un ufficio/reparto/settore e la salvaguardia dei diritti costituzionali sanciti agli artt. 2, 3, 32 e/o che sono state predisposte forme di controllo e di monitoraggio. Il datore di lavoro potrebbe altresì dimostrare una ragionevole, valida ed alternativa spiegazione ad un determinato comportamento per giustificare ad esempio che lo spostamento temporaneo di sede di un lavoratore o l'adibizione ad attività altre da quelle abituali è avvenuto a causa di esigenze temporanee ed eccezionali<sup>251</sup>. La responsabilità datoriale può essere infine

246 Così testualmente F. AMATO, M.V. CASCIANO, L. LAZZERONI, A. LOFFREDO, *Il mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutele*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, 132 in richiamo di Trib. Forlì 15 marzo 2001, cit.

247 Se per un verso la recente decisione si pone in linea con una consolidata impostazione della giurisprudenza di legittimità maturata a partire dal 2006, dall'altro una interpretazione di questo tipo non convince del tutto in quanto lascia sullo sfondo l'incertezza sull'adeguatezza di un regime troppo difficoltoso per il lavoratore sotto il profilo della prova del danno di natura non patrimoniale, non ravvisando nella aggressività della condotta datoriale elementi sufficienti per desumere un pregiudizio di tipo esistenziale a carico del lavoratore vittima di mobbing. Sul punto sia consentito rinviare a A. ROTA, *Sul danno esistenziale da mobbing*, in *Danno e responsabilità*, 2016, 3, 256-261.

248 Così rileva S. BRUN, *Persecuzione sui luoghi di lavoro e tutela risarcitoria: le rigidità interpretative e i nodi irrisolti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, II, 2007, 1478-1480.

249 Sul punto da subito A. PIZZOFERRATO, *Mobbing e danno esistenziale: verso una revisione della struttura dell'illecito civile*, in *Contratto e impresa*, 2002, 309 ss.

250 Così Consiglio di Stato, sez. VI, 12/03/2015, n. 1282.

251 V. in proposito TAR Calabria – Catanzaro, sez. I, 15 maggio 2013, n. 578.

esclusa qualora venga dimostrato che il carattere abnorme o esorbitante del comportamento del lavoratore rispetto alle direttive ricevute, ma non anche nel caso di concorso del lavoratore per il quale i giudici da sempre riconoscono la responsabilità ex art. 2087 cod. civ. del datore di lavoro<sup>252</sup>.

Secondo una valutazione di massima, non è tuttavia infrequente imbattersi in contenziosi promossi contro atti di mobbing perpetrati da colleghi. La dimostrazione del mobbing orizzontale, proveniente da soggetti non sono legati alla vittima da alcuna obbligazione legale o contrattuale<sup>253</sup>, determina anche uno specifico profilo di responsabilità anche del datore di lavoro. Quest'ultimo risponde qualora non abbia predisposto tutte le misure di prevenzione dei rischi imposte dal decreto legislativo n. 81/2008 (recante la normativa a tutela della salute e sicurezza del lavoratore) ed ai sensi del già citato art. 2087 codice civile oltre che nel caso in cui non abbia esercitato nei confronti dell'aggressore il potere disciplinare. Non può tuttavia, in maniera automatica, dedursi la sussistenza di un profilo di responsabilità oggettiva, potendosi prevedere un esonero della responsabilità datoriale qualora «l'autore del fatto illecito abbia agito con dolo e al di fuori del cd. «rapporto di occasionalità necessaria» con le proprie mansioni, quando cioè l'evento lesivo si sia verificato sul luogo di lavoro solo in via del tutto accidentale e casuale (Cass. 25 luglio 2013, n. 18903). L'imprenditore non risponde dunque ai sensi di un dovere di vigilanza onnipervasivo tale da porre surrettiziamente in essere un addebito di tipo oggettivo per tutto quanto occorra nell'ambiente di lavoro.

Con specifico riguardo alla responsabilità del collaboratore del datore di lavoro e del collega bisogna, infine, precisare che la condotta vessatoria del *mobber* può essere contestata anzitutto in sede penale, se risulta integrata una fattispecie criminosa<sup>254</sup>, oppure davanti al giudice civile contestando una responsabilità ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. oppure ancora, limitatamente al settore pubblico, si può ricorrere alla sede giudiziale per far valere una violazione dell'art. 28 Costituzione e degli artt. 22, co. 1 e 23, Decreto Presidente Repubblica n. 3/1957 (disciplina riguardante la responsabilità civile dei dipendenti pubblici verso i terzi) oltre che delle previsioni che nel prosieguo saranno oggetto di specifico approfondimento.

252 In via esemplificativa si possono richiamare i casi in cui il lavoratore, vittima di mobbing, abbia volontariamente accettato di svolgere compiti faticosi o stressanti.

253 Così Cass. 22 gennaio 2013, n. 1471. Con specifico riguardo alle ipotesi di mobbing orizzontale può con approssimazione concludersi che la vocazione ad essere vittima dei colleghi è staticamente propria dei lavoratori più capaci e diligenti e per questo più in grado di catturare le gelosie e le rappresaglie degli altri dipendenti. Altre recenti ricerche hanno evidenziato come le vittime preferenziali siano le donne, specie al rientro alla maternità, a seguito del matrimonio o del rifiuto di *avances*. Così C. LAZZARI, *op. cit.*, 5.

254 Su cui per approfondimenti si rinvia a I.A. SANTANGELO, *Mobbing come fattispecie penale*, in *Rivista penale*, 7-8, 609 – 618.

Il comportamento del trasgressore, in quanto scorretto adempimento del contratto di lavoro, è dunque passibile di diversi rimproveri, incluso quello disciplinare in virtù di specifiche violazioni che nei casi più gravi possono comportare il licenziamento per giusta causa del *mobber*.

### 3. LA RILEVANZA DISCIPLINARE DEL MOBBING

Già prima della citata risoluzione del Parlamento europeo, la rilevanza disciplinare del mobbing ha trovato cittadinanza nell'ambito dell'autonomia collettiva, anticipando la fonte eteronoma italiana nelle azioni concrete di contrasto relativamente ai comportamenti mobbizzanti nei luoghi di lavoro<sup>255</sup>.

Incisiva è da subito apparsa la scelta fatta dal contratto collettivo relativo alle Università, sottoscritto per il periodo 1998-2001 in cui è stata prevista una infrazione disciplinare in caso di atti e comportamenti lesivi della dignità personale, tra cui le molestie sessuali, le violenze morali e le vessazioni a danno di utenti e colleghi<sup>256</sup>. Gli attori sindacali si sono cioè accordati nel prevedere una dura rimproverabilità del lavoratore ove si fosse reso inadempiente a causa di un comportamento grave e tale da compromettere irrimediabilmente il vincolo fiduciario con il datore. La scelta degli agenti collettivi si è spinta fino al punto di ricollegarvi la conseguenza dell'interruzione immediata del contratto di lavoro e non più soltanto, come in precedenza accaduto nel contratto collettivo nazionale riguardante le imprese del settore cooperativo, ad apprestare misure di tutela preventiva (ad. es. corsi di formazione). È da qui che origina un prototipo di intervento preso a riferimento anche nel settore privato, dove l'interesse verso il mobbing è iniziato nel settore del trasporto pubblico locale tramite la sottoscrizione di contratti collettivi di secondo livello come l'accordo di clima sottoscritto nel 2001 (dalle imprese ATM e SATTI).

Adottando una apprezzabile sensibilità verso istanze di protezione della persona del lavoratore, frutto di una evoluzione civile e culturale alla quale necessariamente occorre guardare con favore, le parti sociali si sono progressivamente prodigate nella definizione di clausole pattizie rilevanti sul piano disciplinare stabilendo sanzioni di natura estintiva nei riguardi comportamenti contrari al diritto perché comportanti lesioni all'integrità psico-fisica del lavoratore.

255 In argomento: A. BOSCATI, *Mobbing e contrattazione collettiva, nel settore privato e pubblico*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2006, 201-236.

256 Su tale intesa v. A. VISCOMI, *op. cit.*, 64.

Può altresì citarsi la contrattazione collettiva di Regioni ed autonomie locali, altrettanto emblematica nella censura di «atti e comportamenti, ivi comprese le molestie sessuali, lesivi della dignità della persona» e «sistematici e reiterati comportamenti aggressivi, ostili e denigratori, che assumano forme di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di altro dipendente». A tali condotte inadempienti era associata la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione salvo i casi di recidiva rispetto ai quali scattava la sanzione del licenziamento disciplinare con preavviso<sup>257</sup>.

Passando dall'autoregolamentazione alla fase di regolazione pubblica, specifica rilevanza disciplinare ha assunto il mobbing nell'ambito nella fonte di legge, specificamente nel settore del lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione dove a ben vedere l'osmosi con le previsioni fissate dalla contrattazione collettiva di comparto ha raggiunto il suo massimo livello. Di identico tenore si presentano infatti il contenuto degli accordi di comparto sottoscritti a partire dai primi anni del Duemila e la disposizione legislativa vigente, in esame nel prossimo paragrafo<sup>258</sup> e volta ad intervenire in risposta ad un contenzioso giudiziale che ha più volte messo in luce come il mobbing abbia trovato terreno fertile nel tipo di conferimento dell'incarico di funzione dirigenziale e nella natura stessa dell'organizzazione delle pubbliche Amministrazioni. Si richiamano ad esempio i rapporti esistenti tra personale medico e paramedico, nell'ambito militare dove maltrattamenti e vessazioni ai danni di un dipendente civile della Marina Militare sono state risarcite 266 mila euro ed infine le relazioni del soggetto istituzionale con i segretari comunali dopo il venir meno della (ampia) tutela dell'inamovibilità<sup>259</sup>.

#### 4. SEGUE: LE SPECIFICITÀ DEL SETTORE PUBBLICO

Nell'ambito del lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione, il mobbing e la sua rilevanza disciplinare costituiscono un tema di assoluto interesse.

Secondo la normativa vigente, frutto di una norma più volte modificata dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 150/2009 (che ha riformato significativamente la disciplina del lavoro pubblico contrattualizzato), il legislatore italiano è intervenuto sull'argomento disponendo l'obbligatorietà del licenziamento disciplinare in caso di «reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui». Tanto è previsto dall'art. 55 *quater*, decreto legislativo n. 165/2001 (recante il Testo unico sul pubblico impiego) al cui interno sono codificati inadempimenti del lavoratore che giustificano la sanzione estintiva del

257 Cfr. ad esempio il CCNL del 22 gennaio 2004 sui cui L. GAETA. S. VERDOLIVA, *op. cit.*, 573-574 e G. Parola, *Il mobbing nella pubblica amministrazione, uno sguardo comparato, Responsabilità civile e previdenza*, 2007, 12, 2634B ss.

258 Sul punto anche U. GARGIULO, *op. cit.*, 260.

259 Sulle specificità del settore pubblico v. I. DE ASMUNDIS, R. STAIANO, *Il mobbing e straining in Licenziamento, mobbing, processo del lavoro*, Utet giuridica, 2009, 242-243.

rapporto<sup>260</sup>: l'individuazione di tassative e tipiche ipotesi di licenziamento (soprattutto riguardanti indebiti sul piano della falsa attestazione della presenza in servizio) espone alla sanzione più grave compromettendo definitivamente la prosecuzione del rapporto di lavoro con la Pubblica amministrazione<sup>261</sup>.

L'art. 55 *quater*, decreto legislativo n. 165/2001 prevede a carico dei dipendenti pubblici l'estinzione del vincolo contrattuale «comunque nel caso di reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità altrui»<sup>262</sup>. Pur trattandosi di una fattispecie che non fa testuale riferimento all'elemento dell'intenzionalità – che come noto è invece richiesto per la concretizzazione del *mobbing* da quel filone della giurisprudenza che è stato in precedenza definito più rigoroso – deve concludersi che il recesso dell'amministrazione troverà luogo in caso di inadempimento grave e comunque lesivo di beni giuridici della persona riguardanti l'onore e la dignità<sup>263</sup>.

260 In tema v. C. ZOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2018, 3, 693 ss.; S. MAINARDI, *Questioni in merito al licenziamento disciplinare del dipendente e dirigente pubblico*, *Giornale diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2019, 1, 171 ss.

261 Ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi:

- a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia;
- b) assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione;
- c) ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio;
- d) falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera;
- e) reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui;
- f) condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro;
  - f-bis) gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento, ai sensi dell'articolo 54, comma 3;
  - f-ter) commissione dolosa, o gravemente colposa, dell'infrazione di cui all'articolo 55-sexies, comma 3;
  - f-quater) la reiterata violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato l'applicazione, in sede disciplinare, della sospensione dal servizio per un periodo complessivo superiore a un anno nell'arco di un biennio;
  - f-quinquies) insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, e rilevato dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio, resa a tali specifici fini ai sensi dell'articolo 3, comma 5-bis, del decreto legislativo n. 150 del 2009.

262 Sul punto cfr. GARGIULO U., *Il licenziamento disciplinare in La riforma dei rapporti di lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, a cura di M. ESPOSITO, V. LUCIANI, A. ZOPPOLI, L. ZOPPOLI, Giappichelli, 2018, 249; A. TAMPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il "Jobs Act"*, Giappichelli editore, 2016, spec. 14 ss.

263 Così A. BOSCATI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2014, n. 3, 533.

Il legislatore ha fortemente limitato l'autonomia collettiva, sostituendosi al principale attore della definizione degli addebiti e delle relative sanzioni disciplinari<sup>264</sup> e, parallelamente, ha ridotto la discrezionalità del giudice nel valutare la gravità oggettiva e soggettiva dell'indebito da parte del lavoratore<sup>265</sup>. Secondo la dottrina sono infatti da escludere trattamenti di miglior favore da parte della contrattazione collettiva<sup>266</sup> in forza di una tendenza normativa che, nonostante recenti aperture, marginalizza lo spazio d'intervento degli attori sociali nella definizione delle fattispecie di illecito e del relativo trattamento sanzionatorio. Tanto si spiega analizzando le recenti linee di tendenza delle riforme che hanno interessato il lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione. A partire dalla legge n. 15/2009 il sistema delle fonti del potere disciplinare è profondamente cambiato, a fronte di un processo di rilegificazione che ha ridimensionato fortemente il ruolo e lo spazio precedentemente assegnati alle parti sociali. La fonte eteronoma è infatti tornata ad essere lo strumento per la disciplina degli oneri formali e degli aspetti sostanziali della materia disciplinare e nel settore in esame continua ad essere tale anche dopo la riforma del 2017 operata con il decreto legislativo n. 75/2017, che conferma «l'equilibrio instabile delle fonti del lavoro pubblico»<sup>267</sup>.

Mentre al giudice residua solo il potere di accertare se il fatto integrato dal lavoratore sia sussumibile all'interno della fattispecie tipizzata dall'art. 55 *quater*, decreto legislativo n. 165/2001. La formulazione testuale di «comunque» porterebbe a escludere qualsiasi controllo del giudice sulla proporzionalità del potere datoriale e la valutazione di circostanze specificamente riguardanti il caso concreto. Deve tuttavia rilevarsi che la giurisprudenza ha interpretato la norma riconoscendo ad essa un significato più tutelante per il lavoratore<sup>268</sup> ed in ogni caso coerente all'indirizzo della Corte costituzionale (C. Cost. 14 ottobre 1988, n. 971; C. Cost. 9 luglio 1996, n. 239; C. Cost. 5 luglio 1999, n. 286) secondo cui è incompatibile con la Costituzione ogni determinazione automatica della sanzione. Sulla scorta di una esegesi di tipo sistematico, infatti, non può configurarsi un automatismo della sanzione, tenuto conto del fatto che proprio il decreto legislativo n. 165/2001 applica al settore pubblico i principi e le tutele di cui all'art. 2106 codice civile<sup>269</sup>. Tra i principi richiamati v'è per l'appunto quello della proporzionalità che opera nell'ottica di correggere sulla base delle specifiche circostanze del caso. Analogamente ha ragionato nell'ammettere a favore del lavoratore la facoltà di dimostrare l'inesistenza/insussistenza della condotta addebitata<sup>270</sup> proprio per garantire i principi della tutela del lavoro (ex artt. 4 e 35 Costituzione) e di ragionevolezza (di cui all'art. 3 Costituzione).

264 È stata rilevata la palese sfiducia del legislatore nei riguardi della contrattazione collettiva.

265 Così C. ZOLI, *op. cit.*, 690.

266 Più recentemente, S. MAINARDI, *op. cit.*, 175 in considerazione della natura inderogabile della fonte legale.

267 Così G. NATULLO, *Tra legge e contratto: l'"equilibrio instabile" del sistema delle fonti del lavoro pubblico* in *La riforma dei rapporti di lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, a cura di M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, Giappichelli, 2018, 15.

268 Su cui R. SANLORENZO, *Il potere disciplinare in AA.VV., Lavoro pubblico*, 2018, Giuffrè, 299.

269 Tra le altre v. Cass. 17257/2016, Cass. 1315/2016; Cass. 22075/2018; Cass. 8578/2019.

270 Cass. 18858/2016.

Quanto all'eventuale conflitto tra il contenuto dell'accordo collettivo e quello della norma di legge, le regole generali impongono di applicare il trattamento legale e la sostituzione automatica della clausola negoziale difforme (frutto del combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, comma 2, codice civile).

A ben vedere, il problema rimane tuttavia ipotizzabile solo a livello teorico, dovendosi constatare che le previsioni contemplate nell'art. 55 quater rientrano senza difficoltà nella nozione di giusta causa di licenziamento.

#### **4.1. Confini ed ambito soggettivo dell'art. 55 quater, decreto legislativo n. 165/2001**

Come anticipato, la norma ricollega il licenziamento alla reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui». Alla luce della norma deve dunque configurarsi una pluralità di inadempimenti da ascrivere alla commissione di atti, condotte del lavoratore tali da integrare comportamenti dotati di una certa gravità e consistenti in aggressioni, minacce, ingiurie oppure in maniera più generale in grado di provocare nocumento alla sfera dei diritti della persona tutelati dall'art. 2 Costituzione ed alla immagine, rispettabilità e affidabilità della amministrazione pubblica.

La fattispecie presenta, a ben vedere, una ampiezza maggiore di quella che la giurisprudenza riferisce al mobbing, richiedendo la sussistenza di condotte riprovevoli ma non necessariamente connotate da quella particolare aggressività che identifica la nozione giurisprudenziale di mobbing. Ovviamente ciò non consente di riferirla a casi di «screzi e i conflitti interpersonali nell'ambiente di lavoro», così come di episodi collegati a fenomeni di rivalità, ambizione o antipatie reciproche»<sup>271</sup>. Viceversa, la sua rilevanza è prospettabile in presenza di una «conflittualità sottile, continuata, non eclatante ma non per questo meno pesante da sopportare per la vittima in quanto non particolarmente manifesta»<sup>272</sup>. Vero resta tuttavia che diverse sono le condotte perseguibili sul piano disciplinare, risultando a *fortiori* possibile ricomprendervi fatti di varia natura e comunque lesivi della dignità e dell'onore altrui perpetrati nei confronti di colleghi, utenti della Pubblica amministrazione o professionisti che svolgono incarichi di lavoro autonomo a favore della Pubblica Amministrazione. Può dunque concludersi che, a differenza della tipizzazione di altre condotte, in questo caso l'identificazione dell'illecito presenta caratteri di particolare estensione purchè incidenti sui richiamati diritti della personalità.

271 Così ad esempio Consiglio di Stato, sez. IV, 19/3/2013, n. 1609

272 Così Trib Forlì 28 gennaio 2005.

Più che riferire delle nozioni di minaccia, ingiuria o aggressioni, appare più interessante soffermarsi sulla distinzione tra mobbing e molestie, senza tuttavia sottovalutare che il legislatore prescinde da finalità espulsive, alla base invece della contrattazione collettiva che ha ricollegato le molestie sessuali a sanzioni di tipo conservativo o al licenziamento con preavviso a fronte di situazioni di particolare gravità<sup>273</sup>.

A differenza del concetto di mobbing, alla cui elaborazione ha lavorato la giurisprudenza, il concetto di “molestie” è stato espressamente definito dal legislatore.

Ai sensi dell’art. 26, decreto legislativo n. 198/2006 per molestia s’intende quel comportamento indesiderato, posto in essere per ragioni connesse al sesso, avente lo scopo o l’effetto di violare la dignità di una lavoratrice o di un lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo. Per quanto la nozione appena esaminata mantenga una peculiarità strutturale che la distingue da altre forme di discriminazione<sup>274</sup>, pare comunque inevitabile concludere che il *mobbing* presenta connotazioni più ampie di quelle considerate anche da questa parte del diritto anti-discriminatorio. Malgrado entrambe comportino lesioni della dignità e inducano l’effetto di escludere la vittima dal contesto lavorativo, sono almeno 3 i punti di non congruenza tra le due fattispecie. Mentre il *mobbing* tutela vittime senza caratterizzazioni destinarie di una pluralità di condotte, per integrare il concetto di molestie è sufficiente anche una sola condotta<sup>275</sup>. Inoltre, la tutela da *mobbing* dipende – almeno secondo l’indirizzo interpretativo più rigoroso - dalla dimostrazione di un intento persecutorio, dalla quale invece prescinde il diritto anti-discriminatorio. Analogamente agli altri casi di discriminazione, la disciplina sulle molestie riguarda esclusivamente i comportamenti del datore di lavoro, finendo per non offrire una base giuridica nel caso di mobbing posto in essere dai collaboratori del datore di lavoro o dai colleghi<sup>276</sup>. Questa parziale diversità, sminuita da quella parte della dottrina che considera la nozione di molestia sufficientemente ampia da ricomprendere molte delle manifestazioni di mobbing<sup>277</sup>, si manifesta anche sul fronte processuale in quanto soltanto contro le discriminazioni sul lavoro il dipendente leso può avvalersi ed usufruire di un regime probatorio meno rigoroso di quello sinora descritto con riguardo al mobbing, potendo dimostrare la discriminazione tramite il metodo presuntivo, fondato su dati statistici, elementi di fatto in termini gravi, precisi e concordanti (così l’art. 40, decreto legislativo n. 198/2006). Vero resta

273 Sul punto M. BARBIERI, *Note critiche sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico dopo l’intervento legislativo del 2017*, *Giornale diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2019, 1, 157 ss.

