

*Revista Internacional y Comparada de*

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

*Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT*

*Directores Científicos*

Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Oscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

*Comité de Redacción*

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*Argentina*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

## ÍNDICE DE TRABAJOS DEL NÚMERO ESPECIAL “VIOLENCIA Y SALUD EN EL TRABAJO”

Lourdes Mella Méndez, Directora y Editora Invitada de este número especial, *Presentación de este número especial “Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo”*.....2

### Artículos

María Amparo Ballester Pastor, *La política de la OIT y de la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales* .....8

Tatsiana Ushakova, *La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género* .....31

Fernando Valdés Dal-Ré, *Derecho Constitucional y violencia en el trabajo en España* .....49

Carmen Ortiz Lallana, *La violencia de género en la relación de trabajo en España*.....73

Catarina de Oliveira Carvalho, *Protección social de las víctimas de violencia doméstica en Portugal*.....104

Loïc Lerouge, *Poder de dirección y organización del empresario y riesgos psicosociales en el trabajo en Francia*.....132

Roberta Caragnano, *El acoso moral en Italia: marco de referencia y evolución jurisprudencial* .....151

Patricia Kurczyn Villalobos, *El acoso y el hostigamiento en la legislación y en la práctica en México*.....180

José Luis Gil y Gil, *Poderes del empresario y riesgos psicosociales en el trabajo en España*.....199

Lourdes Mella Méndez, *El acoso moral en España y su impugnación por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales: algunos puntos de interés*.....240

---

## **Presentación de este número especial “Violencia, riesgos psicosociales y salud en el trabajo”**

---

Una de las grandes satisfacciones de la vida universitaria es, sin duda, el poder conocer y compartir proyectos personales y profesionales con otros profesores de diferentes universidades, ya españolas, ya extranjeras, y poder aprender de ellos a disfrutar trabajando. En este sentido, es para mí un placer y honor el poder escribir estas palabras de presentación de este número especial de la *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, promovida por *ADAPT University Press*, en colaboración con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y que gestiona *ADAPT (Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali)*, con sedes en Roma, Módena, Bérgamo y Bari (Italia). En este sentido, quiero que mis primeras palabras sean de sincero agradecimiento a los responsables de esta Revista, especialmente a los miembros de su comité de gestión editorial (Profesores Michele Tiraboschi y Alfredo Sánchez-Castañeda) y, en particular, a Dña. Lavinia Serrani, por ofrecerme la posibilidad de publicar estos trabajos en español en un número especial de la referida Revista.

Este número especial de la mencionada Revista tenía, inicialmente, un objetivo más ambicioso que el que ahora se presenta, que era el de publicar la friolera de 37 trabajos científicos presentados, entre otros muchos, en el Congreso Internacional sobre “Violencia, Salud y Trabajo en tiempo de crisis: violencia de género, psicológica y sexual en el Derecho del Trabajo”, celebrado en la Universidad de Santiago de Compostela, los días 15 a 17 de julio de 2013, y organizado como parte de las actividades programadas dentro de un proyecto de Investigación de la *Xunta de Galicia* (2010-2013), sobre la misma materia. Finalmente, dada la dimensión del citado número especial – que alcanzaba la nada despreciable cifra de 778 páginas –, los responsables de la misma me

ofrecieron, entre otras, la posibilidad de publicar los mencionados trabajos en un *E-book*, a modo de monografía electrónica, cuya publicación se prevé en breve. Sin duda, esta última solución resulta la mejor para dar a conocer a la comunidad científica los mencionados trabajos. Por lo tanto, el número especial de la RICRLDE que ahora se presenta sirve de introducción al contenido de ese próximo libro, en cuanto ahora solo se publica una selección de los trabajos incluidos en el mismo – 10 –, y ello con el fin de adelantar al lector los grandes bloques temáticos que encontrará en aquel. La selección de estos trabajos obedece, pues, al único interés de ofrecer una adelantada panorámica general de las principales materias que, con todo detalle, son analizadas en la citada monografía. Así, en esta última, se encontrarán, junto a estos mismos, otros muchos trabajos que estudiarán, con toda exhaustividad, los diferentes problemas jurídicos que la violencia y los riesgos psicosociales implican para la salud de la persona trabajadora, así como sus posibles soluciones.

Frente a los riesgos laborales de carácter físico, en las últimas décadas ha emergido una nueva clase de riesgos laborales, más sutiles y refinados, pero igual de dañinos para la salud física y psíquica del trabajador, los denominados riesgos psicosociales. La cada vez mayor conciencia social sobre este tipo de violencia obliga al legislador y a los agentes sociales a dar pasos hacia su regulación legal y convencional a efectos de establecer unas vías de protección claras para la víctima. En este sentido, un primer trabajo se centra en la política de entidades internacionales, como la Unión Europea o la Organización Internacional del Trabajo, en torno a este nuevo tipo de riesgos. Algunas peculiaridades que, sabiamente, se destacan en la política de la Unión Europea sobre la materia son, por ejemplo, la importancia de los acuerdos marco de los interlocutores sociales europeos, frente a las directivas, como vehículo de desarrollo de aquella; o la contradicción que existe entre las políticas preventivas de estos riesgos psicosociales, en cuanto exigen participación del trabajador y respeto a su estabilidad laboral, y las políticas de flexibilidad o flexiguridad que patrocinan los órganos de gobierno de la Unión Europea, como recetas contra la crisis económica y el desempleo, y que suelen olvidar aquella participación y estabilidad. También se incide en la peculiar relación entre los riesgos psicosociales y la competitividad empresarial y la política antidiscriminatoria. De otro lado, se repasa la política de la OIT en relación con la prevención y protección frente a los riesgos psicosociales, que tiene como eje el concepto de “trabajo decente”, incorporado expresamente en el Convenio Internacional de la OIT núm. 189, de 2011, sobre “trabajo decente de los trabajadores y trabajadoras domésticos”. Ballester Pastor realiza un estudio riguroso y exhaustivo

sobre la materia.

Un segundo trabajo de sesgo internacional es el dedicado al estudio del reciente Convenio núm. 210 del Consejo de Europa, de 7 de abril de 2011, sobre prevención y lucha de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, más conocido como Convenio de Estambul. Este Convenio es un instrumento internacional que tiene como claro y principal objetivo la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres y, en particular, la violencia doméstica o de género, que también tiene claras consecuencias en el ámbito del Derecho del Trabajo. Los Estados parte de dicha norma quedan obligados a prevenir dicha violencia, proteger a las víctimas y, en su caso, juzgar a los autores de aquella. Además, se hace un especial llamamiento a la sensibilización de los hombres frente a este problema, quienes deben convertirse en parte de la solución al mismo. Tras el completo examen de esta norma de Derecho internacional (Ushakova), dos trabajos de este número especial de la Revista se centran en el estudio de la regulación jurídico-laboral de la violencia de género en el sistema español: uno, desde la perspectiva constitucional; el otro, desde la ordinaria.

La normativa española sobre violencia de género, especialmente la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (LOVG), tiene por objeto actuar contra la violencia que, “como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art. 1). La regulación de esta materia por Ley Orgánica evidencia la trascendencia de la misma, en cuanto este tipo de conductas violentas siempre vulnera derechos fundamentales. De hecho, en palabras de la mejor doctrina (Valdés Dal-Ré), “la afectación de un derecho fundamental constituye uno de los elementos comunes a todas las manifestaciones de violencia en el trabajo”, también la basada en el género de la víctima. Ciertamente, “la totalidad de los comportamientos violentos, ejercidos en los lugares de trabajo, lesionan simultáneamente un principio jurídico constitucional y un derecho fundamental; o, si se prefiere, un valor y un derecho constitucionalmente protegidos”. El primero es el valor de la dignidad humana; el segundo, el derecho a la integridad física o moral de la persona, ambos regulados, respectivamente, en los arts. 10.1 y 15 Constitución (CE). Además, según la modalidad y tipo de violencia de que se trata en cada caso, otro elenco de derechos puede quedar afectado, como el derecho a la salud (art. 43.1 CE), a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) o, en fin, a la intimidad (art.

18.1 CE).

En aras a hacer efectiva una verdadera protección para la víctima, el legislador de 2004 regula, aparte de los generales derechos a la información, a la asistencia social integral y a la asistencia jurídica gratuita (arts. 17 a 20 LOVG), un importante abanico de derechos laborales y de Seguridad Social cuando aquella ocupa un puesto de trabajo (art. 21), que pasan a formar parte de su estatuto legal protector, si bien de carácter mínimo. Las medidas dirigidas a la protección del empleo persiguen dos objetivos: uno, el de la conciliación de la situación personal de víctima de violencia de género con el desarrollo de la actividad laboral; y el otro, el de reforzar la estabilidad laboral de la trabajadora frente al empresario, impidiendo que este utilice sus faltas de puntualidad o asistencia al trabajo, motivadas por su situación física o psicológica derivada de la violencia que vive (art. 21.4 LOVG), a efectos de un despido disciplinario u objetivo. Además, será nulo el despido de la víctima cuando no se consiga probar su procedencia y aquella haya ejercido previamente los derechos laborales examinados. De otro lado, si la continuidad de la relación laboral resulta imposible, el legislador prevé unos supuestos específicos de suspensión y extinción contractual, acompañados del disfrute de una prestación por desempleo. Pues bien, a estudiar con detalle toda esta regulación jurídica se dedica el trabajo de Ortíz Lallana, quien aporta importantes y novedosas reflexiones al respecto.

El estudio de la regulación de la violencia de género en el derecho español se completa con el análisis de lo que sucede en el derecho portugués. El trabajo de Oliveira Carvalho se centra en la protección de la víctima desde una perspectiva comparada (Portugal y España). Una de las importantes diferencias radica en el concepto de víctima, más ambicioso en el sistema luso, que se refiere a la víctima de la violencia doméstica (no de género). Según el art. 2 de la Ley 112/2009, de 16 de septiembre, que estableció el régimen jurídico de prevención de la violencia doméstica y de protección y asistencia a sus víctimas, el ámbito subjetivo de la tutela de esta norma se circunscribe a las víctimas de violencia doméstica, según lo previsto en el art. 152 del Código Penal, que tipifica los comportamientos considerados delito en esta materia. El IV Plan Nacional portugués contra la violencia doméstica (2011-2013) mantiene la interpretación amplia de este concepto e incluye en el mismo todos los actos de violencia física, psicológica y sexual perpetrados contra personas, independientemente de su sexo y edad, en los que la conducta agresora ocurra según lo dispuesto en el antes citado precepto del Código Penal. En fin, sobre estas y otras cuestiones reflexiona con rigor y detalle la citada autora.

Otros trabajos de este número especial de la Revista se dedican al estudio

de los riesgos psicosociales desde una perspectiva jurídica y comparada. Así, resulta de interés el análisis que de tales riesgos se hace en el derecho francés, pues, desde 2002, el artículo L. 4121-1 del Código del Trabajo configura la noción de “salud física y psicológica” como uno de los elementos básicos para luchar contra el acoso moral, obligando al empresario a tomar todas las medidas necesarias para proteger estos dos aspectos de la salud. Como expone L<sup>o</sup>ic Lerouge, Francia ha desarrollado una interpretación muy estricta de la Directiva de 12 de junio de 1989, enfocada a una obligación de seguridad de resultado. Más claramente, el legislador francés estima que la obligación de seguridad no es “de medios”, sino “de resultado”, por lo que el riesgo ya no debe producirse. En este contexto, el empresario está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para la prevención de los riesgos en el trabajo. Los órganos jurisdiccionales franceses valoran restrictivamente el ejercicio del poder de dirección y organización del empresario, con el fin de proteger la salud física y mental en el trabajo.

El caso italiano es muy diferente, pues el legislador estatal no ha regulado directamente la materia, tal y como expone Caragnano. Las únicas referencias legales son generales, como sucede con las incluidas en los arts. 32 y 41 de la Constitución, los arts. 582 y 590 del Código Penal, los arts. 2043, 2049 y 2087 del Código Civil o en el propio art. 28 de la Ley 81/2008, de salud y seguridad en el trabajo, en el que, desde un punto de vista amplio, podría entenderse incluido el acoso moral como un riesgo laboral más. Aunque no con carácter general, sino limitado a su concreto ámbito de aplicación, el art. 2.3 del Decreto Legislativo núm. 216/2003, que regula la igualdad de trato en materia de empleo y de condiciones de trabajo, prohíbe, junto a las discriminaciones, las molestias o aquellos comportamientos indeseados que tienen el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un clima intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Así las cosas, este precepto podría dar protección frente a las conductas típicas del acoso moral. Además, con carácter limitado, cabe destacar algunas leyes regionales que ya regulan el fenómeno, como la de Lazio (año 2002) o Veneto (2010). Con todo, la regulación del acoso moral en Italia se ha desarrollado, sobre todo, a través de los convenios colectivos. También de interés resulta el estudio de la materia en el ordenamiento mexicano. La profesora Kurczyn Villalobos profundiza sobre el concepto de acoso y hostigamiento en el derecho laboral mexicano, sus elementos caracterizadores, su regulación en la Ley Federal del Trabajo y en otras normas específicas, así como en el tratamiento de la igualdad de género en la Suprema Corte de la Nación. Todo ello permite a la autora extraer interesantes y críticas conclusiones.

Finalmente, se aborda el caso español, en el que, a falta de regulación expresa por parte del legislador, la protección de la víctima encaja en preceptos constitucionales o de la legislación ordinaria (Estatuto de los Trabajadores). En efecto, las conductas de acoso vulneran los derechos fundamentales a la dignidad e integridad física y moral u otros derechos ordinarios de carácter laboral relacionados con el desarrollo de la prestación laboral. Desde comienzos del 2000, es intensa la actividad de los tribunales en esta materia, delimitando el concepto y rasgos caracterizadores del acoso moral frente a otros comportamientos similares y concediendo protección al trabajador siempre que se supere el difícil obstáculo de la prueba de la conducta acosadora. Actualmente, ya contamos con importantes sentencias del Tribunal Supremo que clarifican aspectos claves y vinculan la prevención de estos riesgos psicosociales con una interpretación amplia del deber de seguridad y salud en la empresa. En este sentido, los clásicos poderes de dirección u organización y disciplinario del empresario están condicionados por esta visión amplia del deber de prevención de riesgos laborales, lo que implica que deben ser utilizados para garantizar tal finalidad. Se ocupa del exhaustivo análisis de estas cuestiones Gil Y Gil. El último aspecto analizado, y que cierra el tratamiento – en esta sede – del acoso moral en España, es el de su impugnación por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales, con especial atención a la indemnización de daños y perjuicios a percibir por la víctima (Mella Méndez).

Presentado – aun a grandes trazos – el contenido de los trabajos de este número especial, poco más queda ya que recomendar su lectura al investigador interesado en la materia, con el deseo de que la misma le resulte amena y productiva.

Lourdes Mella Méndez\*  
Directora y Editora Invitada de este número especial

---

\* Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Santiago de Compostela (España).

## La política de la OIT y de la Unión Europea sobre salud y riesgos psicosociales

María Amparo BALLESTER PASTOR\*

---

**RESUMEN:** El trabajo se estructura en tres partes. En la primera se presenta un análisis de la postura de la Unión Europea en torno a los riesgos psicosociales que resalta las diferencias existentes con relación al resto de factores de riesgo relevantes en la política de prevención derivados de la Directiva Marco 89/391. En la segunda parte del trabajo se presenta el tratamiento aportado por la OIT en torno a los riesgos psicosociales, destacando la importancia del concepto de trabajo decente. En la tercera y última parte se analiza la situación española a la luz de la última reforma, señalando las contradicciones entre el incremento de la inestabilidad laboral y la prevención del riesgo psicosocial.

*Palabras clave:* Riesgo psicosocial, prevención Unión Europea, prevención OIT, acoso, discriminación, trabajo decente.

**SUMARIO:** 1. La política de la UE sobre los riesgos psicosociales. 1.1. Peculiar desarrollo “desnormativizado” de los riesgos psicosociales en la UE. 1.2. Peculiar contenido de la prevención de riesgos psicosociales. 1.3. Peculiar relación entre prevención de riesgos psicosociales y competitividad como objetivo de la UE. 1.4. Peculiar relación entre riesgos psicosociales y política antidiscriminatoria. 2. La política de la OIT sobre riesgos psicosociales. 3. La aplicación de la política sobre riesgos psicosociales en el ordenamiento español. 3.1. La reforma laboral de 2012, el incremento de la flexibilidad laboral y los riesgos psicosociales. 4. Bibliografía.

---

\* Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

## 1. La política de la OIT sobre riesgos psicosociales

El tratamiento otorgado a los riesgos psicosociales en la Unión Europea ha tenido una gran relevancia en la normalización de este tipo de riesgos y en su integración con carácter ordinario en las políticas preventivas de los Estados Miembros. El concepto de riesgo psicosocial promovido desde la UE introduce una concepción nueva de entorno laboral sano, que no se limita a los factores de riesgo clásicos, sino que pretende la consecución de un concepto de salud más extenso, que conecta directamente con actitudes de gestión empresarial, con expectativas y, por ende, con la propia relación entre derechos y obligaciones en la empresa. El concepto de riesgo psicosocial no comprende solo la actuación frente a actuaciones patológicas violentas procedentes de la empresa (acoso) o del exterior (violencia externa a la empresa), sino que conecta directamente con las relaciones horizontales y verticales en la empresa y con el estilo de dirección. Pero precisamente por esto la concepción de los riesgos psicosociales en el ámbito de la UE se mueve en un espacio impreciso y, en ocasiones contradictorio, lo que explica que su desarrollo se haya producido de modo diferente al resto de riesgos laborales.

Acerca de este peculiar desarrollo de la política sobre riesgos psicosociales en la UE se trata a continuación.

### 1.1. Peculiar desarrollo “desnormativizado” de los riesgos psicosociales en la UE

La aparición de los riesgos psicosociales en el ámbito de la política de la UE sobre prevención de riesgos laborales ha coincidido en el tiempo con el fin de la fase de elaboración de Directivas y con el inicio de una nueva etapa<sup>1</sup>, caracterizada por la consolidación y sensibilización<sup>2</sup>. Sin embargo, en la Estrategia para la Seguridad y Salud en el Trabajo 2002-2006<sup>3</sup> se proponía expresamente el tratamiento normativo de los llamados riesgos

---

<sup>1</sup> Sigo la evolución descrita por Sala Franco, *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Valencia 2012, pp. 29 ss.

<sup>2</sup> En el Cuarto programa de Acción Comunitaria de Seguridad, Higiene y Salud en el Trabajo (1996-2000) se hacía expresa referencia al hecho de que en el pasado la acción preventiva de la UE se había venido realizando por medio de acciones legislativas (particularmente Directivas), pero que en el futuro la estrategia pasaba a ser fundamentalmente informativa. Comunicación de la Comisión sobre un programa comunitario de seguridad, higiene y salud en el trabajo (1996-2000). COM (95) 282 final.

<sup>3</sup> COM (2002) 118.

“emergentes”, a los que se prestaba una especial atención y a los que se calificaba como aquellos surgidos de nuevos procesos, tecnologías o tipos de lugar de trabajo, así como por cambios sociales u organizativos, incluyendo los de naturaleza física, biológica, química y psicosocial<sup>4</sup>. Conforme a los estudios elaborados en la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo<sup>5</sup>, que era expresamente mencionada en la estrategia 2002-2006 como una entidad fundamental para el desarrollo de los riesgos emergentes, entre los riesgos psicosociales se incluyen los relacionados con el trabajo precario, el trabajo irregular y flexible, la inseguridad en el trabajo, la intensificación en el trabajo (por ejemplo a partir de la mayor disponibilidad horaria requerida), las condiciones de trabajo de los trabajadores mayores, la violencia laboral, el acoso, el estrés laboral o la deficiente compatibilidad entre vida y trabajo<sup>6</sup>. Adviértase que en esta descripción se incluyen tanto situaciones de gran intensidad por afectar a derechos fundamentales (violencia laboral o acoso) como otras derivadas de la gestión ordinaria del factor humano en la empresa (organización del tiempo o condiciones de trabajo) o con la extinción contractual (inestabilidad). Guardan, en todo caso, relación con el modo de ejercer las prerrogativas empresariales en la empresa.

El concepto de riesgos emergentes indicaba en la Estrategia 2002-2006 la dirección en la que se iría moviendo la expansión de la política preventiva de la UE. Pero ninguna referencia aparecía al desarrollo legislativo de los riesgos psicosociales en la Estrategia 2007-2012<sup>7</sup> que, sin embargo, sí que incidía intensamente en la necesidad de investigarlos y, en particular, de promover la salud mental en el trabajo. La cuestión parecía definitivamente desplazada al poco comprometido espacio de la investigación, en parte como consecuencia de la naturaleza “emergente” de los riesgos (lo que teóricamente justificaba la demora de acciones

---

<sup>4</sup> Tomo el concepto de riesgo emergente dado por el Observatorio Europeo de Riesgos, <https://osha.europa.eu/es/riskobservatory/index.html>. Incluyen, por tanto, nuevos factores físicos (musculo-esqueléticos, ruido, vibraciones, radiaciones ionizantes, etc.), biológicos (síndrome respiratorio agudo, gripe aviar, ántrax, etc.), químicos (nano partículas, carcinógenos, mutagénicos, tóxicos para la reproducción, alérgicos, etc.) y psicosociales.

<sup>5</sup> Agencia creada por Reglamento del Consejo de 18 de Julio de 1994, en el que se establece como uno de sus objetivos *proporcionar a los organismos comunitarios, a los Estados miembros y a los medios interesados toda la información técnica, científica y económica útil en el ámbito de la seguridad y de la salud en el trabajo.*

<sup>6</sup> Resulta de particular interés el informe elaborado en el seno de la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo titulado *Experts forecast on emerging psychosocial risks related to occupational safety and health.* <https://osha.europa.eu/en/publications/reports/7807118>

<sup>7</sup> COM (2007) 62 final.

obligatorias) pero también, en parte, al menos con relación a los riesgos psicosociales, porque la estrategia de actuación necesaria para asegurar la prevención planteaba conflictos con la flexibilidad empresarial que se propugnaba desde las instancias comunitarias (*infra*) y que incluso forma parte del TFUE. Efectivamente, en el actual art. 145 TFUE (antiguo art. 125 TCE) se hace referencia a la necesidad de fomentar desde las instituciones comunitarias la adaptabilidad del trabajador a la empresa: *Los Estados miembros y la Unión se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable (...).*

Adicionalmente, en la era del principio de subsidiariedad el avance en las condiciones de trabajo por medio de Directivas resulta no imposible pero sí complejo. El modo decidido en que en el pasado se habían adoptado Directivas que establecían garantías para los trabajadores (por ejemplo en el ámbito de la transmisión de empresas o en el de los despidos colectivos) es fruto de otra época<sup>8</sup>. En el actual TFUE sigue estableciéndose como objetivo *la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso* (art. 151 TFUE). A tal fin la UE *apoyará y completará la acción de los Estados Miembros en (...) a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo* (art. 153.1 TFUE). Pero la acción comunitaria se centra en el art. 151 TFUE en “apoyar y completar”. De hecho, se propone como primera acción para la mejora de las condiciones de trabajo la coordinación, quedando expresamente excluida la armonización<sup>9</sup>. La posibilidad de Directivas queda apuntada con carácter secundario<sup>10</sup>. En definitiva, el actual es un contexto bastante hostil a la unificación en materia de condiciones de trabajo, lo que incide claramente en el tratamiento otorgado a los riesgos psicosociales.

En paralelo a este retroceso de la norma UE en el tratamiento de los riesgos psicosociales se advierte, en cambio, una gran vitalidad de los

---

<sup>8</sup> Por medio de la atribución de competencias a la antigua CEE para la “aproximación de las legislaciones por la vía del progreso” (antiguo art. 117 TCE), que había dado lugar a una incipiente normativa laboral comunitaria.

<sup>9</sup> Para conseguir los objetivos del art. 151 TFUE se podrán *adoptar medidas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar los conocimientos, desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas, promover fórmulas innovadoras y evaluar experiencias, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros* (art. 153.2 TFUE).

<sup>10</sup> La posibilidad de Directivas para la consecución de los objetivos del art. 151 TFUE queda reducida al establecimiento de *disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros* (art. 153.2.b TFUE).

Acuerdos Marco entre los interlocutores sociales de la UE. El desarrollo de la política de la UE sobre riesgos psicosociales se ha desarrollado fundamentalmente con carácter negociado. El primero se firmó en 2004 y hacía referencia al estrés laboral<sup>11</sup>. Hay dos aspectos que conviene resaltar en el mismo: de un lado, el Acuerdo Marco de 2004 refiere expresamente que el estrés laboral es un riesgo laboral incluido en el ámbito de la Directiva marco 89/391, lo que permitía desencadenar la obligación de los Estados miembros de aplicar las técnicas preventivas, intervencionistas y protectoras configuradas con carácter general para todos los riesgos laborales. De otro lado, se advertía en el texto del Acuerdo que la intensidad protectora era menor que en el caso de otros factores de riesgo. Se indicaba expresamente, al respecto, que la actuación empresarial frente al estrés laboral no quedaba necesariamente incluida en la evaluación de riesgos, sino que podía realizarse por otros mecanismos específicos para su detección<sup>12</sup>. De este modo se evidenciaba la falta de equiparación a nivel preventivo entre riesgos psicosociales y el resto de riesgos laborales. De otro lado, en los documentos de seguimiento del Acuerdo Marco (elaborados en 2004, 2005 y 2006) se hablaba de la dificultad para encontrar consensos en torno a aspectos tan elementales como la propia definición de estrés laboral. El interés del acuerdo marco sobre estrés laboral quedaba, así, limitado a haber servido como foro de encuentro para el encuentro de opiniones y como mecanismo informativo para aquellos países menos concienciados<sup>13</sup>. Algo parecido sucedió con el segundo de los Acuerdos Marco sobre riesgos psicosociales, el Acuerdo Marco sobre acoso y violencia en el trabajo<sup>14</sup>, donde igualmente se refería la inclusión de este riesgo en la Directiva marco 89/391. En el acuerdo de seguimiento de 2011<sup>15</sup> se destacó que los interlocutores sociales habían concluido en que debían seguir utilizándose los instrumentos ya existentes en cada Estado miembro para la prevención de riesgos psicosociales, sin que fuera necesario el establecimiento de instrumentos específicos de garantía, lo que llevaba implícito cierto estancamiento. Se destacaba, también (como en el Acuerdo de seguimiento del Acuerdo marco sobre

---

<sup>11</sup> Firmado el 8 de Octubre de 2004 por los interlocutores sociales EU. <http://es.scribd.com/doc/14532417/Acuerdo-Marco-Europeo-sobre-el-Estres-Laboral>

<sup>12</sup> Así lo refiere Velázquez Fernández, “Preventing violence and harassment at work” Ponencia al *Seminar on violence and harassment at work*, 6 y 7 Octubre 2009.

<sup>13</sup> Así se refería en el Acuerdo de seguimiento de 2008. [http://www.etuc.org/IMG/pdf/Final\\_Implementation\\_report.pdf](http://www.etuc.org/IMG/pdf/Final_Implementation_report.pdf)

<sup>14</sup> Firmado el 26 de Abril de 2007. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007DC0686:ES:NOT>

<sup>15</sup> Firmado el 27 de Octubre de 2011. [http://www.etuc.org/IMG/pdf/BROCHURE\\_harassment7\\_2\\_.pdf](http://www.etuc.org/IMG/pdf/BROCHURE_harassment7_2_.pdf)

estrés laboral) que los resultados concretos no son el único objeto del Acuerdo marco, sino que también resulta importante que el acuerdo haya actuado como foro de encuentro para la discusión y el diálogo. Hay en estas manifestaciones cierto resignado reconocimiento de que la cuestión no ha avanzado y de que resulta difícil llegar a acuerdos siquiera en los aspectos más elementales. Pese a estas limitaciones, debe reconocerse que ambos Acuerdos han resultado fundamentales para que todos los Estados Miembros situaran el riesgo psicosocial entre los incluidos en sus respectivas normas preventivas. La influencia ha sido mayor en lo referente a las conductas más graves (las constitutivas de acoso) en parte por su clara repercusión sanitaria y, en parte, también porque existía un referente descriptivo en el ámbito de los acosos discriminatorios.

También la prevención de los riesgos psicosociales vinculados a la violencia procedente de terceros ha sido objeto de tratamiento en la Unión Europea por medio del Acuerdo entre los interlocutores sociales de 2010 que dio lugar a las Directrices multisectoriales para solucionar la violencia y el acoso de terceros relacionados con el trabajo<sup>16</sup>. Resulta de interés destacar que éste es el aspecto de los riesgos psicosociales que es más fácil de identificar y acerca del cual existe un mayor consenso. Es suficientemente significativo que el acuerdo al que se ha llegado en el ámbito de la UE reciba el nombre de “Directrices multisectoriales”. Sus mecanismos preventivos no resultan tan problemáticos como en el caso de los riesgos psicosociales generados en el interior de la empresa puesto que es menor su incidencia en relación con el alcance de las prerrogativas empresariales. En realidad la dinámica preventiva no se diferencia demasiado de la que corresponde aplicar en el caso de riesgos laborales tradicionales. De hecho, expresamente se refiere en las Directrices la necesidad de que la violencia externa forme parte de la evaluación de riesgos (sin referencia a que la cuestión se trate por medio de mecanismos alternativos) y de que se apliquen técnicas de formación, sensibilización y actuación (protección y defensa del trabajador).

## **1.2. Peculiar contenido de la prevención de riesgos psicosociales**

El punto de referencia para la identificación de la existencia de riesgos

---

<sup>16</sup> El texto puede consultarse en [http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion\\_al\\_Ciudadano/Normativa\\_y\\_Documentacion/Documentacion/Documentacion\\_ITSS/001/Guia\\_psicosociales.pdf](http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/Normativa_y_Documentacion/Documentacion/Documentacion_ITSS/001/Guia_psicosociales.pdf)

psicosociales y para la aplicación de las políticas preventivas se encuentra en los estudios realizados por entidades especializadas y, en particular, por la Agencia Europea para la Salud y Seguridad en el Trabajo. Cuando se hace referencia a riesgos clásicos la actuación preventiva supone identificación e inversión para la minoración de efectos. En el ámbito de los riesgos psicosociales la política preventiva tiene rasgos muy particulares porque insta a la alteración de actitudes. Destacan, entre los estudios realizados por la Agencia, las referencias a la salud mental insertadas en los documentos generales de promoción de la salud en el lugar de trabajo<sup>17</sup>, así como el informe sobre el estrés laboral<sup>18</sup>. En él se define el estrés laboral como el desequilibrio entre las demandas que se hacen al trabajador y los recursos que tiene disponibles para afrontar estas demandas. Se describen asimismo los síntomas del estrés laboral tanto en lo que guarda relación con sus repercusiones en la empresa (absentismo, reducción de la productividad, problemas disciplinarios, errores, etc.) como en el propio individuo (irritabilidad, ansiedad, problemas de sueño, depresión, hipocondría, problemas familiares, dificultades de concentración, dificultad para tomar decisiones, abuso de drogas, alcohol y tabaco, comportamiento destructivo, problemas de espalda, problemas inmunológicos, úlceras, hipertensión, etc.). A efectos preventivos se sugiere que se permita el suficiente tiempo para el desarrollo de la actividad laboral, que se describa claramente el trabajo, que se premie al trabajador por su buen rendimiento, que se permitan las quejas de los trabajadores y se las tenga en cuenta, que los trabajadores tengan cierto control sobre su trabajo, que se permita a los trabajadores la toma de decisiones en los temas que les atañen, que se ajuste la carga de trabajo a las capacidades y los recursos de cada trabajador, que se designen trabajos estimulantes, que se definan claramente trabajos y responsabilidades, que se den oportunidades para la interacción social y que se eviten ambigüedades en relación con la seguridad y el desarrollo profesional. Se apunta, en definitiva, a un modelo sano de gestión de recursos humanos motivador y participativo, en el que el trabajador tenga cierto control de su actividad, y disponga de la información necesaria. Pero también se apunta a cuestiones que tradicionalmente han sido objeto de regulación por parte del Derecho del Trabajo (jornada, horario, participación, promoción, representación, tutela, etc.) y que en los últimos años se encuentran en claro retroceso. Los trabajos de la Agencia solicitan al empresario que respete un mínimo de seguridad en las condiciones del

---

<sup>17</sup> <http://osha.europe.eu/en/topics/whp>

<sup>18</sup> <http://osha.europe.eu/en/topics/stress>

trabajador, al tiempo que la normativa va retrocediendo.

En el Acuerdo Marco sobre estrés laboral de 2004 se establece como obligación del empresario lo siguiente: (...) *si se identifica un problema de estrés ligado al trabajo, se deben tomar las medidas para prevenirlo, eliminarlo o reducirlo. La determinación de las medidas adecuadas es responsabilidad del empleador. Estas medidas serán aplicadas con la participación y colaboración de los trabajadores y/o de sus representantes.* El principal problema es, sin embargo, la detección de la existencia de efectivo estrés, sobre todo porque a medida que se van aumentando las prerrogativas empresariales se va aumentando también el punto de referencia de lo que se considera tensión laboral ordinaria.

En el ámbito de la prevención de los riesgos psicosociales resulta de particular interés la Encuesta Europea de empresas sobre riesgos nuevos y emergentes (ESENER) realizada en 2009 por la Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo a partir de 36000 encuestas en 31 países<sup>19</sup>. En 2011 se elaboraron cuatro proyectos de análisis secundario<sup>20</sup> que analizaron los factores asociados a la gestión eficaz de los riesgos psicosociales. Entre otros aspectos, se destacaba que hay medidas preventivas raramente usadas en muchos países (como la asistencia psicológica especializada o la adopción de procedimientos para tratar estos riesgos), la gran diferencia en el nivel de protección entre sectores de actividad y la gran importancia que, para la eficacia de los mecanismos preventivos, tienen los factores “contextuales”, entre los que se encuentran la cultura, la legislación y la capacidad de las organizaciones. Resulta interesante que se destaque en estos documentos la gran trascendencia que, en la prevención de los riesgos sociales, tiene la legislación, puesto que la actuación frente a los riesgos psicosociales parece, en el resto de actuaciones de la UE, estancada en el ámbito de los estudios, como si fuera un asunto incierto o como si su aplicación debiera quedar en manos de la buena predisposición de los empresarios.

### **1.3. Peculiar relación entre prevención de riesgos psicosociales y competitividad como objetivo de la UE**

La principal quiebra de la prevención de los riesgos psicosociales aparece cuando surge la competitividad como objetivo de la UE. Llama la atención que, tanto en la Estrategia 2007-2012 para la Seguridad y Salud

---

<sup>19</sup> Resultados en <http://www.esener.eu>

<sup>20</sup> Un resumen de los mismos titulado *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*, [http://osha.europa.eu/es/publications/reports/esener\\_summary](http://osha.europa.eu/es/publications/reports/esener_summary)

en el Trabajo, como en el borrador de la Estrategia 2013-2020<sup>21</sup> se hiciera expresa referencia a la compatibilidad entre prevención y competitividad. Incluso en el borrador de la Estrategia 2013-2020 se menciona expresamente su integración con la Estrategia Europa 2020<sup>22</sup> que, como se sabe, tiene como principal objetivo la configuración de una economía europea más competitiva. El desplazamiento del instrumento legislativo y la referencia a la competitividad resultan particularmente significativos porque implican la detención en la expansión legislativa de la cuestión preventiva y anuncian su coordinación (o tal vez subordinación) al objetivo de la mayor competitividad.

Llegados a este punto surge inevitablemente la paradoja: el modelo europeo para la eficiencia empresarial es uno asentado en la *flexiguridad*<sup>23</sup>, un concepto particularmente atractivo que ha servido para referir el objetivo de mutua aclimatación de intereses y que en general ha terminado por configurarse en la versión amable de la flexibilidad clásica, entendida como incremento de las prerrogativas empresariales<sup>24</sup>. El término comenzó formando parte de documentos de la UE puntuales<sup>25</sup> y terminó configurándose en el eje central de la Estrategia 2020<sup>26</sup>. Resulta evidente que tanto el concepto clásico de flexibilidad empresarial como el más reciente de flexiguridad entran en directo conflicto con las medidas de prevención contra los riesgos psicosociales, al menos en el sentido descrito más arriba por la agencia europea de seguridad y salud en el trabajo que, en sus planteamientos generales, no supone sino otra forma

---

<sup>21</sup> La Estrategia destinada a sustituir a la que concluyó vigencia en 2012 (2013-2020) todavía no ha sido aprobada. Un resumen de su contenido en [https://docs.google.com/file/d/1\\_eUd0dZ0Kdd6Dh3A-UGtUsOZy\\_QmezenKmRX7jRn3\\_fzd\\_9s5zuEYkIX0Ty/edit?pli=1](https://docs.google.com/file/d/1_eUd0dZ0Kdd6Dh3A-UGtUsOZy_QmezenKmRX7jRn3_fzd_9s5zuEYkIX0Ty/edit?pli=1)

<sup>22</sup> Particularmente en relación con el eje del “Crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo”. Un análisis del alcance de la Estrategia 2020 en Cabeza Pereiro y Ballester Pastor, *Estrategia Europea para el Empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Madrid, 2010.

<sup>23</sup> Sobre su alcance por todos, Wilthagen y Tros, “The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets”, *European Review of Labour and Research*, vol 10, 2, 2004, p. 2.

<sup>24</sup> Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, “El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares”, *Relaciones Laborales*, 3, 2009, p. 6.

<sup>25</sup> Entre otros, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, de 27 de Junio de 2007 *Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad*. COM (2007) 355 final.

<sup>26</sup> *Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*. COM (2010) 2020.

de formular el objetivo de *mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso* establecido en el art. 151 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Efectivamente, la política de prevención del estrés laboral (*supra*) se basa en la adaptación de la empresa al trabajador. Los presupuestos de la flexibilidad, sin embargo, propugnan el incremento de las prerrogativas empresariales a fin de que la fuerza de trabajo (como mero factor de producción) se adecue a las necesidades empresariales de cada momento. La misma contradicción se produce entre flexibilidad y prevención de riesgos psicosociales, puesto que aquella propugna la mayor facilidad extintiva a cambio de reforzar las políticas activas de empleo para la mayor empleabilidad de los trabajadores<sup>27</sup>. Sin embargo, uno de los principales detonantes de estrés laboral es la inestabilidad, la precariedad y el miedo a la pérdida del puesto de trabajo (*supra*)<sup>28</sup>.

Ciertamente, una política adecuada de gestión de mano de obra, preventiva de riesgos psicosociales no es incompatible con los postulados de la Estrategia 2020 que, a fin de cuentas, propugna el incremento de la competitividad por medio del incremento de la calidad de la fuerza de trabajo. Y la buena gestión de Recursos Humanos que lleva implícita la prevención de los riesgos psicosociales es susceptible de incrementar dicha calidad. Sucede, sin embargo, que la flexibilidad propugna con exactitud las formulas pro-empresariales (mayor facilidad para el despido e incremento de las prerrogativas de gestión ordinaria empresariales), pero deja en la incertidumbre las herramientas para el incremento de la calidad de la fuerza de trabajo, que apenas quedan referidas genéricamente a la formación. De hecho hay una evidente contradicción en el hecho de tolerar la rotación laboral y promover la inversión en la calidad de la fuerza de trabajo, porque en un contexto de alto desempleo y alta cualificación de la fuerza de trabajo siempre sale más rentable una gestión asentada en la “regeneración” de las plantillas. Es por esto que la única

---

<sup>27</sup> Podía leerse en el Informe Wim Kok II “Revisión a medio plazo de la Estrategia de Lisboa”, presentado el 13 de noviembre de 2004 (que sirvió de base a la Comunicación de la Comisión: COM (2005) 24 “Trabajar juntos por el crecimiento y el empleo. Reforzamiento de la Estrategia de Lisboa”) lo siguiente: *Se trata de fomentar nuevas modalidades de seguridad que, lejos del modelo restrictivo basado en el mantenimiento del puesto de trabajo durante toda la vida, asuman un nuevo paradigma cuyo objetivo es desarrollar la capacidad de los trabajadores para permanecer y avanzar en el mercado laboral.*

<sup>28</sup> En un estudio realizado en 942 trabajadores españoles resultó que la inestabilidad disminuye la satisfacción en el trabajo y la entrega a la empresa. La sensación de inseguridad influye intensamente en la actitud del trabajador. Sora, Caballer y Peiró, “Los efectos de la inestabilidad en el trabajador y la dependencia del empleo”, *Revista Internacional del Trabajo*, 129, 1, 2010.

manera de solucionar la contradicción entre flexibilidad/flexiguridad, de un lado, y prevención de riesgos psicosociales, de otro, pasa necesariamente por configurar normativamente ciertos límites a la prerrogativas organizativas empresariales.

La preponderancia de la competitividad frente a la prevención de riesgos psicosociales se advierte también en las últimas tentativas normativas sobre tiempo de trabajo. La Directiva 2003/88, de 14 de Noviembre, regula algunos aspectos relacionados con la ordenación del tiempo de trabajo. Lo ha hecho dentro del bloque de normas preventivas en desarrollo de la Directiva Marco 89/391. El tiempo de trabajo tiene directa relación con la protección física del trabajador, pero también implica protección frente a riesgos psicosociales porque tanto la limitación de la jornada como el control del tiempo de trabajo y descanso suponen mecanismos preventivos del estrés laboral. Sucede, sin embargo que en este ámbito la evolución no parece dirigirse hacia la mejora de las condiciones de trabajo, sino al incremento de las prerrogativas empresariales. Sabido es que el proyecto de reforma de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo presentada en 2008 no prosperó (por oposición del Parlamento Europeo), con lo que quedó paralizada la consolidación de jornadas extendidas más allá de las 48 horas. Esta posibilidad existe bajo la actual regulación de la UE, pero se mantiene en un espacio teóricamente excepcional que pretendía suprimir la reforma de 2008. Sucede, sin embargo, que han seguido realizándose con posterioridad documentos desde la Comisión Europea que pretenden promover la flexibilidad horaria en un sentido muy similar al que se proponía en 2008<sup>29</sup>. Resulta de particular interés destacar que, en el ámbito de la ordenación del tiempo de trabajo, la política preventiva no avanza sino que a duras penas se mantiene frente a los retrocesos flexibilizadores que siguen proponiéndose. Ningún otro factor de riesgo ha sufrido ataques de esta naturaleza, puesto que la política preventiva se ha desarrollado, sin ninguna otra excepción, hacia el incremento de garantías para los trabajadores.

---

<sup>29</sup> Por ejemplo, **Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 24 de marzo de 2010 - Revisión de la Directiva sobre el tiempo de trabajo (primera fase de la consulta de los interlocutores sociales a nivel de la Unión Europea con arreglo al artículo 154 del TFUE), COM (2010) 106 final.**

#### 1.4. Peculiar relación entre riesgos psicosociales y política antidiscriminatoria

La referencia normativa más intensa en relación con la protección frente a los riesgos psicosociales aparece en el ámbito de la UE inserta en la normativa discriminatoria, por medio de la definición del acoso sexual (Directiva 2006/54<sup>30</sup>) y del acoso por causa discriminatoria por razón de sexo (Directiva 2006/54), por razón étnica (2000/43) y por razón de religión, convicciones, edad, discapacidad y orientación sexual (Directiva 2000/78<sup>31</sup>). De particular relevancia es el carácter discriminatorio que expresamente se refiere para los acosos descritos. Ello permite que se desencadene toda la batería de medidas de garantía que se prevé en cada una de las Directivas (sanciones efectivas, protección contra represalias o modificación de la carga de la prueba entre otros). La obligación preventiva expresa tan solo se formula para el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en la Directiva 2006/54<sup>32</sup>, aunque no es difícil derivar similar obligación preventiva de la obligación genérica de no discriminación en la empresa establecida en todas las Directivas antidiscriminatorias o de la garantía de sanción adecuada en caso de que suceda el acoso causal. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que esta intensa protección surge en el ámbito comunitario tan solo en relación con las conductas degradantes que tengan vinculación discriminatoria, o sea, que se produzcan como consecuencia de la integración de la víctima en alguno de los colectivos protegidos por la prohibición de discriminación de las Directivas. También se genera la protección en caso de acoso sexual.

---

<sup>30</sup> El art. 2 Directiva 2006/54 define el acoso sexual como *la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.*

<sup>31</sup> El art. 2.3 Directiva 2000/78 establece que *el acoso constituirá discriminación a efectos de lo dispuesto en el apartado 1º cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con alguno de los motivos indicados en el artículo 1º que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. A este respecto, podrá definirse el concepto de acoso de conformidad con las normativas y prácticas nacionales de cada Estado miembro.*

<sup>32</sup> Artículo 26 de la Directiva 2006/54. *Prevención de la discriminación.-Los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profesional y en la promoción.*

Pero no existe una protección genérica por medio de Directiva contra el acoso como conducta degradante en sí misma, independientemente de la adscripción del trabajador(a) a un determinado colectivo protegido (acoso moral)<sup>33</sup>. El tratamiento de este acoso sin conexión con causa discriminatoria se reconduce al que mas arriba se ha descrito para los riesgos psicosociales, aunque comprende los comportamientos con repercusiones más graves, que llegan a alcanzar no solo a la salud de la persona sino también a su dignidad. De hecho en el Acuerdo Marco sobre acoso y violencia de género de 26 de Abril de 2007 (*supra*) se define como *el desarrollado por uno más directivos o trabajadores, con el propósito o el efecto de violar la dignidad de un trabajador o de un directivo, afectando su salud y/o creando un ambiente hostil*. Se advierte que en esta definición son elementos determinantes tanto la intención como el efecto, sin que tengan que concurrir ambos, (*con el propósito o el efecto*) por lo que merecería la calificación de acoso una malentendida técnica de recursos humanos que, aun pretendiendo un incremento de la productividad, cause perjuicio a la dignidad de la persona afectando a su salud y/o creando un entorno intimidatorio u hostil. De otro lado, la gravedad de la conducta constitutiva de acoso y la repercusión en la salud que aparece en su propia definición reconduce directamente a la Directiva Marco 89/391, por lo que procede la aplicación de las medidas genéricamente establecidas en esta normativa para la prevención. En el Acuerdo Marco sobre acoso y violencia de género de 2007 se establece al respecto que las empresas deben aportar una adecuada formación a los directivos en materia de acoso. Deben, asimismo, hacer claros pronunciamientos acerca de que el acoso no será tolerado en la empresa y establecer procedimientos específicos en caso de denuncia. Ciertamente en el caso del acoso moral no consta expresamente en ninguna norma de la UE la necesidad de que se lleven a cabo actuaciones preventivas al estilo de las existentes para el acoso sexual y para el acoso por causa discriminatoria. Pero su directa repercusión en la salud cuando se produce el supuesto descrito permite diferenciarlo del impreciso espacio del estrés laboral o el riesgo psicosocial genérico, por lo que la aplicación de las obligaciones preventivas establecidas en la Directiva Marco 89/391 parece adecuada. Pese a todo, no deja de ser curiosa esta nebulosa en la que se mantiene el acoso moral pese a ser un riesgo psicosocial de gran intensidad, puesto que las

---

<sup>33</sup> Sobre el tema, Arroyuelo Suárez, “La violencia psicológica en el lugar de trabajo en el marco de la Unión Europea”, *Lan Harremanak*, núm. 7, 2002, p. 285; y Correa Carrasco, “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV. (Correa Carrasco Coord.), *Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Pamplona, 2006, pp. 80 ss.

referencias del Acuerdo Marco, pese a su rotundidad, no dejan de formar parte de un texto sin eficacia normativa en la UE. Destaca, precisamente, que exista una diferencia clara entre la intensidad preventiva debida cuando se trata de acosos de contenido discriminatorio y cuando no lo son, pese a que sus repercusiones sanitarias son de igual intensidad.

Pese a todo, existe una indirecta virtualidad de la normativa antidiscriminatoria en la generación de actitudes empresariales preventivas de los riesgos psicosociales que resulta de gran interés. El punto de referencia es el concepto de discriminación indirecta que se aplica a todas las causas de discriminación prohibida en el ámbito de la normativa de la UE que disponen de desarrollo normativo (conforme al art. 19 TFUE, el sexo – Directiva 2006/54 –, la etnia – Directiva 2000/43 –, la religión, la edad, las convicciones, la discapacidad y la orientación sexual – Directiva 2000/78 –). El concepto de discriminación indirecta por razón de sexo (básicamente coincidente con el de las otras causas de discriminación prohibidas) es el siguiente (art. 2.1.b. Directiva 2006/54): *la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*. Este concepto configura en el empresario la obligación de llevar a cabo comportamientos objetivos, justificados y razonables puesto que cualquier beneficio o perjuicio que tuviera mayores repercusiones en alguno de los colectivos protegidos por alguna de las causas de discriminación prohibidas, sería discriminación indirecta. De hecho, desde antiguo el TJUE ha considerado constitutivas de discriminación indirecta por razón de sexo las incorrectas valoraciones de puestos de trabajo que implicaran una menor valoración en términos retributivos de los puestos ocupados mayoritariamente por mujeres<sup>34</sup>. En definitiva, el concepto de discriminación indirecta y la posible repercusión de las actuaciones empresariales en colectivos protegidos potencia la utilización de criterios objetivos en la gestión de los recursos humanos en la empresa, lo que a su vez coincide con parte de los mecanismos preventivos del estrés laboral y de los riesgos psicosociales no solo en los integrantes de los colectivos protegidos, sino también en el resto de los trabajadores.

---

<sup>34</sup> Entre los primeros, STJCE de 1 de Julio de 1986, asunto *Dato*, C-237/85; y STJCE de 17 de Octubre de 1989, asunto *Danfoss*, C-109/88.

## 2. La política de la OIT sobre riesgos psicosociales

No existen convenios internacionales de la OIT que expresamente hagan referencia a los riesgos psicosociales. Como en el ámbito de la Unión Europea, abundan, sin embargo, los estudios y recomendaciones prácticas, como por ejemplo el Código de Prácticas sobre violencia en el sector servicios<sup>35</sup>, el convenio colectivo sobre prevención y solución de reclamaciones en materia de acoso entre la Oficina Internacional del Trabajo y el Sindicato de la OIT<sup>36</sup> o el Informe sobre Violencia en el Trabajo realizado en 1998<sup>37</sup>. Existe, asimismo, referencia específica a los riesgos psicosociales en la Estrategia Global en materia de Seguridad y salud en el Trabajo adoptada en la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Junio de 2003. En esta Estrategia se propone el desarrollo de nuevas técnicas preventivas para los riesgos emergentes y se promueve la consolidación de la cultura de la prevención, entre otros temas.

Parece posible incluir, sin embargo, los riesgos psicosociales en los convenios de la OIT que, con carácter general, tratan la cuestión de la prevención, como por ejemplo el Convenio 155 de la OIT, de 22 de Junio de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente (y la Recomendación 164), o el Convenio 187 de la OIT de 15 de Junio de 2006 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo. Ambos han sido ratificados por España. El Convenio 187 resulta particularmente interesante en relación con los riesgos psicosociales porque hace continua referencia a la configuración de ambientes de trabajo no solo sanos sino “saludables,” lo que permite una interpretación del riesgo laboral más amplio que el simplemente relacionado con la salud física. También debe recordarse, al respecto, que el Convenio 1 de la OIT, de 1919, estableció el límite de las 48 horas semanales en la industria, desarrollando el objetivo que había sido enunciado en el Preámbulo del Tratado de Versalles. La cuestión de la limitación horaria y del control del tiempo por parte del trabajador es, por tanto, uno de los contenidos más consolidados en la OIT.

Pero la política de la OIT que resulta actualmente más vigorosa en relación con la prevención y protección frente a los riesgos psicosociales (aunque no se establezca esta conexión expresamente) es la que deriva del concepto de “trabajo decente” que fue utilizado por primera vez por el

---

<sup>35</sup> De fecha 15 de Octubre de 2003.  
<http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/sector/techmeet/mevsws03/mevsws-cp.pdf>

<sup>36</sup><http://www.ilo.org/public/spanish/staffun/docs/harassment.htm>

<sup>37</sup> Chappell y Di Martino, *Violence at work*, Ginebra, 1998.

Director General del OIT en 1999<sup>38</sup> y que ha dado lugar a numerosos estudios posteriores<sup>39</sup>. El término ha acabado por incorporarse expresamente al título de algunos instrumentos de la OIT, como por ejemplo al Convenio Internacional de la OIT 189, de 2011, sobre “Trabajo decente de los trabajadores y trabajadoras domésticos”<sup>40</sup>. El trabajo decente aspira a conferir legitimidad a la globalización dotándole de nuevos valores éticos<sup>41</sup>. Decente significa “conveniente y apropiado”. Implica proteger el trabajo teniendo en cuenta los intereses de las empresas y de la economía, pero también significa que las relaciones humanas no deben ser reducidas a ideologías utilitarias, sino que deben comprender una dimensión ética<sup>42</sup>. Reclama, pues, un tipo de relaciones laborales en las que no se tiene en cuenta solamente la competitividad. Desde esta perspectiva de humanización de las relaciones laborales coincide en sus objetivos con la prevención de los riesgos psicosociales. Debe destacarse que, tanto por la implantación del concepto de trabajo “decente” en el marco de la OIT como por la utilización del término “ambiente de trabajo saludable” en el Convenio 187 se advierte en la OIT cierta preocupación por mantener los límites éticos que garanticen unas condiciones de trabajo ajustadas también a las necesidades de los trabajadores, promoviendo su estabilidad y garantizando objetividad y adecuación en la gestión de Recursos Humanos, al menos en sus aspectos más esenciales. Pero también debe destacarse que el concepto de trabajo “decente” se sitúa un paso por debajo del concepto de trabajo “digno”<sup>43</sup>, por lo que implica en sí mismo cierto reconocimiento de que el listón de derechos laborales mínimos ha descendido. Incluso la necesidad de recordarlo implica en sí mismo el reconocimiento de que es cierta la amenaza de un retroceso en las garantías laborales de los trabajadores.

---

<sup>38</sup> *Trabajo decente. Informe del Director General de la OIT a la 87ª Sesión de la CIT*, Ginebra, 1999

<sup>39</sup> Entre muchos otros, Peccoud, *El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales*, OIT, Madrid, 2006. También, el número monográfico sobre “La medición del trabajo decente”, en *Revista Internacional del Trabajo*, volumen 122, 2, 2003.

<sup>40</sup> El Convenio 189 de la OIT y la Recomendación 201 sobre el mismo tema fueron aprobados el 16 de Junio de 2011.

<sup>41</sup> Lo refiere Gil y Gil, “Concepto de trabajo decente”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012, p. 15

<sup>42</sup> Al respecto, Servais, “El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012, p. 62.

<sup>43</sup> Lo refiere Auvergnon, “De declaración en declaración de la OIT: el trabajo decente, lema de acompañamiento social de la globalización”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012, p. 36.

### 3. La aplicación de la política sobre riesgos psicosociales en el ordenamiento español

#### 3.1. El riesgo psicosocial como riesgo laboral

No existe referencia específica en el ordenamiento español a los riesgos psicosociales. Sin embargo, como sucede en relación a este tipo de riesgos en la norma comunitaria, el riesgo de esta naturaleza entra en el concepto genérico de riesgo laboral incluido en la normativa general española de prevención de riesgos laborales (Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, LPRL). Asimismo, el contenido de los Acuerdos Marco Europeos sobre estrés laboral (2004) y sobre acoso y violencia laboral (2007) fue incorporado al texto del ANC 2005<sup>44</sup> y ANC 2007<sup>45</sup> respectivamente. En ambos se reconoce la naturaleza de riesgo laboral del riesgo psicosocial. Expresamente establece el art. 4.7.d LPRL que integran el concepto de condiciones de trabajo a las que se refiere la ley preventiva española *todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización, que influyen en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador*. El riesgo psicosocial, entendido como riesgo relacionado con la organización del trabajo, entra claramente en el concepto de riesgo laboral.

Expresamente ha establecido el Tribunal Constitucional que las obligaciones preventivas de la LPRL son de plena aplicación a los supuestos de riesgo psíquico motivados por la organización del trabajo (STC 160/2007, de 2 de Julio de 2007). Por lo demás, las consecuencias sobre la salud que pudieran derivar de riesgos psicosociales admiten la calificación de accidente de trabajo si existe conexión causal con la prestación laboral. Pese a que el art. 115.2.e LGSS requiere que dicha conexión sea “exclusiva”, los Tribunales de Justicia han llevado a cabo una interpretación extensiva, que permite considerar que concurre causa laboral cuando el estrés laboral<sup>46</sup> o el acoso<sup>47</sup> es la causa “determinante” de la patología. Es una corrección imprescindible para que pueda producirse la calificación como accidente de trabajo de las enfermedades surgidas como consecuencia del estrés laboral, dado que los rasgos de personalidad son ciertamente elementos que influyen en su existencia. En todo caso, los Tribunales españoles para operar esta reinterpretación han tenido que superar la referencia a la lesión “corporal” que aparece como rasgo

---

<sup>44</sup> BOE de 16 de Marzo de 2005.

<sup>45</sup> BOE de 14 de Enero de 2008.

<sup>46</sup> STS de 18 de Enero de 2005, rec. 6590/2003; y STS de 4 de Diciembre de 2012, rec. 3711/2011.

<sup>47</sup> STSJ Galicia de 24 de Enero de 2000, rec. 5818/1996.

definitorio del accidente de trabajo en el art. 155. 1 LGSS y que debiera ser objeto de revisión a efectos de que el riesgo psicosocial no tuviera que ser objeto de interpretaciones extraordinarias. Por lo demás, los tribunales han admitido también que, una vez reconocida la naturaleza de accidente de trabajo a una situación de estrés laboral se generan todas las consecuencias correspondientes establecidas en el ordenamiento español, incluyendo la posibilidad de recargo<sup>48</sup>.

### 3.2. La prevención de los riesgos psicosociales

En el art. 15.1.d LPRL se establece la obligación de *adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud*. En la Guía de actuación de la Inspección de Trabajo sobre riesgos psicosociales<sup>49</sup> se contienen las obligaciones empresariales que deben ser objeto de control: a) La inclusión de los riesgos psicosociales entre los factores de riesgo que deben ser objeto de evaluación cuando concurren en el trabajo y no puedan ser eliminados (art. 16.2.a LPRL). La falta de identificación del riesgo psicosocial constituiría infracción grave (art. 12.1.b Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, Real decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto, LISOS); b) Obligación de definir las medidas preventivas, aplicarlas o planificar su ejecución (art. 16.2.b LPRL). ; La falta de planificación sería infracción grave (art. 12.6 LISOS) c) Obligación de investigar las causas de los daños a la salud cuando aparezcan indicios de que las medidas de prevención resultan insuficientes (art. 16.3 LPRL); d) Obligaciones correspondientes al Plan de Prevención, especialmente en lo que respecta a los cauces de comunicación entre los niveles jerárquicos y los procedimientos organizativos existentes en la empresa (art. 16.1 LPRL); e) Obligación de adscribir a los trabajadores a puestos de trabajo compatibles con sus características personales y psicofísicas (art. 25.1 LPRL).

Con relación al acoso sexual y el acoso por razón de sexo existe en el ordenamiento español una obligación preventiva específica contenida en el art. 48.1 de la Ley 3/2007, de 22 de Marzo, de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres a cuyo tenor *las empresas deberán promover condiciones de*

<sup>48</sup> El TS en su sentencia de 14 de Febrero de 2012, rec. 1535/2011 no admitió el recurso, pero admitió implícitamente la posibilidad de recargo en caso de acoso laboral.

<sup>49</sup>[http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion\\_al\\_Ciudadano/Normativa\\_y\\_Documentacion/Documentacion/Documentacion\\_ITSS/001/Guia\\_psicosociales.pdf](http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/Normativa_y_Documentacion/Documentacion/Documentacion_ITSS/001/Guia_psicosociales.pdf)

*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. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. Con esta formulación se cumple formalmente la obligación preventiva de las conductas discriminatorias por razón de sexo, entre las que se incluyen el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, establecida en el art. 46 de la Directiva 2006/54 (supra).*

Con relación al acoso moral y al resto de acosos discriminatorios, el Criterio técnico 69/2009, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo<sup>50</sup> refiere expresamente su condición de riesgo laboral y le aplica la necesidad de que se lleven a cabo actuaciones preventivas, así como actuaciones reactivas en caso de que el acoso se produzca. Con relación a las sanciones aplicables, la LISOS califica como infracción muy grave la actuación u omisión del empresario cuando, habiendo conocido o debido conocer los hechos no hubiera adoptado las medidas suficientes y adecuadas para actuar contra el acoso moral (art. 8.11 LISOS), acoso sexual (art. 8.13 LISOS) o acoso por causa discriminatoria (art. 8.13 bis LISOS).

De este modo, aunque en los primeros criterios técnicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre acoso moral en el trabajo (34/2003) no llegó a establecerse una postura clara sobre la naturaleza de los riesgos psicosociales, ni siquiera en su manifestación más grave constitutiva de acoso, la situación actual es radicalmente diferente. Han tenido una importancia fundamental al respecto tanto los Acuerdos Marco Europeos acerca del estrés laboral (2004) y la violencia laboral y el acoso (2007) como el código de prácticas sobre violencia en el sector servicios aprobado en el seno de la OIT en 2003 (supra). Se produce, pues, una acomodación formal a las indicaciones de la UE y de la OIT acerca de la inclusión de los riesgos psicosociales en las políticas preventivas. Pero existen una serie de obstáculos a la efectividad de la prevención en este ámbito que se desarrollan al margen de la política preventiva y que adquieren notable relevancia. De algunos de ellos se da cuenta a continuación.

---

<sup>50</sup> Cuyo contenido puede consultarse en [http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion\\_al\\_ciudadano/Criterios\\_Tecnicos/Documentos/CT\\_69\\_2009.pdf](http://www.empleo.gob.es/itss/web/Atencion_al_ciudadano/Criterios_Tecnicos/Documentos/CT_69_2009.pdf).

### 3.3. La reforma laboral de 2012, el incremento de la flexibilidad laboral y los riesgos psicosociales

La reforma de 2012 se ha desprendido sin complejos de la consideración del trabajo como un valor propio en sí mismo, para integrarlo como un factor más en la productividad empresarial, presumiendo que el crecimiento surgiría inevitablemente de la eliminación de rigideces, y a partir de ahí podría remediar el desempleo<sup>51</sup>. Pero el incremento de la flexibilidad interna no tiene eficacia como instrumento sustitutivo de la flexibilidad externa si no se establecen mecanismos penalizadores de la extinción como técnica de gestión ordinaria. La reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012, de 6 de Julio), sin embargo, ha optado por un incremento de todas las modalidades de flexibilidad, tanto las internas como las externas (mediante el abaratamiento del despido improcedente y la mayor facilidad para la aplicación del despido por causa económica, técnica, organizativa o de producción), sin establecer, asimismo, ningún mecanismo de proporcionalidad entre las medidas de ajuste que obligue al empresario a optar preferentemente por las medidas menos traumáticas. Todo ello sumado a una situación de precariedad laboral que afecta a casi el 30% de los contratos laborales es susceptible de generar la consolidación del riesgo psicosocial como una especie de pandemia, al generar una situación permanente de inestabilidad en un porcentaje muy alto de la población trabajadora. Ciertamente, la fidelización del trabajador, su motivación y la inversión en el incremento de su calidad son actuaciones empresariales que incrementan también la calidad del producto además de contribuir a la prevención de los riesgos psicosociales, pero aunque este tipo de actuaciones son asumidas por ciertas empresas, no puede presumirse que terminará siendo objeto de actuación de todas ellas, básicamente en un contexto de alto desempleo y de sujetos híper cualificados. Si el ordenamiento laboral no pone frenos a la utilización de la rotación laboral como técnica de gestión ordinaria (regeneración de plantillas) no puede producirse una adecuada prevención de los riesgos psicosociales.

Pero, además, la reforma laboral de 2012 está sirviendo para promocionar directamente otras formas de actuación empresarial generadoras de riesgos psicosociales que suponen violaciones de lo establecido en normas de la UE. Piénsese por ejemplo, en la actual regulación de la distribución irregular en España<sup>52</sup>, que configura en beneficio del empresario un poder

<sup>51</sup> Casas Baamonde, Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y Valdés Dal Ré, “La nueva reforma laboral”, *Relaciones Laborales* 5, 2012, p. 2.

<sup>52</sup> Lo señala Argüelles Blanco, “La deriva del derecho laboral hacia una ordenación socialmente insostenible del tiempo de trabajo”, Comunicación en las XXIV Jornadas

de disposición horaria que puede alcanzar hasta el 10% de la jornada anual, salvo que otra cosa viniera establecida por acuerdo, sin que para ello tenga que justificar motivos excepcionales. Con este mecanismo, todos los contratos en España devienen contratos “disponibles” en dicho porcentaje, salvo que otra cosa se establezca por acuerdo. En el art. 19 de la Directiva 2003/88 de 4 de Noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo se establece que el parámetro de referencia para la aplicación de las normas a las que hace referencia la propia Directiva en relación con la determinación del horario no puede sobrepasar los seis meses. Pasado este periodo de referencia la eventual distribución irregular, a compensar en un periodo de referencia de doce meses, debe, según la Directiva 2003/88, operar solo con causa justificada (razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo) y mediante habilitación establecida al efecto en convenio o acuerdo colectivo. También se hace expresa referencia a que el parámetro superior al semestral tan solo podrá establecerse si se respetan los principios generales de protección de la seguridad y la salud<sup>53</sup>. La norma española, como se ha expuesto, no respeta estos presupuestos. Y ello, no solo porque la distribución irregular no requiere causa justificativa (probablemente el aspecto más desconcertante de la regulación española teniendo en cuenta que el horario es una condición esencial en el contrato de trabajo y que está directamente vinculada a la prevención de riesgos) sino también porque no incorpora que las irregularidades de jornada superiores en su desarrollo a seis meses (el parámetro español es anual) tengan que ser habilitadas por la acción de la negociación colectiva. Por supuesto, tampoco existe referencia alguna a que el parámetro superior al semestral respete los principios de seguridad y salud laboral, incluyendo los riesgos psicosociales.

Algo parecido podría decirse de la posibilidad de horas extraordinarias de los trabajadores a tiempo parcial, que en lugar de quedar configurado como una modalidad contractual que facilita la compatibilidad (familiar, formativa o de otra naturaleza) termina siendo una fórmula de contrato a

---

catalanas de Derecho Social, Barcelona, 21 y 22 de Febrero de 2013, p. 5.

<sup>53</sup> El art. 19 de la Directiva 2003/88 establece lo siguiente: “*Límites a las excepciones a los períodos de referencia. La facultad de establecer excepciones a lo dispuesto en la letra b) del artículo 16, prevista en el apartado 3 del artículo 17 y en el artículo 18, no podrá tener como consecuencia el establecimiento de un período de referencia superior a seis meses. No obstante, los Estados miembros, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, por razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales establezcan períodos de referencia que en ningún caso excederán de 12 meses*”.

plena disponibilidad, dado que su horario concreto queda continuamente pendiente de estas horas extraordinarias, de las horas complementarias y de la distribución irregular de hasta el 10%, salvo que otra cosa se estableciera por acuerdo. También se observa el mismo fenómeno de trivialización de la cuestión de la organización del tiempo sin tener en cuenta que las facilidades para la compatibilidad son técnicas preventivas de los riesgos psicosociales. Al contrario, la reforma operada por la ley 3/2012 en materia de reducción de jornada por cuidado de hijos ha pretendido incorporar certidumbre en la organización empresarial configurando una solución homogénea (reducción de jornada “diaria”, sin hacer referencia a parámetros superiores) que se aleja de los parámetros de adecuación que requieren las medidas de conciliación para ser efectivas<sup>54</sup>. De otro lado, se hace referencia genérica en el art. 34.8 ET segundo párrafo a que “se promoverán” la jornada flexible y otros mecanismos que pretenden facilitar la conciliación, aunque sin establecer un marco concreto de derechos y obligaciones. Ni siquiera existe una referencia a que los empresarios *tomen en consideración* las solicitudes de ajuste de jornada de los trabajadores que se reincorporan tras un permiso parental, tal y como establece la Directiva 2010/18 de permisos parentales.

#### 4. Bibliografía

- Argüelles Blanco, “La deriva del derecho laboral hacia una ordenación socialmente insostenible del tiempo de trabajo”, *Comunicación en las XXIV Jornadas catalanas de Derecho Social*, Barcelona, 21 y 22 de Febrero de 2013.
- Arroyuelo Suárez, “La violencia psicológica en el lugar de trabajo en el marco de la Unión Europea”, *Lan Harremanak*, 7, 2002.
- Auvergnon, “De declaración en declaración de la OIT: el trabajo decente, lema de acompañamiento social de la globalización”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012.
- Cabeza Pereiro y Ballester Pastor, *Estrategia Europea para el Empleo 2020 y sus repercusiones en el ámbito jurídico laboral español*, Madrid, 2010.
- Casas Baamonde, Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer y Valdés Dal Ré, “La nueva reforma laboral”, *Relaciones Laborales*, 5, 2012.

---

<sup>54</sup> Refiere que con esta medida desaparece el sentido finalista de la reducción de jornada, Herraiz Martín, “El Real Decreto Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar” en García Perrote y Mercader Uguina, *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RD ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 2012, p. 280.