274 CORAZZA, L., *Mobbing e discriminazioni*, in Pedrazzoli, M., *Vessazioni e angherie nel rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2007, 81 -113.

275 Così ad esempio rilevano R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 544 e S. SCARPONI, *La nozione di molestie nel diritto del lavoro: uno strumento di qualificazione anche nei confronti del mobbing*, in Scarponi, S., *Il mobbing. Analisi giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2009, 13.

276 Così rileva S. SCARPONI, *op. cit.*, 29.

277 Così S. SCARPONI, *op. cit.*, 30.

però che nel caso di molestie, proprio la casistica giurisprudenziale dimostra come i comportamenti sanzionati non siano seriali, ma colpiscono il singolo. È per tali ragioni che il ricorso alla prova presuntiva nel caso di molestia può risultare priva di efficacia, al pari di quanto può accadere nel contenzioso concernente il mobbing.

Dalle vicende analizzate bisogna tenere distinta la violenza sessuale, per la quale appare sicuramente giustificabile il licenziamento disciplinare. Va tuttavia evidenziata la difficoltà di sussumere tale comportamento all'interno della formulazione testuale della norma ancorata al concetto di reiterazione che sembra assurgere a presupposto necessario dell'applicazione della massima sanzione. Dovrebbe altrimenti sostenersi che in tal caso la condotta lesiva esula dall'operatività della norma, ma giungendo al paradosso di punire meno gravemente condotte di maggiore offensività per i beni giuridici della persona del lavoratore.

Dal punto di vista soggettivo, l'obbligatorietà del licenziamento opera nei confronti di tutti i dipendenti pubblici destinatari del processo di contrattualizzazione dell'impiego. Devono dunque ritenersi esclusi i magistrati, i professori universitari, gli ambasciatori, le forze armate e tutte quelle categorie di soggetti enunciati all'art. 1, comma 2, decreto legislativo n. 165/2001 in quanto disciplinati da appositi ordinamenti sulla scorta di una deroga oggi sancita nelle prime norme del decreto legislativo n. 165/2001. Non si fanno invece distinzioni di trattamento in ordine ai requisiti dimensionali, posto che lo Statuto dei lavoratori (contenuto nella legge n. 300/1970) si applica a tutte le pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero di dipendenti<sup>278</sup>.

#### **4.2. Oltre la responsabilità disciplinare del mobber**

La norma esaminata determina, alle condizioni fissate dalla giurisprudenza, la cessazione del rapporto lavorativo ma, al contempo, individua specificità con riguardo alla colpa in omissione del dirigente pubblico o responsabile di servizio che, venuto a conoscenza dell'infrazione del dipendente, non abbia attivato tempestivamente il procedimento disciplinare<sup>279</sup>.

Nel settore pubblico oltre a configurarsi un potere – dovere del datore di lavoro sul piano disciplinare, sono previsti meccanismi che inducono a ritenere più efficace l'intervento legislativo in contrasto a pratiche vessatorie integranti il mobbing. È infatti imposta la punibilità del dirigente o dell'ufficio competente nei provvedimenti disciplinari qualora non venga avviato il procedimento disciplinare e dunque la contestazione dell'indebito e delle

<sup>278</sup> Diversamente accade nel settore privato relativamente al quale lo Statuto dei lavoratori trova applicazione nelle sole imprese con almeno 15 dipendenti.

<sup>279</sup> Sull'esercizio del potere disciplinare v. C. ZOLI, *op. cit.*, 689-702.

fasi successive nel rispetto della disciplina in materia, inclusa quella contenuta nello Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970). Più nel dettaglio, si prevede la responsabilità del dirigente o funzionario che non rispetti gli obblighi che gli competono, venendo in rilievo, a seconda dei casi, sanzioni di diversa entità tra cui la sospensione del servizio fino a un massimo di tre mesi ove non abbia esercitato nel termine di decadenza l'azione disciplinare e non sussista giustificato motivo nel mancato compimento degli atti dovuti.

Tale rigore da parte del legislatore trova giustificazione nella difesa di un interesse pubblico, alla cui protezione si accompagna anche la legislazione relativa al *whistleblowing* che mira a favorire la segnalazione di comportamenti illeciti<sup>280</sup>. Ciò spiega il perché del coinvolgimento del dirigente pubblico nella eventuale responsabilità risarcitoria per danno di immagine richiesto dalla Pubblica amministrazione.

Alla luce del principio generale dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare<sup>281</sup>, la filosofia che pervade il settore pubblico può essere così riassumibile: «chi commette violazioni deve essere sanzionato e chi non si attiva per irrogare la sanzione sarà sanzionato a sua volta»<sup>282</sup>. A controllare il corretto esercizio di tali prerogative da parte del dirigente pubblico potrebbe contribuire il *whistleblowing*, introdotto nel 2012 e recentemente interessato dalle modifiche apportate dalla legge n. 179/2017. Tale provvedimento assicura tutela al soggetto che segnala (all'autorità giudiziaria o a quella preposta al contrasto alla corruzione) un illecito di cui sia venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto lavorativo, imponendo al dirigente l'adozione di ogni misura necessaria atta altresì a non rivelare indebitamente l'identità del segnalante nel corso del procedimento disciplinare, salvo che ciò non sia necessario per salvaguardare fini superiori.

Responsabilità dirigenziale per mancata vigilanza sul luogo di lavoro e responsabilità disciplinare dunque possono convivere ed ugualmente incidere nell'ottica di incentivare il dirigente verso un ruolo attivo nella garanzia del buon andamento della Pubblica Amministrazione e, in chiave prevenzionistica, nell'assicurare alti livelli di benessere organizzativo.

280 Sulla commistione tra mobbing e whistleblowing v. da ultimo V. PAPA, *Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, in *WPCSLE*, 2019, 8, 257 ss.

281 Tanto non è previsto nel settore del lavoro privato.

282 M. MILITELLO, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'homo novus nel pubblico impiego*, *WPCSLE*, 8/2019, 8, 210.

## 5. CONCLUSIONI

È chiaro in conclusione, come l'ordinamento giuridico italiano registri un vuoto normativo per quanto attiene alla definizione di mobbing. Anche la normativa prevenzionistica contenuta nel decreto legislativo n. 81/2008 non fa alcun cenno a tale concetto, stabilendo più genericamente l'obbligo a carico del datore di lavoro di valutare tutti i rischi professionali, compreso lo stress lavoro correlato che, come noto, è da includere nella ben più ampia categoria dei rischi psico-sociali al cui interno è da ricomprendere il mobbing.

Meno criticamente devono invece valutarsi la risposta offerta dai giudici e l'impegno della contrattazione collettiva che, a quanto consta, ha costituito il terreno di sperimentazione per un successivo intervento legislativo, sebbene limitato al settore del lavoro pubblico.

La rilevanza disciplinare del mobber costituisce la risposta del diritto del lavoro ad un fenomeno aggressivo e di particolare lesività per la sfera giuridica del soggetto che collabora all'attività d'impresa. Si tratta di una soluzione che assurge a deterrente della reiterazione/emulazione di comportamenti contrari al diritto ma che –non può sottovalutarsi- deve necessariamente accompagnarsi ad interventi sul piano prevenzionistico. È per tale ragione che se lotta al mobbing deve essere fatta in maniera chiara e incisiva, interventi formativi unitamente alla varietà di modelli sperimentati dalle parti sociali e continuamente ribaditi e riproposti nei recenti rinnovi contrattuali sono da porsi a completamento degli strumenti repressivi oggi messi a disposizione dall'ordinamento giuridico italiano.

## BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

AMATO F., CASCIANO M.V., LAZZERONI L., LOFFREDO, A. (2001), *Il mobbing. Aspetti lavoristici: nozione, responsabilità, tutele*, Milano, Giuffrè Editore.

DE ASMUNDIS, I., STAIANO, R. (2009), *Il mobbing e straining in Licenziamento, mobbing, processo del lavoro*, Utet giuridica, 229-270.

ARCIDIACONO, G. (2009), *Il mobbing e l'Unione europea. Nuove emergenze sul luogo di lavoro, legislazione e prospettive*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 1, 1-48.

BARBIERI M. (2019), *Note critiche sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico dopo l'intervento legislativo del 2017*, *Giornale diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1, 157- 169.

BONA M., MONATERI P. G., OLIVA, U. (2002), *La responsabilità civile nel mobbing*, Giuffrè, Milano. Boscati, A. (2006), *Mobbing e competenza legislativa regionale: continuità ed innovazione nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 4-5, 1166- 1187.

BOSCATI, A. (2006), *Mobbing e contrattazione collettiva, nel settore privato e pubblico*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 201-236.

BOSCATI, A. (2014), *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 3, 525-601.

BRUN, S. (2007), *Persecuzione sui luoghi di lavoro e tutela risarcitoria: le rigidità interpretative e i nodi irrisolti*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, II, 1467-1488.

CALAFÀ, L., *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, *Lavoro e diritto*, 2012, 2, 275.

CARINCI, F. (2003), *Il mobbing: un fantasma che si aggira per le aule giudiziarie*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 1097 – 1100.

CARINCI, M. T. (2007), *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 133 – 163.

CORAZZA, L. (2007), *Mobbing e discriminazioni*, in Pedrazzoli, M., *Vessazioni e angherie nel rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 81 -113.

DALL'OLIO, M., *Danno alla persona: quali tutele nel diritto del lavoro e nel diritto della sicurezza sociale*, in Inediti, Torino, 2007, 35 ss

DEL PUNTA, R. (2003), *Il mobbing: l'illecito e il danno*, in *Lavoro e diritto*, XVII, 3, 539 – 583.

DI STASI, S. (2014), *Una eccellente sintesi di presente e futuro: la suprema corte riconosce la rilevanza giuridica dello straining*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1, 187 – 200.

FANELLI, C. et altri, (2001), *Un nuovo rischio all'attenzione della medicina del lavoro: le molestie morali (mobbing)*, in *La medicina del lavoro*, 1, 92 - 100.

GAETA, L., VERDOLIVA, S., *I difficili percorsi giudiziari del mobbing negli enti locali: notizie dalla Toscana* in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008, 568-586.

GARGIULO, U., *Il licenziamento disciplinare in La riforma dei rapporti di lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, a cura di M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, Giappichelli, 2018, 249- 268.

GAROFALO, D. (2004), *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, 1, II, Milano, Giuffrè, 821 - 880.

GHIRARDI, N. (2015), *Alla ricerca della fattispecie mobbing*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 361 – 387.

GILIOLI, R., ADINOLFI, M., BAGAGLIO, A., BOCCALETTI, D., CASSITTO, M.G., DELLA PIETRA, B., C. LAZZARI (2018), *Le disfunzioni dell'organizzazione del lavoro: mobbing e dintorni* in *Diritto della Sicurezza sul lavoro*, 2, 1-14.

MAINARDI, S., *Questioni in merito al licenziamento disciplinare del dipendente e dirigente pubblico*, *Giornale diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2019, 1, 171 – 186.

MATARAZZO, A. E., *La nuova frontiera del disagio lavorativo: il fenomeno dello “straining”*, *Stato civile italiano*, 2018, 6, 55-58.

MILITELLO, M., *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L' homo novus nel pubblico impiego*, WPCSLE, 8/2019, 8, 210 – 232.

MISCIONE, M. (2003), *Mobbing, norma giurisprudenziale (la responsabilità da persecuzione nei luoghi di lavoro)*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 305 – 307.

MONTUSCHI, L. (1987), *Ambiente di lavoro e tutela della malattia psichica*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 3-16.

MONTUSCHI, L. (1994), *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, I, 317 -337.

NATULLO, G., *Tra legge e contratto: l' "equilibrio instabile" del sistema delle fonti del lavoro pubblico* in *La riforma dei rapporti di lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, a cura di M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, Giappichelli, 2018, 15- 28.

NUNIN, R. (2005), *La strategia del mobber: l'elemento soggettivo del mobbing*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 1193- 1198.

NUNIN, R. (2019), *Configurabilità del mobbing e prova dell' intento persecutorio*, *Lavoro nella giurisprudenza*, 4, 379-381.

PAPA, V., *Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, in WPCSLE, 2019, 8, 257 ss.

PAROLA, G. (2007), *Il mobbing nella pubblica amministrazione, uno sguardo comparato*, *Responsabilità civile e previdenza*, 12, 2634B ss.

PEDRAZZOLI, M. (2007), *Tutela della persona e aggressioni alla sfera psichica del lavoratore*, in Pedrazzoli, M., *Vessazioni e angherie sul lavoro*, Zanichelli, Bologna, 3 - 38.

PERUZZI, M., *La prevenzione dei rischi psico-sociali nel diritto dell'Unione europea*, in *Lavoro e Diritto*, 2012, 2, 222 ss.

PIZZOFERRATO, A. (2002), *Mobbing e danno esistenziale: verso una revisione della struttura dell'illecito civile*, in *Contratto e impresa*, 304-320.

ROTA, A. (2016), *Sul danno esistenziale da mobbing*, in *Danno e responsabilità*, 3, 256-261.

ROTA, A. (2016) *Alla ricerca della fattispecie mobbing: alcune riflessioni giuridiche* in AA.VV., *Il mobbing: conoscere per prevenire*, Bononia University press, 2016, 59-77.

SANLORENZO, R. (2018), *Il potere disciplinare* in AA.VV., *Lavoro pubblico*, 2018, Giuffrè, 289- 329.

SANSONE, M. (2006), *Prospettive di una penalizzazione del mobbing*, in *Rivista Penale*, 9, 885- 899.

SANTANGELO, I.A. (2015), *Mobbing come fattispecie penale*, in *Rivista penale*, 7-8, 609 – 618.

SCARPONI, S. (2009), *La nozione di molestie nel diritto del lavoro: uno strumento di qualificazione anche nei confronti del mobbing*, in Scarponi, S., *Il mobbing. Analisi giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2009, 3 - 38.

SIGNORINI, E., *Ambiente di lavoro e conflitto: il fenomeno dello straining*, *Responsabilità civile e previdenza*, 2017, 1, 311-334.

STENICO, E. (2009), *La questione dei limiti di competenza legislativa di Stato e Regioni in tema di mobbing: lo stato dell'arte*, in Scarponi, S., *Il mobbing. Analisi giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2009, 141 - 166.

TAMPIERI, A., *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il “Jobs Act”*, Giappichelli editore, 2016

TULLINI, P. (2000), *Mobbing e rapporto di lavoro*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2000, I, 251- 268.

VISCOMI, A. (2002), *Mobbing e diritto: alcune questioni preliminari*, in *Lavoro e diritto*, 2002, 1, 45 - 65.

ZOLI, C., *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, *Giornale Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2018, 3, 689-702.



## VIII.

# EXTRAPOLAÇÃO DO PODER DIRETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO AMBIENTE DE TRABALHO

**Nadia Regina de Carvalho Mikos**

*Doutora em Direito*

*Professora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*

*Advogada*

**Marco Antônio César Villatore**

*Doutor em Direito*

*Professor da Universidade Federal de Santa Catarina*

*Advogado*

**Fábio Túlio Barroso**

*Doutor em Direito*

*Professor da Universidade Católica de Pernambuco*

*Advogado*

**Sumário** 1. Introdução. 2. Do poder diretivo. 2.1. Fundamentos. 2.2. Natureza jurídica. 2.3. Do exercício do poder diretivo. 3. Do uso ao abuso do direito diretivo – muito além do ambiente interno do trabalho e do momento da prestação de serviços. 3.1. O direito fundamental ao trabalho com dignidade – uma perspectiva estrutural da dignidade do trabalhador e a violência decorrente do trabalho. 3.2. As ocorrências do abuso do poder diretivo – configuração estrutural da necessidade de proteção social ao trabalhador. 3.3. As consequências socioeconômicas do abuso e os modos de evitá-lo. 4. Considerações finais. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

À medida em que a atividade produtiva é imprescindível para o desenvolvimento da economia, os atributos conferidos ao empregador recebem contornos principiológicos manifestados na disciplina específica que rege o conteúdo da matéria objeto do contrato, principalmente na livre iniciativa e, para o trabalhador, no valor social do trabalho, decorrentes de normas constitucionais. O arcabouço jurídico propicia ao agente econômico que se transforma em empregador a condução de suas atividades, especialmente lhe conferindo o poder de direção das rotinas da atividade empresarial. Serão analisados os contornos do poder diretivo, seus princípios e o modo de seu exercício, pontuando as consequências advindas do abuso desse direito para os contextos laboral e social, em especial o dano moral decorrente dessa extrapolação do direito de ser empregador.

Têm sido cada vez mais comuns os casos de condenação das empresas por atos de violação aos direitos fundamentais dos empregados, num exercício de abuso do poder diretivo, constatados mormente após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, alterando o conteúdo do art. 114, VI, que atribuiu competência ao Juiz do Trabalho, como órgão da Justiça especializada do Trabalho (art. 111, III da Constituição da República), de conhecer, processar e julgar as questões pertinentes ao dano moral decorrente das relações de trabalho, alterando o dispositivo constitucional originário.

As empresas amargam sucumbências no Poder Judiciário Laboral por conta de condutas que evidenciam o excesso no exercício do direito de coordenação, controle e fiscalização das atividades do trabalho. Pela análise dos arestos é possível se extrair que a qualificação do abuso parte ora do superior hierárquico direto ora como resultado da própria política empresarial, podendo ainda decorrer da não obediência de um meio ambiente do trabalho respeitado.

As atuações podem ser reconhecidas tanto no caso da revista pessoal, quanto na sistemática utilização do terror psicológico no trabalho (configurando assédio moral), quanto no alto nível de exigência no cumprimento de metas empresariais, de modo desmedido ou mesmo pela negligência aos conflitos interpessoais presentes no ambiente de trabalho. No tocante ao poder diretivo na sua forma ativa, essa técnica gerencial extrapola os limites legais do exercício do poder diretivo, causando embaraços e desarmonia no ambiente laboral, prejudicando o meio ambiente do trabalho e causando danos a toda a sociedade.

A justificativa empresarial segue, no mais das vezes, o horizonte de se estar apenas no exercício do direito de controle e de administração do trabalho, sem reflexos discriminatórios de qualquer natureza, com o intuito de possibilitar o bom andamento das atividades empresariais. Ainda, fixam-se no conteúdo legal da permissão do poder diretivo como excludente de culpabilidade. A resposta não tem obtido êxito nesse intento.

Entretanto, o avanço tecnológico experimentado nas últimas décadas e novas e modernas técnicas corporativas gerenciais possibilitam o uso de ferramenta adequado para o exercício do poder diretivo, sem que com isso sejam feridos princípios fundamentais de proteção à dignidade humana.

Mas como identificar o abuso no exercício do direito potestativo? Quais os limites a esse exercício que, quando suplantados, permitem o reconhecimento de afronta à mais fundamental regra legal, o da preservação da dignidade humana, capaz de necessitar da interferência maciça do Poder Judiciário?

Este estudo busca analisar estas questões, trazendo subsídios para uma reflexão que possa auxiliar na melhor identificação desta conduta, introduzindo uma nova política empresarial e de cidadania, que se mantenha dentro dos limites do sistema jurídico, como forma de trazer harmonia ao ambiente laboral e a toda sociedade.

Para tal intento, o trabalho se subdivide, além desta nota introdutória, na análise dos contornos legais do poder diretivo, incluindo o momento do efetivo exercício. Em seguida, o estudo trata do uso e do abuso, demonstrando o relevo do direito fundamental ao trabalho e a cautela no exercício do poder diretivo e, por fim, analisa quais as consequências da ocorrência do abuso.

## **2. DO PODER DIRETIVO**

A premissa constitucional contida no art. 1º, inciso IV, dá conta de que são fundamentos da República Federativa do Brasil os “valores sociais do trabalho e a livre iniciativa”, repetida essa premissa principiológica nas disposições do art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil. Como são valores equitativamente dispostos, não podem se sobrepor uns aos outros, devendo seu exercício ser realizado de modo harmônico e respeitoso.

O sistema capitalista depende e defende a livre iniciativa também salvaguardada nas normas constitucionais, como corolário do processo desenvolvimentista, razão pela qual os agentes econômicos devem se utilizar do cabedal legislativo à sua disposição para a organização empresarial. Dentro dessa organização, encontram-se os poderes concedidos ao empresário, destacando-se não somente aqueles relativos à organização do trabalho (contratação, extinção, qualificação, estipulação do serviço, fixação da remuneração), mas também com relação à escolha do setor de atividade e demais atos que propiciem o alcance do objetivo empresarial.