- Correa Carrasco, “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV. (Correa Carrasco Coord.), *Acoso Moral en el Trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Pamplona, 2006.
- Gil y Gil, “Concepto de trabajo decente”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012.
- Herráiz Martín, “El Real Decreto Ley 3/2012: luces y sombras en materia de conciliación de la vida laboral y familiar” en García Perrote y Mercader Uguina, *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RD ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 2012.
- Peccoud, *El trabajo decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales*, OIT, Madrid, 2006.
- Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, “El debate europeo sobre la modernización del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales triangulares”, *Relaciones Laborales*, 3, 2009.
- Sala Franco, *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Valencia 2012.
- Servais, “El trabajo decente: la visión de la OIT y su puesta en práctica”, *Relaciones Laborales*, 15, 2012.
- Sora, Caballer y Peiró, “Los efectos de la inestabilidad en el trabajador y la dependencia del empleo”, *Revista Internacional del Trabajo*, 129, 1, 2010.
- Velázquez Fernández, “Preventing violence and harassment at work” Ponencia al *Seminar on violence and harassment at work*, 6 y 7 October 2009.
- Wilhagen y Tros, “The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets”, *European Review of Labour and Research*, vol 10, 2, 2004.

## La aportación del nuevo Convenio del Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género

Tatsiana USHAKOVA\*

---

**RESUMEN:** En esta contribución, se pretende anticipar algunos juicios sobre el lugar y el papel del nuevo Convenio del Consejo de Europa n. 210 (Convenio de Estambul) en el panorama de los instrumentos internacionales que establecen, como su objetivo, la lucha contra la violencia de género.

El Convenio de Estambul es el primer instrumento obligatorio en Europa en materia de violencia contra las mujeres y violencia doméstica y, en términos de su contenido, el compromiso de mayor alcance establecido hasta ahora. De conformidad con sus disposiciones, los Estados partes se obligan a prevenir la violencia, proteger a las víctimas y enjuiciar a los responsables. Del mismo modo, se busca cambiar la actitud de las personas frente al fenómeno mediante un llamamiento, en especial a los hombres y los niños. En esencia, se trata de una nueva aportación a la mayor igualdad entre las mujeres y los hombres.

Para analizar el Convenio, se propone un planteamiento metodológico basado en dos enfoques: por un lado, detectar los aspectos heredados de los instrumentos adoptados en el ámbito internacional universal y regional, y por otro, destacar, de manera crítica, las novedades que introduce.

*Palabras clave:* Violencia de género, violencia contra las mujeres, violencia doméstica, Consejo de Europa.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Antecedentes. 2.1. Inspiración en los instrumentos internacionales y regionales. 2.2. Iniciativas previas del Consejo de Europa. 3. Novedades. 3.1. Aspectos conceptuales. 3.2. Compromisos y mecanismos de control. 4. A modo de conclusión. 5. Bibliografía.

---

\* Doctora en Derecho. Abogada.

## 1. Introducción

En esta contribución, se pretende anticipar algunos juicios sobre el lugar y el papel del nuevo Convenio del Consejo de Europa n. 210 en el panorama de los instrumentos internacionales que establecen, como su objetivo, la lucha contra la violencia de género<sup>55</sup>. Se opta por el verbo “anticipar”, dado que, en el momento de elaboración de este estudio, el Convenio no está en vigor. A tales efectos, es preciso que esté ratificado por diez Estados<sup>56</sup>.

El Convenio está abierto no solo a la participación de los Estados miembros del Consejo de Europa, sino también de otros Estados que se hayan implicado en su elaboración, y de la Unión Europea (UE). Es más, tras su entrada en vigor, y bajo ciertos requisitos enunciados en el art. 76, cualquier Estado podrá adherirse al Convenio.

La pretensión universal y la posibilidad de incluir a cualquier Estado adquieren una relevancia particular en el contexto de la estadística mundial. Las cifras indican que, al final de la primera década del siglo XXI, al menos una de cada tres mujeres en el mundo es víctima de la violencia sexual, física o de otro tipo de abusos. Además, para las mujeres en la edad de 15 a 44 años, la violencia basada en el género constituye la razón principal de la discapacidad y la muerte<sup>57</sup>.

De acuerdo con los expertos, el Convenio posee un carácter “pragmático, avanzado y sofisticado”<sup>58</sup>. Parte de la premisa inicial de que la violencia

---

<sup>55</sup> El Convenio n. 210, cuyo título completo es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, se aprobó por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, y se abrió a la firma el 11 de mayo del mismo año, en la 121ª sesión del Comité de Ministros celebrada en Estambul. De ahí su denominación: “el Convenio de Estambul”.

<sup>56</sup> Como indica su art. 75, el Convenio está sujeto a ratificación, aceptación o aprobación (apartado 2), y entrará en vigor “el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que diez signatarios, al menos ocho de los cuales sean Estados miembros del Consejo de Europa, hayan expresado su consentimiento a quedar vinculados por el Convenio de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2” (apartado 3). En la fecha de 20 de junio de 2013, 30 Estados, entre ellos España, han firmado el instrumento, y cinco (Albania, Montenegro, Portugal, Turquía y, más recientemente, Italia) lo han ratificado. Ver una información más actualizada al respecto en:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=210&CM=1&DF=&CL=ENG> (consultado el 20 de junio de 2013).

<sup>57</sup> ILO: Cruz, A. y Klinger, S., *Gender-based violence in the world of work: Overview and selected annotated bibliography*, Working Paper 3/2011, Geneva, 2011, p. 1.

<sup>58</sup> Ver *Violence against women: our concern, our response*, A Side Event at 57th Session of the Commission on the Status of Women co-organised by the Council of Europe and the

contra las mujeres es una forma de violencia de género cometida contra las mujeres debido a su condición de mujeres. En este sentido, la obligación de los Estados comprometidos consiste en luchar contra la violencia de género en todas sus manifestaciones, es decir, se exhorta a la “tolerancia cero” ante todo tipo de violencia. En el caso contrario, puede plantearse la responsabilidad del Estado<sup>59</sup>.

De este modo, el Convenio marca entre sus fundamentos la adopción de medidas para prevenir la violencia contra las mujeres, la protección de las víctimas y la persecución de los agresores<sup>60</sup>. También tiene por objeto reforzar la conciencia e influir en la mentalidad de las personas, al hacer un llamamiento a todos los miembros de la sociedad, en particular los hombres y niños, para que cambien de actitud. En esencia, es una contribución regional europea en la consecución de una mayor igualdad entre mujeres y hombres. El Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO) se encarga del control de la aplicación del instrumento<sup>61</sup>.

Para analizar el Convenio, se propone un planteamiento metodológico basado en dos enfoques: por un lado, detectar los aspectos heredados de los instrumentos adoptados en el ámbito internacional universal y regional, y por otro, destacar, de manera crítica, las novedades que introduce.

## 2. Antecedentes

### 2.1. Inspiración en los instrumentos internacionales y regionales

El Convenio de Estambul es una aportación regional europea a la lucha contra la violencia de género, pero, sin duda alguna, sucesora de las numerosas iniciativas anteriores. Así lo indica el Preámbulo, que menciona

---

Permanent Mission of France to the United Nations, 4<sup>th</sup> March 2013, Concluding Remarks by Ms Gabriela Battaini-Dragoni, Deputy Secretary General, Council of Europe, en:

<http://www.coe.int/en/web/deputy-secretary-general/-/side-event-at-57th-session-of-the-commission-on-the-status-of-women> (consultado el 20 de junio de 2013).

<sup>59</sup> *Libre de miedo, libre de violencia*, Ficha informativa, p. 1 en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/brochures\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/brochures_en.asp) (consultado el 21 de junio de 2013).

<sup>60</sup> *Libre de miedo, libre de violencia*, Ficha informativa, p. 1.

<sup>61</sup> El Capítulo IX del Convenio regula los aspectos relativos a la composición y competencias del GREVIO.

una serie de tratados internacionales de carácter universal y regional. Ante todo, se trata de los instrumentos de derechos humanos universalmente reconocidos que incorporan normas protectoras de la igualdad y no discriminación<sup>62</sup>. De hecho, el art. 4 del Convenio de Estambul hace referencia a estos dos principios. El Convenio se refiere directamente a algunos de los diez tratados fundamentales de las Naciones Unidas (ONU) en la materia, a saber: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), ambos de 1966; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de 1979, y su Protocolo facultativo, de 1999; la Convención sobre los derechos del niño, de 1989, y sus protocolos facultativos, de 2000, y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidades, de 2006.

Además, hay que destacar los tratados del ámbito del Derecho penal internacional y el Derecho internacional humanitario. Unas de las formas más graves de violencia se conectan con la violencia contra las mujeres en las situaciones de conflictos armados y post-conflicto, cuando tiene lugar la violación masiva de los derechos humanos, en especial de la población civil. En este sentido, el Convenio tiene en cuenta el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) y el Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 1949, y sus protocolos adicionales I y II, de 1977.

Del mismo modo, el Preámbulo nombra la Recomendación n. 19 del Comité de la CEDAW, de 1992<sup>63</sup>. Es uno de los primeros antecedentes de la definición de la violencia contra las mujeres en el ámbito internacional universal, que la considera una parte integrante del concepto de discriminación contra la mujer del art. 1 de la CEDAW, y que incluye “la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta de forma desproporcionada”<sup>64</sup>. Por consiguiente, se debe discrepar de la afirmación según la cual “la consideración de la violencia contra las mujeres como una violación de los

---

<sup>62</sup> Ver la lista completa de los tratados fundamentales de la ONU en materia de derechos humanos, así como información sobre su ratificación en:

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx> (consultado el 22 de junio de 2013).

<sup>63</sup> Las recomendaciones generales del Comité pueden consultarse en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/comments.htm> (consultado el 22 de junio de 2013).

<sup>64</sup> Según el párr. 6 de la Recomendación, también incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.

derechos humanos y como una forma de discriminación” es una característica innovadora del Convenio del Consejo de Europa<sup>65</sup>.

Además, el Comité aporta una experiencia práctica importante de análisis de los informes periódicos de los Estados y, más recientemente, de las comunicaciones individuales<sup>66</sup>. El art. 2 del Protocolo de la CEDAW, de 1999, establece que “las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de estas personas o grupos de personas”.

Aunque no se citan en el Preámbulo, se tienen en cuenta otros antecedentes de carácter universal: la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 1993, y la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, de 1995<sup>67</sup>. La Declaración de 1993 toma como punto de partida el concepto de la Recomendación de 1992, pero añade dos aspectos novedosos: concibe la violencia como un acto que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento, y resalta que los actos de violencia pueden producirse tanto en la vida pública como en la privada. Por su parte, la aportación de Beijing consiste en estrenar el término “género” y, por ende, “la violencia de género”<sup>68</sup>. Desde este enfoque transversal, cada derecho fundamental puede resultar lesionado y es protegido en la perspectiva de género, puesto que el colectivo de mujeres puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad particular<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> *Libre de miedo, libre de violencia*, Ficha informativa, p. 1.

<sup>66</sup> Cfr. *A.T. c. Hungría*, de 2005; *A.S. c. Hungría*, de 2006; *Goetze c. Austria*, de 2007; *Yikdirim c. Austria*, de 2007; *N.S.F. c. Reino Unido*, de 2007; *Vertido c. Filipinas*, de 2010; *V.K. c. Bulgaria*, de 2011; *Abramova c. Belarús*, de 2011; *S.V.P. c. Bulgaria*, de 2012; *Jallow c. Bulgaria*, de 2012, y *Kell c. Canadá*, de 2012.

<sup>67</sup> Ver Council of Europe: *Explanatory report on Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, párr. 5 en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/convention/Explanatory\\_Report\\_EN\\_210.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/convention/Explanatory_Report_EN_210.pdf) (consultado el 24 de junio de 2013).

<sup>68</sup> Ver, con más detalle, sobre los aspectos conceptuales Mariño Menéndez, F. M. (Ed.) *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín*, BOE y Universidad Carlos III, Madrid, 1997, y Ushakova, T., “La violencia de género desde la perspectiva del Derecho internacional”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012, 37-86, pp. 53-61.

<sup>69</sup> Cfr. Mariño Menéndez, F. M., “Crimen de feminicidio y prevención de la tortura: a propósito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Campo Algodonero* (2009)”, en Rodrigo, A. J. y García, C. (Eds.) *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas. Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011, 459-471, p. 460.

En el ámbito regional, anteceden al Convenio del Consejo de Europa la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), de 1994<sup>70</sup>, y el Protocolo a la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos sobre los derechos de la mujer en África, de 2003<sup>71</sup>. Desde una perspectiva práctica, resulta particularmente interesante la Convención de Belém do Pará, cuyas normas se invocaron en numerosas ocasiones en los informes de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)<sup>72</sup> y en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> La Convención de Belém do Pará, en vigor desde el 5 de marzo de 1995, está ratificada por 31 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Ver más información en: <http://www.cidh.oas/women/Defolt.htm> (consultado el 10 de mayo de 2013).

<sup>71</sup> El Protocolo, en vigor desde el 25 de noviembre de 2005, está ratificado por 36 Estados miembros de la Unión Africana (UA). Ver el texto en: <http://www.au.int/en/treaties> (consultado el 20 de junio de 2013).

<sup>72</sup> Ver, entre otros, CIDH, Informe de Fondo n. 5/96, Caso 10.970, *Raquel Martín de Mejía* (Perú), 1 de marzo de 1996; CIDH, Informe de Fondo n. 53/01, Caso 11.565, *Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez* (México), 2 de abril de 2001; CIDH, Informe de Fondo n. 54/01, *Caso María Da Penha Maia Fernández*, 16 de abril de 2001; Informe n. 18/05, Informe n. 17/05 e Informe n. 16/05, todos de 24 de febrero de 2005, que analizan la situación en la Ciudad de Juárez (México): <http://www.cidh.oas.org/women/peticiones.htm>. (consultado el 3 de mayo de 2013).

<sup>73</sup> Corte IDH, *Caso Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH, *Caso González y otros c. México* (“*Campo Algodonero*”), Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH, *Caso Masacre de las Dos Erres c. Guatemala*, Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otras c. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) y Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra c. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) y Corte IDH *caso Gudiel Álvarez y otros* (“*Diario Militar*”) *c. Guatemala*, Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparación y Costas). Los casos están disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/> (consultado el 4 de abril de 2013).

Asimismo, ver sobre la contribución de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos al concepto de la violencia de género: Ushakova, T. “La protección contra la violencia de género en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Dereito. Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 22, 2013, n. 1, y, de la misma autora, “Violencia de género y post-conflicto: especial referencia a la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)”, *Actas de las V Jornadas de Estudios de Seguridad*, IUGM, Madrid, 2013, en prensa.

## 2.2. Iniciativas previas del Consejo de Europa

El Consejo de Europa, debido a su naturaleza y competencias, ha mantenido un compromiso firme con la protección de los derechos humanos desde el momento de su creación. Auspició la adopción del primer tratado regional en la materia: el Convenio n. 5 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, de 1950 (CEDH), con numerosos protocolos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que vela por el cumplimiento del CEDH, cuenta con una jurisprudencia que condena la violencia contra las mujeres. Aunque el Convenio no prevé una norma explícita al respecto, la protección se lleva a cabo en base a los arts. 2, 3 y 8<sup>74</sup>.

Del mismo modo, el Convenio de Estambul reconoce la relevancia de otros precedentes que protegen los derechos humanos, tales como: la Carta Social Europea, de 1961, y la Carta Social Europa (revisada), de 1996; El Convenio n. 197 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 2005, y el Convenio n. 201 para la protección de los niños contra la explotación sexual, de 2007.

Con anterioridad a la adopción del Convenio, el Consejo de Europa llevó a cabo una labor en este ámbito, mediante la aprobación de resoluciones<sup>75</sup> y recomendaciones<sup>76</sup> y la promoción de la campaña 2006-2008 para combatir la violencia contra las mujeres<sup>77</sup>. En particular, tienen relevancia

---

<sup>74</sup> El art. 2 protege el derecho a la vida; el art. 3 se refiere a la prohibición de la tortura y condena de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes. El art. 8 protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Entre los casos ante el TEDH, cabe mencionar: *Caso Eremia y otros c. República Moldava*, 2013; *Caso Valiuliene c. Lituania*, 2013; *Caso Irene Wilson c. Reino Unido*, 2012; *Caso Kowal c. Poland*, 2012; *Caso Kalucza c. Hungría*, 2012; *Caso V.C c. Eslovaquia*, 2012; *Caso Hajduová c. Eslovaquia*, 2010; *Caso A. c. Croacia*, 2010; *Caso E.S. y otros c. Eslovaquia*, 2009; *Caso Opuz c. Turquía*, 2009; *Caso Branko Tomašić y otros c. Croacia*, 2009; *Caso Bevacqua y S. c. Bulgaria*, 2008; *Caso Kontrova c. Eslovaquia*, 2007; *Caso M.C. c. Bulgaria*, 2004. Ver más información sobre los casos en:

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/caselaw\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/caselaw_en.asp)

(consultado el 20 de junio de 2013).

<sup>75</sup> Entre las resoluciones de la Asamblea Parlamentaria, destacan: la Resolución 1247 (2001) relativa a las mutilaciones genitales femeninas; la Resolución 1582 (2002) sobre la violencia doméstica; la Resolución 1327 (2003) relativa a los llamados “delitos de honor”; la Resolución 1654 (2009) sobre feminicidios y la Resolución 1691 (2009) sobre violación, incluida la violación en el matrimonio. Ver el párr. 16 del *Explanatory report*.

<sup>76</sup> Entre las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria, cabe citar: la Recomendación 1723 (2005) sobre los matrimonios forzados y matrimonios de niños y la Recomendación 1777 (2007) sobre las violaciones sexuales en relación con drogas (“*date-rape drugs*”). Ver el párr. 16 del *Explanatory report*.

<sup>77</sup> Cfr. Consejo de Europa: *El Consejo de Europa y la Violencia de Género. Documentos*

las recomendaciones del Consejo de Ministros de los Estados del Consejo de Europa: la Recomendación (2002)<sup>5</sup> sobre la protección de las mujeres contra la violencia; la Recomendación (2007)<sup>17</sup> sobre normas y mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres y la Recomendación (2010)<sup>10</sup> sobre el papel de las mujeres y de los hombres en la prevención y solución de conflictos y la consolidación de la paz.

En diciembre de 2008, el Consejo de Ministros encargó al Comité *ad hoc* sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (CAHVIO) la elaboración del proyecto de texto convencional en la materia. Dicha tarea se completó en dos años, en diciembre de 2010<sup>78</sup>.

### 3. Novedades

#### 3.1. Aspectos conceptuales

El título del Convenio indica que el objetivo principal de prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres está vigente en el instrumento del Consejo de Europa. En este sentido, el Preámbulo recuerda que “la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre” que ha llevado a la dominación del hombre y a la discriminación de la mujer, privándola de su plena emancipación. Así, el Convenio sigue el patrón de los instrumentos internacionales anteriores que se centran en la protección de las mujeres.

Al definir la violencia contra las mujeres, el Convenio incorpora todos los elementos presentes en las definiciones anteriormente elaboradas en el marco de distintos instrumentos internacionales<sup>79</sup>. Ante todo, deja claro que estamos ante una violación de derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres. Designa todos los actos de violencia

---

*elaborados en el marco de la Campaña paneuropea para combatir la violencia contra las mujeres (2006-2008), Estrasburgo, 2008. Los documentos de la Campaña están recopilados en la publicación del Ministerio de Igualdad: Colección contra la Violencia de Género, 4, 2008.*

<sup>78</sup> Los documentos del CAHVIO pueden consultarse en:

[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/documentation\\_CAHVIO\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/documentation_CAHVIO_en.asp) (visitado el 25 de junio de 2013).

<sup>79</sup> “[P]or ‘violencia contra las mujeres’ se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada” [art. 3(a)].

basados en el género. Además, habla de los actos “que implican o pueden implicar” daños o sufrimientos. Los daños o sufrimientos pueden ser de distinta naturaleza (física, sexual, psicológica o económica, este último, mencionado por primera vez) e implicar amenazas, coacción o privación arbitraria de libertad. Finalmente, dichos actos pueden realizarse tanto en el ámbito público como privado. Así pues, cabe afirmar que el Consejo de Europa elabora la definición más completa y avanzada de la violencia contra las mujeres en el panorama jurídico internacional.

Constituye una de las novedades importantes la precisión del concepto de “género” desde el punto de vista terminológico y argumental, aunque, como se ha adelantado, el término ya estaba presente en la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, en la definición de la Convención de Belém do Pará y en la jurisprudencia de los tribunales regionales. En especial, la práctica jurisprudencial ha contribuido notablemente al desarrollo y aplicación del concepto.

El Preámbulo del Convenio de Estambul argumenta que “la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres”. De este modo, el Convenio hace suyo el término anglosajón *gender*, con el sentido de “sexo de un ser humano” desde el punto de vista específico de las diferencias sociales y culturales, y en oposición a las biológicas, existentes entre mujeres y hombres. Las definiciones del art. 3 incluyen, entre otras: “género” y “violencia contra las mujeres por razones de género”<sup>80</sup>. Por su parte, el art. 12.1 refuerza el mensaje mediante la imposición de la obligación general de las Partes en el Convenio de “adoptar las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres”.

Del enunciado del art. 3 (c) relativo al género, se desprende que no es algo que se refiera tan solo a las mujeres. Acto seguido, el art. 3 (d) precisa que la violencia contra las mujeres por razones de género exhorta no bajar la guardia cuando los actos de violencia afectan a las mujeres porque son

---

<sup>80</sup> Se entiende por “género” “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres” [art. 3 (c)] y “por ‘violencia contra las mujeres por razones de género’ se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada” [art. 3(d)].

mujeres y de manera desproporcionada.

Debido a la persistencia de la violencia contra las mujeres, sin descartar otras formas, el Convenio resalta en el título y en el contenido la necesidad de combatir, en particular, la violencia doméstica. Este énfasis en una forma de violencia concreta se debe a múltiples razones. De hecho, muchas recomendaciones adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se referían a la violencia doméstica<sup>81</sup>. En las últimas recomendaciones, se pone de manifiesto que las afectadas no son solo las mujeres, sino también otros colectivos doblemente vulnerables, tales como las mujeres inmigrantes o los niños y niñas que sufren y presencian los actos de violencia. No en vano, más de la mitad de la jurisprudencia del TEDH en la materia, con una clara tendencia al incremento, analiza la violencia doméstica contra las mujeres. Teniendo en cuenta la situación particular de las niñas, el Convenio no se limita a proteger a las víctimas adultas e incluye a las menores de 18 años en la definición de “mujeres”, como posibles y frecuentes víctimas de estos actos<sup>82</sup>.

Un rasgo propio e innovador del Instrumento es la posibilidad de proteger a los hombres que sufren la violencia doméstica. El art. 2.2 alienta a las Partes a aplicar el Convenio a todas las víctimas de esta forma de violencia, incluidos los niños, los hombres y las personas mayores. En efecto, la “violencia doméstica”<sup>83</sup> se define como un concepto neutro desde la perspectiva de género, que comprende las víctimas y los agresores de ambos sexos<sup>84</sup>.

No obstante, el Informe explicativo precisa al respecto que los Estados pueden decidir extender o no la aplicación de las normas convencionales a las víctimas que no sean mujeres, en función de la situación nacional y el nivel de desarrollo de la sociedad<sup>85</sup>. Además, el propio art. 2.2 vuelve a insistir en una atención especial de las Partes sobre las mujeres víctimas de violencia basada en el género. Es más, el Convenio avisa que las medidas específicas necesarias para prevenir y proteger a las mujeres contra la

---

<sup>81</sup> Hay que mencionar las recomendaciones 1582 (2002), 1759 (2006), 1817 (2007), 1891 (2009) y 1905 (2009) y la Resolución 279 (2009) del Congreso de las autoridades locales y regionales del Consejo de Europa. Ver el párr. 23 del *Explanatory report*.

<sup>82</sup> Ver el art. 3 (f) y el párr. 46 del *Explanatory report*.

<sup>83</sup> “[P]or ‘violencia doméstica’ se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima” [art. 3 (b)].

<sup>84</sup> Párr. 41 del *Explanatory report*.

<sup>85</sup> Ver. el párr. 37 del *Explanatory report*.

violencia por razones de género no se considerarán discriminatorias a efectos del Instrumento (art. 4.4).

### 3.2. Compromisos y mecanismos de control

La Ficha informativa resume las obligaciones de los Estados partes en el Convenio de Estambul de la manera siguiente: prevención, protección, enjuiciamiento y control<sup>86</sup>.

El Convenio enumera los delitos graves: la violencia física (art. 35), la violencia psicológica (art. 33), el acoso (art. 34), la violencia sexual, incluida la violación (art. 36), el acoso sexual (art. 40), el matrimonio forzoso (art. 37), la mutilación genital femenina (art. 38) y el aborto y las esterilización forzosos (art. 39). Al anunciar la protección contra la violencia en los ámbitos público y privado, transmite el mensaje de que la violencia y, especialmente, la violencia doméstica, no es un asunto privado. Es más, se insiste en la gravedad de los delitos cometidos en el seno de la familia y exige una condena más severa al agresor cuando la víctima sea su cónyuge, su pareja o uno de los miembros de la familia.

Sobre el particular, es interesante consultar el Reciente informe relativo al estado de la legislación sobre uno de los delitos mencionados en los 32 países del Consejo de Europa<sup>87</sup>. En pleno proceso de firma y ratificación del Convenio, el Lobby de las Mujeres de Europa (EWL) se propuso analizar la situación sobre la violación en los países europeos. En parte, esta acción se debió a la reciente adopción de la Directiva de la UE, por la que se establecen los estándares mínimos sobre los derechos, apoyo y protección de las víctimas de los delitos<sup>88</sup>. De hecho, la Directiva hace

---

<sup>86</sup> *Libre de miedo, libre de violencia*, Ficha informativa, pp. 3-4. Como indica al respecto el Informe explicativo: “Similar to other recent conventions negotiated at the level of the Council of Europe, this convention follows the “three Ps” structure of “Prevention”, “Protection”, and “Prosecution”. However, since an effective response to all forms of violence covered by the scope of this convention requires more than measures in these three fields, the drafters considered it necessary to include an additional “P” (integrated Policies)”. Párr. 63 del *Explanatory report*.

<sup>87</sup> European Women’s Lobby (EWL): *Barometre on Rape in Europe 2013*, disponible en: [http://www.womenlobby.org/spip.php?article5119&var\\_mode=calcul](http://www.womenlobby.org/spip.php?article5119&var_mode=calcul) (consultado el 1 de julio de 2013).

<sup>88</sup> Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, *DO UE* L 315, de 14 de noviembre de 2012.

referencia al Convenio de Estambul en su Preámbulo<sup>89</sup>.

Según los resultados del Informe, solo cinco Estados de los 32 estudiados cumplen con los criterios. De hecho, la legislación nacional sobre la violación está por encima de los niveles exigidos por el Convenio de Estambul tan solo en Holanda y el Reino Unido, mientras que Irlanda, Italia y Turquía muestran un desarrollo adecuado de la legislación. En cuanto a España, se encuentra en el grupo de Estados más numeroso, que precisan la necesidad de realizar algunas modificaciones para responder al nivel convencional. Del mismo modo, España se sitúa en el grupo de la mayoría de países que presenta importantes carencias en la recopilación de datos estadísticos sobre la violación<sup>90</sup>. El Convenio de Estambul es bastante claro al respecto, y exige una presentación regular de los datos relativos a los actos de violencia contra las mujeres (art. 11).

Con carácter general, el Informe destaca que las leyes nacionales sobre violencia sexual, incluida la violación, experimentan una evolución bastante lenta, especialmente sobre la violación en el matrimonio. Sigue muy vigente el planteamiento históricamente establecido, en el cual los delitos sexuales se vinculan a los conceptos ambiguos de la moralidad, la decencia y el honor, y se consideran, en una mayor medida, como crímenes contra la familia y la sociedad y, en una menor medida, como atentado contra la integridad física de la persona. Asimismo, prevalece el concepto del uso de la fuerza en la definición de la violación<sup>91</sup>. De conformidad con muchas leyes penales nacionales, la víctima de la violación tiene que probar que no había consentimiento y que hubo resistencia a la fuerza aplicada por el agresor. En esta línea de ideas, es lógico que las mujeres estén obligadas u opten voluntariamente por no seguir con el procedimiento acusatorio. En especial, este escenario es muy posible en relación con la pareja o ex pareja y, en el supuesto en que

---

<sup>89</sup> Cfr. el Considerando 6 de la Directiva 2012/29/UE.

<sup>90</sup> Pese a esta crítica, o tal vez gracias a ella, una búsqueda rápida permite acceder a los datos del INE sobre la violencia de género y la violencia doméstica, de 23 de mayo de 2013, referentes al año 2011: <http://www.ine.es/prensa/np780.pdf>. (consultado el 2 de julio de 2013).

<sup>91</sup> Ver, al respecto, párrs. 189-194 del *Explanatory report* y el párr. 166 de la STEDH, de 4 de diciembre de 2003, en el *Caso M.C. c. Bulgaria*, en la que el Tribunal afirma: “that it was persuaded that any rigid approach to the prosecution of sexual offences, such as requiring proof of physical resistance in all circumstances, risks leaving certain types of rape unpunished and thus jeopardising the effective protection of the individual’s sexual autonomy. In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member states’ positive obligations under Articles 3 and 8 of the convention must be seen as requiring the penalization and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim”.

medie dependencia económica, o de otro tipo, o la preocupación por los hijos de la víctima.

Algunos de los ejemplos concretos, destacados en el Informe, de una interpretación de la violación que se alejan de los estándares convencionales son los siguientes: las referencias a la moral en las relaciones sexuales; la definición de la violación como un crimen contra “la paz y la moral en la familia”; la posibilidad para el agresor de evitar la condena en el caso de que se case con la víctima antes de que se haya dictado la sentencia firme o, simplemente, el no reconocimiento de la violación en el matrimonio como delito<sup>92</sup>.

Valga subrayar que el objeto de estudio del Informe citado lo constituye tan solo uno de los delitos graves señalados en la Convención de Estambul. La práctica del TEDH, a la que se hizo referencia anteriormente, indica que los Estados del Consejo de Europa siguen afrontando los casos de la violencia contra las mujeres en sus distintas formas<sup>93</sup>. De este modo, el TEDH representa la garantía judicial de la protección contra la violencia contra las mujeres, mientras que las normas convencionales relativas a los mecanismos de seguimiento refuerzan el papel del Tribunal.

El Capítulo IX (arts. 66-70) hace referencia a este aspecto. Entre otros, prevé que, un año después de la entrada en vigor del Convenio, el Comité de las Partes (formado por los representantes de los Estados partes en el Convenio) elija los miembros del Grupo de Expertos en la lucha contra la

---

<sup>92</sup> *Barometre on Rape in Europe 2013*, p. 10.

<sup>93</sup> Aunque, como se ha señalado antes, la mayoría de los casos ante el TEDH versa sobre la violencia doméstica, se presentan algunos supuestos de otras formas de violencia contra las mujeres: las mutilaciones genitales femeninas (*Caso Izevbekhai c. Irlanda*, 2011; *Caso Omeredo c. Austria*, 2011, y *Caso Sow c. Bélgica*, 2013); la violencia perpetrada por las autoridades públicas (*Caso Yazgüil Yılmaz c. Turquía*, 2011, y *Caso B.S. c. España*, 2012); la violencia en los lugares públicos (*Caso Ebcin c. Turquía*, 2011); la violación (*Caso X y Y c. Holanda*, 1985; *Caso Aydın c. Turquía*, 1997; *Caso M. C. c. Bulgaria*, 2003; *Caso Maslova y Nalbandov c. Rusia*, 2008, y *Caso I. G. c. Moldova*, 2012); así como la expulsión de extranjeros en el contexto de la obligación internacional de *non-refoulement* o principio de no devolución (*Caso N. c. Suecia*, 2010). El Convenio reitera el principio de no devolución en el art. 61. A su vez, el Informe Explicativo vuelve a insistir en la conexión de este principio con el art. 3 del CEDH en términos siguientes: “The principle of *non-refoulement* is of particular relevance to asylum-seekers and refugees. According to this principle, subject to certain exceptions and limitations as laid down in the 1951 Convention, states shall not expel or return an asylum seeker or refugee to any country where their life or freedom would be threatened. Article 3 of the ECHR also prevents a person being returned to a place where they would be at real risk of being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment”, *Explanatory Report*, párrs. 319-322, en particular, el parr. 320.

violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO)<sup>94</sup>. Corresponde a este Grupo de Expertos llevar a cabo el control de la implementación del Convenio.

El art. 68 describe el funcionamiento del mecanismo. Establece que el GREVIO tiene que elaborar unos cuestionarios para cada ronda de evaluaciones. Los Estados miembros deben responderlos, indicando las medidas legislativas y de otro carácter que han adoptado para cumplir con sus obligaciones convencionales. Al igual que en otros supuestos, el GREVIO puede recibir información de las ONG, grupos de la sociedad civil e instituciones nacionales de protección de los derechos humanos de los Estados partes e, incluso, tener en cuenta datos procedentes de otros organismos y organizaciones internacionales. De manera subsidiaria, el GREVIO está facultado para realizar una investigación, incluso una visita al territorio del Estado, si la información obtenida no es completa o satisfactoria. La investigación *in situ* implica la autorización del Estado en cuestión.

En base a la información obtenida, el GREVIO prepara un informe provisional en que indica su evaluación de la situación y, tras la contestación de la Parte, adopta el informe y las conclusiones, cuya publicidad es obligatoria. Además, puede adoptar recomendaciones sobre la implementación del Convenio, incluidos los plazos de tal implementación.

En casos de extrema gravedad, el GREVIO puede requerir un informe urgente relativo a las medidas nacionales previstas para prevenir la violencia contra la mujer consistente en violaciones graves, masivas y persistentes (art. 68.13).

En concordancia con otros tratados, el art. 69 contempla la facultad del GREVIO de adoptar recomendaciones generales sobre la implementación del Convenio. En cambio, un rasgo de distinción es la implicación de los parlamentos nacionales en el mecanismo de control, que prevé el art. 70.

La disposición establece tres formas de participación parlamentaria: los parlamentos nacionales quedan invitados a participar en el seguimiento de las medidas adoptadas para la aplicación del Convenio (art. 70.1); los Estados partes deben someter los informes del GREVIO a sus parlamentos nacionales (art. 70.2) y, por último, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa tiene que hacer un balance regular

---

<sup>94</sup> Según el art. 66.2, el GREVIO puede estar compuesto por un mínimo de diez y un máximo de quince miembros, elegidos de entre las candidaturas propuestas por los Estados partes entre los nacionales de estos Estados, con un mandato de cuatro años, renovable un vez.

sobre la aplicación del instrumento (art. 70.3). Con este último apartado, se reconoce el papel de la Asamblea en los trabajos previos y su aportación, mediante las resoluciones y recomendaciones, a la lucha contra la violencia contra las mujeres.

#### 4. A modo de conclusión

1. Por fin, el continente europeo cuenta con un instrumento de carácter obligatorio para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres en todas sus formas y manifestaciones, en particular la violencia doméstica. El nuevo Convenio del Consejo de Europa se inspira en los tratados de carácter universal y regional (la CEDAW, de 1979, la Convención de Belém do Pará, de 1994, y el Protocolo a la Carta Africana, de 2003), los instrumentos de la ONU y las resoluciones y recomendaciones del propio Consejo de Europa en la materia.

Como resultado, se adopta un compromiso más completo y avanzado de lucha contra la violencia de género. La definición de la violencia contra las mujeres engloba toda la experiencia previa en la elaboración del concepto.

2. Constituye una de las novedades más significativas del Convenio su contribución al desarrollo del concepto de género. Aunque se mantiene el propósito firme de lucha contra la violencia contra las mujeres, la violencia contra las mujeres por razones de género y la violencia doméstica, se abre la posibilidad de proteger a los hombres, en particular en el contexto de esta última forma de violencia. En este sentido, el Consejo de Europa se muestra respetuoso con el entorno y la sensibilidad social y cultural de los Estados partes. En el caso de España, los datos estadísticos son muy significativos y muestran una clara necesidad de protección de los varones<sup>95</sup>. De este modo, el Convenio intenta ofrecer un enfoque neutro e inclusivo, en especial sobre la violencia doméstica. En el Informe explicativo, se insiste en la neutralidad del concepto desde el punto de vista de género.

Cabe subrayar que esta tendencia está presente en algunos instrumentos internacionales. Por ejemplo, la Carta Social Europea (revisada), de 1996, concibe el derecho a la dignidad en el trabajo y exhorta a prevenir el acoso sexual y otros actos censurables, hostiles y ofensivos contra cualquier

---

<sup>95</sup> El Informe del INE indica que, en 2011, entre las 7.744 víctimas en asuntos de violencia doméstica, el 63% fueron mujeres y el 37% hombres. Además, unas 376 personas figuran como denunciadas y víctimas a la vez. Ver *Estadísticas de violencia doméstica y violencia de género, año 2011*, p. 11.

trabajador<sup>96</sup>. Del mismo modo, se manifiesta en la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en particular los tribunales penales, que han venido condenando la violencia tanto contra las mujeres, como contra los hombres en los conflictos armados<sup>97</sup>.

En cuanto al término género, el Convenio de Estambul oscila entre la inclinación feminista y la igualitarista. Por un lado, la violencia contra las mujeres por razón de género se vincula con la condición de mujer y su repercusión de manera desproporcionada. Por otro lado, el término “género” aspira a cierta neutralidad, al referirse a la atribución de los roles sociales por ser mujer u hombre.

El mensaje que transmite la expresión “violencia de género” contiene una paradoja, e implica un cierto peligro: elimina la connotación “femenina” y “sexual”, propia del término “violencia contra las mujeres” y, en cambio, introduce la “social” e “igualitaria”. La denuncia de la LOVG ante el TEDH representa un ejemplo muy ilustrativo del problema planteado<sup>98</sup>.

3. El instrumento establece tres compromisos ambiciosos sobre la violencia contra las mujeres: prevención, protección y enjuiciamiento que deben completarse con las políticas integrales. Como observamos, el término “enjuiciamiento” impide que en castellano también se asocie con los “tres Ps” + el “cuarto P”, al igual que se hace de manera muy ilustrativa en inglés.

A simple vista, puede parecer que las formas de violencia, tipificadas como delitos graves en el Convenio, no plantean mayores problemas

---

<sup>96</sup> Ver el art. 26 de la Carta.

<sup>97</sup> El Caso de *Dušan Tadić* es el pionero. Ver más información al respecto en: <http://www.icty.org/sid/10312> (consultado el 3 de julio de 2013).

<sup>98</sup> La Unión Estatal de Federaciones y Asociaciones por la Custodia Compartida (UEFACC), que reúne a hombres divorciados de España, anunció que había denunciado ante el TEDH la Ley contra la violencia de género.

Esa norma “contraviene derechos fundamentales” recogidos en la Constitución por tratar ‘de forma diferenciada’ la violencia en una pareja según sea el autor hombre o mujer, explicó el portavoz de la UEFACC, Fernando Basanta.

Eso afecta, por ejemplo, a la resolución de divorcios porque con “una simple denuncia” por violencia de género se abandona la vía civil por la penal, con las consecuencias que eso tiene para la determinación de la custodia compartida que acaba perjudicando a los padres, señaló Basanta.

“Los poderes públicos están negando una realidad palpable” que es la de “las denuncias falsas”, criticó el portavoz, quien precisó que la demanda ante el Tribunal de Estrasburgo se formalizó sobre la base de un caso que había sido rechazado por el Tribunal Constitucional.

Añadió que acudirán a la justicia europea en futuros procedimientos por este mismo asunto cuando se agoten las vías de recurso interno en España. Ver más datos al respecto en: <http://www.lavanguardia.com/> (consultado el 3 de junio de 2011).

desde el punto de vista de la legislación nacional, se supone, siempre más avanzada y sofisticada, que un tratado internacional. Parece que, en este caso, el planteamiento del Convenio va más allá de los sistemas legislativos de los Estados miembros. El Informe sobre tan solo un delito, la violación, demuestra que la aplastante mayoría de los Estados no están preparados para suscribir los estándares convencionales. Tal vez en este aspecto resida una de las razones por las que el Convenio no ha entrado en vigor dos años después de su adopción.

## 5. Bibliografía

Consejo de Europa: *El Consejo de Europa y la Violencia de Género. Documentos elaborados en el marco de la Campaña paneuropea para combatir la violencia contra las mujeres (2006-2008)*, Estrasburgo, 2008, recopilados en la publicación del Ministerio de Igualdad: *Colección contra la Violencia de Género*, 4, 2008.

Council of Europe: *Explanatory report on Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/convention/Explanatory\\_Report\\_EN\\_210.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/convention/Explanatory_Report_EN_210.pdf) (consultado el 24 de junio de 2013).

European Women's Lobby (EWL): *Barometre on Rape in Europe 2013*, disponible en: [http://www.womenlobby.org/spip.php?article5119&var\\_mode=calcul](http://www.womenlobby.org/spip.php?article5119&var_mode=calcul) (consultado el 1 de julio de 2013).

ILO: Cruz, A. and Klinger, S., *Gender-based violence in the world of work: Overview and selected annotated bibliography*, Working Paper 3/2011, Geneva, 2011.

INE: *Estadísticas de violencia doméstica y violencia de género. Año 2011*, Notas de prensa, de 27 de mayo de 2013, disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np780.pdf> (consultado el 1 de julio de 2013).

*Libre de miedo, libre de violencia*, Ficha informativa, disponible en: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/brochures\\_en.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/brochures_en.asp) (consultado el 21 de junio de 2013).

Mariño Menéndez, F. M. (Ed.), *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín*, BOE y Universidad Carlos III, Madrid, 1997.

Mariño Menéndez, F. M., "Crimen de feminicidio y prevención de la tortura: a propósito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Campo Algodonero* (2009)", en Rodrigo, A. J. y García, C. (Eds.) *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas. Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Tecnos, Madrid, 2011.

Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012.

Ushakova, T., “La violencia de género desde la perspectiva del Derecho internacional”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012.

Ushakova, T., “La protección contra la violencia de género en el Sistema Interamericana de Derechos Humanos”, *Dereito. Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 22, 1, 2013.

Ushakova, T., “Violencia de género y post-conflicto: especial referencia a la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)”, *Actas de las V Jornadas de Estudios de Seguridad*, IUGM, Madrid, 2013, en prensa.

*Violence against women: our concern, our response*, A Side Event at 57th Session of the Commission on the Status of Women co-organised by the Council of Europe and the Permanent Mission of France to the United Nations, 4<sup>th</sup> March 2013, Concluding Remarks by Ms Gabriela Battaini-Dragoni, Deputy Secretary General, Council of Europe, disponible en: <http://www.coe.int/en/web/deputy-secretary-general/-/side-event-at-57th-session-of-the-commission-on-the-status-of-women> (consultado el 20 de junio de 2013).

## Derecho Constitucional y violencia en el trabajo en España

Fernando VALDÉS DAL-RÉ\*

---

**RESUMEN:** El objeto de este trabajo es analizar la violencia en el trabajo (en sus diversas formas y modalidades) desde el punto de vista constitucional. Sin duda alguna, este tipo de comportamiento acosador merece el máximo reproche al vulnerar derechos fundamentales de la persona trabajadora, como el de su dignidad y la integridad física o moral. Desde hace tiempo, los Tribunales laborales españoles vienen reconociendo la importancia de estas conductas acosadoras y se han dado a la tarea de proteger a las víctimas.

*Palabras clave:* Derecho constitucional, violencia en el trabajo, dignidad en el trabajo.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Violencia en el trabajo. 3. Derecho constitucional. 4. La tipología de la violencia laboral. 5. Una diversidad de tipos con unos elementos comunes. 6. Los bienes jurídicos constitucionales afectados por la violencia laboral. 6.1. Consideraciones generales. 6.2. La afectación por cualquier manifestación de violencia laboral del valor dignidad y del derecho fundamental integridad física o moral. 6.2.1. El valor dignidad. 6.2.2. El derecho a la integridad física y moral. 6.3. La afectación de otros derechos fundamentales. 7. Bibliografía

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo. Magistrado del Tribunal Constitucional.

## 1. Introducción

El título de esta del presente texto lleva ya acotado perfectamente su perímetro; o, si se prefiere, su objeto. No obstante ello, un exacto encuadramiento histórico y metodológico de la misma precisa algunas reflexiones introductorias. En tal sentido, centraré la atención en los dos sintagmas que aparecen en esa rúbrica, bien que tomándome la licencia de invertir, a efectos puramente topográficos y no conceptuales, su respectiva colocación. En suma, haré algunas precisiones iniciales primero, sobre la violencia en el trabajo para, inmediatamente después, instalar ese concepto en la perspectiva del derecho constitucional.

## 2. Violencia en el trabajo

Entendida sin ninguna referencia adjetivadora, la violencia es un fenómeno social que ha acompañado al ser humano a lo largo de su devenir histórico. Es esta una aseveración que no precisa de verificación alguna, bastando con evocar, para su confirmación, la metáfora cainita, tan austeramente relatada en las primeras páginas de una de las obras que narran los momentos fundacionales de la humanidad; aludo, claro está, al Libro I, “El Génesis” (4, 8-16), del Antiguo Testamento.

Pero además de haber sido un constante e indeseable compañero de viaje de la historia del ser humano, la violencia se ha hecho presente en la práctica totalidad de los ámbitos sociales, sin excepciones relevantes. Se ha personado, claro está, en la avenida principal, en aquella en la que la violencia ha formado y forma aún parte sustancial de su propia morfología (aludo a la esfera guerrera o militar). Pero también se ha dispersado a lo largo de las calles paralelas o perpendiculares de la sociedad; e incluso en los callejones secundarios. Una de las instituciones centrales de la historia de la humanidad, que en muchas etapas ha actuado como pilar de su progreso social y desarrollo económico y que lamentablemente aún no ha sido por completo erradicada en la sociedad de nuestro tiempo, traduce la manifestación más execrable de violencia, laboral desde luego, pero no sólo. Aludo, claro es, a la esclavitud, extrema y máxima traducción de la cosificación del ser humano y frente a la que se alza ese imperativo categórico kantiano por el que debe de quedar proscrita, sin excepción ni justificación alguna, cualquier expresión, por mínima que sea, de disposición unilateral y no consentida de un hombre o de una mujer por parte de cualquier poder, público y privado.

No obstante lo razonado, la violencia, en su condición de fenómeno

social dotado de dilatada historia y extendida difusión, ha venido experimentado desde mediados del siglo pasado unas transformaciones en su concepción social y en su tratamiento jurídico que en modo alguno pueden calificarse como de tono menor. En concreto, me importa aquí detenerme con obligada brevedad en dos de esas transformaciones, de recíproca interacción.

De un lado, en las sociedades, al menos, de los países democráticos se está acentuando una conciencia social abiertamente crítica hacia todas las manifestaciones de violencia. Y esta conciencia no solo se alza contra las formas más groseras y visibles; también y si cabe con mayor empeño, contra las manifestaciones más sutiles que se desarrollan en los ámbitos más íntimos y cerrados. De otro, los sistemas normativos de esos mismos países están logrando elaborar y poner a punto una variada serie de medios cuyo objetivo es dar respuestas jurídicas a la violencia; y hacerlo no solo perfeccionando las más tradicionales herramientas (los códigos penales, por ejemplo) sino, además y también, creando instrumentos destinados no ya a combatir la violencia sino a prevenirla.

En todo caso y como con acierto ha hecho notar Manuel Correa, estas respuestas solo han podido articularse una vez que se ha llevado a cabo una doble y combinada tarea: de una parte, dotar de autonomía social formas de violencia hasta entonces incluidas en la genérica fenomenología y, de otra y sobre esas bases, juridificar esas nuevas formas de violencia social. Tal ha sucedido, por ejemplificar la idea, en relación con las dos siguientes situaciones de violencia.

En primer lugar, con la que hoy se conoce como violencia de género y que, hasta no hace mucho tiempo, quedaba reconducida a la categoría de “crimen pasional”, denominación esta que ofrecía la oportunidad de afrontar tan detestable forma de violencia desde enfoques estrictamente singulares. Una vez descubierto el asesino directo, el caso quedaba deferido a las páginas de sucesos, sin que, por otra parte y por cierto, el inductor de la muerte de mujeres no solo no fuera siempre perseguido; a veces, incluso, era ensalzado. La figura de Anna Karenina debe seguir permaneciendo en el imaginario colectivo como un grito de rebeldía hacia las conciencias adormecidas.

El segundo ejemplo lo ofrece la violencia ejercida en los centros educativos en el doble plano de violencia sexual, física o moral de dimensión vertical, ejercida por los educadores con los niños y niñas, y de violencia horizontal, expresada entre compañeros. Tradicionalmente, las manifestaciones de violencia sexual quedaban ocultas bien por vergüenza bien por interés, siendo sancionados los agresores, cuando lo eran, con penas suaves, del tipo de la amonestación moral interna o, a lo sumo, del

traslado de centro escolar. De su lado, las expresiones de violencia física o moral verticales eran, las más de las veces, justificadas por mor de la disciplina educativa y las de carácter horizontal tendían a banalizarse o trivializarse, calificándose como “peleas de patio de colegio”.

La violencia en el trabajo ilustra de manera ejemplar, a mi juicio, este doble proceso que se viene de señalar. En nuestro sistema jurídico, las muestras de violencia visible, la física, así como la audible, la verbal, ejercida por compañeros de trabajo, por superiores jerárquicos o por el propio patrono, fueron tradicionalmente consideradas como causa de despido justo o de extinción procedente por voluntad del trabajador. Así vinieron a establecerlo, por no razonar en el vacío, las reglas 6ª y 7ª del art. 89 de la LCT-1931, que tipificaban como conductas justificativas de aquellas decisiones, las del despido o de la resolución causal, “los malos tratamientos y las faltas graves de respeto y consideración”.

Superando ese tradicional enfoque, la violencia en el trabajo ha sido objeto en fechas relativamente recientes de una relevante atención normativa, articulada a resultas – tal como ha acontecido con carácter general respecto de violencias existentes en otros ámbitos sociales – de un previo proceso de identificación y, por tanto, de diferenciación por razones ora subjetivas ora objetivas entre distintas expresiones de violencia en el trabajo, al que ha seguido, como no podía ser de otro modo, la juridificación y regulación de esas formas típicas de violencia laboral. Más adelante he de retornar sobre este proceso de tipificación conceptual y normativa de la violencia laboral, resultando ahora necesario girar la atención hacia el segundo de los términos que rotulan esta intervención; esto es, hacia el derecho constitucional.

### **3. Derecho constitucional**

A partir de su valoración como el bien jurídico principal, aunque no único, afectado por las manifestaciones más brutales y graves de la violencia sin adjetivos, la integridad física ha venido siendo tradicionalmente objeto de una protección penal, a la que progresivamente se fue añadiendo, para las formas menos graves, otras vías de protección, como la administrativa (en el campo de lo público) o la contractual (en el terreno privado). O por enunciar la idea de manera más directa y sin rodeos, la integridad física no logró asentarse históricamente en el catálogo de derechos fundamentales contenidos en los textos constitucionales que se fueron aprobando a partir de la revolución burguesa.

Cierto es que el art. 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 brindó una específica tutela frente a actos procedentes del Estado. Pero fue esta una apertura que solo pudo materializarse por vía interpretativa. Así, la adscripción de la actual norma iusfundamental “todos tienen derecho a la integridad personal” terminó solapada con otros derechos, señaladamente el derecho de libertad (Canosa Usera)<sup>99</sup>.

En este contexto histórico tan brevemente descrito, la conexión entre derecho constitucional y violencia en general, y en el trabajo en particular, será resultado de un doble y fecundo proceso. El primero traerá causa de la progresiva expansión, ampliación y perfeccionamiento del tradicional catálogo de derechos fundamentales. En concreto y por seguir manteniendo las referencias al derecho a la integridad física, su reconocimiento expreso y directo, como un derecho constitucional autónomo, dotado de sustantividad y entidad propia, diferente del derecho a la vida, lo llevará a cabo en el plano internacional, por vez primera, el art. 5.1 de la Convención Interamericana de Derechos Fundamentales (Pacto de San José), a tenor del cual: “toda persona tiene derecho a la integridad física, psíquica y moral”. Por su parte, el art. 2.2 de la Ley Fundamental de Bonn, en el que se proclamará “que todos tienen derecho a la vida y a la integridad corporal”, actuará como precursor en el ámbito nacional. Desde entonces, la práctica totalidad de las constituciones europeas que se fueron aprobando en las tres ondas sucesivas, las correspondientes a los años 40, 70 y 90 del siglo pasado, procederán a reconocer el derecho a la integridad (por ejemplo, los textos constitucionales portugués y español) o, de modo alternativo, prohibirán ciertas conductas lesivas de la integridad, sin referirse específicamente a ella, siguiendo las pautas marcadas por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) (entre otras, las constituciones griega o checa).

Pero al margen de los diferentes ritmos del reconocimiento del derecho a la integridad física como derecho protegido por esa norma suprema que es la Constitución; con independencia de ello, digo, lo que me interesa ahora, antes de entrar a examinar el segundo de los procesos que van a permitir la definitiva consagración constitucional de una estela de derechos, capaces de activarse en el ámbito de las relaciones laborales, bien que no solo en este terreno, frente a conductas violentas, es efectuar el siguiente recordatorio: las libertades personales, cívicas o públicas – verdadera clave de bóveda del constitucionalismo que surge del primer pacto social – han tendido a configurarse como derechos de ejercicio ante

---

<sup>99</sup> Canosa Usera, R., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, 2006.

y frente a los poderes públicos. Precisamente, a esta configuración puede imputarse el notable retraso en la atribución a determinados derechos fundamentales de una función de activa tutela respecto de los comportamientos y actos constitutivos de violencia laboral (o, más en general, de violencia sin adjetivación o añadidos ulteriores).

En efecto, los derechos de libertad, plasmados en las Constituciones que se van promulgando al compás del triunfo de la revolución burguesa, no pretendieron sino el asegurar un ámbito de inmunidad al *ciotoyen* frente a injerencias procedentes de los poderes públicos. Este deber de abstención del Estado quedó bien reflejado en la jurisprudencia americana con la fórmula *it tells the State to let people alone* (*Bowers vs. De Vito*, 686 F.2d 616, 618 “7th Cir. 1982”) Pero también se instala de manera compacta y sin fisuras en la experiencia constitucional europea, en la que, bajo la influencia de la poderosa dogmática iuspublicista del siglo XIX, los hoy denominados derechos fundamentales se concibieron como derechos oponibles exclusivamente frente al Estado, sobre quien recae el deber negativo o de omisión de no entrometerse en la esfera personal de libertad que la *volonté générale* – es decir, el legislador ordinario – ha definido. Los derechos de libertad nacieron, en suma, como espacios de libre autodeterminación personal, que configuran la posición de los ciudadanos frente a los poderes públicos.

Esta noción “estatocentrista” de los derechos de libertad ni fue ni es una construcción dogmática ideológicamente neutra. Muy antes al contrario, constituye una acabada traducción jurídica del postulado político de la revolución liberal triunfante; a saber: el Estado, entendido como una “organización vertical”, construida bajo relaciones de supra y subordinación, y la Sociedad, concebida, como un “orden espontáneo de racionalidad horizontal”, sustentado sobre relaciones competitivas, no sólo forman mundos separados; se encuentran en situación de “oposición”. A esta escisión sirve aquella construcción dogmática; una construcción en la que la atribución al Estado del papel de garante de unas zonas de inmunidad personal es el anverso de una moneda de dos caras que no se miran, cuyo reverso jurídico es el abandono de la regulación de las relaciones competitivas al principio de la autonomía de la voluntad privada. En este contexto, las piezas del mecano jurídico del Estado liberal encajan. Los derechos de libertad son derechos públicos subjetivos por cuanto se mueven en unas relaciones de sujeción. Ese es su ámbito de actuación no sólo natural sino exclusivo; y en el que no tienen cabida los individuos, pues sus relaciones no responden al binomio libertad/autoridad sino al par libertad/igualdad. El dogma de la autonomía de la voluntad garantiza la igualdad en las relaciones *inter*

*privatos*; y una relación entre iguales es, por hipótesis, una relación en libertad.

No son estos momentos ni lugares apropiados para discutir los postulados del Estado liberal de Derecho, para rebatir el carácter rudamente ideológico de la configuración de los derechos fundamentales como un mero problema de colisión entre libertad privada y autoridad pública. Los “duros hechos de la historia” ya se han encargado de levantar el velo de su inconsistencia política y jurídica; de demostrar que la igualdad no es principio que acompañe a la libertad contractual; que lo “público” y lo “privado” no forman zonas recíprocamente estancas sino, antes al contrario, áreas mestizas, de cruce y encuentro e, incluso, intercambiables a veces (privatización del poder público y publicitación del poder privado); que la existencia de verdaderos centros de poder privado, dotados de vigorosas *potestates agendi*, hace ya tiempo que ha dado al traste con la idílica visión de un sistema de relaciones competitivas dominadas por el par libertad/igualdad. En definitiva, el poder público ha perdido la credencial de ser el “único enemigo” de las libertades fundamentales, compartiendo ahora esta condición con otros poderes, económicos y sociales, que en muchas ocasiones son “más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales” (Pérez Luño)<sup>100</sup>.

En este proceso de levantamiento del velo de una realidad en su momento oculta y ocultada, las relaciones laborales han desempeñado un papel relevante. En la conformación social que conocemos, los poderes del empresario – o, si se prefiere, la empresa en cuanto poder privado – constituyen una real amenaza para los derechos de la persona del trabajador. Y ello, como tuve la oportunidad de razonar hace ya algún tiempo, no por considerar tales poderes como intrínseca u ontológicamente insidiosos o perversos sino, más sencillamente, por cuanto la lógica empresarial (sus principios económicos y sus valores normativos) actúa *naturaliter* como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo su desarrollo.

Centrando la atención en esta última transformación y retornando al argumento apenas esbozado, no me parece arriesgado afirmar que la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrecht*, de la eficacia pluridireccional de esos derechos, ha madurado y se ha desarrollado, en buena parte, al calor del principio de iusrealismo contractual que impregna todas las secuencias vitales de la relación laboral: la radical asimetría de poder entre empresario y trabajador, y que se expresa, desde luego, en las distintas posiciones jurídicas que ocupan en la relación laboral, pero también, y con no menor

---

<sup>100</sup> Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales*, 3º ed., Tecno, 1988.

significación, en el más amplio espacio de la vida social y económica. O por expresar la idea con otras palabras, la relación laboral ha actuado como el campo natural de experimentación de la teoría y de la aplicación práctica de la denominada eficacia horizontal de los derechos fundamentales; de la expansión de estos derechos hacia la esfera privada. Con ocasión precisamente del definitivo reconocimiento de los derechos fundamentales como derechos de eficacia horizontal tendrá lugar la extensión al ámbito de las relaciones laborales y del empleo público de la protección sustantiva y adjetiva atribuida constitucionalmente a las libertades personales. O por expresar la misma idea bien que centrando el efecto en el tema aquí objeto de tratamiento: la consideración de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de estructura pluridireccional comportará la inmediata cobertura constitucional para quienes realizan un trabajo o prestan un trabajo subordinado y por cuenta ajena de las conductas expresivas de la violencia manifestada en las organizaciones productivas; en todas ellas, sea cual fuere la naturaleza del titular, la dimensión de la misma o los contenidos de la prestación laboral que se hubieren pactado.

#### **4. La tipología de la violencia laboral**

La confluencia de los diversos factores que, con la obligada brevedad, han sido descrito en la parte introductoria permite con facilidad extraer la siguiente constatación: al finalizar el doble proceso de juridificación de la distinta fenomenología social apreciable en el lugar de trabajo y de atribución a los derechos fundamentales de una eficacia horizontal, ha tenido lugar la apertura de un potente y entrecruzado diálogo entre violencia laboral y derecho constitucional o, por expresar ya la idea con la debida corrección terminológica, entre violencia laboral y derechos fundamentales.

Con vistas al logro de una adecuada comprensión de los términos de ese diálogo, la primera de las tareas que, desde una perspectiva metodológica, conviene acometer consiste en discernir si la violencia laboral es un concepto unitario o, por el contrario, es una noción compleja que agrupa una pluralidad de manifestaciones objeto de un tratamiento normativo y conceptual diferente y diferenciable.

Antes de intentar dar respuesta al interrogante apenas enunciado, me parece obligado efectuar dos observaciones preliminares, que en buena medida pueden entenderse, al menos desde un prisma metodológico, como anverso y reverso; cara y cruz de una misma opción de política de

derecho. En nuestro sistema normativo – y entro en la primera de esas observaciones –, no existe regla jurídica alguna que regule la violencia laboral, de modo que bien podría afirmarse que es éste un fenómeno social privado de trascendencia jurídica. Es esta, sin embargo, una aseveración que solo puede defenderse en un plano estrictamente formal; en un sentido material y como habrá ocasión de razonar en su momento, el ordenamiento jurídico viene prestando una especial atención desde mediados de la década anterior a las concretas manifestaciones de violencia laboral. En realidad y bien mirado, esta disfunción no es sino el resultado de la inexistencia de una legislación específica sobre violencia laboral; o, en otras palabras, la violencia laboral es una institución objeto de regulación segmentada y parcelada y que, por lo mismo, incurre en dos serias disfunciones: reiteración y descoordinación.

Lo anterior señalado, no me parece discutible la configuración de la violencia laboral como una figura genérica que agrupa diferentes modalidades objeto, al menos en un sentido formal, de un tratamiento normativo diferenciado. El propósito de las reflexiones que a continuación siguen consiste precisamente en elaborar una tipología de manifestaciones de violencia laboral, tarea ésta preñada de dificultades.

La primera y, de seguro, la principal dificultad trae causa en el dato, ya puesto de manifiesto, de que la violencia laboral es una categoría dogmática privada de cobertura legal. En la legislación española no existe, hasta el momento, disposición alguna que se ocupe de regular de manera unitaria el fenómeno social de la violencia laboral, fenómeno éste, por tanto, tratado de modo disperso a partir de la construcción y de la regulación de las manifestaciones más relevantes de violencia laboral, regulación ésta que no se encuentra entrelazada mediante la remisión al concepto matriz. Probablemente esta realidad normativa explica el tradicional enfoque doctrinal de la violencia laboral; un enfoque que centra el grueso de la atención en alguna de las especies en lugar de en la categoría.

No obstante ello, no me parece empeño vano el intentar elaborar una clasificación de modalidades de violencia laboral con vistas a reconstruir la categoría desde una perspectiva unitaria y poder elaborar, inmediatamente después, los elementos comunes a todos los tipos.

Por lo demás, es ésta una tarea de una notable relevancia con consecuencias detectables no solo en un terreno constructivo sino, adicionalmente, práctico. El conocimiento de los diversos tipos que confluyen en la noción de violencia laboral va a permitir identificar los puntos de conexión entre esta figura y los derechos fundamentales; esto es, definir con la debida precisión el bien o los bienes jurídicos afectados

por las conductas de violencia laboral.

En este orden de consideraciones, no me parece impertinente comenzar por establecer una primera tipología de modalidades de violencia laboral, distinguiendo dos grandes categorías: la violencia laboral estándar o común y la violencia laboral por razón de género.

El elemento diferenciador de esta división reside en el hecho de que en el segundo grupo, en el de la violencia por razón de género, las víctimas son mujeres, visión subjetiva ésta entendida no solo ni tanto en un sentido biológico cuanto social. El tratamiento jurídico-político diferenciado de la violencia de género desde la perspectiva de género tiene como punto de partida la consideración de que las diferencias construidas socialmente entre mujeres y hombres no tienen nada que ver con una base naturalista y sí con la cultura de tradición patriarcal motivada por el ansia de poder y dominio del hombre sobre la mujer (Monereo López/Trigueros). Como con razón ha señalado Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer<sup>101</sup>, las diferencias entre ambos colectivos son de origen social, “adquiridas, variables, contingentes, artificiales y, hasta cierto punto, modificables”. Con fundamento en esas diferencias, se cumplen los roles dominantes tradicionales asignados convencionalmente a ambos sujetos: de superioridad al hombre y de subordinación y desigualdad a la mujer. Por este lado y por decirlo con las contundentes palabras de Jaime Cabeza, la violencia de género constituye la forma más característica de evidenciar la “discriminación sistémica de la mujer”, apreciación ésta que, aun cuando formulada con carácter general, es trasladable sin reparo alguno al ámbito laboral.

Dentro de la violencia laboral estándar o común, cabe a su vez identificar dos grandes manifestaciones: violencia y acoso. No es mi intención, y probablemente la ocasión tampoco lo requiere, entrar a analizar de manera detallada los conceptos de violencia y acoso, bastando a los efectos que me interesa procurar marcar las diferencias entre ambas conductas antijurídicas. Por lo pronto, conviene destacar, siguiendo las previsiones del Acuerdo Marco Europeo sobre acoso y violencia en el lugar de trabajo de 26 de abril de 2007, que el criterio diferenciador básico entre una y otro reside en el carácter repetido del acoso, circunstancia ésta que no concurre en la violencia estándar. Ello señalado, no estará de más adicionar dos reflexiones. De una parte, no comparto la tesis mayoritariamente defendida por la doctrina tanto la científica (y no solo laboralista) como la doctrina judicial, a tenor de la cual la calificación

---

<sup>101</sup> Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M., “Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo”, *RL*, 3-4, 1993, pp. 1-7.

jurídica, al menos del acoso, exige la concurrencia de una intencionalidad de humillar, hostigar, aislar, perseguir o vejar, elemento configurador éste al que a menudo se le añade un segundo: la exigencia de un daño. En mi opinión – y es esta una aseveración que me parece también predicable de la violencia – la intención de producir un daño así como la existencia de un daño efectivo son elementos ajenos a la noción de acoso, que, de un lado, exige la presencia de una conducta antijurídica y, de otro, se define no por su resultado sino por los potenciales riesgos que las actuaciones de acoso llevan aparejadas. Como con acierto razona la profesora Rivero Rojas, lo esencial del denominado elemento intencional no es constatar la existencia de un móvil, sino de una secuencia de conductas idóneas para provocar una lesión en el patrimonio jurídico del acosado, protegido ante una situación de violencia. Tal es, en fin, la tesis mantenida por la jurisprudencia constitucional respecto del derecho a la integridad física, para cuya lesión no se precisa la consumación de un daño, bastando con que “exista un riesgo relevante de que la lesión pueda producirse” (entre otras STC, 35/1996, 11-3; 207/1996, de 16-12, y 221/2002, de 25-11).

A su vez y como variante de una y otra categoría, de la violencia y del acoso, se encuentra la violencia discriminatoria y el acoso igualmente discriminatorio, caracterizados una y otro por un dato de factura social; a saber, las víctimas de la agresión son miembros de colectivos especialmente vulnerables, definidos por razones varias (edad, orientación sexual, etnia o raza, discapacidad, creencias religiosas o, en fin, convicciones ideológicas).

Finalmente y en el concepto de violencia por razón de género, también puede elaborarse la misma distinción, la de violencia y acoso, basada en el mismo elemento de reiteración. De su lado y dentro del acoso, se integran dos variantes: el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. No obstante y como se razonará más adelante, nuestra jurisprudencia no tiende a exigir, para la calificación de una conducta como propia de acoso sexual, la nota de reiteración, por lo que en el seno de esta categoría – y en el decir de nuestros tribunales – los conceptos de violencia y acoso sexual terminarían fundiéndose.

## **5. Una diversidad de tipos con unos elementos comunes**

Como se ha tenido oportunidad de razonar, la violencia en el trabajo no es una noción de estructura simple; muy antes al contrario, su estructura es de una notable complejidad, pues integra una multiplicidad de tipos cuya identificación ha venido acompañada de un intenso debate,

produciéndose una situación en buena medida paradójica: mientras existe un alto nivel de consenso en la identificación nominativa de los tipos de violencia laboral, la identificación de los rasgos propios y definidores de cada uno de ellos evidencia un alto grado de discrepancia.

Pero ello declarado, no me parece que pueda discutirse el que la totalidad de las modalidades, encuadrables en ese concepto genérico que es la violencia laboral, participan de unos elementos comunes que cumplen una doble y relevante función. De un lado, una función de integración que les dota, a todos ellos, de unidad y singularidad internas; de otro, una función de diferenciación, que les permite distinguirse de figuras afines, situadas en zonas circundantes, como pueden ser el ejercicio abusivo del poder empresarial, una gestión empresarial de notable severidad, el autoritarismo de los mandos o, en fin, el conflicto laboral.

En un esfuerzo de síntesis, cuatro son, a mi juicio, los elementos comunes a todas las manifestaciones de violencia laboral. En primer lugar – y se trata de un elemento objetivo – en todas ellas hay una conducta calificable como antijurídica; esto es, una conducta que lesiona de manera directa y efectiva un bien jurídico que ha merecido protección por el ordenamiento jurídico. Cuál o cuáles son los bienes jurídicos agredidos, es cuestión que será objeto de análisis más adelante con el debido detenimiento. Por el momento, bastará anticipar que, en todas y cada una de las modalidades de violencia laboral, entra en juego y se vulnera un derecho fundamental.