Dos poderes atribuídos ao empresário, reconhecidos pela ordem econômica, destaca-se neste estudo o poder diretivo, incluído na conceituação de empregador que a Consolidação das Leis do Trabalho apresenta<sup>283</sup>.

Eduardo Milléo Baracat<sup>284</sup> explicita:

O empresário, quando contrata trabalhadores para auxiliá-lo na realização da atividade econômica, torna-se, por força de lei, empregador e, em decorrência, passa a dispor do poder de dirigir o trabalho dos empregados (CLT, art. 2º.) dando-lhes ordens, fiscalizando os serviços e os horários de trabalho, por exemplo.

Essa transformação - de agente econômico para empregador - permite a concessão de poderes que vão além do gerenciamento de sua atividade econômica propriamente dita; passa a gerenciar a mão de obra escolhida para a realização do trabalho necessário à consecução de seu objetivo econômico, inseridos em tal ato de gerência o controle, fiscalização e administração da atividade do empregado. Essa é a essência do poder diretivo.

## 2.1. Fundamentos

Os fundamentos para a concessão do poder diretivo ao empregador são encontrados nos princípios da ordem econômica. A livre iniciativa, disposta como princípio norteador da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV), comporta uma descrição bastante generalista, porém centrada no sentido de permissão de desenvolvimento de atividades econômicas. Cabe, assim, ao agente econômico o processo de escolha de a qual ramo de atividade vai se dedicar, como será a sua estrutura societária, qual o preço do produto a ser disponibilizado para a clientela, quais os mercados que pretende atingir e quais as ferramentas que utilizará para a consecução desse objetivo.

A todas essas escolhas haverá sempre um dispositivo normativo capaz de auxiliar o agente econômico nos contornos decisórios. O objetivo principal do agente econômico é a obtenção de lucro, e para isso deverá tomar as cautelas necessárias, dentro das prerrogativas legais, e escolher a mão de obra para auxiliá-lo na tarefa de desenvolvimento de seus objetivos econômicos, obedecendo sempre aos limites sociais estabelecidos na legislação do trabalho.

---

283 BRASIL. CLT. “Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, administra, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços”.

284 MILLEO BARACAT, Eduardo Milleo (coord). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. 1ª. Ed. (2008), 1ª. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009, pp. 29-31.

É certo que a atividade empresarial é livre, decorrente da livre iniciativa e estabelece como objetivo o lucro. Não obstante, o poder diretivo ao mesmo tempo que é uma liberdade de gestão da mão de obra escolhida para o exercício do mister, também pode ser reconhecido com um limite à utilização do trabalho humano, que deve respeitar os contornos de ordem social e ética na condução do seu negócio.

A relação de trabalho é uma das relações exercidas pela empresa e como tal, deverá obedecer a uma série de normas e conjugações de interesses públicos e privados, não sendo absoluto o poder diretivo.

A legislação brasileira optou por considerar diverso o significado de livre concorrência e livre iniciativa, sendo aquela consequência desta, à medida em que entende que a “concorrência pressupõe a existência de diversos agentes econômicos num dado mercado” e a livre iniciativa “responde pela viabilização do surgimento dos agentes econômicos”<sup>285</sup>, bem como elevá-los à categoria de princípio orientador do controle constitucional.

Estes dois princípios, aos quais se confere posição igualitária aos demais (como o da dignidade humana, ainda que com ele possa, eventualmente, confrontar-se) dão relevo à defesa contra a intervenção desmedida do Estado no livre exercício, mediante a repressão da chamada concorrência ilícita, da qual o abuso do poder econômico é uma das principais facetas.

Também é fundamento do direito potestativo, sendo de sua própria essência, a condição de empregador em que se transforma o agente econômico ao realizar, dentre outras escolhas que lhe cabem, a mão de obra para a execução dos serviços e produtos, objeto de sua atividade econômica.

No que tange à figura da empresa e seu poder de ser empregador em uma perspectiva de integração ao sistema jurídico e sua incumbência de direção das atividades laborais, cabe a lição de Vida Soria, Monereo Pérez y Molina Navarrete:

---

285 PEREIRA RIBEIRO, M. C., CARVALHO KOBUS, R.; OSDIVAL GONÇALVES, O., VIEIRA, J. L. “A concorrência no setor de bebidas frias,” in *Concorrência e Tributação no setor de bebidas frias*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, v. 1, p. 133-173.

La empresa aparece, en el plano económico, como aquella unidad autónoma de decisión que, mediante la organización y gestión de diferentes recursos, opera en un mercado produciendo y/o distribuyendo servicios. Pero la empresa no cumple sólo función de producción – unidad elemental de producción y/o distribución de bienes y servicios bajo dirección de un empresario que integran la renta nacional -, sino también una estructura de gobierno – una forma de organización social constituido por un sistema de relaciones humanas-. Constituye, pues, en el plano extrajurídico, un sistema social de acción colectiva integrado por “status” y contratos a partir de los cuales se delimitan diferentes roles o posiciones socio-laborales<sup>286</sup>.

Nessa estrutura de concepção normativa da atividade empresarial e a possibilidade de direção da prestação pessoal de serviços, a legislação laboral brasileira, (CLT, art. 2º.) confirma que ao empregador é conferido o direito de fiscalizar, administrar e assalariar os empregados. Esta aferição de poderes não está configurada enquanto o agente econômico não se transformar em empregador (destacando-se, desde logo, que o agente econômico pode desenvolver sua atividade sem a ajuda de colaboradores-empregados). Essa relação de subordinação jurídico-financeira, criada como *conditio sine qua non* para a caracterização da relação laboral, infere o poder potestativo do empregador, já que deverá assumir os riscos do negócio econômico sozinho.

Isso se deve à natureza de verba de subsistência<sup>287</sup> que é conferida ao salário, visto que a sua finalidade pós Constituição da República de 1988, serve para poder salvaguardar condições mínimas de vida decorrentes do trabalho, em obediência à norma do seu art. 7º, IV. Logo, o risco da atividade empresarial no tocante às relações empregatícias é do empregador, não podendo comprometer a subsistência e por conseguinte, a dignidade do trabalhador, condição mínima de sobrevivência albergada por lei às relações subordinadas e dependentes de trabalho, como prevê a sistemática normativa a respeito do tema e a própria alteridade como efeitos ou características do empregador<sup>288</sup>.

---

286 VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. *Manual de Derecho del Trabajo*, 7ª edición Granada, Comares, 2009, p. 449-450.

287 BARROSO, F. T. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2010, p. 190.

288 GODINHO DELGADO, M. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*, 18ª edição, São Paulo, 2019, pp. 495-496.

## 2.2. Natureza jurídica

Para a finalidade deste estudo, importa reconhecer a natureza jurídica do poder diretivo do empregador principalmente para delimitar os contornos de seu exercício, impedindo que haja abuso do poder. Além desta razão, Eduardo Milléo Baracat<sup>289</sup> cita ainda outras duas: “caracterização da sua existência na distinção dos contratos afins, e a verificação de sua existência quando não houver exteriorização do poder de comando ou hierárquico”.

O poder de direção deve ser entendido de forma ampla, incluindo-se ações de organização da atividade econômica, regulação das condições de trabalho, formas de contratação e da manutenção da relação de emprego, até o próprio comando do trabalho.

Para alguns autores<sup>290</sup>, a natureza jurídica desse direito do empregador é um direito subjetivo de crédito, por meio do qual o empregador tem o direito de se beneficiar do trabalho do empregado. Não raro, pode-se ainda entender sua natureza jurídica como consubstanciada num fato jurídico, decorrente da transformação de agente econômico em empregador.

Não obstante, o exercício do poder de direção é limitado e contornado por normas legais, sejam aquelas oriundas da legislação laboral, sejam aquelas emanadas dos dispositivos que integram a ordem econômica. Não é, assim, um poder em si mesmo, mas do qual derivam outros poderes.

## 2.3. Do exercício do poder diretivo

A conferência do poder de direção do empregador carrega, em si, um exercício cotidiano de ações para o desenvolvimento da atividade econômica no exercício da livre iniciativa privada e nos contornos da legislação específica de trabalho. Nesse cotidiano, é possível se diferenciar três momentos do exercício do poder diretivo, segundo lições de Amauri Mascaro Nascimento<sup>291</sup>.

289 MILLEO BARACAT, E. (coord). *Controle do empregado pelo empregador : procedimentos lícitos e ilícitos*. 1ª. Ed. (2008), 1ª. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009, p. 32.

290 Como RUI, A., *O poder de direção do Empregador*. Coimbra: Coimbra, 2005, *apud* BARACAT, *O controle do empregado pelo empregador*, p. 32.

291 MASCARO NASCIMENTO, A. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991, pp. 338-339.

O primeiro deles ocorre na manifestação do poder de organização do trabalho. Neste momento, verifica-se ser do empregador o poder para a definição das regras da divisão do trabalho, das normas operacionais, da quantidade de mão de obra necessária para a execução dos serviços, da forma da remuneração, dos horários de trabalho, enfim, todos os elementos necessários para a consecução de seu objetivo econômico. Também cabe ao empregador a escolha do ramo de atividade, o produto e o preço do produto, a esfera de atuação econômica e os contratos comerciais que celebrará.

Neste momento, o exercício do poder diretivo pelo empregador segue regras legais e do mercado em que se insere, sendo difícil o cometimento de abuso no exercício do poder, porquanto a organização do trabalho é corolário do princípio da livre iniciativa. Vale afirmar, as estipulações feitas pelo empregador não devem gerar prejuízos a mais ninguém, a não ser a ele próprio, porquanto se as regras por ele estabelecidas não estiverem em acordo e cumprimento dos dispositivos legais, sua atividade econômica pode ficar inviabilizada.

A segunda manifestação ocorre no exercício do poder sobre o controle do trabalho, por meio da estipulação de metas operacionais, do controle de cumprimento dos contratos comerciais que encerram sua atividade econômica, no trato com fornecedores e clientes. Neste momento, também não é comum se verificar abuso do poder, porque isso redundaria em prejuízo da própria atividade econômica.

O terceiro momento ocorre no exercício do poder disciplinar sobre o empregado. Os contratos de trabalho são constituídos de regras impostas ao trabalhador, que dizem respeito ao horário de trabalho, à função a ser exercida, ao valor do salário, formatação da concessão de férias ou outros benefícios. Além do contrato de trabalho, outras fontes podem ser incorporadas a essa relação: cartilha de conduta laboral, sistema de prevenção de acidentes, calendário de atividades, prospecção de benefícios, etc.

Nesta manifestação, o abuso do poder é mais comumente encontrado. Isso porque, de um lado, há o empregador, que detém o monopólio do estabelecimento das regras e, de outro, há o trabalhador que depende da atividade laboral para a sua manutenção e de sua família, numa clara alusão ao princípio da hipossuficiência do trabalhador, razão pela qual merece guarida protetiva.

O exercício do poder disciplinar encontra fundamento na legislação, seja no art. 2º da CLT, quando determina que o empregador *assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço*, conquanto ainda se tem em complemento no art. 474 da CLT, que dispõe sobre a possibilidade de suspensão do empregado. Também se fundamenta o poder disciplinar consoante as disposições do art. 482 da CLT, que prevê a constituição da justa causa para a rescisão contratual, dos quais se destacam a incontinência de conduta (letra “b”), desídia no desempenho das respectivas funções (letra “e”) e ato de indisciplina e insubordinação (letra “h”). Estes destaques configuram-se atos de análise subjetiva, que tanto podem ter sido originados em função do desgaste da relação laboral, mas podem ter sido frutos do abuso do direito por parte do empregador.

### **3. DO USO AO ABUSO DO DIREITO DIRETIVO – MUITO ALÉM DO AMBIENTE INTERNO DE TRABALHO E DO MOMENTO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS**

Embora seja necessário ao empregador as concessões do poder de comando e de direção das atividades empresariais para os fins de consecução dos objetivos de sua atividade econômica, por outro lado, esse exercício deve se orientar por meio de regras principiológicas, de bom senso, de senso de urbanismo e de respeito ao próximo, como comandam os mais atuais modelos de gestão.

Não é mais raro se ver uma administração participativa, onde os empregados se sentem efetivamente como colaboradores, num ambiente laboral saudável e propício ao desenvolvimento não só da atividade econômica, mas também de seus atores. Esse modelo de gestão, que afronta os princípios clássicos fundados com base no fordismo<sup>292</sup>, tem sido adotado em empresas da área de prestação de serviços, com resultados bastante significativos, onde se constatou um baixo *turn over* e alto nível de satisfação dos empregados, gerando resultados surpreendentes na atividade econômica<sup>293</sup>.

---

292 Fordismo é um sistema de produção criado em 1914 pelo empresário norteamericano Henry Ford, cuja principal característica é a fabricação em massa, objetivando a redução dos custos de operação e barateamento do produto, visando atingir um maior número de consumidores. Para os trabalhadores, este sistema gerou diversos problemas, como trabalho repetitivo e desgastante, desnecessidade de melhor qualificação profissional e, acima de tudo, baixos salários. In GONÇALVES SOUSA, R. “Fordismo e Taylorismo”; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/fordismo-taylorismo.htm>. Acesso em 18 de dezembro de 2019.

293 Disponível em <http://bancariose.com.br/site/=article&id=8392%3Aestudo-com-667-empresas-mostra-que-funcionarios-satisfeitos-trazem-lucro&catid=4&Itemid=100013>. Acesso em 17.abr.2013.

A implementação de uma flexibilidade ofensiva<sup>294</sup> de amplo espectro integracional, cuja democratização das relações empresariais passam a ser um modelo de gestão e produção, perpassando as limitações e a rigidez do binômio dos sujeitos do contrato de trabalho, como se observa na legislação brasileira, em especial na inteligência dos arts. 2º e 3º da CLT, na definição dos sujeitos da relação de trabalho.

Assim é que se demonstra plausível e factível a adoção de medidas gerenciais hábeis a levar o empreendimento ao sucesso almejado, respeitando-se a atividade laboral e, mais do que isso, possibilitando ao trabalhador o exercício de sua atividade dentro dos padrões de dignidade humana.

### **3.1. O direito fundamental ao trabalho com dignidade – uma perspectiva estrutural da dignidade do trabalhador e a violência decorrente do trabalho**

O direito fundamental ao trabalho encontra abrigo em diversos dispositivos legais, reconhecendo-o o legislador constituinte como um direito social<sup>295</sup>, e, principalmente, como fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*)<sup>296</sup>. Esse reconhecimento, contemplado integralmente pela sociedade, permite avaliar o seu nível de importância numa dimensão que extrapola o sentido econômico.

É, nas afirmações de Teresa Negreiros<sup>297</sup>, um novo paradigma da essencialidade, o qual deve revestir a análise dos contratos que “versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando sua destinação, estão sujeitos a um regime tutelar”, dada a situação de hipossuficiência de uma das partes”.

---

294 BARROSO, F. T. *Novo Contrato de Trabalho por Prazo Determinado, Flexibilização Laboral e Internacionalização das Relações de Trabalho*, Curitiba, Juruá, 2004, p. 56. (...) a flexibilidade *ofensiva* também aposta por um aperfeiçoamento empresarial, desde um prisma menos verticalizado entre o patronato e os empregados, considera-se o modelo mais próximo a uma flexibilidade bilateral. Neste modelo se renova a preocupação pela reorganização empresarial, cortando as rigidezes que impõem um menor aproveitamento econômico da instituição produtora, relevando-se, por conseguinte, a preocupação pela manutenção dos postos de trabalho numa perspectiva de retorno econômico a médio ou longo prazo. A estrutura jurídico-econômica aposta pela estabilidade do trabalho, a contratação por indeterminação de prazo, a reciclagem profissional e a polivalência do trabalhador como elemento inseparável da *cadeia produtiva*.

295 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 6º. : São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Capítulo II – Dos Direitos Sociais).

296 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:...”

297 NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2006.

Por tal, a forma como o trabalho é desenvolvido garante o cumprimento dessas premissas legais e sociais, dando ao ambiente de trabalho a aura de harmonia, saúde e desenvolvimento, conceitos implícitos nos dispositivos supracitados. É o trabalho, reconhecidamente, que propiciará ao cidadão o exercício de outros direitos fundamentais.

Como ensina Leonardo Vieira Wandelli<sup>298</sup>:

No processo de trabalho, como objetivação, que é sempre uma atividade social, realiza-se o intercâmbio com a natureza, produzindo objetos em função de suas necessidades de consumo e novos processos de trabalho. Com isso, transformam-se as capacidades e aptidões humanas a partir da apropriação desses objetos, incorporados à sua atividade. Nesse processo, transforma-se o homem a si mesmo.

O reconhecimento da importância do valor social do trabalho impulsiona o efetivo exercício cidadão, que serve como mola propulsora do desenvolvimento equilibrado e harmonioso da sociedade.

No campo das relações, essa pode ser a diferença fundamental entre um exercício do poder diretivo dentro dos padrões aceitáveis (sob a ótica legal) e o seu abuso.

Nessa seara que a Organização Internacional do Trabalho – OIT, por meio de sua Conferência Geral, na reunião do centenário, em 10 de junho de 2019, aprovou a Convenção nº 190, que trata da violência e o assédio no trabalho.

Nesse contexto, foi considerado em seu preâmbulo o conteúdo de direitos humanos sociais presentes na estrutura normativa da OIT e sua atuação internacional, por meio de várias de suas normas e programas. Sendo assim, na ratificação de um modelo de trabalho e respeito ao ser humano em sua integridade, tem-se na respectiva norma internacional o seguinte paradigma:

---

298 VIEIRA WANDELLI, L. *O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012, p. 143.

## Artículo 1.

### 1. A efectos del presente Convenio:

- a. la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género, y
- b. la expresión «violencia y acoso por razón de género» designa la violencia y el acoso que van dirigidos contra las personas por razón de su sexo o género, o que afectan de manera desproporcionada a personas de un sexo o género determinado, e incluye el acoso sexual.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados a) y b) del párrafo 1 del presente artículo, la violencia y el acoso pueden definirse en la legislación nacional como un concepto único o como conceptos separados<sup>299</sup>.

Sendo definido ainda que o conteúdo da referida Convenção se aplicará tanto no ambiente das relações privadas quanto públicas de trabalho.

### **3.2. As ocorrências do abuso do poder diretivo – Configuração estrutural da necessidade de proteção social ao trabalhador**

Cotidianamente, os atores da relação laboral estão sujeitos a normas de convivência que, por sua natureza, têm o condão de estabelecer os padrões de exercício do trabalho (pelo trabalhador) e os padrões de comando (pelo empregador).

Quando essas regras são violadas ou são utilizadas de modo desmedido, há um conflito que gera, no mais das vezes, um prejuízo à saúde e à harmonia do ambiente laboral, no qual perdem, efetivamente, ambas as partes.

O conceito de abuso do direito se encontra definido no disposto pelo artigo 187 do Código Civil Brasileiro: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.<sup>300</sup>

299 Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190). Acesso em 17 de dezembro de 2019.

300 BRASIL. Código Civil brasileiro. In *VADE MECUM* Universitário de Direito. 9ª. Ed. São Paulo: Editora Rideel, 2011.

José Affonso Dallegrave Neto<sup>301</sup> exemplifica o tema anunciando que “o *jus variandi* patronal, quando exercido de forma ilegítima e divorciado da real necessidade do serviço, ou mesmo em confronto com os limites sociais e éticos do contrato, caracteriza abuso de direito reparável mediante ação trabalhista”.

E esse poder do empregador deve, então, ser exercido dentro de limites razoáveis, pois “não pode visar única e tão somente ao interesse exclusivo do capitalista, mas antes deve alcançar interesses diversos, como os dos trabalhadores, da coletividade ou do Estado<sup>302</sup>.”

O interesse do Estado nesse aspecto está diretamente relacionado ao que se reconhece como a Ordem Pública Social, como muito bem discorrido pelo jurista uruguaio Mario Garmendia Arigón:

(...) el conjunto de valores de la vida, que por la especial transcendencia que asumen en determinado estadio de la evolución social, pasan a integrar la conciencia jurídica colectiva y se constituyen en objetos de tutela privilegiada por parte del Derecho. (...) De modo que, la materialidad fundamental del orden publico social, queda representada a través de un tríptico conformado por los siguientes valores básicos: - El trabajo no es una mercancía - El trabajo es objeto de tutela jurídica especial - La consecución de la justicia social es el criterio rector de la regulación jurídica del trabajo<sup>303</sup>.

Portanto o dano moral não só ocorre na fase contratual, mas também existem ocorrências na fase pré-contratual e pós-contratual, conforme leciona Alice Monteiro De Barros<sup>304</sup>, “o dano moral geralmente ocorre na fase pré-contratual e contratual, podendo neste último caso, provocar ou não a resolução do pacto. O dano moral poderá ocorrer também na fase pós-contratual”, podendo tal violência ocorrer ainda no local de trabalho ou mesmo em qualquer outro ambiente em que decorra do trabalho.

301 DALLEGRAVE NETO, J. A. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4ª. Ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 199.

302 SIMON, S. L. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000, p. 118.

303 GARMENIAARIGÓN, M. *Orden Público y Derecho del Trabajo*, 2ª edição, revisada, Ampliada y Actualizada, Montevideo, La Ley, 2016, p. 74.

304 MONTEIRO BARROS, A. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª Ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 637.