El segundo elemento se encuentra estrechamente relacionado con el anterior. En la medida, en efecto, que el conjunto de comportamientos integrantes de violencia en el trabajo inciden, violando, un derecho fundamental, el ordenamiento dispensa a las víctimas de la agresión habida en su patrimonio jurídico máspreciado una protección de máximo nivel; una protección ajustada al bien jurídico implicado, de modo que las vías de protección arbitradas son las correspondientes a la defensa de los derechos fundamentales. En nuestro sistema normativo, tales vías, de ordinario, son las previstas en el art. 53.2 CE y las leyes de desarrollo, que se concretan en lo que, de forma sumaria, podemos calificar como el amparo ordinario (procesos de tutela de derechos fundamentales) y el amparo constitucional.

No son estos momento y lugar apropiados para profundizar en los mecanismos de protección frente a los supuestos de violencia laboral, bastando señalar, a los efectos que interesan, que sea cual fuere el concreto cauce procesal elegido, la tutela conferida a la víctima tiene un contenido complejo, comprendiendo estas tres dimensiones: 1) tutela inhibitoria, determinante del inmediato cese del acto o actos constitutivos de violencia laboral; 2) tutela restitutoria, que llevará aparejada la

inmediata reposición en la situación jurídica “*quo ante*”; y 3) tutela reparadora, que comportará la condena al agresor de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la víctima.

En relación con esta última dimensión, no me resisto a destacar la muy notable resistencia de nuestros tribunales – tanto del orden jurisdiccional social como del contencioso-administrativo – a fijar montos de cuantía razonablemente elevada en concepto de indemnización por los daños causados, señaladamente los morales. Entre los numerosos pronunciamientos que pueden servir para ejemplificar la anterior aseveración, traigo a colación los dos siguientes, expresivos, al menos hasta el presente, de la cicatera orientación mayoritaria.

El primer ejemplo lo ofrece la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 8-2-2012, que no dudará en reducir al diez por ciento la indemnización inicialmente reconocida por el juzgado de instancia: esto es, fija una cuantía de 6.000 €, en lugar de los 60.000 € establecidos en la resolución recurrida en suplicación. El segundo ejemplo lo suministra la tan debatida sentencia de la Sala 3ª del TS de 23-7-2001, que confirma sin titubeos una indemnización de 4.500 euros (750.000 de las antiguas pesetas) establecida en la sentencia de la Sala homónima del TSJ de Extremadura que había concedido a favor de un funcionario local al que el Ayuntamiento en el que prestaba servicios le había infringido, entre otras vejaciones difícilmente imaginables en un sistema democrático, la privación de sus funciones ordinarias, instalándole, durante más de 5 años, en un sótano, “sin hacer nada, sin ventilación ni luz natural”.

El tercer elemento común tiene una naturaleza subjetiva. En todas las manifestaciones de violencia laboral, la víctima es parte de una relación jurídica; en concreto, bien de una relación jurídica contractual (la relación laboral) bien de una relación administrativa, sea estatutaria, funcional o de otro tipo. Menos homogénea resulta la posición jurídica del agresor, que en ocasiones – y como se razonará de inmediato – puede no ser la otra parte de la relación jurídica de la que es titular el agredido. En todo caso y manejando criterios de normalidad jurídica, la imputación de la autoría varía en atención a la posición que el agresor ocupa respecto del sujeto agredido. En tal sentido, en las expresiones de violencia laboral vertical descendente el autor mantiene con la víctima una relación de jerarquía; por el contrario, en las formas de violencia laboral horizontal o, en las menos frecuentes, de carácter vertical ascendente, desaparece esa relación jerárquica. Por lo demás y no es éste un aspecto en el que podamos profundizar, no debe confundirse imputación de autoría de la violencia laboral e imputación de responsabilidades.

El cuarto y último elemento tiene un carácter locativo, concretándose en

el medio en el que la violencia se ejerce y manifiesta y que es, como ya fue indicado con anterioridad, una organización. Esta puede calificarse, desde luego, como organización productiva, es decir, dedicada a la producción de bienes o a la prestación de servicios para el mercado; pero también concurre este elemento en las organizaciones públicas, esto es, en las Administraciones Públicas (central, autonómica, local e institucional) o en una entidad de carácter público.

En relación con este último elemento, viene discutiéndose en la doctrina si el sujeto activo de los fenómenos de violencia laboral debe o no formar parte de la organización. De optarse por una respuesta negativa (Correa Carrasco), quedan automáticamente excluidos de la noción de violencia laboral los supuestos en los que el agresor (por ejemplo, el cliente o usuario del servicio público) es una persona ajena a la organización, exclusión ésta, por el contrario, que no acontece en la hipótesis negativa (Serrano Olivares). Aun cuando el tema se preste a discusión, me inclino por considerar que la pertenencia a la organización ha de predicarse de la víctima, de manera que al agresor puede ser extraño a la misma. Una solución estricta dejaría extramuros del concepto de violencia laboral y, por consiguiente, de la protección reforzada que el mismo brinda a expresiones de violencia cada más frecuentes en determinado tipo de servicios públicos, como los educativos y los sanitarios.

## **6. Los bienes jurídicos constitucionales afectados por la violencia laboral**

### **6.1. Consideraciones generales**

Tal y como se viene de razonar, la afectación de un derecho fundamental constituye uno de los elementos comunes a todas las manifestaciones de violencia en el trabajo. El propósito de las reflexiones finales consiste, precisamente, en identificar el bien o los bienes jurídicos de máxima relevancia activados con ocasión de la realización de conductas constitutivas de violencia. Antes de entrar en el análisis de este trascendental tema, me interesa efectuar una doble observación, de carácter sustantivo la una y metodológico la segunda.

Por lo pronto, no me parece impertinente anticipar, al menos en sus trazos más gruesos, la tesis que desarrollaré de inmediato y que puede enunciarse del modo siguiente: la totalidad de los comportamientos violentos, ejercidos en los lugares de trabajo, lesionan simultáneamente un principio jurídico constitucional y un derecho fundamental; o, si se

prefiere, un valor y un derecho constitucionalmente protegidos. Aquél, el valor, es la dignidad humana a la que alude el art. 10.1 de nuestro texto constitucional; este otro, el derecho, es el derecho a la integridad física o moral consagrado en el art. 15, también CE. Estos son los bienes jurídicos siempre afectados por los actos de violencia laboral y, probablemente y también, de violencia sin mayor adjetivación. Cualquiera de las manifestaciones anteriormente identificadas comporta un ataque frontal a la dignidad humana y a la integridad física o moral de la persona.

Por lo demás y eventualmente, algunas concretas modalidades de violencia laboral pueden incidir de manera simultánea en bienes jurídicos constitucionales distintos de los que vienen de mencionarse. Sin pretensión de agotar el elenco de hipótesis, el acoso moral puede vulnerar el derecho a la salud (art. 43.1 CE), los acosos discriminatorios pueden atentar a la prohibición de discriminación (art. 14 CE) o, en fin, el acoso sexual puede llevar aparejado una violación del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

Efectuada la observación de carácter sustantivo, la segunda tiene una finalidad igualmente anticipatoria, bien que referida ahora al método adoptado al exponer los puntos de conexión entre violencia laboral y derechos constitucionales. En principio, el desarrollo expositivo de este tema podría ser analizado conforme a un doble criterio, definido en atención a la institución (la violencia en el trabajo o el derecho constitucional) que se utilice como elemento identificador. De estos dos criterios, he optado por colocar la atención en los derechos fundamentales, elección ésta que, en mi opinión, reporta dos ventajas. De un lado, evita las repeticiones o las remisiones innecesarias y, de otro – y esa me parece la más relevante – realza la función de protección de los derechos constitucionales frente a las diversas formas de violencia laboral.

## **6.2. La afectación por cualquier manifestación de violencia laboral del valor dignidad y del derecho fundamental integridad física o moral**

### **6.2.1. El valor dignidad**

Como acabo de señalar, cualquier conducta encuadrable dentro de la figura de la violencia en el trabajo constituye un doble atentado: a la dignidad humana y a la integridad física o moral de toda persona. Analizaré esta afectación, comenzando por la dignidad humana.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 abre su

articulado del modo siguiente: “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” Y el art. 22 reconoce a toda persona, en su condición de miembro de la sociedad, el derecho a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Más aún, el preámbulo de la misma conecta la dignidad y los derechos humanos, reafirmando “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana”. Y es que, como con notable brillantez razona Habermas, “la dignidad humana configura, por así decirlo, el portal a través del cual el contenido universal igualitario de la moral se importa al derecho”<sup>102</sup>. Por lo demás, a la dignidad se refiere igualmente el art. 10.1 de nuestro texto constitucional, a la que califica, entre otros principios, “como fundamento del orden político y de la paz social”.

El problema central que suscita la dignidad humana y, más en general, los principios formulados en el citado art. 10.1 CE es el de discernir si dicha norma de principios ha de ser entendida en un sentido formal o ha de atribuírsele una dimensión sustantiva. Para una comprensión formal de los principios constitucionales, la función de dicha norma es condicionar o limitar las potestades para adoptar las reglas jurídicas y los actos subordinados. En la segunda vertiente, en cambio, dichos principios, incluida la dignidad, condicionan y limitan el contenido mismo de las reglas y actos (Gutiérrez Gutiérrez)<sup>103</sup>.

Nuestra jurisprudencia constitucional – y, siguiéndola, la práctica totalidad de nuestra doctrina científica – configura la dignidad no como un derecho fundamental sino como un valor. O como dijera tempranamente la STC 53/1985, de 11-4, “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona”, germen de distintos derechos fundamentales, optando a favor de la significación sustantiva. Por decirlo con las contundentes palabras de la STC 57/1994, de 28-2 (luego reiteradas en otros muchos pronunciamientos), “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo en consecuencia, *un minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona” (FJ 3.A).

---

<sup>102</sup> Habermas, J., “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 105-121.

<sup>103</sup> Gutiérrez Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005.

En esta panorámica de carácter general, aún me interesa realizar dos observaciones. De un lado, la concreción en el caso concreto de las conductas transgresoras de la dignidad humana no se aborda por el TC de manera directa sino indirecta, por referencia a un derecho fundamental. En otras palabras, la dignidad personal, aun cuando formula un mandato jurídico objetivo y tiene un valor relevante en la normativa constitucional, carece de un contenido específico (STC 150/1991, 4-7). La sentencia 224/1999, de 13-12, dictada al conocer de un amparo en el que la conducta denunciada fue acoso sexual, ilustra de manera ejemplar este criterio, que incluso se lleva al fallo. El punto 1º del mismo, en efecto, reconoce “la vulneración del derecho fundamental de la demandante a su intimidad en desdoro de su dignidad personal”. De otro, el TC también ha señalado que no hay una plena identificación entre derechos fundamentales y dignidad personal; esto es, ni la totalidad de derechos fundamentales son, por su condición de tales, inherentes a la persona ni toda restricción de los derechos fundamentales supone un ataque a su dignidad. (STC 120/1990, de 27-6). Cuál o cuáles son en concreto el o los derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana, no es cuestión que la jurisprudencia haya zanjado. Con todo, no ha dudado en vincular a la dignidad los derechos a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y creencias así como al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En todo caso y aun cuando no es dable llevar a cabo una equiparación de conceptos, la integridad física y moral constituye una de las bases esenciales para la dignidad humana, existiendo una “íntima conexión, inherencia” entre una y otra (Canosa Usera)<sup>104</sup>.

La proyección de las anteriores consideraciones al tema aquí objeto de examen permite elaborar algunas conclusiones. La primera, como ya se ha hecho constar, es la afectación de la dignidad humana en toda conducta constitutiva de una violencia laboral, al margen y con independencia de su concreción conceptual y normativa. Es esta una conclusión unánimemente defendida por la doctrina judicial, pues han sido y son las Salas de lo Social de los TSJ las que en mayores ocasiones han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este particular. Así lo han entendido, entre otros muchos pronunciamientos de los últimos años, las sentencias del TSJ de Murcia de 12-1-2009, de Asturias, de 6-3-2009, de Madrid, de 30-10-2009 o, en fin, de Galicia, de 15-2-2010. También ha sido ésta la tesis defendida por el TC en las limitadas ocasiones que ha conocido de amparos por violencia laboral, señaladamente por acoso sexual. La ya

---

<sup>104</sup> Canosa Usera, R., *Óp. Cit.*

citada STC 224/1999 es buen ejemplo de esta vinculación. Finalmente, la abundante doctrina científica que se ha ocupado en nuestra disciplina de la violencia laboral ha mantenido esta misma tesis (entre otros muchos autores, a Correa Carrasco, Molina Navarrete, Carmen Sáez, Serrano Olivares y Rojas Rivero).

Por último y en el plano de la legislación infra constitucional, la dignidad es una noción sistemáticamente utilizada con muy variadas plasmaciones. Entre otras, como derecho básico del trabajador (art. 4.2.e ET) y como límite al ejercicio por el empresario de sus facultades de organización empresarial (arts. 20, 39 y 50.1.a ET), habiendo quedado vinculada específicamente la dignidad con el acoso moral en las normas del empleo público (art. 14.h del Estatuto Básico del Empleo Público) y constituyendo los actos contrarios a la dignidad conductas constitutivas de infracciones laborales (art. 8.11 LISOS).

### 6.2.2. El derecho a la integridad física y moral

De conformidad con el tenor del art. 15 CE, “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”. El precepto transcrito, que se inspira en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y en el CEDH, plantea un caudal de problemas de los que aquí, evidentemente, no se pueden dar cuenta.

Limitando nuestras observaciones a lo que aquí interesa, lo primero que conviene destacar es el debate existente en torno a si la integridad física y moral puede quedar englobada en un único concepto – la integridad personal – o se trata de nociones diferentes, bien que conectadas entre sí. Sin perjuicio del reconocimiento de una estrecha conexión, estamos ante dos derechos, cada uno de los cuales cuenta con una caracterización propia y autónoma.

Una aproximación conceptual de este derecho no puede dejar de hacer constar, como hiciera la STC 120/1990, de 27-6, que los derechos fundamentales a la integridad física o moral protegen a las personas “no solo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o su espíritu, sino contra toda clase de intervención de esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” (FJ 8º).

En concreto, la integridad física tiende a configurarse por la jurisprudencia constitucional como una suerte de *incolumidad corporal*, traducida en el “derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o apariencia externa sin su conocimiento”, habiendo hecho constar la jurisprudencia

constitucional que el “hecho de que la intervención coactiva en el cuerpo pueda suponer un malestar o un riesgo o un daño para la salud supone un plus de afectación, más no es una condición *sine qua non* para entender que existe una intromisión” en el citado derecho fundamental” (STC 207/1996, de 16-12, FJ 2º).

A diferencia de lo acontecido con la integridad física, el TC no ha procedido a surtir una definición de integridad moral, aun cuando sí ha tenido oportunidad de examinarla, trazando sus rasgos específicos y autónomos. En concreto, tres son las vertientes de la integridad moral destacadas por la jurisprudencia constitucional. De conformidad con la primera, la integridad moral protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria igual a todo ser humano. En consecuencia, la vulneración de este derecho se produce cuando se reduce a la persona a mero sistema biológico, a mero objeto o, como de manera contundente, dijo la TC 181/2004, de 2-11, “bien porque se cosifica al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo” (FJ 13). En la segunda vertiente, la integridad moral se concibe como integridad psíquica (STC 221/2002, de 25-11); en la tercera, en fin, la integridad moral tutela la indemnidad o inviolabilidad de la propia personalidad; protege, en suma, la identidad moral (STC 120/1990 citada).

Trasladando las anteriores consideraciones al terreno que aquí importa, la primera y básica conclusión se adivina de inmediato: toda manifestación de violencia laboral afecta de manera inmediata y directa bien a la integridad física bien, señaladamente en los supuestos de acosos morales y discriminatorios, a la integridad moral. Es esta la interpretación mayoritariamente defendida en materia de violencia laboral. Como señala Serrano Olivares, el derecho fundamental comprometido en los supuestos de acoso es la integridad moral, “que constituye la politización máxima de la dignidad humana”.

Tal es la tesis mayoritariamente sostenida por la doctrina judicial, que no duda en calificar como atentatoria a la integridad moral buena parte de conductas constitutivas de acoso moral, tales como actuaciones organizativas de hostigamiento (no asignación de tareas, asignación de funciones innecesarias o repetitivas o de imposible cumplimiento), de aislamiento social (bloqueando las relaciones personales con otros compañeros, con el exterior o con clientes), de ataque a la persona víctima (críticas hirientes, vejaciones, burlas) o, en fin, de violencia física o verbal (insultos, amenazas o coacciones). De su lado, la sentencia del TS de 10 de mayo de 2006 califica como violación del derecho a la integridad moral

una serie de comportamientos lesivos de la dignidad profesional.

Por otra parte y con ocasión de la interpretación del art. 3 del CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha calificado como trato degradante el que provoca en la víctima sentimientos de temor, angustia e inferioridad, susceptible de humillarla, envilecerla y, eventualmente, de quebrantar su resistencia física o moral. En opinión del tribunal europeo, para la calificación de un maltrato como trato degradante es necesaria la superación de un umbral mínimo de severidad, que ha de analizarse en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso (entre otras, sentencias en los asuntos *Tyrer v. Reino Unido* “25-4-1978”, *Campbell y Cosans v. Reino Unido* “25-2-1982” y *Soering v. Austria* “7-7-1989”). Pues bien, algunos supuestos de acoso, aquellos asociados a comportamientos que provocan un sentimiento de humillación o envilecimiento y determinan que la víctima pierda la autoestima o se sienta abatida (por ejemplo, aislamiento físico, ubicación impropia del puesto de trabajo o desconsideraciones en público), son encuadrables en la noción de “tratos degradantes”. Por otra parte, y como ya he razonado, una sola conducta, siempre que revista gravedad, puede calificarse como lesiva de los derechos ahora analizados y, consiguientemente, constitutiva de violencia laboral.

Uno de los problemas más debatidos por la doctrina científica viene siendo el relativo a establecer las conexiones entre los derechos enunciados en el art. 15 y el derecho a la salud. El problema cobra especial relevancia en la delimitación jurídica del acoso moral para cuya acreditación la doctrina judicial, probablemente por el impacto de las investigaciones psicológicas o psicosociales, entiende necesaria la concurrencia de un daño psíquico, clínicamente valorado. No es ésta, sin embargo, una tesis que cuente con la cobertura de la jurisprudencia constitucional, para la que los derechos en juego no coinciden entre sí; y no lo hacen ni en el bien objeto de tutela ni en la intensidad de la misma.

La atribución de un ámbito específico a cada uno de estos derechos no impide que en determinadas situaciones puedan solaparse, en el sentido de que ciertas afecciones a la salud puedan ser conceptuadas como violaciones del derecho a la integridad física o psíquica (por todos, Vallejo Dacosta). Por este lado, pues, ha de concluirse que este derecho fundamental, el de la integridad física, protege, si no frente a cualquier riesgo o daño para la salud, sí frente a las actuaciones que lo pongan en grave peligro, no siendo necesario que la lesión a la salud haya llegado efectivamente a producirse. O, lo que es igual, basta que la relación de riesgo entre la situación antijurídica, constitutiva de la violencia en el trabajo, y la salud resulte palmaria y manifiesta.

### 6.3. La afectación de otros derechos fundamentales

Conforme viene denunciando la doctrina laboralista, las conductas constitutivas de violencia laboral tiene un carácter pluriofensivo; esto es, además de lesionar en todo caso el valor dignidad y el derecho de integridad física o moral, también pueden eventualmente vulnerar otros derechos constitucionales. Para concluir, me referiré a esos otros derechos, no sin antes destacar las posibles consecuencias de la violencia laboral sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, consecuencias éstas que, en todo caso, han de calificarse como indirectas.

Desde sus primeros pronunciamientos, el TC ha venido señalando que en aquellos casos en que se impetra por el justiciable el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) para la defensa de derechos fundamentales sustantivos, el canon de constitucionalidad es reforzado, teniendo mayor rigor. En otras palabras, en estas situaciones, el juicio no puede limitarse a examinar si la aplicación e interpretación de las normas, sustantivas o adjetivas, llevada a cabo por el órgano judicial es o no manifiestamente irrazonable o arbitraria; al tratarse de la protección jurisdiccional de derechos fundamentales, el control del pronunciamiento judicial, que deniega el amparo frente a la presunta denuncia de violación de un derecho fundamental, resulta más exigente. Y es que en el control de las resoluciones judiciales, en estos supuestos, no solo está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva; también lo está, como efecto “derivado o reflejo”, la reparación del derecho fundamental cuya invocación sostiene la pretensión ante el órgano judicial (entre otras muchas, STC 112/2001, de 12-7 y 196/2005, de 18-7). Por este lado, la vulneración del derecho a la tutela judicial equivale, en última instancia, a una declaración del reconocimiento del derecho fundamental alegado por el justiciable. Tal fue lo que aconteció en la STC 192/2003, de 27 de octubre, en la que el TC consideró que la interpretación llevada a cabo por el tribunal de instancia sobre las vacaciones, concibiéndolas como un tiempo que el trabajador ha de dedicar exclusivamente al descanso en orden a la recuperación de sus energías físicas y mentales para que se encuentre en buenas condiciones para la reanudación de la actividad laboral, atenta contra la dignidad de la persona. Similar solución fue adoptada por la STC 74/2007, de 16-4, en un supuesto de acoso moral en el que el derecho denunciado como violado fue la integridad moral. E igualmente fue este el criterio sostenido en la sentencia 250/2007, de 17-12, referida ahora a un caso de presunto acoso sexual.

Lo anterior señalado y centrado ya la cuestión en las afectaciones directas, algunas concretas manifestaciones de violencia laboral pueden lesionar otros derechos fundamentales, distintos de los ya analizados.

Por lo pronto, el acoso sexual constituye vulneración del derecho a la intimidad, consagrado en el art. 18.1 CE. Así lo entendió el TC en la ya citada sentencia 224/1999, en la que se argumentó que “la configuración constitucional del acoso sexual, como atentado a la intimidad personal del trabajador, protege frente a comportamientos de significado libidinoso que no sean asumidos por la persona destinataria de los mismos”, de modo que lo que diferencia al acoso del comportamiento amistoso es que “aquél es unilateral e indeseado, y el otro, voluntario y recíproco, correspondiendo a cada individuo la libre opción de aceptarlo o rechazarlo por ofensivo” (FJ. 4º).

En segundo lugar, los acosos por razón de sexo calificados como discriminatorios atentan de manera frontal a la prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE. En tales hipótesis y como ya se ha razonado, es la pertenencia de la víctima a un grupo social vulnerable la que determina la conducta hostil y vejatoria y, por consiguiente, de discriminación en atención a alguno de los criterios prohibidos de diferenciación.

En tercer lugar, el acoso moral también puede afectar al derecho al honor (art. 18.1 CE), ya que el núcleo de protección de este derecho fundamental reside en salvaguardar a las personas frente a descalificaciones; o, por decirlo con las palabras de la STC 219/1992, “a no ser escarnecido o humillado, tomando como referente las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento” (FJ 2º). En todo caso, los tribunales laborales son reacios a considerar violado el derecho al honor profesional.

Un sector de la doctrina científica (Jurado Segovia)<sup>105</sup> también considera que la libertad de expresión *ex* art. 20.1 CE puede resultar lesionado con ocasión de conductas de acoso moral, lo que acontecería, por ejemplo, cuando el acosador rompe las redes de comunicación e información de la víctima con sus compañeros, superiores o clientes, aislándola profesional y socialmente. Más que de libertad de expresión, tal vez el supuesto de hecho encajaría con mayor corrección en la libertad de comunicación. En todo caso y en lo que he podido constatar, no existen pronunciamientos de la doctrina judicial sobre el particular.

Por último, los derechos reconocidos en el art. 16 CE (libertad ideológica, religiosa o de culto) pueden también ser objeto de vulneración mediante

---

<sup>105</sup> Jurado Segovia, A., *Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral*, La ley, 2008.

conductas constitutivas de acoso moral. En tal sentido y como ha destacado el autor últimamente citado, las empresas ideológicas constituyen un terreno abonado para que las reacciones de los trabajadores en defensa de sus derechos o, lo que es igual, en contra de las eventuales extralimitaciones de la empresa a fin de salvaguardar su ideario deriven hacia situaciones de acoso moral, en el caso de carácter discriminatorio. Las sentencias de las Salas de lo Social del TSJ de Murcia de 31-5-2004 y de Cataluña, de 12-6-2006, notician sobre actos de discriminación por razón de creencias políticas.

## 7. Bibliografía

- Cabeza Pereiro, J., “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el Derecho del Trabajo” en Mella Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Canosa Usera, R., *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, 2006.
- Correa Carrasco, M., “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en Correa Carrasco, M. (Director), *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, 2006.
- Gutiérrez Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005.
- Habermas, J., “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010.
- Jurado Segovia, A., *Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral*, La ley, 2008.
- Molina Navarrete, C., “La tutela frente al acoso moral en el ámbito de la función pública: como vencer las persistentes resistencias”, en Correa Carrasco, M. (Coord.), *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Aranzadi, 2006, pp. 235-271.
- Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., “El derecho a la seguridad y salud en el trabajo desde la perspectiva de género. Acoso moral, discriminatorio y sexual en el empleo”, en Monereo Atienza, C., Monereo Pérez, J. L. (Directores), *Género y derechos fundamentales*, Ed. Comares, 2010, pp. 411-444.
- Pérez Luño, A. E., *Los derechos fundamentales*, 3º ed., Tecno, 1988.
- Rodríguez Piñeiro y Bravo Ferrer, M., “Discriminaciones e igualdad entre los sexos en la relación de trabajo”, *RL*, 3-4, 1993, pp. 1-7.
- Rojas Rivero, G. P., *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Bomarzo, 2005.

- Sáez Lara, C., “Acoso moral en el trabajo y derechos fundamentales”, en Correa Carrasco, M., Valdés de la Vega, B. (Coords), *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Ed. Comares, 2007, pp. 2213-2252.
- Serrano Olivares, R., *El acoso moral en el trabajo*, CES, 2005.
- Valdés Dal-Ré, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en Aparicio, Baylos (Coords.), *Autoridad y democracia en la empresa*, Ed. Trotta, 1992, pp. 27-50.
- Vallejo Dacosta, R., “El acoso sexual y acoso por razón de sexo. Riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora”, *RL*, 5, 2007, pp. 15-40.

## La violencia de género en la relación de trabajo en España

Carmen ORTIZ LALLANA\*

**RESUMEN:** Este trabajo analiza el régimen jurídico de la violencia de género en el Derecho español, con especial atención a los derechos laborales (tiempo de trabajo, movilidad geográfica, suspensión y extinción del contrato) y de Seguridad Social (protección por desempleo, ayudas sociales) de las víctimas. También se incide en el análisis de figuras conexas de violencia, como el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

*Palabras clave:* Violencia de género, protección social, acoso sexual, acoso por razón de sexo, tutela judicial.

**SUMARIO:** 1. La violencia de género: violencia doméstica y en el trabajo. La reacción del ordenamiento jurídico-laboral. 2. De la invisibilidad de las conductas agresoras a la regulación expresa de sus consecuencias. 3. Las medidas sociolaborales como instrumento de lucha frente a la desprofesionalización de las víctimas de la violencia doméstica. 3.1. Medidas para adecuar el tiempo de trabajo y su distribución a las necesidades de la víctima. 3.2. Movilidad geográfica y distancia del agresor. 3.3. La suspensión como forma de mantenimiento del contrato y trabajo y la extinción como solución extrema. 3.4. La nulidad del despido y la bonificación del contrato de interinidad para sustituir a la víctima, como garantías de la efectividad de sus derechos. 4. Medidas de reacción ante la situación de necesidad de las víctimas de la violencia doméstica: Seguridad Social y acción social. 4.1. Disposiciones de Seguridad Social. 4.2. Ayudas sociales. 5. La violencia de género en el trabajo o por su consecuencia: la lucha contra el acoso laboral sexual o sexista. 5.1. Tipología: Acoso sexual y por razón del sexo. Chantaje sexual y acoso ambiental. 5.2. Protección jurídico-laboral frente al acoso sexual o por razón del sexo en el trabajo. 5.2.1. Mecanismos de tutela preventiva. 5.2.2. Mecanismos de tutela sancionatoria y resarcitoria. 5.2.2.1. Tutela dispensada por las normas sustantivas. 5.2.2.2. La Tutela judicial. 5.2.2.3. Medidas sancionatorias y penales. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

---

\* Catedrática de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de La Rioja.

## 1. La violencia de género: violencia doméstica y en el trabajo. La reacción del ordenamiento jurídico-laboral

Pese a los avances conseguidos con la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral y al trabajo, la violencia ejercida contra ella sigue siendo, con demasiada frecuencia, en el siglo XXI, una de las reminiscencias más profundas de nuestra sociedad patriarcal más tradicional, basada en la *supremacía del varón*. Una sociedad en que, de una parte, el *estereotipo del género*, vinculado a connotaciones de carácter cultural y biológico, que asigna valores, expectativas y funciones sociales distintas dependiendo del sexo biológico y, de otra parte, el reparto de *roles sociales*, que dificulta sobremedida el posible intercambio de las distintas funciones vitales y sociales entre hombres y mujeres<sup>106</sup>, confinan a la mujer a un lugar inferior al asignado a los hombres y la sitúan en una posición discriminatoria desde la perspectiva social y económica.

La tradicional reducción femenina al ámbito del hogar y de las relaciones familiares, que propician situaciones de aislamiento, dependencia social y a menudo económica y mayor vulnerabilidad de la mujer, facilitan el ejercicio de la supremacía masculina con mayor facilidad en el ámbito privado y son el caldo de cultivo del que, todavía hoy, se nutre el ejercicio de la *violencia de género en el ámbito doméstico*. En ella se interrelacionan violencia psíquica y física hasta destruir la integridad física y moral de la mujer propiciando situaciones de aislamiento, anulación de la personalidad, enajenación y exclusión social. Tal es así, que la violencia ejercida en el seno familiar se erige en la expresión más característica, pero también la más cruel, terrible y destructiva, de la violencia de género<sup>107</sup>.

Pero esta última y la relación de dominio que la sustenta<sup>108</sup> emerge en

---

<sup>106</sup> Vid, ambos conceptos, “estereotipo del género”, “roles sociales” y sus implicaciones en Pérez del Río, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Bomarzo, Albacete, 2009, 8.

<sup>107</sup> Vid, CES: *Tercer informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española*, Colección Informes, 1/2011, Madrid, 2012, particularmente, Cuadro 9 “Principales datos sobre la violencia de género en España”, 45.

<sup>108</sup> Cabeza Pereiro, J., “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el derecho del trabajo”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La ley, Madrid, 2012, 93. Para este autor, la violencia de género constituye “una técnica de afirmación del dominio masculino sobre el sexo femenino”, planteamiento que se repite en la pág. 109, a partir del Informe Rubenstein, 1986, según el cual, “el acoso sexual refleja en gran parte, una relación de poder y se encuentra inextrínsecamente unido a la condición desfavorecida de la mujer en el trabajo y su posición subordinada en la sociedad. Un estudio del Informe en Altés Tarrega, J. A., *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, 42 y ss.

todos los ámbitos, no sólo en el privado sino también en el público y, señaladamente, en el ámbito laboral y profesional, bajo las denominadas formas de “*violencia de género en el trabajo*”<sup>109</sup>, integrada por el “acoso sexual” y el “acoso sexista” o acoso” por razón del sexo”<sup>110</sup>. El enfoque global de los problemas que plantea, únicamente se explica en las relaciones de dominio y subordinación que se producen en las estructuras de mando reales – no formales – de las organizaciones productivas y, básicamente en el contexto conformado, bien, desde la perspectiva de la víctima, por situaciones en las que la mujer es sometida a condiciones de aislamiento o escasa socialización en su trabajo, o bien, por la existencia de un fuerte componente sexual en las relaciones laborales del que son víctimas mujeres pertenecientes a colectivos fácilmente identificados y consolidados, y en el que la situación de acoso se alimenta de estándares socialmente admitidos<sup>111</sup>.

Ambas formas de violencia de género constituyen una forma de *discriminación por razón del sexo*<sup>112</sup>, para la mayor parte de la doctrina una “*discriminación directa*”<sup>113</sup>, y ambas constituyen formas de *discriminación sistémica* de la mujer, en la medida en que el sujeto agente, ya actúe de forma individual y en un contexto muy privado o lo haga en el marco de la relación de trabajo, lo hace, aunque cada vez menos, al amparo de un

---

<sup>109</sup> Denominación acuñada por Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, pág. 107. Vid también Gil y Gil, J. L.: “Violencia de género y acoso por razón del sexo”, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, cit, 150.

<sup>110</sup> Son los términos utilizados en las Directivas Comunitarias, como más adelante se verá; pero también los asumidos por la doctrina. Vid Pérez del Río, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, cit., 12, Fernández Prol, F., *Violencia de género y acoso sexual*, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, cit., 107. La interrelación entre ambos términos, Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 134 con profusión de doctrina al respecto en nota 6.

<sup>111</sup> Vid. más ampliamente, Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 93 y 94.

<sup>112</sup> Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 109. Para Pérez del Río, T., “es una discriminación por razón del sexo contraria a las disposiciones del art. 5, párrafo 1 de la Directiva relativa a la igualdad de trato y a la legislación adoptada por los Estados miembros para la aplicación de la citada Directiva” “La abusiva protección frente a la discriminación en el Derecho Comunitario: Las Directivas 2000/43/CEE, 2000/78/CEE y 2002/73/CEE modificación de la Directiva 76/207/CEE”, *Revista de Derecho Social*, 19, 2002, 91 y ss. Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 131. Vid también, Quesada Segura, R., “La violencia de género como discriminación por razón de género”, *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Quesada Segura, R. (Dir.) y Perán Quesada, S. (Coord.), Comares, Granada, 2009, 3 y ss.

<sup>113</sup> Por todos, Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 143, Serrano Argüello, N., “Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio. El frecuente ejemplo del acoso por razón del sexo”, *Aranzadi Social*, 54, 2011, 4.

marco social que propicia sus comportamientos<sup>114</sup>. Ambas vulneran el principio de igualdad y no discriminación – ex art. 14CE – y son ilícitos *pluriofensivos* porque son incompatibles, en todo caso, con la dignidad humana y los derechos fundamentales que la desarrollan: el derecho fundamental a la dignidad – ex art. 10.1CE – y a la integridad física o moral – ex art. 15 CE – y, en paridad, vulneran el derecho a la libertad<sup>115</sup>. También, en ambos casos, la violencia de género se produce o se proyecta en la relación laboral.