Esse foi justamente o objeto de normatização presente na recente Convenção nº 190 da OIT, quando estabelece no seu art. 3º:

### Artículo 3

El presente Convenio se aplica a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo:

- a. en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo;
- b. en los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios;
- c. en los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo;
- d. en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación;
- e. en el alojamiento proporcionado por el empleador, y
- f. en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo<sup>305</sup>.

Ou seja, a necessidade de evitar qualquer tipo de violência ao trabalhador, no particular de natureza moral, vai muito mais além do que o próprio local de trabalho ou mesmo o momento do trabalho, haja vista a própria incidência e o desdobramento do princípio da continuidade da relação de emprego e o meio ambiente do trabalho.

Transportando o princípio para o meio ambiente do trabalho e ao conceituarmos esse, vimos que é entendido no sentido onde se desenvolve a prestação dos serviços que interna ou externamente, e também o ambiente reservado pelo empregador para descanso do trabalhador, em que se abandona a antiga teoria que somente os ambientes internos é que poderiam ser enunciados como local de prestação de trabalho.

(...) a tutela do trabalho, entre essas, as de segurança e medicina do trabalho (CLT arts. 154 a 233), e, desde que a precaução se caracteriza pela antecipação, é perfeitamente aplicável tal princípio ao meio ambiente do trabalho<sup>306</sup>.

305 Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190). Acesso em 17 de dezembro de 2019.

306 CUNHA BELFORT, F. J. *A Responsabilidade Objetiva do Empregador nos Acidentes de Trabalho*, LTR, São Paulo, 2010, p. 65.

Com a delimitação conceitual sobre o meio ambiente do trabalho:

(...) O local onde se desenvolve a prestação dos serviços quer internamente ou externamente e também o ambiente reservado pelo empregador para o descanso do trabalhador, dotado de condições higiênicas básicas, regras de segurança capazes de preservar a integridade física e a saúde das pessoas envolvidas no labor, com o domínio, o controle, o reconhecimento e a avaliação dos riscos concretos ou potenciais existentes, assim considerados agentes químicos, físicos e biológicos, no objetivo primacial de propiciar qualidade de vida satisfatória e a proteção secundária do conjunto de bens móveis e imóveis utilizados na atividade produtiva<sup>307</sup>.

Nesse contexto, a própria Justiça especializada do Trabalho já vinha desenvolvendo forte jurisprudência no sentido de albergar tanto o processamento da matéria, o dano moral decorrente da relação de emprego, quanto a formalização da recepção, processamento e julgamento foi formalmente regulada por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que estabeleceu ser objeto de sua competência.

No entanto, a reforma trabalhista advinda com a lei nº 13.467/2017, estabeleceu parâmetros rígidos e limitativos de valores de indenizações por danos morais decorrentes da relação de trabalho nos arts. 223-A a 223-F da CLT<sup>308</sup>, sendo objeto de muitas críticas pela monetarização do dano e dos limites pecuniários da indenização,

307 *Idem*, p. 51.

308 TÍTULO II-A – Do Dano Extrapatrimonial. Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título. Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação. Art. 223-C. A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural. Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica. Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão. Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. § 1o Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial. § 2o A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais. Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I – a natureza do bem jurídico tutelado; II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III – a possibilidade de superação física ou psicológica; IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII – o grau de dolo ou culpa; VIII – a ocorrência de retratação espontânea; IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X – o perdão, tácito ou expresso; XI – a situação social e econômica das partes envolvidas; XII – o grau de publicidade da ofensa. § 1o Ao julgar precedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I – para ofensa de natureza leve – até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; II – para ofensa de natureza média – até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; III – para ofensa de natureza grave – até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou IV – para ofensa de natureza gravíssima – até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. § 2o Se o ofendido for pessoa jurídica, a

em face do salário da vítima, em claro e evidente teleologia de salvaguardar o patrimônio empresarial, em dissonância com os preceitos de respeito à integridade da estrutura social e humanística decorrente do trabalho.

Assim, em longa lista de limites à quantificação aos danos morais, ou como denominado pela legislação, dano extrapatrimonial, o legislador por fim reconheceu a necessidade de estabelecer os contornos materiais do dano moral na seara trabalhista, visto que este instituto nasce da legislação comum civil. Contudo, no seu aspecto formal, a regulação estabeleceu limites que não se enquadram à multiplicidade e diversidade do mundo real, impondo uma quantificação da indenização do dano moral levado ao conhecimento e julgamento do Judiciário Trabalhista por meio de sua monetarização, de acordo com o que cada cidadão “vale” ou “recebe” na sociedade do trabalho, em evidente descompasso com a expansividade dos direitos fundamentais.

Por outro lado, no tocante à responsabilidade civil na empresa na relação trabalhista pré-contratual, Luciano Augusto De Toledo Coelho demonstra o seguinte<sup>309</sup>:

A responsabilidade civil pré-contratual é questão controvertida na doutrina e de ocorrência ainda incipiente da jurisprudência pátria, máxime a trabalhista. Aborda-se o recrudescimento da necessidade de ampliação da responsabilidade ante os avanços tecnológicos e a globalização que afetaram o direito e o Direito do Trabalho. Sob o prisma do direito fundamental ao trabalho e da situação de sujeição do candidato a emprego, retoma-se o tema da obrigação complexa, da mitigação da vontade e da autonomia negocial, questionando-se a inserção da categoria do contrato de trabalho como negócio jurídico. Sob o prisma do princípio da boa-fé em seu aspecto limitador de direito e criador de deveres colaterais, como os de informação e de sigilo, fundamenta-se uma teoria da responsabilidade pré-contratual em direito do trabalho, a qual visa a tutelar o interesse negativo e relativizar o conceito de culpa como essencial para a responsabilidade pré-contratual. Finalmente, propõe-se a possibilidade da tutela específica no interesse positivo do trabalhador, superando-se o dogma de que a obrigatoriedade em contratar feriria princípios de liberdade contratual.

---

indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1o deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. § 3o Na reincidência de quaisquer das partes, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. § 4o Para fins do disposto no § 3o, a reincidência ocorrerá se ofensa idêntica ocorrer no prazo de até dois anos, contado do trânsito em julgado da decisão condenatória. § 5o Os parâmetros estabelecidos no § 1º não se aplicam aos danos extrapatrimoniais decorrentes de morte.

309 DE TOLEDO COELHO, L. A. *Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008, resumo no site <http://www.ltr.com.br/web/index.htm>, acesso em 10.04.2013.

Dadas as características da relação laboral<sup>310</sup>, é possível se verificar a ocorrência da extrapolação dos limites do poder diretivo ainda na fase pré-contratual, entendida como a fase de “testes, de análise de currículo, exame médico, psicotécnico, dinâmica de grupo, questionários, que compreende o processo de seleção do trabalhador. Nessa fase também ocorrem as tratativas a respeito do futuro contrato de trabalho”.<sup>311</sup>

Nesse momento, o abuso do exercício do poder diretivo pode ser concretizado por meio de atos como: exigência de atestado médico para a mulher trabalhadora, como verificação da existência de estado gestacional; negativa de contratação de trabalhador homossexual que está habilitado para o serviço, meramente por sua orientação sexual; submissão a teste de polígrafo; exigências subjetivas para a admissão (“boa aparência”); exames toxicológicos; listas negras, entre outros.

A promulgação da Lei nº9.029/95, que proíbe práticas discriminatórias nessa fase pré-contratual é um dos limites do exercício do direito potestativo do empregador, sob pena de, em sua não observância, impor-se a obrigação de indenizar o ofendido, pela prática de dano moral.

Na fase contratual, propriamente dita, que norteia a relação de trabalho durante sua execução cotidiana, o abuso do poder diretivo do empregador pode se manifestar em diversas ocasiões.

Destaca-se, aqui, por questões de jurimetria, a revista do empregado, tida como essência do poder de controle do empregador (derivado do poder diretivo), pois é o que lhe “permite a revista nos empregados, desde que não vexatória, ou seja, sem a necessidade de despi-los ou de contato corporal entre os mesmos<sup>312</sup>.”

Estatisticamente, essa conduta – que aparentemente visa proteger o patrimônio do empregador - tem sido exercida de modo a extrapolar os limites legais e razoáveis do bom senso, não obstante os avanços tecnológicos que podem colaborar para que o cuidado patrimonial não se converta em abuso do poder diretivo. Tem-se, assim, por conduta lesiva (em extravagância ao poder diretivo do empregador) toda revista que promova a exposição do empregado a situação vexatória, desrespeitando o direito à intimidade do trabalhador. Segundo Eduardo Milleo Baracat<sup>313</sup>, “não se insere no poder diretivo do empregador a possibilidade de submeter o empregado à revista vexatória, cujo constrangimento viola a dignidade e a intimidade da pessoa, restando nitidamente caracterizado o dano moral”.

310 Nota: Relação contratual que se realiza em três atos: pré-contratual, contratual e pós-contratual.

311 PINTO MARTINS, S. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.68.

312 VILLATORE, M. A., ROCHA, A. E. A atividade econômica do empregador em consonância com os direitos fundamentais dos empregados”, in Villatore, M. A. (coord). *Estado & Atividade Econômica. O Direito laboral em perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 163.

313 MILLEO BARACAT, E. *Controle do empregador pelo empregador*. Ob. cit., p. 228.

Outra atitude que merece destaque neste estudo é aquela em que se configura o assédio moral, conceituado por Marie-France Hirigoyen<sup>314</sup>,

entende-se por assédio moral no local de trabalho toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

Durante a execução do trabalho, outras atitudes do empregador podem revelar um abuso em seu poder diretivo: sistema de monitoramento inadequado, escuta de conversas telefônicas, rastreamento de mensagens eletrônicas particulares, imposição de horários para utilização de banheiros, por exemplo. A dinâmica do desenvolvimento da atividade laboral cria e recria, diariamente, muitos outros atos que, a despeito de serem realizados sob a égide do controle do desenvolvimento do trabalho – como corolário do poder diretivo do empregador – acabam por ferir o direito à intimidade do empregado.

A terceira fase em que esse poder diretivo extrapolado pode ser consignado é na fase pós-contratual, ao divulgar – por meio de listas negras – o nome do empregado que, após o rompimento do contrato de trabalho, ingressa com medida judicial trabalhista. Essa atitude tem por finalidade impedir o ingresso do trabalhador em outra empresa e se configura um abuso do poder diretivo do empregador, mormente se levar em conta a disparidade econômica existente entre as partes.

---

314 HIRIGOYEN, M.-F. *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução de Maria Helena Kuhner. 12ª. edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 32.

### 3.2.1. Acoso psíquico

Sem, contudo apresentar uma graduação, para indicar qual seria a atitude mais mórbida e danosa ao empregado, mesmo porque esta-se tratando de “dano extrapatrimonial”, alçado de grande subjetividade, inicia-se a análise pelo acoso psíquico.

O acoso psíquico, também conhecido como “assédio moral, *mobbing*, acoso moral, síndrome de *burnout*, *gaslight*, *bullying*, *ijime*, *spillover*, trote, *harassment*, *whistleblower*, terror psicológico, assédio psicológico, acoso psíquico ora para designar o mesmo fato e ora para traduzir situações distintas<sup>315</sup>”, quando utilizados em relação ao ambiente de trabalho o são para retratar “condutas verticais (seja de sentido ascendente ou descendente), horizontais ou conjugando ambas, que através de uma lógica perversa e de maneira reiterada<sup>316</sup>”.

O supracitado instituto, diante de sua amplitude podendo ser praticado não só pelo empregador mas como pelos seus prepostos, chefes ou subordinados, de forma individual ou em grupo, e ainda mais por diversas formas e modalidades, como por: assédio, aquela “insistência oportuna, junto de alguém, com perguntas, propostas, pretensões, etc.<sup>317</sup>”, aplicando o terrorismo psicológico, por meio de perseguições insistentes, e de propostas não só de cunho moral mas podendo também ser de cunho sexual, causando opressão ao assediado com atitudes de maltrato ou exigências fora de um nível razoável de conduta e normalidade, ou seja prática que tem como objetivo desqualificar a vítima mediante tratamento vexatório, com o fim de desestabilizá-la e atingir o foro mais íntimo da pessoa a sua honra, a sua alma, violando a dignidade da pessoa humana do empregado, bem como seus direitos de personalidade, seus direitos fundamentais.

Como ensina Francisco Gonzáles Navarro<sup>318</sup>, o acoso psíquico, ou pelo termo que utiliza o assédio moral “constitui um atentado contra a alma do acossado, o que não impede que possa afetar também, embora sempre por via de consequência ou derivação, de forma alguma por modo direto ou substancial, a dignidade do homem, a sua liberdade e outros valores, interesses ou bens da personalidade que devam ser protegidos pelo Direito (tradução livre)”.

---

315 MELO, Sérgio Fernando de. *Acoso psíquico e os direito de personalidade*. In *Estado & Atividade Econômica: O direito laboral em perspectiva*. Coordenadores César Villatore, M. A.; Roland Hasson. v. II. Curitiba: Juruá, 2010. p. 566.

316 *Ibidem*. p. 569.

317 SIMM, Z. *Acoso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação*. São Paulo: LTr, 2008. p. 86.

318 GONZÁLES NAVARRO, F. *Acoso psíquico em el trabajo: el alma, bem jurídico a proteger*. Madrid: Civitas, 2002, p. 28.

Como se observa, o acoso psíquico, que também deixemos claro, não é um problema exclusivamente do ambiente de trabalho haja vista que pode ocorrer em outros ambientes, como previsto na recente Convenção nº 190 da OIT, sem sombra de dúvidas gera grande desconforto para aquele que está sofrendo, pois se tratam de ações muito mais agravantes no ambiente laboral, em razão de que aquele que pratica os atos nocivos sabe o dano que está causando, pois coloca como moeda de troca em relação a estas atitudes perniciosas a manutenção da relação de emprego, a continuidade do meio de subsistência do trabalhador que normalmente não tem outra fonte de renda, levando-o a quase uma situação de servidão, pois a situação faz gerar “um clima de intranquilidade, hostilidade e até mesmo agressividade, que, por sua vez, não raro, leva ao sofrimento e ao constrangimento, além de produzir graves efeitos psicossomáticos, na pessoa da vítima, influenciando negativamente sua vida pessoal, familiar e social”<sup>319</sup>.

Outra situação de excesso se pode verificar quando a dispensa é motivada pela orientação sexual do trabalhador, cuja notícia é disseminada no momento de prestar as habituais “referências” do empregado em fase de contratação em outra empresa. Sergio Pinto Martins<sup>320</sup> elenca, além desses, como outros exemplos a falta de anotação na carteira de trabalho e a falta de pagamento de verbas rescisórias.

### 3.3. As consequências socioeconômicas do abuso e os modos de evitá-lo

Ao exercício do poder diretivo de modo a ferir o direito do empregado, o empregador se sujeita a cominações sancionatórias que variam, desde o pagamento de indenização por dano moral até a aplicação de multas administrativas pelos órgãos competentes, o que pode transtornar a saúde financeira da empresa. Além disso, um ambiente de trabalho em que se praticam atos abusivos tende a apresentar resultados produtivos menores, por conta da ineficiência da gestão de pessoas. Ainda, o elevado índice de *turn over* dificulta a estabilidade produtiva da empresa, que precisará arcar com custos elevados na substituição de empregados e sua necessária qualificação para o trabalho.

Em toda a esfera da administração do trabalho, há sempre alternativas para que o exercício do poder diretivo seja exercido dentro dos padrões legais e socialmente aceitáveis.

319 VASNI PAROSKI, M. *Dano moral e sua reparação no direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 109.

320 PINTO MARTINS, S. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, pP. 102-104.

Como efeito, o empregador deve se servir de ferramentas que o auxiliem no propósito de coordenar a atividade laboral, desenvolvendo novas técnicas corporativas que tragam harmonia e respeito ao ambiente de trabalho. Uma boa alternativa seria a implementação de uma política democrática de informação e disseminação de atividades proativas no ambiente de trabalho, com respeito às diferenças em todos os seus aspectos.

Sendo ainda na fase pré-contratual, o simples cumprimento das exigências legais (consubstanciadas principalmente nas disposições da lei anti-discriminação) já afasta o risco de o empregador estar exercendo seu poder diretivo de modo exorbitante.

Na fase executória do contrato de trabalho, além do cumprimento estrito da legislação pertinente (que é óbvio), o empregador pode se servir do vasto instrumental de que dispõe para obter, simultaneamente, a satisfação dos seus objetivos econômicos e consolidar no ambiente de trabalho a harmonia e o respeito aos seus empregados.

Note-se o caso da revista do empregado: se é certo que ao empregador é permitido (e até aconselhável) a proteção de seu patrimônio, a tecnologia e outras técnicas gerenciais menos agressivas podem lhe amparar para que uma supervisão seja feita, sem ferir o direito à intimidade e privacidade dos seus empregados. É de se salientar, entretanto, que uma cultura organizacional em que o empregado se sinta privilegiado e respeitado já seria suficiente para afastar os riscos de uma violação ao patrimônio da empresa.

Alertando para o entendimento jurisprudencial, Sergio Pinto Martins<sup>321</sup> ensina que se “a revista é moderada e não vexatória e há sorteio ou os empregados são escolhidos aleatoriamente, não se entendeu ser devida a indenização por dano moral” o que, de certa forma, corrobora o entendimento de que aquele ato não extrapolou os limites legais do poder diretivo pelo empregador, não se configurando em abuso.

Para os casos de assédio moral, cujas consequências para a empresa se traduzem em custos financeiros (tratamento do empregado ofendido, substituição do posto de trabalho, processos indenizatórios e desestruturação de setores da empresa), a alternativa é a mudança de comportamento organizacional, com a aplicação de cartilhas de conduta à qual se devem submeter todos os empregados (nos diferentes níveis hierárquicos), com a criação e manutenção de canais de denúncia (propiciando mediação e aconselhamento nos casos de conflito) e enquadramento para despedida sumária ao ofensor.

---

321 PINTO MARTINS, S. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 73.

Estas alternativas possibilitam ao empregador impedir a ocorrência de práticas abusivas no ambiente laboral e também lhe servem de instrumento de defesa em caso de ação judicial, demonstrando que se utilizou de todas as medidas protetivas disponíveis.

Na fase pós-contratual, é possível estabelecer regras internas no sistema de despedida dos empregados, de modo que esta seja feita dentro de padrões aceitáveis, sem comprometer a vida laboral futura do empregado. Tenha-se em mente que qualquer medida do empregador no sentido de impedir ou dificultar o reingresso do empregado na atividade laboral pode ser considerada infração às normas legais, redundando em evidente reparabilidade do dano causado.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Se de um lado o princípio constitucional da livre iniciativa busca permitir ao agente econômico o desenvolvimento de atividades capazes de lhe proporcionar a integração e manutenção no mercado, com a obtenção de lucros, de outro lado o princípio constitucional do valor social do trabalho permeia a construção de vida laboral ao empregado de modo que possa, este, usufruir de todas as condições para o seu desenvolvimento pessoal, laboral e familiar.

Não se trata de princípios que se opõem, mas que se complementam. Não se trata de confronto de normas, mas de junção de objetivos fixados constitucionalmente para a concretização do modelo de Estado Democrático de Direito, que tem na cidadania, na soberania e na dignidade humana seus principais fundamentos.

Por essa razão, ao realizar os atos oriundos do poder diretivo, o empregador deve ter em mente que sua atuação deve se pautar nas normas emanadas pelo sistema jurídico, nos princípios que norteiam as relações sociais (das quais a relação laboral é apenas uma de suas vertentes) e nas regras do exercício da livre iniciativa, cabedal suficiente para que o poder diretivo seja executado de modo satisfatório e como medida de ampla realização e desenvolvimento.

As regras impostas pelo sistema capitalista, que no mais das vezes serviu de confortável escudo para a atuação negligenciosa do agente econômico, devem ser postas à reflexão, na busca de um exercício moderado de condutas.

Mesmo em um momento de evidente retrocesso social no Brasil, decorrente da recente reforma trabalhista implementada pela Lei nº 13.467/2017, em que houve a potencialização do poder empresarial e dentre ele, o poder diretivo, observa-se que no cenário internacional existem vislumbres de oposição a um modelo de remercantilização da mão de obra, com respeito à integridade do trabalhador e contra a violência decorrente do abuso do direito empresarial e do seu poder diretivo, capitaneado neste momento pela Convenção nº 190 da Organização Internacional do Trabalho, que trata da violência e do assédio no trabalho.

Não é, portanto, outro o caminho a ser percorrido, que não o de respeito absoluto aos princípios maestros da condução da vida social, capaz de instalar o estado de bem estar num Estado democrático de Direito por todos almejado e com sólido acolhimento constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALVES LIMA, F. *Teoria da Discriminação nas relações de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BARACAT, E. M. (coord). *Controle do empregado pelo empregador: procedimentos lícitos e ilícitos*. 1ª. Ed. (2008), 1ª. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

BARROSO, F. T. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2010.

BARROSO, F. T. *Novo Contrato de Trabalho por Prazo Determinado, Flexibilização Laboral e Internacionalização das Relações de Trabalho*, Curitiba, Juruá, 2004.

BRASIL. CLT. *Vade mecum universitário de Direito*. Organizado por Anne Joyce Angher. 9ª. Ed. São Paulo: Rideel, 2011.

CASSAR, V. B. *Direito do Trabalho*. 3ª. Ed. Niterói: Impetus, 2009.

CRESPO MERLO, A. R.. *O sujeito no trabalho: entre a saúde e a patologia*. Curitiba: Juruá, 2013.

CUNHA BELFORT, F. J. *A Responsabilidade Objetiva do Empregador nos Acidentes de Trabalho*, São Paulo, LTr, 2010.

DALLEGRAVE NETO, J. A. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 4ª. Ed. São Paulo: LTr, 2010.

DE ALMEIDA, R. S. *Conjecturas sobre o Direito de Personalidade e o Dano Moral no Ambiente de Trabalho*, in *As aplicações do Direito de Personalidade ao Direito do Trabalho*. Villatore, M. A.. De Almeida, R. S. (coord). Curitiba: Juruá, 2013.

DE MELO, S. F. “Acoso psíquico e os direito de personalidade”. In *Estado & Atividade Econômica: O direito laboral em perspectiva*. Coordenadores Marco Antônio César Villatore; Roland Hasson. v. II. Curitiba: Juruá, 2010

DE TOLEDO COELHO, L. Responsabilidade civil pré-contratual em direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2008, resumo no site <http://www.ltr.com.br/web/index.htm>, acesso em 10.04.2013.

FERRARI, I. *Dano moral: múltiplos aspectos nas relações de trabalho*. 4ª. Ed. São Paulo: LTr, 2011.

GARMENDIA ARIGÓN, M. *Orden Público y Derecho del Trabajo*, 2ª edición, revisada, Ampliada y Actualizada, Montevideo, La Ley, 2016.

GODINHO DELGADO, M. *Manual de Direito Coletivo do Trabalho*, 18ª edição, São Paulo, 2019.

GONZÁLES NAVARRO, F. *Acoso psíquico em el trabajo: el alma, bem jurídico a proteger*. Madrid: Civitas, 2002.

GUNTHER, L. E. (coord). *Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial*. Curitiba: Juruá, 2011.

HIRIGOYEN, M.-F. *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução de Maria Helena Kuhner. 12ª. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

MASCARO NASCIMENTO, A. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

MONTEIRO BARROS, A.. *Curso de Direito do Trabalho*. 2ª. Ed. São Paulo: LTr, 2006.

NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006

PINTO MARTINS, S. *Dano moral decorrente do contrato de trabalho*. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SIMM, Z. *Acoso psíquico no ambiente de trabalho: manifestações, efeitos, prevenção e reparação*. São Paulo: LTr, 2008.

SIMON, S. L. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, A., TEIXEIRA, L. *Instituições de direito do trabalho*. 21ª. Ed. São Paulo: LTr, 2003.

VASNI PAROSKI, M. *Dano moral e sua reparação no direito do trabalho*. Curitiba: Juruá, 2006.

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. *Manual de Derecho del Trabajo*, 7ª edição Granada, Comares, 2009.

VIEIRA WANDELLI, L. *O direito humano e fundamental ao trabalho: fundamentação e exigibilidade*. São Paulo: LTr, 2012.

VILLATORE, M. A., ROCHA, A. E. “A atividade econômica do empregador em consonância com os direitos fundamentais dos empregados, in *Estado & Atividade Econômica. O Direito laboral em perspectiva*. Villatore, M. A. (coord). Curitiba: Juruá, 2007.

IX.

LA PREVENCIÓN DEL ACOSO LABORAL  
DESDE LA ÓPTICA PENAL:  
EL *COMPLIANCE* LABORAL COMO  
FÓRMULA GLOBAL DE GESTIÓN  
DE LOS RIESGOS CORPORATIVOS

**José Sánchez Pérez**

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social  
Universidad de Granada*

**Sumario** 1. El origen del término «compliance» y su expansión en el ámbito preventivo empresarial. 2. El abordaje de los riesgos psicosociales desde la perspectiva penal. 3. La doctrina jurisprudencial en el tratamiento penal del «acoso laboral». 4. La delimitación del concepto de «compliance penal y laboral». 4.1. Elementos del «compliance penal y laboral». 4.2. El cumplimiento normativo laboral ético y responsable. 4.3. La figura novedosa del «compliance officer». 5. Normativa de aplicación. 6. La responsabilidad empresarial frente al ciberacoso . 7. El ciberacoso sexual. 8. Conclusiones

## 1. EL ORIGEN DEL TÉRMINO «COMPLIANCE» Y SU EXPANSIÓN EN EL ÁMBITO PREVENTIVO EMPRESARIAL

El término «*compliance*» se identifica con una serie de instrumentos de carácter preventivo cuya finalidad persigue el objetivo de garantizar que las empresas, y quienes prestan servicios en las mismas, realicen sus actividades con respeto a la normativa vigente y a los códigos éticos establecidos respetando, en general, las buenas prácticas que resulten exigibles en el sector de que se trate.

Vinculado al ámbito penal, el «*compliance penal*» vendrá referido al conjunto de medios de carácter preventivo destinados tanto a la finalidad de la prevención frente a los incumplimientos de normas de carácter penal, como a la evitación de sanciones que puedan generar responsabilidad empresarial<sup>322</sup>.

El término «*compliance*» se asocia al correcto cumplimiento de las normas que resulten vinculantes. Sin embargo, esta finalidad genérica no resulta fácil de afrontar con éxito en un entorno laboral y empresarial que resulta cada vez más complejo.

El punto de partida histórico del fenómeno descrito se puede situar en la década de los años 70 a partir del denominado «*caso Watergate*» del que derivaron cuantiosas multas a grandes empresas americanas por diversos escándalos asociados a la corrupción. Como consecuencia de la verificación de las graves irregularidades detectadas, muchas empresas optaron por aprobar medidas para verificar el cumplimiento ético de las normas.

Con el paso del tiempo, finales de la década de los años 90, el término «*compliance*» pasó a identificar un papel básico para el buen funcionamiento de las empresas. Más adelante, se ha utilizado el término para hacer mención a la seguridad en el trabajo, a la imagen corporativa, al blanqueo de capitales, a la protección de datos y otras áreas asimilables<sup>323</sup>.

El «*compliance penal*» alcanza una particular relevancia asociada al interés mostrado por las empresas por evitar sanciones que resultan especialmente gravosas en este ámbito. El artículo 31 bis del Código Penal, redactado por el número 20 del artículo único de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introdujo en el ámbito punitivo la responsabilidad de las personas jurídicas. Este precepto contempla un escenario con dos tipos de situaciones:

322 Vid. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Compliance y Proceso Penal. El Proceso Penal de las Personas Jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2016.

323 REMACHA, Compliance, ética y TSC, *Cuadernos de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo*, nº 31, julio de 2016, pp. 6-9.

En primer lugar, aquellos delitos imputables a quienes ostentan en el marco de la persona jurídica facultades de control, organización o decisión en la empresa, tales como administradores, responsables legales o altos directivos con la condición de que intervengan en nombre o por cuenta de la entidad.

En segundo lugar, se hace referencia a la comisión del delito en el ejercicio de las actividades empresariales en los supuestos en que, estando sometidos a la autoridad de las personas relacionadas, se delinquiera al omitirse, de forma grave, el deber de vigilancia o de control. Se hace mención así a la comisión de un delito por parte de cualquier empleado, aún sin facultades de decisión o control dentro de la jerarquía empresarial, como consecuencia de la falta constatada de mecanismos de vigilancia que hubieran permitido detectar la reseñada actividad delictiva o responsable dentro de este ámbito jurisdiccional.

A la vista del riesgo descrito, surge el denominado «*compliance penal*» que se traduce en un sistema de gestión que facilita que la organización empresarial alcance una mayor visibilidad y transparencia en su funcionamiento, permite un mayor control no solo sobre las formas de operar, sino sobre las decisiones que permitan reducir los riesgos con proyección legal o reputacional. De forma complementaria, permitirá la detección de fraudes e incidencias en la gestión de carácter estratégico y comercial<sup>324</sup>.

Finalmente, la implementación del «*compliance penal*» facilita a las personas jurídicas, y organizaciones en general, un aval ante las autoridades administrativas, y frente a terceros, que acredita el cumplimiento adecuado de las normas a tenor de los estándares establecidos. También evidencia no solo un posicionamiento claro frente a los comportamientos ajenos a las obligaciones legales, sino junto a las buenas prácticas del sector, mostrando un cumplimiento voluntario al nivel del mayor grado de exigencia.

Las garantías aludidas son exigidas, cada vez con mayor frecuencia, por los propios clientes y en los procesos de contratación pública. En un contexto global en que se prima la lucha contra la corrupción y las buenas prácticas, las empresas tienden a hacer lo posible por mejorar su imagen corporativa ocupando posiciones avanzadas en el cumplimiento ético de las normas.

---

324 ROJAS ROSCO, R., La eficacia de los Sistemas de Gestión de Compliance Laboral y la Doctrina de los “Actos Propios”, *Compliance laboral*, 2017, Lefevre, El derecho, p. 11.

El código penal, a través del artículo 31 bis, fija una serie de requisitos que implican la conveniencia de realizar un análisis de la actividad desempeñada por la empresa, identificando las incidencias que puedan derivar en la posible comisión de un delito. De esta forma, se pueden establecer mecanismos de control que se deben revisar periódicamente al objeto de minimizar en el mayor grado posible los riesgos existentes, implementando un régimen sancionador que permita desplegar la facultad disciplinaria de la empresa frente a quienes contravengan las prevenciones establecidas al efecto.

El «*compliance penal*» implica minimizar al máximo los riesgos de sanción, así como el desarrollo de un régimen sancionador que permita reaccionar frente a aquellos que incumplan la normativa establecida. En definitiva, hablamos del diseño de un plan, su implementación, su ejecución, su supervisión periódica y su adaptación a las novedades o requerimientos que resulte preciso incorporar.

## 2. EL ABORDAJE DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES DESDE LA PERSPECTIVA PENAL

Con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el año 2010 (Ley 5/2010) y posteriormente en 2015 (LO 1/2015) se ha consolidado la conveniencia de disponer en el ámbito empresarial de modelos organizativos, procedimientos y protocolos que faciliten el cumplimiento de la legalidad<sup>325</sup>.

Los programas de cumplimiento normativo «*compliance penal*» identifican una fórmula eficaz y adecuada para la eliminación o reducción de riesgos en el marco de las organizaciones y, por ende, también en lo que se refiere a los riesgos psicosociales que incluyen, singularmente, el fenómeno del acoso laboral.

Desde esta perspectiva, la organización empresarial queda vinculada por las infracciones administrativas que puedan producirse en el ámbito regulador a través de las normas que establece la LISOS (Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social), la Ley de Igualdad (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) o la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre). En la actualidad esa responsabilidad se extiende también al ámbito penal al entrar en juego las obligaciones derivadas de los artículos 31 bis, 129 y 318 del Código Penal.

---

325 Vid. CARBONELL MATEU, MORALES PRATS, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Dir. Por Álvarez García/González Cussac, Valencia, 2010.

Una de las principales dificultades con las que se enfrenta la víctima del acoso laboral en su ámbito profesional es el miedo y la falta de confianza en los mecanismos que le permitan salir de su situación. Surge así la sensación de inseguridad por la posibilidad de pérdida del puesto de trabajo, el recelo del trabajador a quedar señalado con afectación del prestigio personal y profesional, o por la pérdida de derechos, o por la posibilidad de pérdida de la promoción profesional.

Todo lo relatado incide en que, a pesar del alto índice de conductas irregulares tanto en empresas públicas como privadas, el número de denuncias resulta poco ilustrativo de la realidad. Por tal motivo, resulta relevante la consolidación de canales que permitan la interposición de denuncias<sup>326</sup>, garantizando la confidencialidad de los autores, que permitan comunicar los hechos infractores, así como las conductas irregulares que no debe sufrir el acosado.

La consolidación de canales de interposición de denuncias, garantizando la confidencialidad y el derecho a la intimidad, facilita que se pueda producir una investigación interna que pueda neutralizar o eliminar la conducta asociada al acoso. Estas vías de denuncia se afianzan en las grandes corporaciones si bien en un tejido productivo, donde predomina la pequeña y mediana empresa, persisten las dificultades para responder a las situaciones de acoso laboral de forma adecuada.

La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, 218/2018, de 23 de Abril, en su exposición de motivos hace mención a que las personas que prestan servicios en una organización empresarial o se relacionan con ésta son los primeros en tener conocimiento de estas situaciones de abuso<sup>327</sup>. Es por ello, que esta Directiva fija el objetivo de proteger en Europa a los denunciantes de corrupción o de otras prácticas ilícitas, conocidas en el mundo anglosajón como *whistleblowers* (alertadores). Se advierte, a través de la propuesta de Directiva citada, que quienes informan de los actos reprobables que se producen en el contexto laboral, cumplimentan una labor preventiva que facilita la detección de amenazas o daño que, de otro modo, permanecerían ocultas.

Con frecuencia, los actos ilícitos que se reiteran generando los riesgos psicosociales permanecen ocultos por el temor a las represalias que se pueden adoptar frente a posibles denunciantes. En este contexto, resulta sumamente relevante ofrecer una protección adecuada a los denunciantes con el objeto de poder proteger los intereses públicos.

326 ROJAS ROSCO, R., Los canales de denuncia interna (whistleblowing) en el ámbito laboral, *Compliance laboral*, 2017, Lefebvre, El derecho, p. 11.

327 ARANDA MARTÍNEZ, M. C., "Compliance, canal de denuncias & acoso laboral", *LegalToday*, 9 de agosto de 2018.

Al hilo de la nueva normativa, pendiente de implementar, *Transparencia Internacional España* ha confeccionado una serie de propuestas<sup>328</sup> destinadas a la mejora de la Proposición de Ley Integral contra la corrupción, en trámite en el Congreso de los Diputados, y que abundan en la protección de los denunciantes buscando un estatuto protector de esta figura que resulta esencial para que afloren las conductas desviadas.

### 3. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN EL TRATAMIENTO PENAL DEL «ACOSO LABORAL»

El párrafo 2º del artículo 173 del Código Penal, introducido por el número trigésimo octavo del artículo único de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal parecía aportar una herramienta definitiva para la protección del «acoso laboral». El mismo contemplaba una pena de prisión, de seis meses a dos años, a quien «en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes<sup>329</sup> que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima».

Los comportamientos perseguidos por esta modalidad penal se circunscriben a los trabajadores que en el centro de trabajo se ven sometidos a una violencia psicológica de forma sistemática y recurrente, derivados de un comportamiento producido por abuso de autoridad de un superior o bien a través de un trato de carácter vejatorio pudiendo, en ambos casos, preexistir un móvil o finalidad discriminatoria.

Sin embargo, pasados unos años se aprecia que la mayoría de los procedimientos, que inciden en esta vía, evidencian la posible existencia de una vía muerta pues la práctica totalidad de las denuncias o querellas que iniciaron los procedimientos buscando la protección penal, articulada por este nuevo precepto, han finalizado con el sobreseimiento o archivo de las diligencias incoadas. Entre tales pronunciamientos, cabría citar la jurisprudencia menor emanada de varias Audiencias Provinciales, como la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 29, nº 62/2011, de 10 de febrero; la de La Rioja, nº 111/2003, de 23 de mayo; la de Tarragona, nº 201/2004, de 6 de mayo; o la de Cantabria, nº 395/2007 de 7 de noviembre<sup>330</sup>.

---

328 Paper disponible en la URL: [https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/04/position\\_paper\\_proteccion\\_denunciantes.pdf](https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/04/position_paper_proteccion_denunciantes.pdf) [Consulta realizada el 21.12.2019]

329 La doctrina jurisprudencial aclara el concepto de trato degradante, acogiendo el criterio establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quedando definido como "aquel trato que puede crear en las víctimas sentimientos de horror, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, la resistencia física o moral" (SSTS 1061/2009, de 26-10; 255/2011, de 6-4; y 255/2012 de 29-3).

330 LÓPEZ MOLINA, J. A., "Acoso laboral: perspectiva penal y compliance en la prevención de riesgos laborales", tesis doctoral, UCAM, 2017, p. 4.

En ocasiones, como se puede constatar en los hechos probados de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, de fecha 11 de abril de 2012, Rec. 444/2012, el mero archivo de una denuncia interpuesta en vía penal sobre una situación de grave acoso laboral, prolongado durante una década y con graves secuelas (trastorno depresivo que justifica largos procesos de incapacidad laboral) y habiéndose acreditado durante años –vid. informe de la inspección de trabajo– que se había privado al trabajador de todo quehacer laboral, vino incluso a constituir la excusa para que la empresa intentara, *además*, justificar el despido disciplinario del trabajador por «falsa imputación de un delito».

Asimismo, resulta relevante destacar el criterio restrictivo que muestra la sentencia 694/2018, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, Rec. 2486/2017 de 21 de Diciembre de 2018, al rechazar la existencia de delito de acoso laboral al considerar que la existencia de actos con relevancia penal debe consistir en: «realizar actos hostiles y humillantes, reiterados y graves», en tanto que –en aquel supuesto concreto examinado– sólo pudo acreditarse la existencia de una situación laboral tensa, imputable a la responsabilidad de todos los implicados.

De hecho, la mayoría de procedimientos por la causa relatada acaban siendo objeto de auto de archivo al apreciarse la ausencia de relevancia penal de los hechos imputados en el escrito de denuncia o querrela. En tales pronunciamientos, se aprecia que la jurisdicción penal actúa como última ratio, si bien, con frecuencia, se deja abierta la opción de la jurisdicción laboral para los afectados dado que lo que se suele rechazar no es la existencia del acoso laboral, sino su tipificación como delito.

En este contexto, de palmaria ineficacia de la jurisdicción penal, y para eludir la excesiva judicialización de las relaciones laborales, con un significativo incremento de las víctimas de acoso moral en el trabajo, resulta preciso recurrir al desarrollo de medidas preventivas. Queda, pues, un amplio papel a desarrollar a través de la implantación del programa de cumplimiento normativo «*compliance*» que pasamos a examinar seguidamente.

#### 4. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE «COMPLIANCE PENAL Y LABORAL»

Desde una perspectiva genérica, cabría definir el «*corporate compliance*» como un modelo de organización y gestión utilizado por una organización empresarial, que incorpora medidas adecuadas para la prevención de los incumplimientos normativos en que pudiera incurrir.

Desde una perspectiva más estricta, ceñida al ámbito penal, el modelo se ajusta a la prevención de aquellos comportamientos de los que pudiera resultar responsable la persona jurídica a tenor de los recientes tipos penales incluidos en esta jurisdicción.

Tras las últimas reformas producidas en el Código Penal, Ley 2/2015, aparece tipificada la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Desde este momento, las empresas despliegan sus primeras acciones al objeto de afrontar las medidas precisas para evitar la comisión de los posibles incumplimientos que pudieran derivar en la generación de responsabilidades de tipo penal<sup>331</sup>.

En el Código penal se detallan hasta más de 20 delitos asociados a la responsabilidad penal corporativa, identificados a través de una relación de actos u omisiones cuya responsabilidad sería depurada frente a administradores y directivos.

El «*compliance laboral*» se desarrolla como respuesta preventiva dentro del ámbito de gestión del riesgo de las mercantiles, en todo caso enfocado hacia la cobertura adecuada de los posibles incumplimientos normativos en que se pudiera incurrir en cada una de las actividades habitualmente desarrolladas. En el bloque normativo laboral, se ha producido recientemente un considerable aumento tanto de la producción normativa, como de su complejidad interpretativa. Es, en este punto preciso, donde la operatividad del «*compliance laboral*» se muestra como un instrumento eficaz al incorporar mecanismos y sistemas de control, de proyección interna y externa, que busca eludir o minimizar los riesgos que puedan aparecer vinculados a incumplimientos de tipo normativo<sup>332</sup>.

---

331 MARTÍNEZ PUERTAS, L., PUJOL CAPILLA, P., *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*, Aranzadi, 2015.

332 ROJAS ROSCO, R., ¿Es posible un cumplimiento normativo laboral ético y responsable?, *Compliance laboral*, 2017, Lefevre, El derecho, p. 3.

El «*compliance laboral*» se puede abordar considerando tres funciones de carácter principal. La primera de ellas debe examinar el grado de compromiso existente en la organización empresarial respecto a cada una de las normas laborales legalmente vinculantes. La segunda persigue profundizar en las labores preventivas que garanticen la reducción de los riesgos laborales. Finalmente, la tercera debe identificar las prácticas laborales que permitan alcanzar un correcto cumplimiento normativo, buscando la mejora del clima laboral y de las relaciones laborales desarrolladas en los centros de trabajo.

Los programas de «*compliance laboral*» deben abarcar una serie de áreas de carácter básico. Entre ellas, resulta relevante verificar las condiciones de trabajo tanto en el territorio nacional como fuera de él cuando los trabajadores se desplazan; las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) en el entorno laboral; la igualdad y no discriminación; la protección de datos personales y de la propiedad intelectual; la evaluación y prevención de riesgos laborales; la seguridad y salud en el trabajo, así como las actuaciones pertinentes en materia, entre otras, de responsabilidad social corporativa.

#### **4.1. Elementos del «*compliance penal y laboral*»**

El «*compliance penal*» incorpora elementos que facilitan que la organización empresarial pueda ofrecer resultados más eficaces a la hora de verificar el efectivo cumplimiento de las normas. La nueva regulación normativa, a través del artículo 31 bis del Código Penal, permite avanzar en la configuración que ha de alcanzar el de «*compliance*».