La primera de ellas – la violencia doméstica – constituye la expresión más *genérica* de la violencia de género en cuanto puede afectar a cualquier ciudadana en el ámbito de su vida privada, con independencia de su condición de trabajadora, pero cuando acaece se proyecta de manera decisiva en el ámbito de la relación laboral, condicionándola. El maltrato condiciona la vinculación de la mujer al mercado de trabajo: las lesiones físicas o psicológicas, el miedo, la coacción o la presión social pueden dificultar, cuando no impedir, el acceso al empleo y generar el incremento del absentismo en el trabajo como manifestación más generalizada, la disminución de rendimiento y/o de productividad, inasistencias o impuntualidades al trabajo, contribuyendo así a la “desprofesionalización” de la víctima<sup>116</sup> y su desconexión del mercado laboral. Y no es sólo que en estas circunstancias el trabajo se constituya en el principal y casi exclusivo contacto social de la víctima<sup>117</sup>. Es también que la pérdida de éste genera su mayor desocialización, pérdida de confianza y autoestima y una mayor dependencia y servidumbre del agresor.

La segunda, la violencia en el trabajo o por su consecuencia, representa la expresión *específica* de la violencia de género en la medida en que se produce en el marco de una relación laboral. La agresión se lleva a cabo por el empresario, sus representantes, los compañeros de la víctima o terceros y se produce con ocasión y en el lugar de trabajo, durante la jornada laboral y dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, con frecuencia en el ejercicio anormal, irregular o irrazonable

---

<sup>114</sup> Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 90, 92 y 93.

<sup>115</sup> Además de lesionar el derecho a la intimidad en su vertiente de intimidad sexual – ex art. 18 CE – e, incluso, en los supuestos de acoso, los derechos al trabajo y a la protección de la seguridad y salud – ex arts. 35, 15 y 40.2 CE, Art. 14 CE, 7.3 LOIEMH y 17.1 ET –. La STC 224/1999, de 13 de diciembre, RTC 1999/224 relativa al acoso sexual afirma que éste puede vulnerar el derecho a la no discriminación porque “por su frecuencia e intensidad” afecta más a las mujeres que a los hombres. Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, pág. 92, Gil y Gil, J. L., *op. cit.*, 162, Fernández Prol, F., *op. cit.*, 118.

<sup>116</sup> Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 97 y 98.

<sup>117</sup> *Ibidem*, 91.

de las prerrogativas y poderes empresariales<sup>118</sup>.

Frente a ello, el legislador reacciona adoptando medidas para erradicar la violencia de género y configura las relaciones laborales desde una doble perspectiva, como un espacio potencialmente violento en el que eliminar los comportamientos violentos y como un ámbito de socialización de las mujeres víctimas de la violencia de género, impregnando con ello a la relación de trabajo de una “condición emancipatoria”<sup>119</sup>. Se aspira a convertir la empresa en un espacio no violento en el que suprimir cualquier resquicio de violencia sexual y sexista, mediante la regulación del acoso en el trabajo y de evitar la desprofesionalización de las víctimas de la violencia doméstica, a través de un conjunto de medidas contempladas en la normativa estatal, los convenios colectivos, o los acuerdos de empresa que propicien el mantenimiento la relación laboral y profesional de la mujer.

## **2. De la invisibilidad de las conductas agresoras a la regulación expresa de sus consecuencias**

Prescindiendo ahora, en aras de la brevedad, del análisis de la situación tradicional, en que las agresiones masculinas infligidas a la pareja o las mujeres que convivían en el seno familiar eran consideradas cuestiones absolutamente privadas e impenetrables por el ordenamiento jurídico y, por tanto, delitos “invisibles”, y obviando que, entre otras limitaciones, se supeditaba la capacidad de obrar de la mujer al consentimiento marital o de sus tutores y guardas legales y existía un complejo entramado normativo que, con la finalidad supuestamente proteccionista, le vedaba el acceso a determinadas profesiones y puestos de trabajo; es lo cierto que la regulación de la violencia de género llega a nuestro país desde la perspectiva de la igualdad entre los sexos<sup>120</sup>.

Sin menospreciar algún otro precedente<sup>121</sup>, lo cierto es que el Derecho Comunitario ha desempeñado un papel crucial en esta regulación. En

---

<sup>118</sup> Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 157 y 158.

<sup>119</sup> Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 95, 97 y 98.

<sup>120</sup> Fernández Prol, F., *op. cit.*, 109.

<sup>121</sup> Vid Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 91, notas 3 a 5 ambas inclusive. Sobre algunas decisiones del Tribunal Federal de estados Unidos y doctrina y jurisprudencia constitucional en nuestro país y Fernández Prol, F., *op. cit.*, 109 y 110 sobre el Informe Rubenstein. Acerca de este último, Altés Tárrega, J. A., *op. cit.*, 42 y ss. En la normativa internacional Romero Pardo, P.: “La protección de las víctimas de violencia de género en el ordenamiento internacional”, en AAVV *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, 109 a 151.

desarrollo del art. 13 TCEE (actual art. 19 TFUE), la Unión Europea dictó en los años 2000 y 2002 sendas Directivas relativas al principio de igualdad de trato, en relación con las personas con independencia de su origen racial o étnico, en el empleo y la ocupación, o en lo relativo al empleo, la formación, y la promoción profesional, en las que se incluyen nociones similares al acoso como supuestos discriminatorios<sup>122</sup>.

Pero, el avance más significativo lo supuso la Directiva 2006/54/CE del Parlamento y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que en el plano conceptual incluye, entre otras definiciones las de discriminación “directa” e “indirecta”, “acoso” y acoso sexual” – art. 1, aptdos. a) a d) – y procede a incluirlos en el ámbito de la discriminación – art. 2.a) –, al tiempo que conmina a los Estados miembros a la adopción de medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón del sexo y en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profesional y en la promoción – art. 26 –.

La transposición de esta última a nuestro ordenamiento interno dio lugar en el ámbito laboral a diferentes normas<sup>123</sup>, pero sobre todo inspiró la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral

---

<sup>122</sup> Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual, y Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. La Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, refunde las Directivas precedentes sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Sobre las Directivas Comunitarias y el Derecho de la UE, Vid Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 135 a 141.

<sup>123</sup> En nuestro país, el legislador ha transpuesto las Directivas europeas 89/391/CE, 2000/43/CE, 2000/78/CE y 2006/54/CE, por medio de la LPRL, y mediante una regulación del acoso por motivos discriminatorios en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y del acoso sexual y el acoso por razón de sexo en la LOIEMH. Asimismo, conviene tener en cuenta las previsiones de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y de la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del trabajo autónomo (LETA). Vid Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 141-145.

contra la violencia de género (LOVG), que precede, no por casualidad<sup>124</sup>, a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEHM). Sus principales méritos consisten, entre otros, en ocuparse por primera vez del tema sin ambages e independientemente de cualquier compromiso de nuestro país por su pertenencia a organismos internacionales y, sobretodo, en mostrar la preocupación del Derecho del Trabajo, más allá de la relación de intercambio de salario y trabajo, por las de eventualidades y circunstancias de las personas que se originan fuera del contrato de trabajo pero que, de manera decisiva, se proyectan sobre él.

La LOVG, que supone un paso decisivo de nuestro ordenamiento, tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art.1) . Define la *violencia de género* como “todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad” – art. 1.3 – , y aporta una definición técnica del “*síndrome de mujer maltratada*” que consiste en “las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes que actúan sobre el género masculino y femenino, situándole en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral”. Es cierto que no aporta una definición de “acoso” ni “acoso sexual”; pero esta carencia se suple acudiendo a las Directivas reseñadas y particularmente al art. 2, apartados 1 y 2 de la D, 2006/54.

Además incorpora un conjunto de medidas abordando el problema desde una perspectiva “integral”, “multidisciplinar” y “transversal”, y se muestra especialmente atenta a la sensibilización social sobre el mismo y a la tutela institucional, penal, judicial y sociolaboral de las mujeres que padecen estas situaciones.

---

<sup>124</sup> Para algunos autores ambas leyes son complementarias. Vid Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., “La protección sociojurídica de la víctima de violencia de género”, en AAVV *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, *op. cit.*, 90 a 102. Vid también Cabeza Pereiro, J., *op. cit.*, 96.

### 3. Las medidas sociolaborales como instrumento de lucha frente a la desprofesionalización de las víctimas de la violencia doméstica

La tutela socio-laboral de las víctimas de la violencia de género comprende un amplio elenco de medidas, que pretenden “garantizar derechos en el ámbito laboral que concilien los requerimientos de la relación laboral...con las circunstancias de aquellas trabajadoras... que sufran violencia de género” (art. 2.d) LOVG). Por razones de extensión, no se pretende aquí profundizar sobre ellas, pero sí dejar constancia de su existencia, su regulación y su finalidad.

Se incluyen medidas de protección en el ámbito social para justificar las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de la violencia de género, posibilitar su movilidad geográfica, la suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción del contrato. De otra parte, se regulan medidas de apoyo económico para que las víctimas generen derecho a la situación legal de desempleo cuando resuelvan o suspendan voluntariamente su contrato de trabajo y finalmente, en los casos en que éstas carezcan de recursos económicos se prevén ayudas sociales.

Todas ellas están contempladas, básicamente, en el Capítulo II de la LOVG, relativo a “Derechos laborales y prestaciones de Seguridad Social – arts. 21 a 23 y en la disposiciones adicionales séptima y octava sobre “modificación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” y “modificación de la Ley General de Seguridad Social” respectivamente y concordantes –, sin perjuicio de las normas dictadas en ejercicio de la habilitación normativa atribuida al gobierno por la propia ley para su ejecución – Disposición final cuarta –, o de las relativas a los derechos de las funcionarias públicas y de las trabajadoras por cuenta propia<sup>125</sup>.

Para hacer efectivo el ejercicio de estos derechos es necesaria la acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras, ya sea mediante la “orden de protección extendida a favor de la víctima” o, “excepcionalmente”, tal vez por la urgencia de la adopción de las medidas de protección laboral y de Seguridad Social, “mediante el informe del Ministerio fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de la violencia de género mientras se dicte la orden

---

<sup>125</sup> Capítulo III “Derecho de las funcionarias públicas” (arts. 24 a 26) y disposición adicional novena LOVG de “Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública LOVG y posteriormente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP); y art. 21.5 LOVG y Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del trabajo autónomo (LETA). Vid: Martín Rivero, L., “La protección socio-profesional de la funcionaria y de la trabajadora autónoma”, AAVV, *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, op. cit., 277 a 300.

de protección (art. 23 LOVG); lo que no impide una cierta flexibilidad en la interpretación de ambas formas de acreditación cuando se trata del reconocimiento y obtención de otros derechos y prestaciones<sup>126</sup>.

### 3.1. Medidas para adecuar el tiempo de trabajo y su distribución a las necesidades de la víctima

Con la finalidad de “hacer efectiva la protección o el derecho a la asistencia social integral de las víctimas de violencia de género” (art. 37.7 ET) se adopta un conjunto de medidas en que se distinguen, en primer lugar, las reconocidas legal o convencionalmente y relativas al *tiempo de trabajo y su distribución*. Hacen referencia, de una parte, a la posible reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de la prestación laboral, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa (art. 37.7 ET)<sup>127</sup>, para permitir a la trabajadora una mayor disponibilidad de su tiempo o una menor dificultad en la prestación de sus servicios laborales.

Estos derechos pueden ejercitarse en “los términos establecidos en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada”; pero, de no existir convenio colectivo ni acuerdo colectivo o individual al respecto, su concreción corresponde a la trabajadora, “siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias”. Tal remisión se refiere a “la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de la trabajadora dentro de su jornada ordinaria” (art. 37.6

<sup>126</sup> Especialmente significativa, a efectos de la acreditación de la existencia de violencia de género en orden a la obtención de una pensión de viudedad resulta la Sentencia del TS (Sala de lo social) de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011/5108). Sobre la prueba en el proceso por violencia de género y la casuística jurisprudencial Vid. Castillejo Manzanares, R., “La acreditación de la situación de violencia de género”, AAVV: *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, 253 y ss.

<sup>127</sup> Vid, por todos, López-Quiñones García, A., “La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica”, AAVV, *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, *op. cit.*, 177 a 226. Martínez Yáñez, N., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (I). Reducción y reordenación del tiempo de trabajo”, AAVV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, 299 a 345.

ET)<sup>128</sup> y, en lo relativo a la resolución de discrepancias conduce a la modalidad procesal sobre los “derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente”, contemplada en el art. 139 de la LRJS.

De otra parte, se incluyen las previsiones destinadas a aliviar las consecuencias del *absentismo laboral* en estos casos, estableciendo que las faltas de asistencia motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género y acreditadas por los correspondientes servicios de atención social o de Salud, no computarán a los efectos de una posible extinción del contrato de trabajo por causas objetivas del art. 52. d) ET. Se preserva así la relación laboral de la trabajadora<sup>129</sup> y se la facilita la obtención de recursos que la independicen económicamente de su agresor.

### 3.2. Movilidad geográfica y distancia del agresor

No menos importantes que las anteriores son, en segundo lugar, las

---

<sup>128</sup> Martínez Yañez, N., *op. cit.*, 331 a 342.

<sup>129</sup> El artículo 21, apartado 4, de la LOVG establece, con carácter general, que “*las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la mayor brevedad*”. Sin embargo, esta norma no encuentra un desarrollo correlativo en la Disposición Adicional Séptima de la LOVG, que, al reformar el ET, se limita a excluir “*las faltas de asistencia ... motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda*” del cómputo de las faltas de asistencia a los efectos de un despido objetivo “*por faltas de asistencia al trabajo*” – según artículo 52, letra d), del ET –. Tal defecto de desarrollo correlativo en la legislación estatutaria ordinaria plantea algunas carencias protectoras. Por ejemplo, la no regulación específica como permiso retribuido en el artículo 37.3 del ET aparenta permitir el descuento de los salarios correspondientes a las ausencias y/o a las faltas de puntualidad, salvo, naturalmente, si esas ausencias encontrasen amparo en algún permiso retribuido – como el traslado del domicilio habitual ex artículo 37.3.c) del ET o la asistencia a diligencias judiciales ex artículo 37.3.d) del ET –. Asimismo, se debió establecer algún matiz – y aún reconociendo el importante juego aplicativo de la prohibición de despido disciplinario según el nuevo artículo 55.5.b) del ET – a los efectos de la aplicación del artículo 54.2.a) del ET, donde, recordémoslo, se consideran causa justificada de despido disciplinario “*las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo*”. Vid. Lousada Anchorena, J. F., “Aspectos laborales y de seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, versión digital, 6. Vid también, Rodríguez Rodríguez, E., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (IV). Las ausencias al trabajo y su relación con el despido”, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, 415 a 435.

previsiones de *movilidad geográfica*, que atribuyen a la víctima, en los casos en que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, un derecho preferente a la ocupación, siquiera sea temporalmente – y en las condiciones legalmente establecidas, de otro puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo – art. 40.3.bis ET<sup>130</sup> –. Con ello, se garantiza en mayor medida la pretendida protección de la trabajadora al conseguirse, además, el alejamiento entre ella y el sujeto agente de la violencia.

Más allá de los problemas interpretativos que plantea valorar cuando se entenderá obligada la trabajadora, el derecho regulado se concreta en una preferencia que a juicio de la doctrina, atendiendo a la importancia del bien jurídico protegido, debería prevalecer frente a otros derechos de preferencia<sup>131</sup> y que, en aras de posibilitar su ejercicio, obliga a la empresa a “comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momentos o las que se pudieran producir en el futuro”, al tiempo que comprende dos fases diferenciadas. Una inicial, cuya duración es de 6 meses durante los cuales la empresa está obligada a reservar el puesto de trabajo que con anterioridad ocupaba la trabajadora y una segunda fase, terminado este periodo, en que la víctima podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo, decayendo en este último caso la obligación de reserva.

### 3.3. La suspensión como forma de mantenimiento del contrato y trabajo y la extinción como solución extrema

En tercer lugar, resulta obligada la referencia a las posibles vicisitudes por las que deba atravesar la relación laboral en estas circunstancias y, más particularmente, a los supuestos de *suspensión*<sup>132</sup> o *extinción del contrato de*

<sup>130</sup> Vid. López-Quiñones García, A., *op. cit.*, 237 a 250. Terradillos Ormaetxea, E., “La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (II). Movilidad geográfica”, en AAVV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, 345 a 380. Por lo demás, según lo dispuesto en la disposición adicional decimosexta de la LOVG, “se tendrá en cuenta la necesaria coordinación de los Servicios Públicos de Empleo, para facilitar el acceso al mercado de trabajo de las víctimas de violencia de género, cuando, debido al ejercicio del derecho de movilidad geográfica, se vean obligadas a trasladar su domicilio y el mismo implique cambio de Comunidad Autónoma”.

<sup>131</sup> Como el de movilidad voluntaria de los trabajadores a tiempo parcial (art. 12.4.e ET), el derecho de consorte (art. 40.3 ET) o, incluso el derecho preferente a ocupar una plaza vacante del excedente voluntario (art. 45.6 ET). Lousada Anchorena, J. F., *op. cit.*, 4.

<sup>132</sup> Por todos, Castro Mejuto, L. F., “La protección de la víctima de la violencia de género

*trabajo*<sup>133</sup>, cuando la trabajadora se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo, ya sea por el periodo temporal establecido – art. 45.1.n) en relación con el art.48.6 ET – ya sea definitivamente – art. 49.1.m). ET –.

En el primero de los supuestos, revista la suspensión forma o no de excedencia, esta no podrá prolongarse por más de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiere la continuidad de la suspensión; en cuyo caso el juez podrá prorrogarla por periodos de tres meses con un máximo de dieciocho. No obstante, debe tenerse en cuenta que cuanto mayor sea la duración de la ausencia de la víctima mayor es el riesgo de desprofesionalización que asume, pero al menos se le permite el mantenimiento del vínculo laboral. En el último caso, extinguido el contrato éste trata de diferenciar la dimisión de la trabajadora víctima de la violencia de género, de otras dimisiones voluntarias por parte del trabajador. En uno y otro caso, estas medidas se complementan con medidas de Seguridad Social y acción social que más adelante se expondrán.

La regulación de estos derechos, en su conjunto, no parece impedir que la trabajadora que inicialmente ejercitó sus derechos de reducción de jornada, reordenación del tiempo de trabajo o movilidad funcional, de menor incidencia en su vida profesional, pueda en un momento profesional posterior ejercitar su derecho a la suspensión o extinción del contrato.

---

en el ET (III). Suspensión contractual”, en AAVV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, 385 a 415. Vila Tierno, F., “Medidas de mantenimiento del empleo para las trabajadoras víctimas de la violencia de género”, AAVV: *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, *op. cit.*, 251 a 277.

<sup>133</sup> Vid. Medina Castillo, J. E., “El régimen extintivo del contrato de la trabajadora víctima de violencia de género. Aspectos procesales”, AAVV, *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, *op. cit.*, 151 a 177. Fernández Docampo, B., “La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (V). Extinción contractual”, en AAVV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, 435 a 457. Rodríguez-Martin Retortillo, R. M., “La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (VI). “Sobre la naturaleza jurídica del supuesto extintivo regulado en el art. 49.1.m) ET”, AAVV: *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, 457 a 467.

### **3.4. La nulidad del despido y la bonificación del contrato de interinidad para sustituir a la víctima, como garantías de la efectividad de sus derechos**

En el plano de la calificación judicial del despido, será nula la decisión extintiva empresarial por causas objetivas y el despido disciplinario de la trabajadora, cuando tenga su causa en el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en la Ley – arts. 53.4.b) y 55.5 b) ET –; tratando de garantizarse así, a modo de pasador de seguridad, la efectividad de estas medidas, puesto que nulidad del despido conlleva el efecto de la readmisión inmediata de la trabajadora con el abono de los salarios dejados de percibir – art. 55.6. ET –.

Tratando de mitigar los efectos negativos que sobre la dinámica empresarial pueden generar el ejercicio de los derechos de las trabajadoras y para que las medidas que inciden sobre la relación laboral no se convierta en un elemento disuasorio de la contratación de este colectivo, se prevé que las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a bonificaciones de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Cuando se produzca la reincorporación, ésta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo (art. 21.3 LOVG)<sup>134</sup>.

## **4. Medidas de reacción ante la situación de necesidad de las víctimas de la violencia doméstica: Seguridad Social y acción social**

La respuesta integral que el legislador presta a la violencia de género y a la protección social de sus víctimas, viene de la mano del art. 41 CE tratando de reaccionar ante la situación de necesidad de éstas e incluye la cobertura de carencias en la regulación de las prestaciones sociales públicas en su

---

<sup>134</sup> Más ampliamente y en profundidad, Salas Porras, M., “Las políticas públicas de creación de Empleo para las mujeres víctimas de violencia de género, AAVV, *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, op. cit., 302 a 327.

favor. En esta respuesta ocupan un lugar destacado las medidas de Seguridad Social destinadas a paliar la situación económica de aquellas trabajadoras que se acojan a la suspensión o extinción del contrato de trabajo en los términos anteriormente expuestos, facilitando el acceso a la prestación por desempleo o atemperando las condiciones de mantenimiento y acceso a la misma y tratando, además, de superar situaciones anteriores, cuando menos enojosas, en que la víctima devengaba prestaciones sociales a favor del agresor.

#### 4.1. Disposiciones de Seguridad Social

El art. 21.2 de la Ley señala que “la suspensión y extinción del contrato de trabajo, previstas en el apartado anterior darán lugar a la situación legal de desempleo” y que “el tiempo de suspensión se considerará como periodo de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de seguridad social y desempleo” y con esta finalidad, la disposición adicional octava lleva a cabo la modificación de los correspondientes preceptos de la LGSS.

Se introduce como situación legal de desempleo la resolución contractual voluntaria por parte del trabajador en el supuesto previsto en el art.49.m) ET y la suspensión de la relación laboral en el supuesto contemplado en la letra n) del art.45 ET (art. 208.1.1.e) y 1.2 LGSS). La protección se completa estableciendo que el tiempo de suspensión “se considerará como periodo de cotización efectiva a los efectos de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo” (art. 124.5 LGSS).

En relación con este último, "a efectos de determinación del periodo de ocupación cotizada...se tendrán en cuenta todas las cotizaciones que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior, tanto de nivel contributivo como asistencial", pero "no se considerará como derecho anterior el que se reconozca en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45. 1.n) del ET". Por otro lado, "no se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la entidad gestora o, en su caso, la empresa"; "excepto cuando la prestación se perciba en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1. n) ET, tal como establece el artículo 124.5" de la LGSS (art, 210.2 LGSS).

En lo relativo al acceso y mantenimiento de la prestación, en primer lugar, la situación legal de desempleo, cuando tiene su causa en los supuestos previstos en los arts. 49.1.m) y 45.1.n) ET, debe acreditarse aportando la comunicación escrita del empresario sobre la extinción o la suspensión

temporal de la relación de trabajo, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género (disposición adicional cuadragésima segunda LGSS). En segundo lugar, dada la dificultad que puede suponer para la víctima cumplir con el “compromiso de actividad” que conlleva una serie de obligaciones relativas a la búsqueda activa de empleo, en los términos a que hace referencia el art. 231. LGSS, se prevé que “El servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género a los efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito (apartado 2, párrafo tercero). Repárese en que el incumplimiento del compromiso de actividad de los desempleados, puede determinar la pérdida de la prestación.

Como supuesto específico, a las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género, que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les suspende la obligación de cotizar durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación es considerada como asimilada al alta y a estos efectos, se toma una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar (art. 21.5 LOVG).

Por último, resulta paradójico que, en nuestro ordenamiento jurídico laboral se permitiese que el agresor pudiera percibir alguna prestación de Seguridad causada por la víctima de su propia violencia y, señaladamente, la prestación de muerte y supervivencia, con la única salvedad de que ésta se extinguía “por declaración en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante”.

Habida cuenta de la insuficiencia de esta salvedad, dado que, de una parte, las prestaciones de viudedad no son las únicas de muerte y supervivencia y que, de otra parte, quedaba sin solución una variada casuística en que el agresor continuaba siendo beneficiario de la prestación, se establece que “quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o ex cónyuge, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del Sistema Público de Pensiones causada por la víctima, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos.”, teniendo en cuenta que el Sistema Público de seguridad Social el régimen general y los regímenes especiales de seguridad Social ex art. 174 LGSS). También que “a quien fuera

condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o ex cónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión por orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado reconciliación entre aquellos” (disposición adicional primera, párrafos 1 y 2 LOVG).

#### 4.2. Ayudas sociales

Hasta fechas relativamente recientes, las mujeres víctimas de la violencia de género no aparecían como uno de los colectivos tradicionales a los que se dirigían las ayudas de los Programas de Fomento del empleo, pero en poco más de una década han pasado a ser calificadas jurídicamente como colectivo con especiales dificultades de empleo, con un tratamiento diferenciado en el marco de las políticas de empleo<sup>135</sup>. Como consecuencia de ello, si carecen de recursos económicos se les garantizan *ayudas sociales* cuando se estime que “debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales”, no van a mejorar de forma sustancial su empleabilidad (EM, III, LOVG) y para hacerlas efectivas se contempla su incorporación al *programa de acción específico* creado al efecto para su inserción profesional.

Estas *ayudas*<sup>136</sup>, que se modulan en relación a la edad y responsabilidades familiares de la víctima, tienen como objetivo fundamental facilitarle unos recursos mínimos de subsistencia que le permitan independizarse del agresor y son compatibles con las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual<sup>137</sup>, si bien no tienen la consideración de beneficiarios de las ayudas previstas en esta última norma, a título de víctima indirecta, quienes sean condenados por delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la ofendida fuera su cónyuge o ex cónyuge o la persona con la que estuviera o hubiera estado

---

<sup>135</sup> Vid. Olarte, S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La subjetivización de las Políticas Activas de Empleo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, 168.

<sup>136</sup> Sobre las ayudas sociales a las mujeres víctimas de la violencia de género, vid. Ron Latas, R., “La protección social de las víctimas de la violencia de género”, AAVV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, op. cit., 659 a 662.

<sup>137</sup> Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual. BOE núm. 0296, de 12 de diciembre de 1995.

ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso basta la mera convivencia (disposición adicional primera, párrafo 3 LOVG).

El art. 27 LOVG establece la renta máxima que puede percibir la trabajadora para ser perceptora de las ayudas, la cuantía de éstas, que se elevan si la trabajadora presenta un grado de minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, si tiene responsabilidades familiares, o familiares que convivan con ella que tengan reconocida oficialmente una minusvalía, así como las condiciones por las cuales puede presumirse que la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por esa circunstancia no participará en los programas establecidos para su inserción laboral. Son financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado y se conceden por las Administraciones competentes en materia de Servicios sociales, fundamentalmente las distintas Comunidades Autónomas. Su régimen jurídico es objeto de un detallado desarrollo reglamentario<sup>138</sup>.

En cuanto al *Programa de inserción sociolaboral*<sup>139</sup>, incorpora disposiciones dirigidas a las víctimas de violencia de género desempleadas, inscritas en los servicios públicos de empleo, que buscan su inserción sociolaboral para que, de este modo, puedan acceder a la independencia económica y personal necesaria para romper el vínculo con su agresor y lograr su efectiva recuperación integral. En ellas se diseñan, como medidas de actuación, un “Itinerario de inserción sociolaboral”, individualizado y realizado por personal especializado y un “Programa formativo específico” para favorecer la inserción social y laboral que consta de dos fases. Una primera de preformación, cuyo objetivo es facilitar a las beneficiarias el desarrollo de habilidades sociales y, en su caso, una cualificación básica, así como motivar a las víctimas en su incorporación o reincorporación al mercado de trabajo teniendo en cuenta las necesidades específicas de las mujeres extranjeras, como puede ser el idioma, y de las mujeres discapacitadas, en su caso. Una segunda fase de formación para el empleo, cuyo objetivo es proporcionar a las participantes formación

---

<sup>138</sup> Real Decreto 1453/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 2005.

<sup>139</sup> Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre por el que se aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género. BOE núm. 297, de 10 de diciembre.

profesional para el empleo en distintas especialidades que se adapten a su perfil inicial y pertenezcan a sectores de actividad con capacidad para generar empleo, garantizando así su inserción en el mercado laboral. Durante el tiempo de participación en una acción formativa la mujer tendrá derecho a percibir una beca por asistencia, de cuantía determinada, por día lectivo hasta la finalización del curso.

Entre las diferentes medidas se contemplan, además, incentivos para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia, para las empresas que contraten a mujeres víctimas de violencia de género, y para facilitar la movilidad geográfica de las mujeres que, como consecuencia de su contratación, tengan que trasladar su residencia habitual. Estas últimas podrán recibir subvenciones correspondientes a gastos de desplazamiento, de transporte de mobiliario y enseres, de alojamiento, de guardería y de atención a personas dependientes e Incentivos para compensar diferencias salariales.

La gestión y tramitación de las subvenciones establecidas en este Programa corresponde a los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas, al haber asumido las competencias en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación, a excepción de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla que se gestionan por el Servicio Público de Empleo Estatal<sup>140</sup>.

## **5. La violencia de género en el trabajo o por su consecuencia: la lucha contra el acoso laboral sexual o sexista**

Retomado los precedentes normativos en materia de igualdad de género, es preciso remontarse a la Exposición de Motivos de Directiva 2006/54 según la cual “el acoso y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo”. Ambas formas de discriminación se producen no sólo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo, a

---

<sup>140</sup> Vid, más extensamente Mella Méndez, L., “El Programa estatal de inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género en España: una visión general”, AAVV, *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, op. cit., 273 y ss. Sobre los antecedentes del Plan y la inserción de las mujeres víctimas de la violencia de género en el colectivo con especiales dificultades de empleo y la asignación de ayudas estatales y autonómicas en el contexto de las políticas de empleo, Vid. Perán Quesada, S., “Las medidas de inserción dirigidas a las mujeres víctimas de la violencia de género”, AAVV, *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de la violencia de género*, op. cit., 329 a 365.

la formación profesional y a la promoción y deben estar sujetas a “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

En este contexto, la Directiva conmina “a los empresarios y a los responsables de la formación profesional” a tomar medidas para combatir toda clase de discriminación por razón de sexo en el lugar de trabajo y en el acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

### **5.1. Tipología: Acoso sexual y por razón del sexo. Chantaje sexual y acoso ambiental**

La Directiva 2006/54, además, acuña las definiciones de “acoso” y “acoso sexual” (art. 1.c). y ambas sirven para integrar el contenido del art. 4.2.e) ET, que después de la transposición de la norma Comunitaria a nuestro ordenamiento interno, con cierta parquedad al respecto, reconoce el derecho de los trabajadores en la relación de trabajo, “al respeto de su intimidad, y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente ...” al acoso sexual” y al “acoso por razón del sexo”. En sintonía con ello, la LOIEHM, fruto de la transposición de las Directivas 220/73/CEE, 76/2007/CEE y 2004/113/CEE e inspirada en la propia D.2006/54, esta última con efectos generales para el conjunto del ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en su art. 4, incorpora al derecho interno la duplicidad de conceptos de acoso, que ha llevado a la doctrina a tipificar distintas conductas acosadoras, y a utilizar distinta terminología en relación con cada uno de ellos.

Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal”, es “acoso sexual”, cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo” (art. 7.1 LOIEHM). De otra parte, constituye “acoso por razón de sexo” cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo (art. 7.2 LOIEHM) y, el “condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo”.

La conjunción de las normas comunitarias e internas permite deducir que bajo la definición de acoso sexual se incluyen comportamientos verbales o

físicos, de carácter sexual, que sean ofensivos, con independencia de que exista o no intencionalidad en ellos. No obstante, una interpretación correctora y conforme a las Directivas permite incluir comportamientos no verbales o no físicos – psicológicos –, si bien la inclusión de cualesquiera conductas no implica su equiparación en el nivel de protección. Con carácter general, una agresión física debe ser objeto de una mayor protección que una solicitud sexual o la sumisión del trabajador a un acoso ambiental sin requerimiento ni solicitud; de manera que no puede darse un tratamiento uniforme o lineal al acoso sexual en el trabajo al abarcar éste multiplicidad de supuestos.

El carácter sexual de las conductas conduce a comportamientos directa o indirectamente encaminados a la consecución de una “satisfacción carnal o libidinosa” que responde a estereotipos sociales, que hacen muy difícil la distinción entre lo sexual y lo sexista más allá de planteamientos puramente teóricos. El carácter ofensivo resulta inherente al acoso y es independiente de la manifestación de rechazo al acoso, más o menos explícita de la víctima. La exigencia del carácter no deseado de la conducta acosadora, impuesta por la Directivas 2006/54, carece de sentido en la medida en que ningún comportamiento ofensivo es deseado por el sujeto pasivo que lo recibe y su erradicación en nuestro ordenamiento interno supera importantes problemas prácticos y procesales de carácter probatorio. En cualquier caso, deben concurrir elementos objetivos de humillación o trato vejatorio.

Los elementos definitorios del “acoso por razón del sexo” son semejantes a los del “acoso sexual”, salvo la naturaleza sexual de este último, que se sustituye por la expresión realizado “por razón del sexo de una persona”, sirviendo aquí, a propósito de esta distinción lo anteriormente expuesto. Lo fundamental es que, como se ha dicho en páginas precedentes, en ambos casos se vulnera la integridad física o moral de la víctima, su intimidad sexual y, al producirse el acoso en el marco de la relación laboral, también su derecho al trabajo.

Por lo demás, la Ley de igualdad tipifica como conducta acosadora el chantaje sexual, también denominado acoso de intercambio o “quid pro quo”, que se produce cuando se condiciona el acceso al empleo, una condición laboral o el cese del trabajador a la realización de un acto de contenido sexual. En este caso, el intercambio no necesariamente se centra en un acto carnal, sino que puede extenderse a otras ofensas verbales y el chantaje puede producirse de forma explícita, directa o expresa, o bien de forma implícita indirecta o tácita. A diferencia de estas conductas, el denominado “acoso ambiental” tiene lugar cuando el acosador sexual crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante

para la víctima sin existir un condicionamiento para el acceso al empleo, la condición laboral o el cese del trabajador. Mientras el chantaje constituye una forma de acoso vertical porque el sujeto activo del mismo únicamente puede ser quien tiene capacidad de decisión sobre el acceso al empleo, la condición laboral o el cese de la víctima – el empresario, su representante legal o una persona con competencia delegada –, en el acoso ambiental se multiplican los sujetos activos ampliándose la posible esfera de actuación, en sentido horizontal o lateral a compañeros de trabajo, clientes o terceros relacionados con la empresa.