En primer término, debe identificar aquellas actividades que puedan identificarse con la posible comisión de delitos.

En segundo lugar, se deben aprobar protocolos o procedimientos que faciliten la toma de decisiones y su ejecución en relación a los comportamientos que puedan incumplir lo estipulado.

En tercer lugar, se deben disponer los recursos financieros oportunos para que el departamento que gestione estos procedimientos disponga de autonomía y de capacidad de actuación independiente.

En cuarto lugar, se debe aprobar un régimen sancionador que ofrece un doble papel sancionador y disuasorio de las conductas incumplidoras. Por su parte, la obligación vinculada al artículo 31 bis Código Penal de desarrollar un régimen disciplinario dentro de un sistema de cumplimiento normativo implica, como deja de manifiesto la Fiscalía en su Circular 1/2016, la elaboración de un código ético o de conducta que incorpore las obligaciones que deben asumir tanto los directivos como los empleados de la organización empresarial.

La previsión expresa de un procedimiento interno de investigación incorporada al «*compliance*», no solo permite la consideración de una eventual atenuante en los supuestos en que se verifique la comisión de un delito, sino que muestran, de forma indiciaria, un nivel de compromiso ético por parte de la empresa, que podría facilitar, incluso, la exención de la posible pena a imponer<sup>333</sup>.

Y, en quinto lugar, se debe llevar a cabo una comprobación periódica del modelo, y de su eventual adaptación, que resulte precisa a tenor de los cambios producidos en la organización o de la apreciación de la necesidad de incorporar nuevas medidas de actuación.

Por su parte, el «*compliance laboral*» aparece vinculado a los incumplimientos de orden estrictamente laboral, precisándose a tal efecto, de mecanismos específicos que eviten o minimicen los riesgos asociados a la prestación laboral. Dentro de estas áreas de supervisión se debe incluir la vigilancia de las condiciones de trabajo, la protección de datos personales, así como la prevención genérica pero exhaustiva de los riesgos laborales.

#### **4.2. El cumplimiento normativo laboral ético y responsable**

En el ámbito laboral, el «*compliance laboral*» viene referido a la función corporativa de carácter preventivo y de gestión de aquellos riesgos que aparezcan vinculados a los hipotéticos incumplimientos de la normativa laboral en el seno de la organización.

El objetivo no debería ser solo una fórmula dirigida a sortear la imposición de una sanción sino contemplar la hipotética pérdida de reputación que pueda alcanzar a la organización corporativa «como consecuencia de su incapacidad para lograr el cumplimiento de todas las leyes aplicables, las regulaciones, los códigos de conducta y las normas de la buena práctica»<sup>334</sup>.

---

333 ROJAS ROSCO, R., Los sistemas disciplinarios en los compliance programs y su relevancia en la exención penal de la empresa, *Compliance laboral*, 2017, Lefevre, El derecho, p. 15.

334 ROJAS ROSCO, R., ¿Es posible un cumplimiento normativo laboral ético y responsable?, *Compliance laboral*, 2017, Lefevre, El derecho, p. 2.

Éste código ético que se postula debe incorporar diversas cualidades que lo hagan eficaz, sin que el mismo pueda representar un mero «*brindis al sol*»:

1. Debe ser claro y preciso, por lo que debe incorporar conductas definidas con claridad para que puedan ser identificadas y atendidas por los miembros de la organización empresarial.
2. Debe ser publicitado y difundido para que todos los miembros de la organización empresarial tengan un conocimiento cabal de su contenido.
3. Debe exigirse firmeza en el cumplimiento de las conductas perseguidas, ofreciéndose como límite el que aparece definido por los propios Derechos Fundamentales de los miembros de la comunidad.
4. No caben las actitudes indulgentes o tolerantes frente a las conductas prohibidas por el código ético. La tolerancia o las actitudes displicentes dificultan la respuesta adecuada a los incumplimientos y, paralelamente, pueden determinar la hipotética existencia de responsabilidad empresarial.
5. Procede fijar consecuencias sancionadoras frente a los incumplimientos del código ético. De otra manera, quedaría relegado a un código de buenas intenciones. El mero hecho de que se constate la existencia de una norma o criterio sancionador despliega el efecto preventivo frente a los destinatarios de tal norma, siempre que guarde una correcta proyección con lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores y el convenio colectivo que resulte aplicable<sup>335</sup>.

#### 4.3. La figura novedosa del «*compliance officer*»

A partir de la reforma realizada a través del artículo 31bis del Código Penal, materializada por L.O. 1/2015, de 30 de marzo, CP, la figura del «*compliance officer*» es tan demandada en el mercado que ha dado lugar a múltiples cursos avanzados y de postgrado para dispensar los conocimientos y la capacitación precisa para el desempeño de una profesión que ha pasado a ser bastante solicitada por las empresas.

De conformidad con los estándares internacionales (Norma UNE-ISO 19600) relativa a «*sistemas de gestión de compliance*» se identifica la función del «*compliance officer*» como aquella por la que se asume la responsabilidad en la gestión del cumplimiento normativo en el denominado día a día de la organización.

---

335 ROJAS ROSCO, R., Una nueva generación de códigos éticos, *Compliance laboral*, 2017, Lefevre, El derecho, p. 6.

Compete al «*compliance officer*» la función de supervisar el funcionamiento del modelo de prevención de delitos implantado por la organización, pasando a identificarse como un órgano de la persona jurídica con facultades, autonomía, iniciativa y control. De este modo, con la excepción de empresas de reducido tamaño, debe tratarse de un órgano creado con una identidad específica y designado por su órgano de administración. Se persigue que cumpla su tarea con el mayor nivel de autonomía, imparcialidad e independencia evitando con ello posibles conflictos de intereses que pueden surgir en el seno de la empresa<sup>336</sup>.

## 5. NORMATIVA DE APLICACIÓN

A la hora de asumir el cumplimiento de las obligaciones normativas en materia de «*compliance laboral*» resulta preciso atender los estándares internacionales sobre protección de derechos humanos sociales. Entre tales obligaciones aparece claramente identificada la obligación del empresario de eludir todo tipo de conducta generadora de acoso o discriminación laboral.

Resulta llamativo verificar que a la hora de desarrollar la relación de delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas, la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, se ha incluido en el apartado 2.2 una relación de veintiséis delitos. Sin embargo, y sorprendentemente, en esta relación no aparece el delito de acoso laboral tipificado en el artículo 173.1 párrafo 2º del Código Penal, pese a que se trata de un delito específico del contexto laboral.

De lo expuesto, puede deducirse que las personas jurídicas no podrán resultar imputadas por los delitos de acoso laboral que se produjeran en su ámbito organizativo por una razón transparente: el legislador no ha realizado la oportuna tipificación.

A tenor de la reflexión anterior, podría plantearse si queda eliminada toda responsabilidad corporativa cuando se comete un delito de acoso laboral. La respuesta debe ser necesariamente negativa, pues cabría articular, en tal caso, la aplicación del artículo 120 del Código Penal al establecer la responsabilidad civil de las personas jurídicas «dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios».

---

336 ROJAS ROSCO, R., Hacia el nuevo Estatuto laboral del Compliance Officer, *Compliance laboral*, 2017, Lefevre, El derecho, p. 8.

La responsabilidad corporativa aparece sustentada tanto en la culpa *in eligendo*, como en la culpa *in vigilando* de la empresa. Así lo detalla la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª de la Penal, de 24 de octubre de 2014, al destacar que «*lo relevante es que la persona elegida para desempeñar una determinada función actúe delictivamente precisamente en el ejercicio de dichas funciones (culpa in eligendo), y las desarrolle con infracción de las normas penales sin que los sistemas ordinarios de control interno de la empresa los detecte (culpa in vigilando)*».

De lo expuesto, se desprende que la empresa habrá de ser condenada como responsable civil subsidiaria por el delito de acoso laboral cometido por los responsables corporativos en alguno de los siguientes supuestos: 1) cuando éstos no adoptaron las medidas de vigilancia y control adecuadas para prevenir, detectar y erradicar las conductas de acoso laboral y 2) cuando del delito se hubieran derivado daños y perjuicios para la víctima, circunstancia que concurre en la mayoría de los casos. Resulta pertinente recordar que, cuando se ha tramitado el procedimiento penal frente al presunto acosador, la sentencia puede pronunciarse respecto a la responsabilidad civil de la empresa con la salvedad de que la víctima hubiera realizado la oportuna reserva de la acción civil para ejercitarla en esta jurisdicción.

La responsabilidad civil en el acoso laboral debe abarcar la totalidad de daños y perjuicios sufridos por la víctima, incluyendo tanto el valor que pudieran alcanzar las secuelas de índole psíquica, el daño moral, la reparación automática que opera cuando hay infracción de derechos constitucionales fundamentales, así como los días de incapacidad que se pudieran haber sufrido<sup>337</sup>.

De lo indicado se desprende la conveniencia de que las personas jurídicas contemplen la prevención de los riesgos psicosociales en sus programas de «*compliance laboral*» si pretenden eludir la responsabilidad consecuente por este tipo de hechos. Se ha de tener presente que la carencia de un modelo preventivo del acoso laboral no solo puede desencadenar la responsabilidad civil de la empresa en la esfera penal, sino que puede generar distintas consecuencias en la jurisdicción social como la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador o la imposición de la sanción correspondiente a través de los artículos 8.12 y 8.13 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Se ha de tener presente que en el orden jurisdiccional social se puede articular una doble responsabilidad del empresario relacionada con las conductas de acoso, discriminación o violencia en el trabajo. De una parte, la responsabilidad vinculada a la acción desempeñada de forma activa, bien por el empresario, bien por parte de sus empleados; y, de otra parte, por omisión, relacionada con la inactividad desplegada por el empresario al no llevar a cabo las medidas precisas para impedir que se produjeran las conductas que integran el acoso.

---

337 MERCADER UGUINA, J. R., El régimen laboral del Compliance officer: un camino por andar, *Trabajo y Derecho*, nº. 38, 2018, pp. 114 -119.

Esa inactividad puede ser sancionada en supuestos en que las empresas de más de 250 trabajadores que no hayan implementado planes específicos de igualdad, conforme a lo exigido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo; aunque también alcanza al empresario, al margen del tamaño o sector de actividad, a elaborar e implantar concretos protocolos de prevención contra el acoso laboral sexual o por razón de sexo (art. 48 LO 3/2007), así como «*arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del acoso*» que fijen o aprueben canales de denuncia. Lo perfilado, pues, no es una mera recomendación sino una obligación positiva exigible al empresario.

Las empresas, por su parte, pueden adoptar medidas preventivas frente a este tipo de conductas a través de iniciativas que han sido valoradas por la jurisprudencia de forma positiva. La elaboración de códigos éticos, protocolos o normas de conducta que las penalicen es algo que no solo mejora la reputación de las empresas sino que facilita el tratamiento y la reparación adecuada de estas situaciones<sup>338</sup>.

Se ofrece, pues, como indiscutible la existencia de una obligación genérica pero exigible a cualquier empresa, al margen de su tamaño y ubicación geográfica, relativa a la conveniencia de desarrollar programas dirigidos al cumplimiento normativo, «*compliance programs*», con la pretensión de afrontar la prevención de los riesgos existentes en el ámbito laboral.

## 6. LA RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL FRENTE AL CIBERACOSO

Ante el auge de las redes sociales y del uso de la tecnología para difundir contenidos, cabría preguntarse si la realización de la actividad de acoso a través de estos medios o al margen del horario laboral y del centro de trabajo, puede desencadenar la responsabilidad empresarial en su calidad de garante *in vigilando*, o bien, si solo surge la responsabilidad exclusiva del acosador.

Desde la perspectiva jurisprudencial, la amplia doctrina judicial viene a aplicar la teoría gradualista al considerar los diferentes elementos que permiten considerar la gravedad de la conducta, tales como el tiempo y lugar en la comisión de la infracción, la difusión alcanzada, etc. No puede tener igual consideración al efecto la difusión realizada en una red privada que en un *blog* o red social abierta sin restricciones de privacidad<sup>339</sup>.

338 ROJAS ROSCO, R., Una nueva generación de códigos éticos, *Compliance laboral*, 2017, Lefevre, El derecho, p. 5.

339 ROJAS ROSCO, R., La responsabilidad de la empresa ante el ciberacoso laboral, *Compliance laboral*, 2017, Lefevre, El derecho, p. 17.

En este contexto, entre la amplia casuística existente, la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha señalado, núm. 804/2019, de 19 de julio, declara la procedencia del despido disciplinario de un trabajador que había difundido a través de la red social *twitter*, comentarios injuriosos y de contenido ofensivo para la reputación de la empresa y para diversos empleados. El trabajador, con reiteración, utilizó términos injuriosos como el que sigue: «Solo estamos en la oficina yo y la cacho mierda de posventa que me odia, hemos de trabajar juntos para ayudar a nuestro distribuidor indio». En este caso, se valora que resulta irrelevante que el trabajador despedido no identificara a la empresa toda vez que, al tener un perfil público en la red social, al tribunal le resultó «indudable que cualquiera que le conozca, personal o profesionalmente, conoce cuál es su oficina y la empresa para la que trabaja». Los hechos descritos, como interpreta el juzgador, sitúan tanto a la empresa como al resto de trabajadores como indudables objetivos de los inapropiados mensajes vertidos por el trabajador despedido.

En esta misma línea, se sitúan las conductas discriminatorias por razón de sexo, de la que es ilustrativa la sentencia 6589/2015 del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña de 6 de noviembre de 2015 que justifica la procedencia del despido de un trabajador por comentarios despectivos realizados frente a una de sus compañeras de trabajo materializados a través de las redes sociales.

La validez probatoria en el orden social de los comentarios sobre los que se dirige la facultad disciplinaria empresarial pasa por considerar pertinente la prueba de publicaciones de los empleados en redes sociales, *blogs* personales o herramientas de mensajería instantánea como *whatsapp*, siempre que quede acreditado que la misma no se ha obtenido de forma ilícita o con vulneración de derechos fundamentales, respetando, en todo caso, la privacidad establecida por el usuario.

En lo que se refiere a las medidas preventivas que han de adoptar las empresas, la jurisprudencia ha destacado la relevancia de incluir en la normativa interna de la empresa (reglamentos de régimen interior, circulares, etc.) códigos de conducta que señalen obligaciones concretas y compromisos de los trabajadores para respetar y no perjudicar la reputación tanto de la empresa, como de los compañeros de trabajo, así como la implementación de protocolos preventivos frente al acoso laboral<sup>340</sup>.

---

340 ROJAS ROSCO, R., La responsabilidad social de las empresas como base de la excelencia laboral, *Compliance laboral*, 2017, Lefevre, El derecho, p. 23.

## 7. EL CIBERACOSO SEXUAL

Resulta necesario, de inicio, vincular las prácticas que caracterizan el ciberacoso sexual con las mujeres trabajadoras como colectivo que suele resultar más afectado por el acoso producido en el trabajo, tal y como verifica la Organización Internacional del Trabajo.

En la medida en que los artículos, 4.2.d) del Estatuto de los Trabajadores y 14 de la Ley de Prevención de Riesgos laborales, establecen la obligación de la empresa de garantizar un medio ambiente de trabajo saludable, ésta ha de desplegar las acciones precisas para que tal obligación resulte real y efectiva. Desde este punto de partida, la empresa viene obligada a evaluar la posible existencia de este riesgo, a prevenirlo, identificando las prácticas de acoso y ofreciendo una respuesta adecuada si se materializan.

De incumplirse la obligación descrita, se entiende que se desencadena la responsabilidad empresarial, por acción o por omisión, dependiendo del supuesto fáctico de que se trate. Ya en su momento, la sentencia del Tribunal Constitucional 72/2007, de 16 de abril, consideró la existencia de responsabilidad empresarial por omisión cuando, pese a tener conocimiento de las situaciones de acoso, o cuando menos una fundada sospecha de que las mismas se producían, alentó que se mantuvieran, no impidiéndolas al mantener una postura pasiva que alentó y facilitó su mantenimiento.

Esta interpretación pacífica debe llevar a las empresas a tomar conciencia de la relevancia de la prevención de los riesgos psicosociales en el trabajo, así como de la necesidad de abordar una gestión adecuada de tales riesgos.

De forma específica, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contempla la obligación de que las empresas articulen un protocolo de prevención del acoso, que incorpore la adopción de medidas cuando se produzcan prácticas de este tipo. Tales protocolos, que deben tener una oportuna difusión entre los miembros de la empresa, deben facilitar medidas de actuación que resulten realmente eficaces, reaccionando con rapidez, evitando la excesiva dilación en el tiempo en la adopción de medidas resolutivas y activando el protocolo, incluso en los supuestos en que se no haya materializado la denuncia pero existan indicios de que se producen las prácticas aludidas.

Entre las posibles medidas que cabría adoptar en los supuestos en que se produzcan indicios de acoso, podría indicarse, junto a las de tipo sancionador, el traslado del lugar de prestación de servicios o la baja temporal con suspensión del contrato con reserva de puesto de trabajo. Resulta preciso, además, concienciar de forma adecuada a los trabajadores respecto a la importancia de erradicar las prácticas de acoso, sensibilizándoles a tal fin. La empresa debe fomentar la denuncia de estas prácticas, trasladando los hechos que lleguen a su conocimiento a la autoridad judicial y ofreciendo asistencia a la víctima del acoso.

Queda claro pues, que la empresa, si quiere eludir la aplicación de los distintos sistemas reparadores y sancionadores de responsabilidad laboral, civil, administrativa y penal, debe evidenciar un papel activo en la lucha contra las prácticas de acoso, pues, como se ha verificado, la actitud pasiva no sorteja las eventuales responsabilidades que se desencadenen.

En definitiva, las empresas vienen obligadas a fomentar una cultura de buenas prácticas, difundiendo el valor del respeto a la privacidad de las personas y de la protección de la privacidad, actuando cuando se puedan producir situaciones lesivas para los trabajadores.

## 8. CONCLUSIONES

Los incumplimientos de la normativa laboral vigente pueden derivar no solo en la imposición de elevadas sanciones legales, sino en la anulación de las decisiones adoptadas por la dirección empresarial, pérdidas económicas o la caída del prestigio o reputación de la empresa. Deben, pues, abordarse los procedimientos exigibles para que resulte efectivo el cumplimiento de las normas y obligaciones laborales.

El empresario, sin perjuicio de las obligaciones específicas que deba implementar en cada caso, debe poner en funcionamiento y aplicar protocolos con finalidad preventiva, reaccionando de forma ágil ante los supuestos de acoso. Todo ello resulta recomendable desde la perspectiva del «*compliance laboral*», así como tomar la iniciativa en la elaboración de protocolos de prevención, planes de igualdad y elaboración de un código ético que constituya un referente moral de la compañía. Este código debe incorporar fórmulas eficaces que visibilicen la necesidad de actuar, incluso, fuera del límite interno de la empresa actuando frente a las prácticas indeseables que se pudieran producir en redes sociales, herramientas de mensajería instantánea u otros medios análogos.

Un eficaz cumplimiento normativo y una gestión adecuada de los riesgos asociados a eventuales incumplimientos en el orden laboral, debe ser ambicioso y no meramente formalista. Debe incorporar un código de conducta o de buenas prácticas, que quede asociado a una filosofía de la empresa que se muestre totalmente respetuosa con los derechos de los trabajadores, ofreciendo canales de denuncia interna ante las conductas que puedan responder a comportamientos incumplidores. Se debe recurrir a los referentes globales admitidos internacionalmente, procurando mejorar las condiciones mínimas establecidas a favor de los trabajadores, consideradas al margen del lugar de prestación de servicios.

El código ético de la empresa no debe ser ambiguo o superficial, sino ofrecer pautas claras y precisas. Debe acoger la protección de los derechos fundamentales que acoge la Constitución (derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, a la integridad moral, etc.) ofreciendo un posicionamiento intolerante contra las prácticas que atenten contra ellos. En consecuencia, se deben establecer las medidas disciplinarias que la empresa adoptaría como respuesta a comportamientos que atenten contra los derechos de los trabajadores.

La consolidación de un programa de «*compliance laboral y penal*» se habrá alcanzado cuando se cuente con la implicación de todos los integrantes de la organización empresarial (empresa y trabajadores). Solo en ese momento se podrá considerar la consecución de una adecuada gestión integral de los riesgos psicosociales, mostrando una cultura empresarial sustentada en la igualdad efectiva, el bienestar social y el cumplimiento de las obligaciones normativas.



X.

**NUEVAS HERRAMIENTAS DEL INSST  
PARA LA SENSIBILIZACIÓN.  
VIDEOS SOBRE “GESTIÓN  
DE RIESGOS PSICOSOCIALES”**

**Sofía Vega Martínez**

*Psicóloga. Técnica Superior de Prevención  
Centro Nacional de Condiciones de Trabajo  
INSST*

**Sumario** 1. Resumen. 2. El contexto: la actuación sobre riesgos psicosociales a nivel de la empresa. 3. Utilidad del intercambio de experiencias. 4. Utilidad de las herramientas audiovisuales. 5. Videos sobre gestión del riesgo psicosocial. 4.1. Objetivo y características. 4.2. Metodología. 4.3. Descripción de resultado. 4.3.1. Integración de la PRL en una microempresa. 4.3.2. Evaluación de riesgos en una gran empresa. 4.3.3. Protocolo de acoso psicológico en una Administración Pública. 4.3.4. Cómo pasar a la acción en una pyme (industria). 4.3.5. Reflexiones desde la práctica. 4.4. Aplicaciones. Bibliografía.

## 1. RESUMEN

En el marco de sus funciones de asesoramiento y divulgación técnica, con la misión de promocionar y apoyar la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) desarrolló en 2017 un proyecto de “Elaboración de materiales audiovisuales sobre gestión del riesgo psicosocial”.

El resultado ha sido publicado recientemente en la web corporativa de este organismo y está disponible en INSST vídeos-YouTube. Consiste en una colección de cinco piezas con una duración aproximada de cinco minutos cada una, centrada en diversos ejemplos de actividad preventiva práctica en empresa.

En este artículo se presenta el producto elaborado y se reflexiona sobre la necesidad de este tipo de herramientas en la prevención de los riesgos psicosociales de origen laboral a nivel de empresa.

## 2. EL CONTEXTO: LA ACTUACIÓN SOBRE RIESGOS PSICOSOCIALES A NIVEL DE LA EMPRESA

El ámbito de los riesgos psicosociales presenta una carencia de actividad respecto a otras áreas de la prevención de riesgos laborales (PRL) en la empresa. Entre las diversas causas, podrían mencionarse la ausencia de legislación específica, la no universalidad en las metodologías de evaluación, la resistencia que genera el abordaje de los aspectos organizativos o el papel que juegan las exposiciones extralaborales. Los problemas psicosociales a menudo son aún negados, complicando el reconocimiento del riesgo y del daño que puede ocasionar en la salud.

Existe una dificultad en pasar del diagnóstico a la acción. En cuanto a las soluciones, no existe un vademécum universal, las acciones preventivas organizativas no se lideran desde PRL, sino que necesitan la implicación activa de otras áreas en la empresa. Los trabajadores, tal vez en mayor medida que en otros ámbitos de la salud laboral, no son “receptores pasivos” de la actividad preventiva.

Todo ello contribuye a que se perciba como un área difícil de abordar preventivamente desde la empresa. Por este motivo, sigue resultando prioritario elaborar materiales que permitan llegar de manera eficaz al mayor número posible de agentes de la prevención, para sensibilizar sobre la gestión preventiva de este tipo de riesgos.

Los datos de los estudios de situación más recientes sobre gestión de riesgos laborales evidencian este contexto. Los aspectos psicosociales y organizativos son los menos evaluados en las empresas españolas, si se comparan con ámbitos como la seguridad en máquinas, las posturas, esfuerzos y movimientos repetitivos, el diseño del lugar de trabajo, o las sustancias químicas. Son también uno de los que reciben menos medidas preventivas una vez evaluados (INSST, 2018: 57-58).

Según la última Encuesta Nacional de Gestión de Riesgos Laborales el 31,4% de los centros de trabajo españoles afirma no tener suficiente información sobre cómo incluir los riesgos psicosociales en la evaluación de riesgos de la empresa (INSST, 2015: 4). La formación ofrecida a los trabajadores sobre cómo prevenir los riesgos psicosociales es la menos frecuente, tanto en España como en la Unión Europea, cuando se compara con la formación sobre procedimientos de emergencia, levantamiento de cargas, o uso de sustancias peligrosas (INSST, 2015: 76-77).

El informe ESENER-2 (Enterprise Survey on New and Emerging Risks) muestra los principales obstáculos para gestionar riesgos psicosociales identificados por las empresas europeas (EU-28). Las causas más frecuentes que dificultan la actuación sobre estos riesgos son, por este orden, la reticencia para hablar abiertamente de estas cuestiones, la falta de sensibilización del personal, la falta de competencias o apoyo especializado, y la falta de sensibilización de los directivos (Eurofound - EU-OSHA, 2014:13). Según este informe, más del 40% de los empresarios considera que los riesgos psicosociales son más difíciles de gestionar que los riesgos “tradicionales” (EU-Eurofound - EU-OSHA, 2014: 5).

A pesar de todo ello, los estudios sobre exposición y efectos siguen mostrando una amplia prevalencia de los riesgos psicosociales y su influencia en la salud. Según la última Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo (ENCT), el 30% de los trabajadores españoles afirma sufrir estrés “siempre” o “casi siempre” (INSST, 2017: 90), siete puntos más que en la anterior ENCT (INSST, 2012). El estudio muestra también unas condiciones de empleo especialmente influidas por los años de crisis económica, lo que se traduce en más horas de trabajo y más responsabilidades, menos salario y mayor inestabilidad en el empleo (INSST, 2017: 11-13).

Desde que la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (EU-OSHA) lanzó en 2002 su primera campaña europea “Trabajemos contra el estrés” han surgido gran cantidad de iniciativas relacionadas con esta materia y se han producido diversos avances, tanto a nivel internacional como en los distintos Estados miembros. Estudios de situación que muestran la magnitud del problema, los datos de prevalencia de exposición y de efectos, o el estado de la actividad preventiva psicosocial. Análisis sistemáticos de investigaciones que muestran la evidencia científica disponible sobre cómo afectan a la salud los riesgos psicosociales relacionados con el trabajo.

Herramientas de evaluación validadas y fiables, que permiten identificar y medir la exposición con garantías, obteniendo información detallada para actuar sobre el origen de los problemas. Modelos operativos de actuación, que definen la secuencia de etapas a seguir para un abordaje práctico y eficaz de la gestión de los riesgos psicosociales. Estudios de casos que describen intervenciones reales y permiten identificar factores de éxito. Acuerdos marco entre los principales agentes sociales.

En la Unión Europea se ha avanzado considerablemente en cuanto al reconocimiento de la relevancia de los factores de riesgo psicosocial, en general, y del estrés de origen profesional, el acoso y la violencia en el trabajo, en particular. No obstante, y como conclusión, parece existir una brecha entre la política y la práctica que dificulta la gestión de los riesgos psicosociales en el ámbito empresarial (EU-OSHA, 2014: 10).

### **3. UTILIDAD DEL INTERCAMBIO DE EXPERIENCIAS**

La recopilación de buenas prácticas, los estudios de caso y los espacios de intercambio de experiencias son herramientas de gran utilidad en prevención de riesgos laborales. Complementan el marco legal, enriquecen las competencias técnicas de los profesionales y generan sensibilización y motivación en los distintos agentes de la prevención.

En el ámbito psicosocial, resultan especialmente útiles dada la ausencia de legislación específica, la diversidad de metodologías de evaluación, recomendaciones técnicas y guías de actuación. En un campo donde existen tantas resistencias, compartir experiencias prácticas de calidad tiene el valioso cometido de mostrar que es posible la actividad real, y no solo teórica. Son ejemplos que demuestran que es posible pasar del diagnóstico de la situación a las acciones preventivas. Cada nueva experiencia que se comparte representa una excusa menos para no actuar en este campo.

Nada más motivador para fomentar la actividad sobre el terreno que comprobar cómo organizaciones concretas de nuestro entorno son capaces de actuar, de manera sistemática y rigurosa, sobre sus condiciones psicosociales de trabajo eliminando o reduciendo la exposición a este tipo de riesgos.

Uno de los objetivos del análisis secundario de los datos de la encuesta ESENER era debatir las consecuencias para el desarrollo de políticas derivadas del análisis empírico de modelos de gestión eficaz de la seguridad y salud en el trabajo (SST). Entre otras implicaciones de las políticas se concluye que es necesario promover iniciativas que ofrezcan un apoyo mejorado a las empresas para tratar los riesgos psicosociales, y que dichas iniciativas deben

poner de relieve la importancia de las buenas prácticas de gestión de la seguridad y salud en el trabajo SST, y en particular: el refuerzo de la sensibilización, la formulación y la ejecución de medidas preventivas para tratar los riesgos psicosociales y la realización de evaluaciones de tales riesgos (EU-OSHA, 2014:13).

Las intervenciones en empresas se implementan mejor mediante procesos estructurados y son más exitosas si van acompañadas por una implicación activa de los trabajadores. La evidencia sugiere que gestionar riesgos psicosociales no consiste en un hecho aislado, sino en un proceso con diferentes etapas que requiere cambios en el entorno de trabajo (EU-OSHA- Eurofound, 2014:6).

La Agencia Europea es una de las entidades que promueve explícitamente el intercambio de experiencias mediante la convocatoria de los Galardones Europeos a las Buenas Prácticas, uno de los principales elementos de las campañas temáticas que organiza. Implican un reconocimiento a las organizaciones que llevan a cabo acciones sobresalientes e innovadoras en materia de seguridad y salud en el trabajo. En el marco de sus dos campañas europeas centradas en la prevención del estrés y los riesgos psicosociales (EU-OSHA, 2002, 2014-2015), además de otros materiales divulgativos y de sensibilización, se han generado diversas publicaciones tanto de los casos finalmente premiados, como de otros que participan en el proceso de selección en cada Estado miembro.

El concepto de transferencia es un valor fundamental del intercambio de experiencias, convirtiéndose incluso en criterio de selección de las candidaturas en los Galardones de buenas prácticas. En ese sentido, las campañas de la EU-OSHA permiten extraer algunas conclusiones interesantes.

Cada lugar de trabajo es diferente. Por lo tanto, las prácticas laborales y las soluciones a los problemas se deberán ajustar a la situación concreta realizando una evaluación de los riesgos en el lugar de trabajo en cuestión. No obstante, rara vez los riesgos psicosociales son de carácter exclusivo, por lo que las soluciones son transferibles entre diversos sectores, entre empresas de distinto tamaño y entre Estados miembros (EU-OSHA, 2003:7). Todos los lugares de trabajo tienen sus propios problemas específicos. Sin embargo, las ideas y conceptos que se muestran en estas recopilaciones de buenas prácticas pueden adaptarse y ajustarse para responder a las necesidades de otras organizaciones (EU-OSHA, 2015:6).

En cumplimiento de su misión de promocionar y apoyar la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo el INSST desarrolla, entre otras, la función de promoción y realización de actividades de formación, información, investigación, estudio y divulgación en materia de prevención de riesgos laborales (art.8 Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales).

Para seguir caminando en la dirección de implantar una verdadera cultura preventiva en nuestro país es imprescindible dedicar atención a los riesgos psicosociales. Facilitar la difusión de actuaciones preventivas y contribuir a la creación y fortalecimiento de redes de intercambio y colaboración entre distintos agentes, es una de las funciones que el INSST asume. A tal efecto, el organismo dispone desde 2014 de un Espacio web de Intervención Psicosocial, alojado en el portal temático de Riesgos Psicosociales.

El objetivo de este Espacio web es convertirse en un lugar de intercambio y consulta de experiencias y conocimientos sobre intervención psicosocial, proporcionando herramientas que contribuyan a estimular en las empresas españolas la práctica de calidad en este terreno de la PRL. Sus principales aportaciones son:

- Experiencias prácticas de intervención psicosocial de las que aprender para exportar y/o adaptar a otras organizaciones (apartado Experiencias).
- La posibilidad de hacer partícipes a los demás de las actuaciones en materia de riesgo psicosocial en su organización (apartado Participa).
- Una forma de darse a conocer como organización comprometida con la prevención de riesgos laborales.
- Numerosos recursos útiles para profundizar en el tema: estadísticas, estudios de situación, recomendaciones preventivas básicas, guías de actuación, factores de éxito, investigación, acuerdos y enlaces de interés (apartado Recursos).

Otra de las utilidades de compartir y analizar casos prácticos es que permite identificar factores de éxito, aprendizajes que sean útiles para otros escenarios de trabajo. Resulta revelador que los diversos autores y entidades (Kompier et al., 2000; EU-OSHA, 2003; Jordan et al., 2003; Lamontage et al., 2007; WHO, 2008; PRIMA-EF, 2008) coinciden casi literalmente respecto a cuáles son las recomendaciones a la hora de prevenir y actuar frente a los riesgos psicosociales de origen laboral.

Las recomendaciones recalcan la importancia de normalizar el tratamiento de estos riesgos, aplicando los mismos principios de acción preventiva que en otros ámbitos. Evitar las acciones improvisadas y aisladas, seguir un procedimiento de actuación por etapas, que permita abordar las condiciones organizativas, implicar a distintos actores e integrar la prevención psicosocial en los sistemas de gestión de la empresa. También se reconoce como factor de éxito inequívoco que el proceso de evaluación-intervención sea activamente participativo, que los trabajadores expuestos a los riesgos formen parte de la identificación y análisis de los problemas, y de la elaboración e implementación de las soluciones.

Las guías sobre cómo gestionar riesgo psicosocial elaboradas en Europa en estas dos últimas décadas (HSE; INRS, 2007; PRIMA-EF, 2008) recogen esas recomendaciones extraídas del análisis de las experiencias de actuación en empresa. En buena medida ponen su atención en las variables de proceso (el cómo), y no sólo en las variables de contenido (el qué). La interrelación entre ambos tipos de elementos está muy relacionada con el éxito de los programas de prevención del estrés laboral (Kompier, Cooper, Geurts, 2000).

#### **4. UTILIDAD DE LAS HERRAMIENTAS AUDIOVISUALES**

El soporte audiovisual constituye un vehículo ideal para lograr objetivos de sensibilización. Resulta flexible y versátil para su empleo en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, a través de actividades de información y formación, para incidir en diversos momentos del proceso preventivo: identificación de peligros y riesgos, presentación de instrumentos de evaluación a utilizar, divulgación de conocimientos técnicos, transmisión de instrucciones de trabajo seguras y saludables, definición y enriquecimiento del rol de los distintos agentes de la prevención, entrenamiento práctico en todo tipo de procedimientos preventivos, etc.

Por otra parte, permite transmitir mensajes de un modo directo y cercano, lo que facilita llegar a todo tipo de destinatarios, independientemente de su función en el escenario preventivo, su grado de capacitación profesional o académica, o su nivel de conocimientos técnicos sobre prevención de riesgos.

Consciente de ello, el anteriormente llamado Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT) elaboró en la pasada década de los 90 una colección de videos sobre conocimientos básicos relativos a las disciplinas clásicas de la PRL. En 1993 se publicó el video titulado “Los factores psicosociales en el trabajo y su relación con la salud”, que fue reeditado en 2004. El guion estaba basado en la secuencia tradicional de presentación de contenidos relativos a la exposición laboral: descripción de los factores de riesgo y sus posibles efectos en la salud, evaluación de dichos factores, y recomendaciones preventivas a aplicar.

Una revisión posterior de estos materiales llevó a la lógica conclusión de la necesidad de actualización legislativa, de las tareas, puestos y lugares de trabajo, de algunos contenidos técnicos, así como de la factura audiovisual.

Paralelamente, se procedió a revisar las webs corporativas de diversas entidades, de ámbito nacional e internacional, públicas y privadas vinculadas a la PRL en busca de materiales audiovisuales. Ello permitió comprobar que, en la actualidad, existen diversos tipos de producto audiovisual (documentales, testimoniales, animación, ficción, etc.) susceptibles de convertirse en soporte para contenidos de prevención de riesgos, que se ofrecen a través de los distintos canales disponibles (web, redes sociales, etc.), y son accesibles mediante un gran abanico de dispositivos electrónicos y reproductores.

Sin ánimo de exhaustividad, se enumeran algunos ejemplos de productos audiovisuales relativos a prevención de riesgos psicosociales, elaborados por diversas organizaciones europeas.

Organización	Año	Temática	Acceso
EU-OSHA (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo)	2014	Napo en...: Cuando estás estresado, Trabajador modélico, Siempre disponible, Las cosas cambian, Lo primero, respeto, Órdenes contradictorias, Mostrador de estrés, Pesadillas de cuidado	<a href="https://www.napofilm.net/es/napos-films/napo-when-stress-strikes/view-scenes">https://www.napofilm.net/es/napos-films/napo-when-stress-strikes/view-scenes</a>
ANACT (Agence Nationale pour l'Amélioration des Conditions de Travail)	Varios	Varios: identificación de factores de riesgo, modelo de análisis de riesgo, guías de evaluación de las intervenciones, experiencias de prevención en formato testimonial por parte de diferentes agentes	<a href="https://www.anact.fr/centre-de-ressources/videos?field_themes_tid=16&amp;field_type_video_tid=All">https://www.anact.fr/centre-de-ressources/videos?field_themes_tid=16&amp;field_type_video_tid=All</a>
INRS (Institut National de Recherche et Sécurité)	2004	J'ai mal au travail	<a href="http://www.inrs.fr/media.html?refINRS=DV%200327">http://www.inrs.fr/media.html?refINRS=DV%200327</a>
	2006	Le stress au travail, le démasquer pour le prevenir	<a href="http://www.inrs.fr/media.html?refINRS=DV%200365">http://www.inrs.fr/media.html?refINRS=DV%200365</a>
	2008	Les mécanismes du stress au travail	<a href="http://www.inrs.fr/media.html?refINRS=Anim-005">http://www.inrs.fr/media.html?refINRS=Anim-005</a>
HSE (Health & Safety Executive)	Varios	Varios testimoniales sobre exposición a riesgo psicosocial y sus efectos	<a href="http://www.hse.gov.uk/campaigns/worksmart/videos/#stress">http://www.hse.gov.uk/campaigns/worksmart/videos/#stress</a>
ICSSL (Institut Català de Seguretat i Salut Laboral)	2010	Organització del treball	<a href="http://treball.gencat.cat/ca/ambits/seguretat_i_salut_laboral/publicacions/altres_materials/audiovisuals/organitzacio_treball/">http://treball.gencat.cat/ca/ambits/seguretat_i_salut_laboral/publicacions/altres_materials/audiovisuals/organitzacio_treball/</a>
OSALAN (Instituto Vasco de Seguridad y Salud Laborales)	2014	Los riesgos psicosociales en el trabajo	<a href="https://www.youtube.com/watch?v=f3tDtGB8V1o">https://www.youtube.com/watch?v=f3tDtGB8V1o</a>
Línea Prevención	2015	Riesgos psicosociales en el sector de la construcción	<a href="http://www.lineaprevencion.com/lptv/video/resultado-del-estudio-riesgos-psicosociales-sector-construccion">http://www.lineaprevencion.com/lptv/video/resultado-del-estudio-riesgos-psicosociales-sector-construccion</a>
Istas (Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud)	2018	Prevención de riesgos psicosociales en el sector de la limpieza de edificios y locales	<a href="https://www.youtube.com/watch?time_continue=25&amp;v=oq2fC4UphcU">https://www.youtube.com/watch?time_continue=25&amp;v=oq2fC4UphcU</a>

Fruto de estas revisiones, se plantea una reflexión sobre la necesidad de actualizar esta línea de productos en el INSST. El punto de partida es una definición de los destinatarios y objetivos que se pretenden alcanzar, así como de las aplicaciones que puede tener este tipo de material. En ese contexto se pone en marcha el proyecto que aquí se presenta.

En este momento, el Plan de acción 2017-2018 desarrolla la actual Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2018. Dentro de las líneas de actuación para el objetivo 2, una de las prioridades es potenciar la sensibilización de la sociedad en materia de prevención de riesgos laborales con una mayor implicación de los medios de comunicación. Se incluye como medida concreta realizar actividades de sensibilización en prevención de riesgos a través de medios de comunicación tradicionales y redes sociales (INSST, 2017: 74).

Actualmente, el INSST está en pleno esfuerzo de mejora de sus fuentes de información y mecanismos de comunicación. Dos de esas iniciativas son la introducción en redes sociales (RRSS) y la actualización de la oferta audiovisual.

La actualización de materiales audiovisuales cuenta ya con diversos productos, que se muestran en el canal Youtube INSST videos organizados en diferentes temáticas: gestión de riesgos psicosociales, prevención.10, promoción de la salud, erga-FP, videos técnico-divulgativos, etc. Así mismo, el INSST dispone de una cuenta de twitter @INSST\_MITRAMISS como nueva plataforma de divulgación de sus contenidos.

## **5. VIDEOS SOBRE GESTIÓN DEL RIESGO PSICOSOCIAL**

### **5.1. Objetivos y características**

El objetivo de esta colección de videos es sensibilizar sobre la gestión preventiva práctica del riesgo psicosocial en las organizaciones. Se trata, por tanto, de promover la cultura preventiva en este terreno que anime a la actuación en las empresas.

El producto está dirigido a los tres principales agentes de la prevención en nuestro país: empresarios, trabajadores y sus respectivos representantes, y personal con funciones técnicas.

En cuanto a la propuesta audiovisual, tiene un carácter documental y consiste en la combinación de testimoniales de los diversos protagonistas en cada empresa, con planos rodados en contextos reales de trabajo, gráficos y animación. Cada video tiene una duración alrededor de los cinco minutos.

La colección consta de cinco piezas audiovisuales: cuatro ejemplos de actuación preventiva en empresas, y una conversación entre distintos agentes de la PRL en torno a aspectos de la gestión de este tipo de riesgos. Teniendo en cuenta el objetivo y destinatarios, así como los factores de éxito estándar a la hora de prevenir riesgo psicosocial, se definieron las principales características de los videos:

- Se muestran experiencias prácticas y/o reflexiones desde la práctica, evitando los planteamientos teóricos, y las exposiciones académicas basadas exclusivamente en el conocimiento experto técnico-legislativo.
- Se describen procedimientos de actuación, poniendo el foco en el proceso preventivo desarrollado más que en los resultados obtenidos.
- Se atiende específicamente al criterio de diversidad y heterogeneidad relativo a tres aspectos: el tamaño de la empresa, el sector de actividad y el tipo de actividad preventiva mostrada.
- Se describe la experiencia desde un enfoque participativo, donde intervienen diversos protagonistas y se muestran los diferentes roles.
- Se combina el carácter documental con la intervención de los protagonistas reales (en lugar de actores) que narran la experiencia en primera persona en un tono testimonial.