En definitiva, los trabajadores tienen derecho a una relación de trabajo sin violencia sexual cualquiera que sea su tipología. El empresario tiene el deber de no acosar, pero también en el ejercicio de sus potestades empresariales, la obligación de proteger a los trabajadores frente al acoso en el acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción y, en general, en el ámbito de la relación laboral. Protección que se extiende a las conductas acosadoras que se produzcan en el lugar de trabajo o en relación con el mismo y durante la ejecución del trabajo fuera de la empresa o del centro de trabajo; porque lo determinante para calificar como laboral el acoso es que éste se haya producido en el ámbito en que se proyecta el poder de dirección del empresario.

## **5.2. Protección jurídico-laboral frente al acoso sexual o por razón del sexo en el trabajo**

Inspirado en lo dispuesto en el art. 1.c) de la Directiva 2006/54, nuestro ordenamiento jurídico interno contempla la protección contra el acoso en el trabajo. El art. 48 LOIEHM, bajo la rúbrica “*Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo*” conmina a los empresarios a “promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y a *arbitrar procedimientos* específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo”. Alude, por tanto, a una doble dimensión protectora, tanto en sus aspectos preventivos como represivos. Incluye mecanismos de tutela preventiva y mecanismos sancionatorios y reparadores y a la par que impone al empresario un deber de salvaguardia, de carácter preventivo, le impone una responsabilidad por las conductas acosadoras.

Al hacerlo faculta a las empresas, al establecimiento de medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de

campañas informativas o acciones de formación para lo que llama a la colaboración con los representantes de los trabajadores mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos. Como instrumento idóneo, la Ley (art. 49) faculta a unos y otros para impulsar la adopción voluntaria de planes de igualdad, e impone al Gobierno el establecimiento de medidas de fomento, especialmente dirigidas a las pequeñas y las medianas empresas, que incluirán el apoyo técnico necesario.

### 5.2.1. Mecanismos de tutela preventiva

El acoso sexual en sus diferentes manifestaciones, puede repercutir en la salud física y psíquica del trabajador, conformando un riesgo psicosocial frente al cual el derecho puede ser más útil desde la prevención que desde la sanción<sup>141</sup>.

Si bien la LOIEHM desaprovecha la ocasión de regular expresamente el acoso desde una perspectiva preventiva, permite incluirlo en el ámbito de la salud laboral<sup>142</sup> hasta configurar un deber preventivo, que se fundamenta con carácter general en la buena fe del empresario y se concreta en el deber legal de protección de la seguridad y salud laboral<sup>143</sup>. La protección frente a este riesgo determina la aplicación del complejo entramado contenido en la LPRL, que tampoco hace referencia alguna al riesgo “acoso”, pero permite acudir al auxilio de sus normas generales. Así el art. 14 apartados 1 y 2, garantiza el derecho de los trabajadores a una “protección eficaz en materia de Seguridad y Salud en el trabajo”, en correspondencia con el deber empresarial de integración de la actividad preventiva en la empresa y de “adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la salud y seguridad de los trabajadores”. En definitiva, en la prevención del acoso sexual o por razón del sexo pueden participar distintos agentes y el acoso horizontal puede adoptar

---

<sup>141</sup> Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 163 y 166. Cabeza Pereiro, J., “La salud psicológica y social de los trabajadores: Prevención de riesgos laborales”, en AAVV *Los servicios de prevención de riesgos laborales. Evolución y régimen jurídico*, (Coord. y Dir. Monereo Pérez, J.), Comares, Granada, 2009, 422 y ss. Vid también, sobre los mecanismos de prevención, Fernández Prol, F., *op. cit.*, 121 a 123 y Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 175 a 180.

<sup>142</sup> Fernández Prol, F., *op. cit.*, 122. Con cita de doctrina en idéntico sentido. Vid nota 48.

<sup>143</sup> Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 167.

prácticas subrepticias de difícil conocimiento para el empresario o sus representante; pero la prevención de los riesgos psicosociales corresponde sobre todo al empresario que ha de evaluar y planificar la actividad preventiva; de manera que si éste conociera la existencia de un riesgo psicosocial en su ámbito de dirección y no adoptara las medidas necesarias para evaluarla y evitarla incurriría en responsabilidad por incumplimiento de lo previsto en el art. 16 LPRL y arts. 3 y siguientes del RSPRL. Evaluado el riesgo, si no adoptara las medidas necesarias para erradicar la situación incumpliría lo establecido en los arts. 16.2 LPRL y 8 y 9 RSPRL<sup>144</sup>.

### 5.2.2. Mecanismos de tutela sancionatoria y resarcitoria

Partiendo de la calificación del acoso sexual y por razón del sexo como actos discriminatorios en los términos expuestos en páginas anteriores, resulta de aplicación a estos supuestos el conjunto normativo de choque frente a la discriminación, tanto en lo relativo a las normas sustantivas que declaran la nulidad de los actos discriminatorios como a las procesales y más particularmente las atinentes a la distribución de la carga de la prueba.

#### 5.2.2.1. Tutela dispensada por las normas sustantivas

Las conductas de acoso sexual y por razón del sexo son nulas por discriminatorias (art. 10 LOIEHM). El empresario en ejercicio de su poder disciplinario debe despedir al trabajador agente de la conducta acosadora (art. 54.2g) ET<sup>145</sup> y el despido que tenga por móvil una conducta acosadora será nulo (art. 55.5 ET)<sup>146</sup>, debiendo la empresa readmitir a la víctima con abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET) con indemnización por los daños y perjuicios ocasionados<sup>147</sup>.

Cuando el sujeto activo del acoso sea el empresario, se activa el mecanismo de la “sanción social de nulidad”<sup>148</sup> contemplada en el art. 17 ET que determina la nulidad radical del acto discriminatorio, siendo nulas u sin efecto las ordenes y las decisiones empresariales adoptadas como reacción ante una reclamación en la empresa o una acción administrativa o

<sup>144</sup> Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 177, apoyado en la doctrina y la jurisprudencia. Vid notas 106 y 107. Vid también, 179 y 180.

<sup>145</sup> Apartado 13 de la disposición adicional décimo primera LOIEHM.

<sup>146</sup> Apartado 14 de la disposición adicional décimo primera LOIEHM.

<sup>147</sup> Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 181 y nota 115.

<sup>148</sup> Pérez del Río, T., *op. cit.*, 66.

judicial destinada a restablecer el principio de igualdad. En tal caso, declarada nula la decisión extintiva empresarial por atentatoria al derecho a la intimidad y a la integridad física y moral procederá la readmisión del despedido con la correspondiente indemnización<sup>149</sup>. Además, el acoso puede justificar la resolución contractual por voluntad del trabajador, ex artículo 50 ET, constituyendo un incumplimiento grave del empresario que determine la declaración judicial extintiva de la relación obligatoria con derecho a la indemnización correspondiente<sup>150</sup>. Los tribunales y su jurisprudencia han sido decisivos a la hora de determinar que el comportamiento del empresario pueda dar lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios causados al trabajador afectado<sup>151</sup>.

### 5.2.2.2. La tutela judicial

En el ámbito jurisdiccional, frente al acoso sexual o por razón de sexo pueden instrumentarse todos los mecanismos y técnicas establecidas tanto por el texto constitucional como por la legalidad vigente frente a la vulneración de los derechos fundamentales. Las reclamaciones judiciales podrán ejercitarse ante la jurisdicción social a través de las distintas modalidades procesales destinadas a enjuiciar los diferentes daños causados por el acoso, pero también, señaladamente cuando el trabajador acosado quiere continuar en la prestación de servicios y el art. 184 LRJS permite acudir a este cauce procesal, mediante la modalidad procesal de *tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas* (arts. 177 y sgts LRJS). A través de ella, una vez declarada la existencia de vulneración de los citados derechos y libertades, el afectado obtendrá el cese inmediato del comportamiento acosador. Si procede, obtendrá además, la nulidad del acto mediante el cual se perpetró el acoso y la reposición del acosado a la situación anterior a producirse la vulneración de los derechos fundamentales y una indemnización por los daños y perjuicios derivados

<sup>149</sup> Fernández Prol, F., *op. cit.*, 124 y Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*

<sup>150</sup> Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 183 y nota 119, del mismo autor, “La responsabilidad contractual del empresario derivada del acoso moral en el trabajo”, *Capital Humano*, n. 156, junio de 2002, 86 y 87; “Indemnizaciones por despido y daños y perjuicios”, *Capital Humano*, n. 181, octubre de 2004, 122 y 123, Mella Méndez, L., “El acoso psicológico en el Derecho del trabajo”, *Tribuna Social*, n. 145, 2003, 25 y ss.

<sup>151</sup> Ante la ausencia de un criterio legal para la fijación de la indemnización adicional, la jurisprudencia cuantifica acudiendo al baremo de accidentes de circulación y en alguna ocasión nuestros tribunales han reconocido una indemnización adicional por daños y perjuicios cuando el trabajador la solicita, en vez de la extinción del contrato de trabajo. Vid Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 185 y notas 125 y 126.

de la conducta acosadora<sup>152</sup>; tutela resarcitoria que se ampara en los arts. 182 y 183 LRJS, inspirados en el art. 18 de la D. 2006/54 y conforme a los cuales la indemnización decretada alcanza una doble virtualidad: de una parte, es compatibles con otra legalmente tasada, como la obtenida por la modificación o extinción del contrato de trabajo, en su caso, y de otra parte se configura como un derecho condicionado a la prueba del daño efectivamente producido<sup>153</sup>. Además, esta modalidad procesal presenta peculiaridad específicas como el carácter preferente y sumario de este procedimiento frente a otras modalidades procesales (art. 179.1 LRJS), la traslación de la carga de la prueba (arts. 96.1 y 181. LRJS), o la posibilidad de acordar medidas cautelares en determinados supuestos<sup>154</sup>.

En cualquier caso, los mayores obstáculos para lograr la efectividad de la protección frente al acoso, derivan de la dificultad de probar el comportamiento acosador y a este respecto debe tenerse en cuenta que, con independencia de la modalidad procesal instrumentada, “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón del sexo, orientación o identidad sexual y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental y libertad pública”, se produce una traslación de la carga probatoria y “corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 96 LRJS)”<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> *Ibidem*, 185.

<sup>153</sup> Pérez del Río, T., *op. cit.*, 73 y 74.

<sup>154</sup> En efecto, *tales ventajas consisten en la carga de la prueba* (arts. 96.1 y 181.2 LRJS); *la prioridad y urgencia absoluta* frente a cualquier otro procedimiento laboral y frente a otros recursos (art. 179.1 LRJS); *la posibilidad expresa, a través de un incidente específico urgente con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, de acordar medidas cautelares, incluida la suspensión de los efectos del acto impugnado, «cuando su ejecución produzca al demandante perjuicios que pudieran hacer perder a la pretensión de tutela su finalidad, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave y desproporcionada de otros derechos y libertades o intereses superiores constitucionalmente protegidos»* (arts. 180 y 303 LRJS); *el que «el Ministerio Fiscal será siempre parte en estos procesos en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas, velando especialmente por la integridad de la reparación de las víctimas e interesando la adopción, en su caso, de las medidas necesarias para la depuración de las conductas delictivas»* (art. 177.3 LRJS); *la posibilidad de decretarse la ejecución provisional, siendo las sentencias de instancia «ejecutivas desde que se dicten, según la naturaleza de la pretensión reconocida, no obstante el recurso que contra ellas pudiera interponerse, y sin perjuicio de las limitaciones que pudieran acordarse para evitar o paliar perjuicios de imposible o difícil reparación»* (art. 303.1 LRJS), y *la recurribilidad en suplicación, en todo caso, de la sentencia de instancia [art. 191.3.f) LRJS]*. Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 180.

<sup>155</sup> *Ibidem*, 182.

### 5.2.1. Medidas sancionatorias y penales

El acoso sexual, cuando se produce en el ámbito de las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, se tipifica como una infracción muy grave (art. 8. 13 y 13 bis LISOS) que lleva aparejada la correspondiente sanción administrativa de carácter pecuniario (art. 40.1 LISOS), así como la aplicación de sanciones complementarias consistentes en la pérdida automática de ayudas, bonificaciones y cuantos beneficios deriven de la aplicación de los programas de empleo y la exclusión automática del acceso a estos beneficios temporalmente (art. 46 bis LOIEHM)<sup>156</sup>.

En el ámbito penal, las conductas acosadoras se contemplaban en el Código penal, sancionándose el acoso sexual pero no el acoso psicológico, aunque éste último pudiera incardinarse en diversos tipos delictivos<sup>157</sup>. En la actualidad existe un tipo penal específico que sanciona el acoso laboral. Ya en su Preámbulo, XI, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre señala que dentro de los delitos contra la integridad moral, “se incrimina la conducta laboral, entendiéndose por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad». Por tanto, «quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas como en el de las relaciones jurídico-públicas». En particular el art. 173.2 CP castiga a quienes, “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 que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima” con pena de prisión de seis meses a dos años. No obstante, el acoso por razón del sexo puede encontrar encaje en otros tipos penales<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> Fernández Prol, F., *op. cit.*, 125.

<sup>157</sup> Según los casos, podía constituir un delito de lesiones (arts. 147 y ss. CP), amenazas (arts. 169 y ss. CP), coacciones (art. 172 CP), contra la integridad moral (art. 173 CP) o contra la intimidad (art. 197 CP), o un delito contra los derechos de los trabajadores (arts. 311.1 o 316 CP). Gil y Gil, J. L., “Violencia de género...”, *op. cit.*, 195.

<sup>158</sup> *Ibidem*, 195 y 196.

## 6. Conclusiones

1) La violencia de género es una realidad execrable en la vida social e intolerablemente frecuente en el ámbito de las relaciones laborales de nuestro país, pese a que en las últimas décadas ha ganado visibilidad y es objeto de regulación jurídica de manera integral.

El legislador ha reaccionado frente a esta realidad a través de un conjunto normativo en el que destacan la LOVG y la LOIEHM. En él se configuran las relaciones laborales desde una doble perspectiva. Como un espacio en el que erradicar los comportamientos violentos como el “acoso sexual” o el “acoso por razón del sexo” y como un ámbito de resocialización de las mujeres víctimas de la violencia doméstica. Desde esta dualidad se acomete la parca regulación del acoso cuya tipificación se integra con el contenido de las Directivas Comunitarias en la materia, a cuya erradicación contribuyen mecanismos de tutela preventiva, sancionatoria y resarcitoria. Se ordena, asimismo, un conjunto de medidas, que pretenden garantizar derechos que concilien los requerimientos de la relación laboral con las circunstancias de las trabajadoras que sufran violencia de género, evitando así su desprofesionalización a través de la reducción o la reordenación del tiempo de trabajo, la movilidad geográfica, el cambio de centro de trabajo, la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y la extinción del contrato laboral, posibilitando el acceso a la prestación de desempleo en estos supuestos y garantizando ayudas sociales que se incorporan a programas de acción específicos.

Este conjunto regulador ha tenido una trascendencia innegable en el avance de la efectividad y el derecho a la asistencia social integral de las mujeres víctimas de la violencia de género y, en general, en la prevención y sanción del acoso sexual en todas sus variables. Merece una valoración altamente positiva. Su contenido constituye un marco general suficiente, aunque imperfecto e incompleto, en el que es preciso seguir avanzando.

2) En el marco legal descrito, se detectan algunas cuestiones interpretativas y lagunas normativas que vienen a colmarse por la jurisprudencia y ausencias en la tipificación de los supuestos de “acoso psicológico” y “acoso por omisión”, que se integran, además, mediante el contenido de las Directivas Comunitarias.

Pero junto a estas cuestiones y algunas otras, de menor relevancia, dada su subsanación en los términos aludidos en uno y otro caso, es lo cierto que persisten reductos de la vida laboral en que las medidas adoptadas carecen de operatividad, como sucede en el caso del acceso al empleo de las víctimas y en los que su ámbito de aplicación resulta insuficiente. Por el

intrínseco carácter laboral, estatutario o funcionarial de estas normas, la protección que otorgan no se extiende a aquellas otras prestaciones de servicios a las que no resultan de aplicación el ET, EBEP o LETA, quedando las mujeres que las prestan al margen de esta regulación y, por tanto, sumidas en la situación previa a la aprobación de la LOVG y la LOIHM. Junto a todo ello, más allá del acomodo de la prestación de desempleo a las situaciones de suspensión y extinción del contrato de las trabajadoras víctimas de la violencia de género, existen algunas otras prestaciones de Seguridad Social que no han sido tenidas en cuenta y que deberían adaptarse a las necesidades de este colectivo especialmente sensible y vulnerable.

Finalmente, ambos textos legales permanecen incompletos. Diseñan el esquema básico para atajar la violencia de género, pero es necesario un mayor esfuerzo de los demás agentes responsables que, con frecuencia se limitan a reiterar en las normas colectivas, a veces literalmente, los preceptos legales sin desarrollar ni contribuir a mejorar el contenido legal que por la pasividad de los agentes sociales puede verse relegado al mínimo de los contenidos posibles.

3) Las distintas formas de violencia de género son ilícitos pluriofensivos de los derechos fundamentales y constituyen discriminaciones sistémicas en la medida en que el sujeto agresor, ya actúe de forma individual y en un contexto muy privado, ya en el marco de la relación de trabajo, individualmente o en grupo, lo hace al amparo de un contexto social que tolera su comportamiento, si bien éste tiende a ser progresivamente reprobado. Aun hoy, el acoso sexual cuenta con un insoportable margen de tolerancia del que participan algunos empresarios y compañeros de trabajo y en determinados ámbitos sociales la violencia contra la mujer – aunque cada vez menos – se nutre de estándares sociales admitidos, cuando no trata de justificarse de manera vergonzosa y vergonzante con falsos estereotipos todavía reminiscentes.

La resistencia al cambio de los roles y estándares sociales y a la pérdida de un implícita relación de dominio sobre la víctima obstaculizan la efectividad de las leyes y constituyen el sustento de estas conductas violentas. La eficacia de las normas, junto a medidas preventivas, sancionatorias y punitivas, requiere de la más absoluta repulsa social y un cambio en los valores educativos y formativos. Es necesaria una educación en la igualdad y la no discriminación por razón del sexo y una ciudadanía que, con la más absoluta firmeza, rechace los comportamientos discriminatorios y violentos por razón del sexo.

## 7. Bibliografía

- Altés Tarrega, J. A., *El acoso sexual en el trabajo*, Tirant lo Blanch, 2002.
- Cabeza Pereiro, J., “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el derecho del trabajo” en Mella Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Cabeza Pereiro, J., “La salud psicológica y social de los trabajadores: Prevención de riesgos laborales”, *Los servicios de prevención de riesgos laborales. Evolución y régimen jurídico*, (Coord. y Dir. Monereo Pérez, J.), Comares, 2009.
- Castillejo Manzanares, R., “La acreditación de la situación de violencia de género”, en Mella Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Castro Mejuto, L. F., “La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (III). Suspensión contractual”, en Mella Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Fernández Docampo, B., “La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (V). Extinción contractual”, en Mella Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Fernández Prol, F.: “Violencia de género y acoso sexual” en Mella Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Gil y Gil, J. L., “La responsabilidad contractual del empresario derivada del acoso moral en el trabajo”, *Capital Humano*, n. 156, junio 2002.
- Gil y Gil, J. L., “Indemnizaciones por despido y daños y perjuicios”, *Capital Humano*, n. 181, octubre 2004.
- Gil y Gil, J. L., “Violencia de género y acoso por razón del sexo”, en Mella Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- López-Quiñones García, A., “La modificación de las condiciones de trabajo de las trabajadoras víctimas de violencia de género: reducción o reordenación del tiempo de trabajo y movilidad geográfica”, en Quesada Segura, R. (Dir.) y Perán Quesada, S. (Coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009.
- Lousada Anchorena, J. F., “Aspectos laborales y de seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja”, versión digital, 6.
- Martin Rivero, L., “La protección socio-profesional de la funcionaria y de la trabajadora autónoma”, en Quesada Segura, R. (Dir.) y Perán Quesada, S.

- (Coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009.
- Martínez Yáñez, N., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (I). Reducción y reordenación del tiempo de trabajo”, en Mella Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Medina Castillo, J. E., “El régimen extintivo del contrato de la trabajadora víctima de de violencia de género. Aspectos procesales”, en Quesada Segura, R. (Dir.) y Perán Quesada, S. (Coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, , Comares, 2009.
- Mella Méndez, L., “El acoso psicológico en el Derecho del trabajo”, *Tribuna Social*, n. 145, 2003
- Mella Méndez, L.: “El Programa estatal de inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género en España: una visión general”, en Mella Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., “La protección sociojurídica de la víctima de violencia de género”, en Quesada Segura, R. (Dir.) y Perán Quesada, S.(Coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, , Comares, 2009.
- Olarte, S., *Políticas de empleo y colectivos con especiales dificultades. La subjetivización de las Políticas Activas de Empleo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008.
- Perán Quesada, S., “Las medidas de inserción dirigidas a las mujeres víctimas de la violencia de género”, en Quesada Segura, R. (Dir.) y Perán Quesada, S.(Coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de la violencia de género*, , Comares, 2009.
- Pérez del Río, T., *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Bomarzo, 2009.
- Quesada Segura, R., “La violencia de género como discriminación por razón de género”, en Quesada Segura, R. (Dir.) y Perán Quesada, S.(Coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009.
- Rodríguez-Martín Retortillo, R. M., “La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (VI). Sobre la naturaleza jurídica del supuesto extintivo regulado en el art. 49.1.m ET”, en Mella Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Rodríguez Rodríguez, E., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (IV). Las ausencias al trabajo y su relación con el despido”, en Mella

- Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y Derecho del Trabajo, Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Ron Latas, R., “La protección social de las víctimas de la violencia de género”, en Mella Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y Derecho del Trabajo, Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Romero Pardo, P., “La protección de las víctimas de violencia de género en el ordenamiento internacional”, en Quesada Segura, R. (Dir.) y Perán Quesada, S. (Coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009.
- Salas Porras, M., “Las políticas públicas de creación de Empleo para las mujeres víctimas de violencia de género” en Quesada Segura, R., (Dir.) y Perán Quesada, S. (Coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009.
- Serrano Argüello, N., “Dificultades para reconocer la presencia de acoso discriminatorio. El frecuente ejemplo del acoso por razón del sexo”, *Aranzadi Social*, n. 54, 2011.
- Terradillos Ormaetxea, E., “La protección de la víctima de la violencia de género en el ET (II). Movilidad geográfica”, en Mella Méndez, L. (Directora), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Vila Tierno, F., “Medidas de mantenimiento del empleo para las trabajadoras víctimas de la violencia de género” en Quesada Segura, R. (Dir.) y Perán Quesada, S. (Coord.), *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, 2009.

## Protección social de las víctimas de violencia doméstica en Portugal

Catarina de Oliveira CARVALHO\*

---

**RESUMEN:** Este trabajo sistematiza y analiza sucintamente los mecanismos previstos en el Derecho del Trabajo portugués de protección de la víctima de violencia doméstica, en la relación conyugal o similar, haciendo una comparación con el régimen español de protección de las trabajadoras víctimas de violencia de género, que ha inspirado al legislador portugués, prestando atención a los vacíos legales que dificultan su utilización por parte de los destinatarios o las destinatarias. Se examina con particular interés el concepto de víctima de violencia doméstica, que no coincide con la víctima de violencia de género, y también se evalúan las diferentes opciones legislativas (portuguesa y española). Finalmente, se hace una breve referencia al papel de la autonomía colectiva en este tema y a otras medidas complementarias de protección social.

*Palabras clave:* Violencia doméstica, víctima, derechos laborales.

**SUMARIO:** 1. Ámbito subjetivo de la protección social: el concepto de víctima de violencia doméstica. 2. Protección laboral conferida por la Ley 112/2009 y por el Código del Trabajo portugués (*Código do Trabalho*). 2.1. Movilidad Geográfica: traslado o cambio de lugar de trabajo a solicitud del trabajador o trabajadora. 2.2. Suspensión del contrato de trabajo. 2.3. Teletrabajo. 2.4. Trabajo a tiempo parcial. 2.5. Justificación de ausencias. 3. Papel de la contratación colectiva y buenas prácticas empresariales en la lucha contra la violencia doméstica. 4. Otros tipos de protección social: breve referencia. 5. Bibliografía.

---

\* Doctora en Derecho. Profesora Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa (Oporto).

## 1. **Ámbito subjetivo de la protección social: el concepto de víctima de violencia doméstica**

El IV Plan Nacional Contra la violencia doméstica portugués (en adelante PNCVD) define el concepto de violencia doméstica, abarcando todos los actos de violencia física, psicológica y sexual perpetrados contra personas, independientemente de su sexo y edad, en las que la victimización ocurra de acuerdo con lo previsto en el art. 152 del Código Penal<sup>159</sup>.

Este concepto deriva del instaurado por la Ley 112/2009, de 16 de septiembre<sup>160</sup>, que estableció el régimen jurídico de prevención de la violencia doméstica y de protección y asistencia a sus víctimas. Con este, el ámbito de la tutela social conferida por la Ley 112/2009 (art. 2) está circunscrito a las víctimas de violencia doméstica en los términos descritos en el art. 152 del Código Penal<sup>161</sup>, responsable de la tipificación de los comportamientos considerados como crimen en esta materia:

«1 — Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais:

- a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge;
- b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação;
- c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou

---

<sup>159</sup> El IV PNCVD (2011-2013) es una iniciativa de la *Presidência do Conselho de Ministros*, a través de la *Secretaria de Estado da Igualdade*, y tiene como objetivo proporcionar una respuesta integral en la lucha contra la violencia doméstica a nivel nacional, en consonancia con las orientaciones europeas e internacionales a las que Portugal está vinculado. Cf. *Resolução do Conselho de Ministros* 100/2010, *Diário da República*, 1.ª série, nº 243, de 17/12/1010, pp. 5763 ss. Véase también la definición del *Relatório Penélope sobre violência Doméstica no Sul da Europa*, de la *Associação Portuguesa de Apoio à Vítima* (APAV), en Ferreira, M. E., “O Relatório Penélope sobre violência Doméstica no Sul da Europa – Algumas Perguntas e Respostas”, *Direito e Justiça*, Editora Universidade Católica, vol. XVIII, Tomo I, 2004, p. 172.

<sup>160</sup> Alterada por la Ley 19/2013, de 21/02 y *Declaração de Retificação* 15/2013.

<sup>161</sup> El art. 2 de la Ley 112/2009 define víctima como la “persona singular que ha sufrido un daño, concretamente un atentado contra su integridad física o mental, un daño moral, o una pérdida material, directamente causada por acción u omisión, en el ámbito del crimen de violencia doméstica previsto en el artículo 152 del Código Penal” (traducción nuestra). Incluye una referencia adicional a las *víctimas especialmente vulnerables*: “la víctima cuya especial fragilidad resulte, concretamente, de su corta o avanzada edad, de su estado de salud o del hecho de que el tipo, intensidad y duración de la victimización haya resultado en lesiones con consecuencias graves en su equilibrio psicológico o en las condiciones de su integración social” (traducción nuestra).

d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite;

2 – No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

3 – Se dos factos previstos no n.º 1 resultar:

a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos;

b) A morte, o agente é punida com pena de prisão de três a dez anos.

4 – Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica»<sup>162</sup>.

El concepto de víctima presupone una determinada relación entre ella y el agresor: relación conyugal o análoga, relación parental o relación de cohabitación y dependencia<sup>163</sup>. Con respecto al primer tipo de relación, objeto del presente trabajo, la ley portuguesa adopta un concepto de víctima de violencia doméstica muy amplio<sup>164</sup>, capaz de comprender a novios, excónyuges, relaciones análogas a la de los cónyuges (actuales o pasadas), aunque sin cohabitación, incluyendo personas de ambos sexos<sup>165</sup> (antes incluso de la legalización de los matrimonios homosexuales<sup>166</sup>).

Por consiguiente, al contrario de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español<sup>167</sup> o, en términos más limitados en el brasileño<sup>168</sup>, la tutela

---

<sup>162</sup> El art. 152 fue modificado por la Ley 19/2013, de 21 de febrero. Este es un crimen público desde 2000 (alteración del Código Penal operada por la Ley 7/2000, de 27 de mayo, que también creó la pena accesoria de prohibición de contacto con la víctima). Para un análisis del régimen penal, *vd.* Carvalho, A. T., “Anotação ao art. 152º do Código Penal”, en Jorge de Figueiredo (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Dias, 2.ª edición, Tomo I, Coimbra Editora, 2012, pp. 506 y ss.

<sup>163</sup> Cf. Carvalho, A. T., *op. cit.*, pp. 513 y 515.

<sup>164</sup> Esta ampliación se produjo con la reforma del Código Penal de 2007, concretada por el *Decreto-Lei* 59/2007, de 4 de septiembre.

<sup>165</sup> Cf. *Resolução do Conselho de Ministros* 100/2010, cit., p. 5766.

<sup>166</sup> El matrimonio civil entre personas del mismo sexo fue aprobado en Portugal por la Ley 9/2010, de 31/05.

<sup>167</sup> La LO 1/2004, de 28/12, de medidas de protección integral contra la violencia de género, abordó este fenómeno “partiendo de la perspectiva de género”: trata únicamente de la violencia de los varones contra las mujeres en el seno de una relación de pareja, actual o ya finalizada. Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, pp. 144 y 145.

<sup>168</sup> La Ley brasileña 11.340, de 22/09/2006, conocida por Ley “Maria da Penha”, concede protección específica a la mujer víctima de violencia doméstica, aunque

conferida a la víctima de violencia doméstica en Portugal no está legalmente asociada a la cuestión del género<sup>169</sup>, aunque algunos mecanismos de apoyo social (*v.g.*, los albergues) estén destinados exclusivamente a mujeres<sup>170</sup>.

Es necesario evaluar la razonabilidad de la opción legislativa portuguesa en comparación con la del legislador español, que limitó la protección laboral a mujeres víctimas de violencia practicada por varones en el ámbito de una relación de pareja, como modalidad de discriminación positiva destinada a compensar la situación real de desigualdad y de discriminación de la mujer derivada de la “histórica posición de dominio y subordinación” al hombre<sup>171</sup>.

La Constitución portuguesa (*v.g.*, arts. 9.d), 81), al igual que la española

---

circunscrita al ámbito penal. La exclusión de los hombres fue objeto de severa crítica por parte de alguna doctrina y jurisprudencia, concretamente por potencial violación al principio de igualdad constitucionalmente tutelado – cf. Gomes, O. C., “Lei Brasileira de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher: a Criminalização do Género Masculino”, *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, 320, 2009, pp. 658 y ss.

<sup>169</sup> En el sentido de que la “violencia de género” constituye un subgrupo de la “violencia doméstica”, *vd.* Penalva, Alejandra Selma, “Incidencia de la Violencia de Género sobre las Normas Laborales”, *Actualidad Laboral*, 9, 2011, pp. 1041-1042. En términos similares, Sobrino González, G., *La Protección Laboral de la Violencia de Género: Déficiats y Ventajas*, Tirant lo Blanch, 2013, p. 48, al entender que la ley española se limitó a mantener el anterior régimen aplicable a la violencia doméstica ahora limitado al género femenino. En otro sentido, partiendo de una perspectiva diferente, Nevado Fernández, M.<sup>a</sup> J., “La Protección de la Trabajadora Víctima de Violencia de Género”, *Relaciones Laborales*, 18, 2009, p. 15; Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *La Víctima de Violencia de Género y su Modelo de Protección Social*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 25, 26 y 47; Faraldo Cabana, C., “El Derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 2012, 153, p. 14-146.

<sup>170</sup> Cf. art. 60 de la Ley 112/2009 y *Guia prático. Apoios sociais – vítimas de violência doméstica*, Instituto da Segurança Social, I.P., 2013, p. 4.

<sup>171</sup> Cf. Ferradans Caramés, C., “Medidas Laborales de la Ley de Protección contra la Violencia de Género y Negociación Colectiva”, *Revista de Derecho Social*, 32, 2005, p. 105; Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *op. cit.*, p. 48. En este sentido, reconocen que se trata de una medida de discriminación positiva, Nevado Fernández, M. J., *op. cit.*, p. 14 y ss.; Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 146. Esta nota “ideológica” de la ley que se refiere a la violencia como “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” es criticada, en nuestra opinión justificadamente, por Martín Valverde, A., “La Ley de protección integral contra la violencia de “género”: análisis jurídico e ideológico”, *Relaciones Laborales*, 22, 2006, pp. 543-544, 557 y *passim*. Nevado Fernández, M. J., *op. cit.*, p. 17, admite solamente que esta protección podría ampliarse a las mujeres fuera del ámbito conyugal (*v.g.* *cuando la víctima de violencia sea una hija, natural o no, del agresor*); “cosa distinta sería pensar en un menor, en un mayor, o en un discapacitado como sujetos también vulnerables, pues para tales casos el hecho causante varía y la opción de política legislativa se justifica”.

(v.g., art. 9.2), reconoce al principio de igualdad una *función social* expresada en la “obligación de diferenciación, con el fin de compensar desigualdades de oportunidades”, lo que presupone el deber de eliminar y atenuar las desigualdades sociales, económicas y culturales, a fin de asegurarse una igualdad jurídico-material<sup>172</sup>. Haciendo uso de las palabras de Gomes Canotilho y Vital Moreira, podemos decir que estamos ante la “igualdad a través de la ley”<sup>173</sup> correspondiente a modalidades de discriminación positiva<sup>174</sup>, se concede una ventaja justificada, promoviendo una desigualdad de derecho, tendente a la superación de una desigualdad de hecho, razón por la cual esta ventaja será, por norma, temporal<sup>175</sup>. Si la igualdad no es interpretada como “universalidad”, sino como “igualdad de oportunidades”, la evaluación de los derechos fundamentales debe diferenciarse, por referencia a la “situación de desventaja de hecho”<sup>176</sup>. Estas diferenciaciones de trato deben, sin embargo, “fundamentarse a la luz de los propios criterios axiológicos constitucionales”<sup>177</sup>, así como obedecer al principio de la proporcionalidad, lo que, en nuestra opinión, no es incuestionable en el caso español<sup>178/179</sup>.

<sup>172</sup> Traducción nuestra. Cf. Prata, A., *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, Coimbra, 1983, pp. 94 ss.; Pinto, M.<sup>a</sup> da Glória Ferreira, “Princípio da Igualdade – Fórmula Vazia ou Fórmula “Carregada” de Sentido?”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 1986, 358, 1986, pp. 54 y ss.; Claro, João Martins, “O Princípio da Igualdade”, en *Nos Dez Anos da Constituição*, Miranda, J. (org.), Imprensa Nacional, Lisboa, 1987, pp. 36 y ss.; Amaral, M.<sup>a</sup> Lúcia, “O Princípio da Igualdade na Constituição Portuguesa”, en *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004, pp. 53 y ss.; Canotilho, J. J. Gomes, Moreira, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.<sup>a</sup> edición, Coimbra Editora, 2007, pp. 337, 339, 341-342. Como explica Dray, G. Machado, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho*, Almedina, 1999, pp. 107, 111 y *passim*, se trata de una “imposición constitucional de promoción de diferencias visando la prosecución de la aludida “igualdad real” a través de la imposición de discriminaciones positivas” (traducción nuestra). Véase que ni todos los ordenamientos jurídicos entienden la discriminación positiva como un medio para alcanzar la igualdad, sino como una derogación del principio de igualdad, cuando de los diferentes conceptos de “igualdad” sale el alcance admitido a la discriminación positiva, tal como explica Fredman, S., *Discrimination Law*, 2.<sup>a</sup> edición, Oxford University Press, 2011, pp. 233 ss.