Para el criterio de diversidad en el sector se buscó un ejemplo de industria, un ejemplo de administración pública y dos ejemplos de empresa privada del sector servicios. Para el criterio de diversidad en el tamaño se buscó una microempresa, una pyme de tamaño medio y una empresa grande.

En cuanto a la diversidad en la actividad preventiva, los videos debían abarcar un abanico de acciones preventivas propias del modelo de gestión del riesgo que dimana de nuestro marco legislativo actual. Finalmente, se centraron en la evaluación de riesgos, la intervención, la actuación frente al acoso, y la gestión integrada.

Aunque hubiera sido deseable ofrecer también una diversidad territorial en cuanto a las entidades participantes, ésta se vio supeditada a razones de optimización presupuestaria.

## 5.2. Metodología

El INSST se encargó de la definición de los contenidos, estructura, entidades y agentes de la prevención participantes en cada pieza, mientras que la ejecución del proyecto audiovisual corrió a cargo de una empresa externa.

Las organizaciones participantes fueron elegidas por el INSST a partir del conocimiento de su experiencia en una actividad concreta del proceso de gestión de riesgos psicosociales. Se les presentó el proyecto y se les invitó a participar en él, formalizándose la propuesta de colaboración en base a la selección de los contenidos más relevantes de dicha experiencia.

Para recopilar información sobre las experiencias se emplearon diversas fuentes: documentación interna o publicada, posterior contraste mediante entrevista con el responsable de la actuación y/u otros agentes, visita al centro de trabajo, recopilación de indicadores y datos de la actividad. Con toda la información disponible, el INSST elaboraba un primer borrador que, una vez validado por la empresa participante, se remitía al proveedor externo para la construcción de guiones y plan de rodaje. La selección de los contenidos más relevantes de cada experiencia por parte del INSST, conforma la estructura del video.

El quinto video es una conversación entre cuatro agentes relevantes de la PRL: empresa, representación de los trabajadores, servicio de prevención ajeno e Inspección de Trabajo. A partir de los contenidos de la actividad de asesoramiento técnico realizada por el INSST en los últimos años, se realizó un *brainstorming* para identificar las temáticas de mayor interés. Se tuvieron en cuenta criterios de frecuencia y relevancia para definir los temas, y se organizaron bloques de contenidos asignando a cada interlocutor los mensajes que resultaban más esclarecedores.

En la fase de post-producción, se realizó un estrecho seguimiento del producto, incluido el montaje, grafismo, voces en off, música y maquetado final de los videos.

### 5.3. Descripción del resultado

Esta colección de cinco videos incluye cuatro experiencias prácticas en empresas y una conversación entre distintos agentes de la PRL. A continuación se describe detalladamente el contenido de cada video.

#### 5.3.1. Integración de la PRL en una microempresa

Presenta la gestión preventiva del riesgo psicosocial en Leftovers, una microempresa de dos personas dedicada al comercio textil. Supone un ejemplo práctico de integración de la prevención en el día a día, de prevención real, alejada del componente burocrático y administrativo que en ocasiones se percibe en las obligaciones preventivas. Su aportación más relevante es mostrar un caso real en un tamaño de empresa ampliamente representado en el tejido productivo de nuestro país, pero a la vez poco contemplado en las recomendaciones, herramientas y guías de actuación del riesgo psicosocial.

En este caso, las fuentes utilizadas para seleccionar la experiencia fueron de tipo cualitativo, mediante visita al centro de trabajo y entrevista semi-estructurada.

La estructura de contenidos del video se vertebra entorno a la descripción de las tareas y organización del trabajo en la tienda, lo que permite ir identificando los factores psicosociales presentes en ese tipo de actividad. En paralelo, se van desgranando las fórmulas empleadas en la actividad cotidiana, de manera natural, para intentar conseguir unas condiciones de trabajo lo más saludables posibles. Las participantes son la empresaria y la empleada.

Los factores psicosociales que aparecen, junto con las correspondientes acciones preventivas son: la carga de trabajo, la definición de rol, el apoyo social, las compensaciones, la jornada y horarios, la conciliación, la calidad de las relaciones, el acceso a la información, la participación en la toma de decisiones y el trato con el público.

Como contenidos relevantes se resumen unas recomendaciones prácticas: integrar la prevención en el día a día, formación del empresario, conocer de primera mano las condiciones de trabajo, y aplicar soluciones lógicas y sencillas.

El video está disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=9keVwlyMc-E&list=PLW-dNbNzsPOrhhKfKGkXLp-Seq2JpoVubz>

### 5.3.2. Evaluación de riesgos en una gran empresa

Presenta un ejemplo de evaluación de los riesgos psicosociales en Aigües de Barcelona, una compañía grande (alrededor de 1000 personas) dedicada a la gestión del ciclo integral del agua. La experiencia se centra en la descripción de las etapas del procedimiento metodológico utilizado, aplicándose un cuestionario junto con técnicas cualitativas.

Para seleccionar la experiencia se utilizó documentación publicada en una revista de ámbito estatal, contrastada con entrevista a distintos agentes internos y documentación de la web corporativa.

La estructura de contenidos se organiza en torno a las etapas del procedimiento de evaluación de riesgos psicosociales, en particular:

- Creación del grupo de trabajo (denominado “Observatorio Permanente”).
- Preparación del trabajo de campo: diseño de una campaña informativa.
- Desarrollo del trabajo de campo: mediante sesiones formativas, aplicación de cuestionario y empleo de técnicas cualitativas (entrevistas, grupos, etc.).
- Estrategia de devolución de los resultados: diseño de acciones para informar/motivar a la plantilla (ficha informativa para cada colectivo, presentación en reuniones denominadas “Plafó”, etc.).

En el video participan ocho protagonistas, representando diversos actores de la prevención en la organización, lo que muestra el carácter integrado del proceso llevado a cabo: director técnico, delegados de prevención de tres sindicatos diferentes, responsable del servicio de medicina y psicología del trabajo, coordinadora de seguridad y salud, técnica de desarrollo sostenible, y finalmente el responsable de seguridad y salud laboral y sistemas de gestión de calidad.

La evaluación de riesgos psicosociales se realiza en 2012 y se repite en 2017. En ambos casos se cuenta con el asesoramiento de un proveedor externo. El cuestionario utilizado es el F-PSICO 3.0 y 3.1 (INSST, 2011, 2014), variando el formato de distribución y aplicación del papel al electrónico. Se obtiene una elevada tasa de respuesta.

Como contenidos relevantes destacan el carácter participativo del procedimiento de evaluación empleado, así como la combinación de instrumentos cuantitativos y cualitativos. Se resumen en diversos mensajes clave a lo largo del video: evaluar a medida e implicar a toda la organización, cuidar la participación, generar confianza, actualizar la evaluación, combinar distintos tipos de herramientas, involucrar a todos en los resultados, impactar en la organización.

El video está disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=K6EXv1x13rc&index=2&list=PLW-dNbNzs-POrfhKfKGkXLpSeh2JpoVubz>

### **5.3.3. Protocolo de acoso psicológico en una Administración Pública**

El ejemplo ilustrativo del video dedicado al sector de la administración pública explica el funcionamiento de uno de los protocolos de acoso psicológico con más años de aplicación efectiva en nuestro país. Fue creado e implantado en una administración de ámbito autonómico, la Generalitat de Catalunya. El procedimiento original data de 2003 y se ha ido enriqueciendo y actualizando gracias a la experiencia acumulada durante más de una década.

Existen numerosas referencias documentales respecto al “Protocolo para la prevención, la detección, la actuación y la resolución de situaciones de acoso psicológico y otras discriminaciones en el trabajo”, además de la difusión pública realizada por la propia Generalitat. Por otra parte, el INSST mantiene desde el principio del proceso relación con diversos informantes clave, lo que permitió contrastar datos para seleccionar la experiencia.

El guion del video se estructura en tres bloques, la presentación y objetivos del protocolo, las etapas de funcionamiento del proceso de actuación establecido (inicio de la solicitud de intervención, estudio del caso, implementación de medidas, seguimiento y evaluación) y, finalmente, unas conclusiones. Así mismo, se definen los actores internos implicados en la aplicación del protocolo.

Participan tres representantes de la Dirección General de Función Pública: el jefe del área de prevención, salud laboral y políticas sociales, una técnica superior de PRL, y la subdirectora general de relaciones sindicales y políticas sociales.

Además del contenido del protocolo, se valora especialmente el carácter participativo e integrador de su creación, implementación y seguimiento, la experiencia y rigurosidad en su difusión y aplicación, y el hecho de que sea una herramienta en proceso continuo de actualización.

Los mensajes clave que se destacan en las conclusiones son: el carácter inclusivo, la participación y consenso, haberse convertido en un facilitador de la sensibilización respecto al tema del acoso, sus contenidos preventivos y no meramente reactivos, y las garantías de confidencialidad, celeridad y objetividad que ofrece.

El video está disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=eW062QN6ho8&index=3&list=PLW-dNb-NzsPOrhKfKGkXLpSeh2JpoVubz>

#### **5.3.4. Cómo pasar a la acción en una pyme (industria)**

La experiencia de FAE representa el ejemplo ilustrativo para el video dedicado al sector industria en el segmento de pymes. Se trata de una empresa con unos 200 empleados dedicada a la fabricación de productos eléctricos y electrónicos para el automóvil. En cuanto a la actividad preventiva, se centra en la fase de intervención psicosocial, entendiéndolo por ello la definición, planificación, implementación y seguimiento de acciones preventivas concretas.

Las fuentes de información utilizadas son la entrevista con agentes internos de la empresa, la documentación publicada en el Espacio de Intervención Psicosocial (INSST, 2013) como experiencia de intervención tras la primera evaluación de riesgos psicosociales, y documentación interna aportada por la empresa.

Los aspectos a destacar son, en particular:

- Definición de las acciones preventivas.
- Planificación de la implantación de las acciones.
- Implementación de las acciones en la dinámica de la empresa.
- Seguimiento y evolución de las acciones definidas (indicadores, medición de su integración y eficacia, etc.)

Una vez realizada la evaluación psicosocial con el método CoPsoq-Istas21 v1 y v2 (Istas, 2002, 2014) en 2008 y 2014, en ambos casos con una tasa de participación superior al 90%, se explica el procedimiento seguido para analizar, interpretar y priorizar los resultados obtenidos. Se muestran cómo y quiénes participaron en la definición y planificación de las medidas preventivas, algunos ejemplos de acciones y los indicadores de seguimiento empleados (re-evaluación de la exposición psicosocial, número y tasa de implementación de sugerencias, datos de absentismo, datos de uso de la bolsa horaria y medidas conciliación).

En el video participan seis protagonistas: dos representantes de los trabajadores (una delegada de personal y un delegado de prevención), el director general, la técnica de prevención, el coordinador del SPA y el responsable de recursos humanos.

Algunos de los mensajes clave resumidos en el video son: aprovechar las buenas ideas que surgen de PRL para mejorar el proceso productivo, hacer funcionar el grupo de trabajo creado para actuar sobre los riesgos psicosociales, combinación de medidas variadas, muchas de ellas organizativas, y dar continuidad al proceso.

El video está disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=a52uNDMvR1A&list=PLW-dNbNzsPOrhKfKGkXLpSeh2JpoVubz&index=4>

### 5.3.5. Reflexiones desde la práctica

El quinto video da la voz a cuatro agentes esenciales en el escenario de la PRL en nuestro país: empresa, Inspección de Trabajo y Seguridad Social, servicio de prevención ajeno y representante de los trabajadores con funciones específicas en prevención. La conversación gira en torno a algunas de las dificultades habituales a la hora de gestionar la prevención de los riesgos psicosociales en la práctica.

El contenido consiste en una conversación donde se revisan algunos obstáculos comunes, identificados a través de la labor asesora del INSST, que dificultan la normalización del abordaje preventivo de estos riesgos.

A partir de las actividades de asesoramiento técnico y formación desempeñadas por el INSST y la realización de un *brainstorming*, se identificaron y priorizaron diversos temas objeto de controversia, confusión o consulta técnica reiteradas. En ocasiones se trata de la interpretación del marco legal de PRL, otras veces aluden a mala *praxis* en el uso de las herramientas de evaluación y procedimientos de abordaje preventivo, así como también a desconfianzas y ausencia de dinámicas de trabajo colaborativo entre los distintos actores implicados en la prevención en el seno de las empresas.

Atendiendo a criterios de frecuencia y relevancia, se organizaron los temas en tres bloques de contenidos que conforman la estructura del guion. Se asignaron a cada interlocutor los mensajes que resultaban más adecuados para conseguir el objetivo sensibilizador de los videos. Para visibilizar los factores de éxito de la actuación preventiva sobre los riesgos psicosociales, se buscó una “escenificación” rica, como la de la exposición de distintos puntos de vista por parte de diferentes agentes.

El hilo conductor que da paso a cada bloque de contenidos son voces en *off* que expresan “lugares comunes”, “tópicos” o “excusas” sobre el abordaje del tema a nivel de empresa.

Los temas abordados son:

- Marco legal: definiciones básicas, alcance de la obligatoriedad, tamaño de empresa.
- Evaluación del riesgo: identificación versus evaluación, elección de metodologías, combinación de herramientas, procedimientos.
- Gestión del riesgo: integración versus burocratización, creación de un grupo de trabajo, intervención psicosocial.

Participantes: empresaria, inspectora de trabajo y seguridad social, técnica de prevención de SPA, delegado de prevención.

El video está disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=-49ZtYKgDIg&index=5&list=PLW-dNbNzs-POrfhKfKGkXLpSeh2JpoVubz>

#### 5.4. Aplicaciones

El formato audiovisual y su difusión a través de la web corporativa del INSST y de sus RRSS youtube y twitter, ofrece una gran versatilidad en cuanto a las posibilidades de utilización de este producto.

Ha sido elaborado pensando, inicialmente, en dos aplicaciones:

- Como material didáctico para actividades de formación e información
- Como material divulgativo para actividades de sensibilización y motivación sobre prevención de riesgos psicosociales.

En consonancia con los factores de éxito y recomendaciones sistemáticamente identificados cuando se analizan experiencias de actuación preventiva sobre estos riesgos, los videos enfatizan tres elementos: la intervención práctica a nivel de empresa, los procedimientos de actuación, y el enfoque participativo con intervención de diversos actores dentro y fuera de la empresa.

El guion de cada video está estructurado en torno a los bloques de contenidos que se han seleccionado como relevantes para cada experiencia presentada. Por ello resulta posible utilizar de manera fragmentada cada uno de esos módulos, tanto si se desea trabajar los contenidos presentes de un modo secuencial, como discontinuo.

El material es especialmente adecuado para ser trabajado en grupo, guiado por una persona con conocimientos y sensibilidad sobre los riesgos psicosociales. Permite generar debate, reflexionar, definir estrategias, provocar, motivar, proporcionar ejemplos, siempre centrados en la actuación práctica para prevenir los riesgos psicosociales a nivel de empresa. Como explotación futura, cabe plantearse la elaboración y difusión de una guía de uso para la colección.

Se considera que el contenido de los videos es suficientemente atemporal y no local como para ser empleado en diversos colectivos de habla hispana, e incluso para ser traducido o subtulado a otros idiomas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA, 2003). Cómo abordar los problemas psicosociales y reducir el estrés relacionado con el trabajo. <http://osha.europa.eu/es/publications/reports/309>

Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA, 2014). Conocer la gestión en el lugar de trabajo de la seguridad y la salud, los riesgos psicosociales y la participación de los trabajadores, con la ayuda de Esener. <https://osha.europa.eu/es/publications/reports/esener-summary>

Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA, 2015). Galardones a las buenas prácticas de la campaña “Trabajos saludables” 2014-2015. Gestión del estrés y de los riesgos psicosociales en el trabajo. <https://osha.europa.eu/es/tools-and-publications/publications/reports/healthy-workplaces-good-practice-awards-2014-2015/view>

Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA, 2003). Prevención de riesgos psicosociales y estrés laboral en la práctica. Trabajemos contra el estrés. <https://osha.europa.eu/es/tools-and-publications/publications/reports/104>

Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OSHA, 2015). Segunda encuesta europea de empresas sobre riesgos nuevos y emergentes (ESENER-2). Resumen.

[http://www.boletintecnicoprldelacev.com/sites/default/files/archivos\\_noticias/esener2\\_resumen\\_de\\_resultados.pdf](http://www.boletintecnicoprldelacev.com/sites/default/files/archivos_noticias/esener2_resumen_de_resultados.pdf)

Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo - Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (Eurofound-EU-OSHA, 2014). Psychosocial risks in Europe. Prevalence and strategies for prevention.

<https://osha.europa.eu/en/tools-and-publications/publications/reports/psychosocial-risks-eu-prevalence-strategies-prevention>

Health and Safety Executive (HSE). Management standards for work related stress.

<http://www.hse.gov.uk/stress/standards/index.htm>

Institut National de Recherche et de Sécurité (INRS) (2007). Stress au travail. Les étapes d'une démarche de prévention.

<http://www.inrs.fr/accueil/produits/mediatheque/doc/publications.html?refINRS=ED%206011>

Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) (2012). VII Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo 2011.

[http://www.oect.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/OBSERVATORIO/Informe%20\(VII%20ENCT\).pdf](http://www.oect.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/OBSERVATORIO/Informe%20(VII%20ENCT).pdf)

Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) (2013). "Compromiso y participación: claves para intervenir sobre los riesgos psicosociales". Espacio web de Intervención Psicosocial.

<http://intervencion-psico.inssbt.es/Images/Cases/FAE%20online.pdf>

Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST) (2015). Encuesta Nacional de Gestión de Riesgos Laborales en las Empresas. ESENER-2 - España.

<http://www.oect.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/OBSERVATORIO/ESENER%20dos.pdf>

Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST). Espacio web de Intervención Psicosocial.

<http://intervencion-psico.inssbt.es/>

Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST, 2015). Espacio de Intervención Psicosocial. Aprendiendo de las experiencias prácticas. [http://intervencion-psico.inssbt.es/PDF/particita\\_info.pdf](http://intervencion-psico.inssbt.es/PDF/particita_info.pdf)

Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSST, 2014). Factores psicosociales. Método de evaluación. Versión 3.1.

<http://www.insht.es/portal/site/Insht/menuitem.1f1a3bc79ab34c578c2e8884060961ca>

Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST, 2017). Plan de acción 2017-2018. Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020.

[http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/GENERALIDAD/2017%202%20plan%20de%20accion/Plan%20de%20accion%202017\\_2018.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/GENERALIDAD/2017%202%20plan%20de%20accion/Plan%20de%20accion%202017_2018.pdf)

Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud (ISTAS, 2014). CoPsoQ-Istas21 (versión 2). Método para la evaluación y prevención de los riesgos psicosociales. [http://www.istas.net/copsoq/index.asp?ra\\_id=29](http://www.istas.net/copsoq/index.asp?ra_id=29)

JORDAN J, et al (2003). Beacons of excellence in stress prevention. Health and Safety Executive.

<http://www.hse.gov.uk/research/rrpdf/rr133.pdf>

KOMPIER, M., COOPER, C., GEURTS, S. (2000). "A multiple case study approach to work stress prevention in Europe". *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 9 (3): 371-400.

[http://intervencion-psico.insht.es:86/Images/Resources/A\\_multiple\\_case\\_study\\_approach.pdf](http://intervencion-psico.insht.es:86/Images/Resources/A_multiple_case_study_approach.pdf)

LAMONTAGNE, A. et al. (2007). "A systematic review of the job-stress intervention evaluation literature, 1990-2005". *Int J Occup Environ Health*, 13 (3): 258-280. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/17915541>

Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (2018). La gestión preventiva en las empresas en España. Análisis del módulo de prevención de riesgos laborales de la "Encuesta Anual Laboral 2016".

[http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Noticias/Noticias\\_INSHT/2018/Ficheros/La%20gestion%20preventiva%20en%20la%20empresas%20en%20España.pdf](http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Instituto/Noticias/Noticias_INSHT/2018/Ficheros/La%20gestion%20preventiva%20en%20la%20empresas%20en%20España.pdf)

PRIMA-EF (2008). Best practice in work-related stress management interventions. Guidance sheets 9.

[http://www.prima-ef.org/uploads/1/1/0/2/11022736/09\\_english.pdf](http://www.prima-ef.org/uploads/1/1/0/2/11022736/09_english.pdf)

Work Health Organization (WHO, 2008). PRIMA-EF Guidance on the european framework for psychosocial risk management. A resource for employers and worker representatives. Protecting Workers' Health Series: 9.

[http://www.prima-ef.org/uploads/1/1/0/2/11022736/prima-ef\\_brochure\\_english.pdf](http://www.prima-ef.org/uploads/1/1/0/2/11022736/prima-ef_brochure_english.pdf)







GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE TRABAJO, MIGRACIONES  
Y SEGURIDAD SOCIAL

FINANCIADO POR:

A12018-0002



FUNDACIÓN  
ESTATAL PARA  
LA PREVENCIÓN  
DE RIESGOS  
LABORALES, F.S.P.