<sup>173</sup> Traducción nuestra.

<sup>174</sup> Canotilho, J. J. Gomes, Moreira, V., *op. cit.*, p. 345. Sobre la evolución histórica del concepto de discriminación positiva, *vd.* Dray, G. M., *op. cit.*, pp. 89 y ss. Con relación a su compatibilidad con el principio general de igualdad y con la Constitución portuguesa, *vd. ibidem*, pp. 94 ss. y 104 ss., respectivamente.

<sup>175</sup> Así, Miranda, J., *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3.<sup>a</sup> edición, Coimbra Editora, 2000, p. 238. *Vd.* aún Fredman, S., *op. cit.*, p. 270.

<sup>176</sup> Cf. Queiroz, C., *Direitos Fundamentais Sociais – Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*, Coimbra Editora, 2006, p. 197.

<sup>177</sup> *Idem, ibidem*. Traducción nuestra.

<sup>178</sup> En este sentido se ha pronunciado Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 562 y ss. Según el

Es verdad que el paradigma dominante es el de la violencia de género basado en un modelo analítico y de medición del fenómeno unidireccional, es decir, desde la perspectiva de la violencia que hombres practican contra mujeres<sup>180</sup>. Este padrón de conducta puede ocurrir “en la forma física, emocional, psicológica, sexual y económica” con vistas a “perpetuar la intimidación, el poder y el control por parte del agresor” masculino, mientras la violencia femenina se produce de forma meramente defensiva<sup>181</sup>. El mencionado IV PNCVD (2011-2013) se encarga de autonomizar el concepto de violencia de género, caracterizándolo como lo que “resulta de un desequilibrio de poder entre hombres y mujeres, que se traduce en actos de violencia física, psicológica

---

autor, “la Ley en el establece (...) una preferencia para las mujeres sino una exclusión el trato peyorativo para los hombres”. De hecho, el extenso análisis de medidas de discriminación positiva, aplicadas en diversos ordenamientos jurídicos y admitidas en la UE, realizado por Fredman, S., *op. cit.*, p. 232 y ss., revela que se trata siempre de conferir un beneficio a un grupo desfavorecido en función de una determinada característica protegida (*v.g.*, género, raza, etc.) con el fin de remover obstáculos y desventajas pasadas y/o asegurar su representación y perspectiva en lo que se refiere a la toma de decisiones y/o asegurar la diversidad en instituciones educacionales y lugares de trabajo. Además, si estuviéramos ante una auténtica medida de discriminación positiva, no se justificaría la ampliación por convenio colectivo de la protección laboral concedida por la ley a los hombres víctimas de violencia de doméstica (admitido por Ferradans Caramés, C., *op. cit.*, 109-110), por impedir la realización de la igualdad material revisada por el legislador español al reservar la protección legal a las mujeres trabajadoras.

<sup>179</sup> Un problema análogo fue suscitado en Portugal por la Ley 61/91, de 13 de agosto, que garantiza protección adecuada a las mujeres víctimas de violencia siempre que la motivación del crimen sea “discriminatoria con respecto a la mujer, estando concretamente comprendidos los casos de crímenes sexuales y de malos tratos hacia el cónyuge, así como de raptos, secuestro u ofensas corporales” (art. 1.2) – traducción nuestra. Las consecuencias jurídicas contempladas en la Ley no incluyen medida alguna de índole laboral. Ferreira, M.<sup>a</sup> Elisabete, *Da Intervenção do Estado na Questão da Violência Conjugal em Portugal*, Almedina, 2005, pp. 172 y ss., ha cuestionado la constitucionalidad de esta normativa por violación del principio de igualdad y también porque el crimen de malos tratos también es practicado por mujeres, “razón por la cual no podremos asociar, inseparablemente, los malos tratos conyugales a una actitud discriminatoria relativa a la mujer” y la “estricta realidad de los números” es insuficiente para afirmar la existencia de una razón material satisfactoria. La autora concluye que deberá procederse a una aplicación analógica de las medidas previstas en la Ley 61/91 a los casos de víctimas de malos tratos no comprendidas en el ámbito subjetivo de la normativa legal, sobre todo a los hombres, con el fin de salvaguardar la constitucionalidad de la Ley.

<sup>180</sup> *Vd.* Dias, I., Guerreiro, M.<sup>a</sup> das D., “Violência na Família. (In)visibilidades de um Velho Problema Social”, en *Portugal Invisível*, Dornelas, A., Oliveira, L., Veloso, L., Guerreiro, M.<sup>a</sup> das D. (org.), Editora Mundos Sociais, 2010, pp. 159 y ss.

<sup>181</sup> Traducción nuestra. *Idem, ibidem*. Las autoras desarrollan aún las teorías explicativas de las causas de violencia y los factores de riesgo implicados.

y sexual, cuyas víctimas son, en su gran mayoría, mujeres, y que en el último extremo pueden conducir al homicidio conyugal<sup>182</sup>.

Los datos estadísticos nacionales oficiales sobre la violencia doméstica son escasos<sup>183</sup>. Sin embargo, los transmitidos por la APAV (*Associação Portuguesa de Apoio à Vítima*)<sup>184</sup> y por la DGAI (*Direção Geral da Administração Interna*)<sup>185</sup>, datos que no son totalmente coincidentes<sup>186</sup>, parecen confirmar una asimetría en lo que toca a la violencia doméstica: caracterizan aproximadamente al 80% de las víctimas como perteneciendo al sexo femenino y al 80% de los agresores como pertenecientes al sexo masculino, predominando la violencia en el contexto conyugal o similar.

Se puede encontrar esta misma percepción en alguna doctrina laboral que trata el tema<sup>187</sup>, así como en el IV PNCVD.

Sin embargo, cabe preguntar si este modelo de análisis puede falsear la realidad de la violencia doméstica al estudiar solamente una parte del problema. Por eso, estos números deben ser ponderados teniendo en cuenta dos factores, por un lado, la opacidad de la violencia contra hombres y, por otro, la opacidad de la violencia entre parejas homosexuales, concretamente lésbicas.

De hecho, varios estudios sociológicos desarrollados sobre este tema, basados en un modelo bidireccional, consideran que la violencia de la mujer sobre el hombre, en relaciones de tipo conyugal, asume proporciones idénticas en los dos sexos, a pesar de permanecer más invisible (social y científicamente) que las otras modalidades de violencia

---

<sup>182</sup> Traducción nuestra.

<sup>183</sup> El *Instituto Nacional de Estatística* (INE) solo proporciona datos estadísticos sobre crímenes registrados por las autoridades policiales, identificados por categorías amplias, como, por ejemplo, crímenes contra las personas. Cf. Dias, I., Guerreiro, M.<sup>a</sup> das D., *op. cit.*, pp. 164 y ss.

<sup>184</sup> En términos absolutos (2012), 5669 mujeres y 646 hombres – *Estatísticas APAV Relatório Anual 2012*, en [http://apav.pt/apav\\_v2/images/pdf/Estatisticas\\_APAV\\_Totais\\_Nacionais\\_2012.pdf](http://apav.pt/apav_v2/images/pdf/Estatisticas_APAV_Totais_Nacionais_2012.pdf)

<sup>185</sup> *Violência doméstica*, 2011, en [http://www.dgai.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Relatprio%20VD%202011\\_%20Participacoes%20as%20FS.pdf](http://www.dgai.mai.gov.pt/cms/files/conteudos/Relatprio%20VD%202011_%20Participacoes%20as%20FS.pdf)

<sup>186</sup> A pesar de la referencia a años diferentes (APAV 2012 y DGAI 2011), puede verse la misma disparidad cuando comparamos estos últimos datos con los de la APAV 2011.

<sup>187</sup> Beza, T. P., “Violência Doméstica”, *Revista do CEJ*, 2008, 8, pp. 281 y ss.; Vasconcelos, J., “Sobre a Protecção da Vítima de Violência Doméstica no Direito do Trabalho Português”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1-4, 2010, p. 103, nota 1; Pinto, P. F., “A Protecção da Vítima do Crime de Violência Doméstica no Foro Laboral”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 85, 2010, pp. 123 y ss.; Amado, J. L., *Contrato de Trabalho*, 3.<sup>a</sup> edición, Coimbra Editora, 2011, p. 264, nota 379.

doméstica<sup>188</sup>, aunque las mujeres “tengan una probabilidad superior de sufrir lesiones”, como resultado de la “asimetría de complexiones físicas”, y asuman prevalentemente actitudes de victimización<sup>189</sup>. Algunos autores llegan incluso a afirmar que los hombres practican, en general, más actos de violencia contra otros hombres, mientras que las mujeres son más propensas a dirigir su violencia sobre los hombres, concluyendo que la violencia de género “se aplica quizás más a la violencia practicada por mujeres sobre hombres que al contrario”<sup>190</sup>.

Por otro lado, la tasa de violencia entre parejas del mismo sexo, incluyendo parejas lésbicas, es igual, si no superior, a las tasas de violencia entre parejas heterosexuales<sup>191</sup>. No obstante, la invisibilidad aumenta, fruto de una mayor vulnerabilidad derivada de la homofobia, del aislamiento, de la ausencia de redes sociales de apoyo, de las amenazas de revelación no consentida en cuanto a la orientación sexual (*outing*), de la falta de formación de los agentes institucionales, así como por razones de orden cultural que asocian la violencia doméstica a un paradigma binario de género. Las víctimas lésbicas de violencia doméstica se enfrentan, por lo tanto, un “doble estigma: como lesbianas y como víctimas de violencia”<sup>192</sup>.

Se justifica, por lo tanto, que el trato jurídico de la violencia doméstica sea

---

<sup>188</sup> Las razones justificativas apuntadas son de diversa índole. Además de la menor incidencia de estudios dirigidos al fenómeno de la violencia contra los hombres, sobresale la menor percepción de la violencia por parte de estos (que lo ven como “peleas normales”), la memoria limitada de aquellos eventos y el “tabú” de ciertos comportamientos “no asignables”. Cf. Dias, I., Guerreiro, M.<sup>a</sup> das D., *op. cit.*, p. 165; Ramos, M.<sup>a</sup> E., *Da Intervenção do Estado na Questão da Violência Conjugal em Portugal*, Almedina, p. 5, 50 y ss.

<sup>189</sup> Cfr. Dias, I., Guerreiro, M.<sup>a</sup> das D., *op. cit.*, pp. 163 y ss. Traducción nuestra.

<sup>190</sup> Felson, “Is violence against women about women or about violence?”, *Contexts* 5, pp. 21 ss., *apud* Dias, I., Guerreiro, M.<sup>a</sup> das D., *op. cit.*, p. 164. Traducción nuestra.

<sup>191</sup> Cf. Dias, I., Guerreiro, M.<sup>a</sup> das D., *op. cit.*, p. 165; Santos, A. C., “Entre Duas Mulheres Isso Não Acontece’ – Um Estudo Exploratório sobre Violência Conjugal Lésbica”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 98, 2012, p. 4 y ss.

<sup>192</sup> Este análisis es realizado por Santos, A. C., *op. cit.*, p. 4 y ss. La autora refiere incluso la “doble discriminación” y el “doble armario» de los que son víctimas las mujeres lésbicas en situación de violencia. Como paradigma de esta visión en el ordenamiento jurídico portugués se citan las declaraciones de la *Associação Sindical de Juizes* que, en el ámbito de la reforma penal de 2007, consideró sin sentido la ampliación del crimen de violencia doméstica a parejas del mismo sexo por no estar mínimamente demostrado que esas situaciones existen” (traducción nuestra)

<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/juizes-consideram-que-nao-existe-violencia-domestica-entre-casais-homossexuais-1280235>;

[http://www.tsf.pt/paginainicial/interior.aspx?content\\_id=878508](http://www.tsf.pt/paginainicial/interior.aspx?content_id=878508);

[http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content\\_id=650267](http://www.dn.pt/inicio/interior.aspx?content_id=650267).

amplio en términos de género y que los estudios de contenido sociológico, psicológico y estadístico asuman naturaleza bidireccional, descartando el velo de la invisibilidad que cubre a otras modalidades de violencia doméstica. El problema de la violencia doméstica parece centrarse más en la existencia de relaciones de poder que en cuestiones de género propiamente dichas<sup>193</sup> y no es exclusivo de las parejas heterosexuales<sup>194</sup>. Los estudios sociológicos han sido decisivos para sacar a la luz esta realidad y llamar la atención sobre la necesidad de traer al campo de análisis medidas de política pública direccionadas a la intervención sobre este problema social, y han encontrado algún eco en el IV PNCVD, que incluye en la categoría de víctimas especialmente vulnerables a lésbicas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT)<sup>195</sup>.

La posibilidad puesta de manifiesto en estos estudios de que los datos estadísticos no reflejan íntegramente la realidad de la violencia doméstica, empeora las dudas ya antes suscitadas por alguna doctrina, en cuanto a la calificación que reserva la protección contra la violencia doméstica a las mujeres como una medida de discriminación positiva<sup>196</sup>. Consecuentemente, la exclusión de hombres víctimas de violencia doméstica y de mujeres homosexuales víctimas de violencia por parte de su pareja<sup>197</sup> crea un gran riesgo de atentar contra el principio de igualdad,

---

<sup>193</sup> Como apunta Ramos, M.<sup>a</sup> E., *Da Intervenção do Estado na Questão da Violência Conjugal em Portugal*, *op. cit.*, pp. 52-54, es muy reductor justificar el comportamiento violento únicamente en una discriminación en función del género. La violencia conyugal es un fenómeno complejo que no puede ser reducido a una mera cuestión de género, asumiéndose cada vez menos como unidireccional.

<sup>194</sup> Sobre esta cuestión, Villalba Sánchez, A., «Violencia de género *versus* violencia doméstica. Perspectiva hispano-lusa», en *Violencia de Género y Derecho del Trabajo. Estudios Actuales sobre Puntos Críticos*, Mella Méndez, L. (Dir.), La Ley, 2012, p. 755, refiere las reivindicaciones del colectivo homosexual en España “demandando su derecho a una igual tutela ante agresiones por parte de su cónyuge o pareja, pues la diferencia de roles no es un rasgo privativo de las relaciones heterosexuales”.

<sup>195</sup> Cfr. *Resolução do Conselho de Ministros* 100/2010, *cit.*, p. 5766.

<sup>196</sup> Contestando a esta calificación, Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 562 y ss. Incluso admitiendo que las estadísticas traducen correctamente la realidad, el autor entiende que esa circunstancia es insuficiente para reconocer la ley española como una medida de discriminación positiva, pues “el principio de discriminación no entiende de estadísticas; lo que importa no es la cantidad de los afectados sino la condición injusta del trato discriminatorio. La exclusión de los hombres como víctimas de la violencia doméstica no es defendible con el argumento de que en la gran mayoría de los casos las víctimas sean mujeres; las víctimas varones dejen de serlo por su condición minoritaria”.

<sup>197</sup> Newton, P. C. de la C., *Empleo y Sexismo. Medidas de Protección e Inserción Sociolaboral de las Mujeres Víctimas de Violencia de Género en el seno de la Pareja*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 47-48, reconoce que “la agresión física, psíquica o sexual en el ámbito de la pareja constituye una lacra social que debe ser rechazada, con independencia del tipo de relación

infringiendo las normas constitucionales y el Derecho de la Unión Europea.

En conclusión, nos parece claramente preferible un abordaje neutro del fenómeno de la violencia doméstica ya que, por un lado, el bien jurídico afectado, con mayor o menor incidencia, no es exclusivo de un sexo o de las parejas heterosexuales<sup>198</sup>, lo que suscita problemas delicados de articulación con el principio de igualdad; y, por otro, como bien observa Alicia Villalba Sánchez, esa es una solución más coherente con la evolución de la sociedad por su naturaleza atemporal y “se compadece mejor con la función que el ciudadano demanda al ordenamiento jurídico”<sup>199</sup>.

## 2. Protección laboral conferida por la Ley 112/2009 y por el Código del Trabajo portugués (*Código do Trabalho*)

Un primer grupo de medidas de protección social tiene como objetivo asegurar que la víctima de violencia doméstica conserve su empleo, algo esencial para la normalización de su vida, para su independencia económica, para su inclusión social y para la recuperación de autoestima<sup>200</sup>.

---

involucrada: homosexual o heterosexual”. En efecto, “la mayoría de las relaciones homosexuales plantean los mismos problemas, roles y desigualdades que las parejas heterosexuales”. “La relación de dominación no es equivalente al binomio hombre/mujer. Por esto la norma puede reaccionar frente a situaciones de dominación, pero debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante”.

<sup>198</sup> En las palabras de Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, p.753, “entiende el legislador luso que toda víctima ha de ostentar su derecho a la indemnidad con independencia de su sexo u orientación sexual, postura que también ha sido defendida por doctrina española, sosteniendo que la menor frecuencia de las agresiones padecidas por varones a mano de sus mujeres, o dentro de parejas del mismo sexo, no implica la inexistencia de un bien jurídico digno de protección al amparo del mismo derecho a la igualdad y a la no discriminación que pueden esgrimir las mujeres”.

<sup>199</sup> Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, p. 755. Explica la autora que se “puede concluir que mientras la LOVG, examinando tiempos pasados, trata de desarraigar una práctica que no es más que uno de tantos síntomas de la discriminación que han padecido las mujeres a lo largo de la historia, la LVD [Ley 112/2009] aborda la violencia como manifestación de las relaciones de subordinación insanas dentro de la pareja, realidad consustancial a la dependencia sentimental que existe hoy y existirá en el futuro una vez superada la discriminación sexual. La cuestión, de nuevo, es que la sociedad evoluciona mucho más rápido que el Derecho, y en ese aspecto, la norma lusa se perfila como atemporal y comprensiva de un mayor elenco de supuesto de hecho que la LOVG, por lo que se compadece mejor con la función que el ciudadano demanda al ordenamiento jurídico”.

<sup>200</sup> En este sentido, Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 105 y ss.; Monereo Pérez, J. L., Triguero

A ese efecto, el legislador atribuye a la víctima de violencia doméstica un conjunto de derechos que condicionan los poderes directivo y organizativo del empleador, aunque este sea extraño al fenómeno de la violencia doméstica cuyo origen es extra laboral<sup>201</sup>.

Este régimen jurídico ha estado fuertemente inspirado en la legislación española (Ley Orgánica 1/2004, de 28/12, de medidas de protección integral contra la violencia de género), aunque el legislador nacional se haya alejado, a veces, del modelo del país vecino, no siempre de forma sensata<sup>202</sup>; y consta de dos normas fundamentales: la Ley 112/2009, ya referida, que ha establecido el régimen jurídico aplicable a la prevención de la violencia doméstica, a la protección y a la asistencia de sus víctimas y el Código del Trabajo portugués (*Código do Trabalho* – en adelante CT)<sup>203</sup>. La articulación entre estas dos normas, publicadas con pocos meses de intervalo, no está exenta de dudas, pues, al contrario de lo que sucede en el ordenamiento jurídico español, existe una superposición de regímenes jurídicos, no siempre totalmente coincidentes, y una remisión aparentemente parcial y poco clara realizada por el art. 42 de la Ley 112/2009 al CT<sup>204</sup>.

### **2.1. Movilidad Geográfica: traslado o cambio de lugar de trabajo a solicitud del trabajador o trabajadora**

En los términos del art. 42 de la Ley 112/2009, que remite al CT (art. 195)<sup>205</sup>, el trabajador o trabajadora víctima de violencia doméstica tiene derecho a ser trasladado o trasladada, temporal o definitivamente<sup>206</sup>, si así

---

Martínez, L. A., *op. cit.*, p. 41; Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 147.

<sup>201</sup> Sobre el desplazamiento del riesgo personal a la empresa, *vd.* Terradillos Ormaetxea, E., “La Protección de la víctima de violencia de género en el ET (II): Movilidad geográfica”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de Género y Derecho del Trabajo. Estudios Actuales sobre Puntos Críticos*, La Ley, 2012, pp. 352 y ss.

<sup>202</sup> Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 112.

<sup>203</sup> El CT ha sido aprobado por la Ley 7/2009, de 12/02, rectificado por la *Declaração de Retificação* de la Asamblea de la República 21/2009, de 18/03, reglamentado por la Ley 105/2009, de 14/09, y alterado por las Leyes 53/2011 de 14/10, 23/2012 de 25/06, 47/2012 de 29/08, y 69/2013 de 30/08.

<sup>204</sup> Sobre las dificultades de articulación entre el CT y la Ley 112/2009, *vd.* Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 112 y ss.

<sup>205</sup> Como explica Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 115, nota 26, la novedad esencial del art. 42.º Ley 112/2009, cuando se compara con el art. 195 del CT, reside en la ampliación del régimen a los trabajadores que ejercen funciones públicas.

<sup>206</sup> Se hace notar que, en el Derecho portugués (arts. 194 ss. del CT), la expresión “traslado” (*transferência de local de trabalho*) o “movilidad geográfica” (*movibilidade geográfica*)

lo solicita, a otro centro de trabajo de la empresa, encontrándose el empleador obligado a garantizar la confidencialidad de la situación cuando le sea solicitado, para evitar que la víctima pueda ser localizada por su agresor.

No obstante, dicho derecho solo se constituye desde que se verifiquen tres requisitos cumulativos.

En primer lugar, tiene que tratarse de una empresa con varios centros de trabajo, hecho que presupone, por regla general, que se trate de una empresa de media o gran dimensión<sup>207</sup>. En este caso, parece que el trabajador o la trabajadora podrá elegir el centro de trabajo que desee, considerando que el traslado se hace en el interés de la víctima y no del empleador<sup>208</sup>, con las limitaciones que referiremos *infra* previstas en el apartado 2 del art. 195 del CT<sup>209</sup>. Lo mismo sirve para el carácter definitivo o temporal de la misma y, en esta última hipótesis, para su duración<sup>210</sup>, dentro de las condiciones previstas en el apartado 2 de los preceptos referidos que analizaremos *infra*. Si el trabajador o trabajadora opta por un traslado temporal, el empleador podrá recurrir al contrato de interinidad para su sustitución (art. 140.1.2.a) CT), aunque no se beneficie de las bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social como sucede en el país vecino (art. 21.3 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre)<sup>211</sup>.

---

tiene un alcance más amplio que en el Derecho español (art. 40 ET), una vez que incluye las modificaciones temporales o definitivas que pueden implicar cambio de domicilio o no.

<sup>207</sup> Así, Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 547; Carvalho, C. de O., *Da Dimensão da Empresa no Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2011, pp. 350 y ss.

<sup>208</sup> En este sentido, Amado, J. L., *op. cit.*, p. 265 y nota 380. Pinto, P. F., *op. cit.*, p. 135, invoca el principio de la buena fe en la articulación de los intereses de las partes.

<sup>209</sup> El art. 40.3 *bis* ET impone al empleador la obligación de informar al trabajador(a) sobre “las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro”, aunque nada prevea sobre la forma o plazo de dicha comunicación, brecha criticada por alguna doctrina (sobre esta cuestión, cf. Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, pp. 367 y ss.). El Derecho portugués no contiene una disposición similar expresa, pero la misma debe considerarse implícita, pudiendo subsumirse al deber general de información previsto en el art. 106.1 CT.

<sup>210</sup> Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 122. El Derecho español regula de forma más detallada el problema de la duración temporal: “el traslado o el cambio de centro de trabajo tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora. Terminado este período, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva” (art. 40.3 *bis*). Sobre esta obligación de reserva, *vd.* Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, pp. 372 y ss.

<sup>211</sup> *Vd.* Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *op. cit.*, p. 128; Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 154; Newton, P. C. da C., *op. cit.*, p. 189 y ss.; Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*,

En segundo lugar, el art. 42 de la Ley 112/2009 exige la presentación de denuncia, pues esta es un requisito de atribución de la condición de víctima<sup>212</sup>.

Sin embargo, el art. 42 de la Ley 112/2009 remite al régimen previsto en el CT, que parece más exigente en este punto, al imponer la presentación de denuncia por la víctima. Dicha imposición, prevista en el art. 195 del CT, ha suscitado perplejidad en la doctrina al tratarse de un crimen público<sup>213</sup> y, por lo tanto, no depender de denuncia por parte de la víctima<sup>214</sup>. Por ese motivo, debe entenderse que basta la denuncia, aunque esta no sea presentada por la víctima, por no justificarse una diferencia de tratamiento en estos casos respecto a la *ratio legis*<sup>215</sup>.

Finalmente, un tercer requisito, de verificación diferida<sup>216</sup>, exige la salida del domicilio familiar en el momento en que se efectúe el traslado, exigencia que no se encuentra presente en el Derecho Español (art. 40.3 *bis* del Estatuto de los Trabajadores<sup>217</sup>)<sup>218</sup>. Esta exigencia también es objeto

---

p. 375.

<sup>212</sup> Según el art. 14 de la Ley 112/2009, la atribución del estatuto de víctima depende solamente de la presentación de denuncia del crimen de violencia doméstica si no existieran fuertes indicios de que la misma es infundada. En este caso, las autoridades judiciales o los órganos de policía criminal competentes atribuyen a la víctima un documento justificativo del estatuto de víctima. Excepcionalmente, el estatuto de víctima puede ser atribuido por la *Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género*. Los modelos de documentos justificativos de la atribución del estatuto de víctima constan de la *Portaria* 229-A/2010, de 23 de abril. En España, también es necesaria la acreditación de la condición de víctima de violencia de género, con fundamento en una orden de protección que presupone la denuncia por la propia víctima o por terceros (art. 23 de la Ley Orgánica 1/2004). Sin embargo, se trata de un proceso más complejo que el portugués. Para un análisis de este procedimiento, *vd.* Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *op. cit.*, pp. 109 y ss.; Martín Valverde, A., *op. cit.*, pp. 544 y ss. Para una análisis crítica de los mecanismos previstos para la acreditación, *vd.* Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, pp. 155 y ss.; Nevado Fernández, M. J., *op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>213</sup> Sobre la evolución legislativa que ha conducido a esta calificación del tipo penal, *vd.* Beleza, Teresa Pizarro, *op. cit.*, pp. 286 y ss.; Pinto, P. F., *op. cit.*, pp. 128 y ss.; Ferreira, M.<sup>a</sup> Elisabete, *op. cit.*, pp. 78 y ss.

<sup>214</sup> Cf. Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 116 y ss.; Pinto, P. F., *op. cit.*, p. 132; Amado, J. L., *op. cit.*, pp. 265-266.

<sup>215</sup> Amado, J. L., *op. cit.*, p. 266.

<sup>216</sup> Cfr. Brito, P. M. de, en AA.VV., *Código do Trabalho anotado*, 9ª edición, Almedina, 2012, p. 474. El hecho de no tener que encontrarse verificado en el momento del pedido del trabajador(a) lleva a Amado, J. L., *op. cit.*, p. 265, a no considerarlo un verdadero presupuesto de la constitución del derecho.

<sup>217</sup> En adelante ET.

<sup>218</sup> Cf. Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *op. cit.*, pp. 126 y ss.; Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, pp. 757-758; Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, pp. 362 y ss. Faraldo Cabana, Cristina, *op. cit.*, p. 149, explica que el concepto de traslado utilizado en el art.

de justas críticas por parte de la doctrina, por reducir a un único patrón todos los casos de violencia doméstica e imponer, por eso, una solución que puede mostrarse innecesaria, injustificada y desproporcionada en el caso concreto<sup>219</sup>. Se suma el hecho de que, como hemos visto, el crimen de violencia doméstica no exige cohabitación entre víctima y agresor, por lo que no se justifica dicha exigencia en esa situación<sup>220</sup>.

En cualquier caso, aunque se cumplan los requisitos referidos, el empleador puede retrasar el traslado con fundamento en por lo menos uno de los siguientes motivos enunciados en el apartado 2 de los arts. 195 del CT y 42 de la Ley 112/2009: i) exigencias imperiosas ligadas al funcionamiento de la empresa o servicio; ii) o incluso hasta que exista un puesto de trabajo compatible<sup>221</sup> disponible.

Como explica Joana Vasconcelos, el derecho a ser trasladado constituye un derecho potestativo del trabajador o trabajadora, por lo que el empleador nunca podrá recusar el traslado, sino tan solo posponerlo<sup>222/223</sup>. Sin embargo, la latitud de la cláusula general utilizada por el legislador y el hecho de que no se encuentre previsto ningún límite temporal para el

---

40.3 *bis* ET tiene un alcance más amplio que en los números anteriores del precepto, al incluir simples cambios de centro de trabajo que se producen “dentro de la misma localidad o a otra localidad sin necesidad de cambio del lugar de residencia”. La legislación española, al contrario de la portuguesa, prevé subvenciones para financiar los gastos derivados del traslado – cf. Mella Méndez, L., “El Programa estatal de inserción sociolaboral de las víctimas de violencia de género en España: una visión general”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, 2012, pp. 288 y ss.

<sup>219</sup> Diversas situaciones en las que el abandono del domicilio familiar puede ser injustificado son referidas por Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 118 y ss., y Pinto, P. F., *op. cit.*, p. 133. La primera autora advoca una interpretación restrictiva de la norma de forma a abarcar solamente las situaciones en que dicha salida sea “impuesta por las mismas exigencias de protección de la integridad física y psicológica y/o reorganización de la vida de la trabajadora que hacen necesario el cambio de lugar de trabajo”. Traducción nuestra.

<sup>220</sup> Así, Pinto, P. F., *op. cit.*, pp. 133-134, y Amado, J. L., *op. cit.*, p. 265, nota 381.

<sup>221</sup> El legislador español ha explicitado que este derecho se refiere a otro puesto de trabajo «del mismo grupo profesional o categoría equivalente» (art. 40.3 *bis* ET), conceptos definidos en el art. 22.2.3 ET, hecho que parece presuponer “una movilidad funcional añadida”. Cfr. Terradillos Ormaetxea, E., *op. cit.*, pp. 359 y ss.

<sup>222</sup> Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 121. En términos próximos, Amado, J. L., *op. cit.*, p. 265.

<sup>223</sup> Amado, J. L., *op. cit.*, p. 266, nota 382, coloca la cuestión de saber “lo que sucede si, después del traslado (...), el procedimiento criminal es archivado o el presunto autor del crimen absuelto. ¿Todo queda igual? ¿O la trabajadora deberá regresar al anterior lugar de trabajo?”. El autor defiende que “el regreso al anterior lugar de trabajo solo se justificará en caso de conducta claramente fraudulenta de la trabajadora, incluso porque, como es sabido, el archivo o la absolución pueden ser dictados, tan solo, por falta o insuficiencia de pruebas, no significando que la violencia doméstica objeto de denuncia no haya existido en realidad (*in dubio pro reo...*)”. Traducción nuestra.

aplazamiento pueden, en la práctica, inutilizar este derecho<sup>224</sup>.

En el caso de que el empleador inviabilice, injustificadamente, el traslado solicitado, el trabajador dispone de los siguientes mecanismos de tutela<sup>225</sup>: suspensión del contrato de trabajo, demanda judicial de cumplimiento, eventualmente acompañada de una *astreinte* (*sanção pecuniária compulsória* - art. 829-A del Código Civil<sup>226</sup>), responsabilidad civil y resolución del contrato por voluntad del trabajador, en los términos del apartado 2 del art. 394 CT. Además, el apartado 5 del art. 195 CT prevé responsabilidad administrativa del empleador (*contraordenação grave*).

## 2.2. Suspensión del contrato de trabajo

En la hipótesis de que no exista otro centro de trabajo del mismo empleador o en los casos de aplazamiento del traslado por los motivos explicados en el punto anterior, el trabajador o trabajadora tiene el derecho potestativo de suspender de inmediato el contrato de trabajo (art. 296.2 CT)<sup>227</sup>.

En estos términos, la suspensión parece reconducirse a un mecanismo de tutela subsidiario con respecto al traslado<sup>228</sup>, por lo que los requisitos constitutivos de la movilidad geográfica, analizados *supra*, también deberán verificarse en este caso<sup>229</sup>.

Se justifica la admisibilidad de la suspensión del contrato de trabajo de manera autónoma y alternativa respecto al traslado pues, como explica Joana Vasconcelos, no derivarían otros cargos para el empleador o para la Seguridad Social<sup>230</sup>. No obstante, pensamos que tal solución es difícilmente defendible *de iure condito*. No obstante, *de iure condendo*, nos

<sup>224</sup> Con esta convicción, Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 121.

<sup>225</sup> Amado, J. L., *op. cit.*, 268; Brito, P. M. de, *op. cit.*, p. 474.

<sup>226</sup> Figura similar a las “multas coercitivas” del ordenamiento jurídico español.

<sup>227</sup> Lo mismo sucede en el Derecho español: la trabajadora puede suspender el contrato de trabajo o solicitar la “excedencia voluntaria”, siendo que, en el segundo caso, la trabajadora se queda en una “situación de paro sin derecho a prestaciones, causando la trabajadora baja en el régimen de la Seguridad Social”. Cf. Faraldo Cabana, C., *op. cit.*, p. 151. En el sentido de que se trata de un derecho potestativo de la trabajadora, Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 548. En el caso de las empleadas públicas, se encuentra previsto un régimen específico de “excedencia por razón de violencia de género” al lugar de la suspensión. Respecto a esto, *vd.* Selma Penalva, A., *op. cit.*, pp. 1051 y ss.

<sup>228</sup> Cfr. Ramalho, R. P., *Direito do trabalho. Parte II. Situações laborais individuais*, 4ª edición, Almedina, 2012, p.737.

<sup>229</sup> *Vd.* Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 127.

<sup>230</sup> *Ibidem*, pp. 126-127.

parece más adecuada la solución prevista en la legislación española (art. 45.1.n) ET) que prevé la suspensión del contrato como medida alternativa a la movilidad geográfica y no subsidiaria<sup>231</sup>.

Sin embargo, el régimen español es menos favorable que el régimen luso, pues “el período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder los seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses” (art. 48.6 ET)<sup>232</sup>. En Portugal, sin embargo, no se prevé un límite máximo de duración del período de suspensión. ¿Hasta cuándo quedará suspenso el contrato? Si el trabajador o trabajadora espera por el traslado a otro centro de trabajo, la suspensión se mantendrá hasta que dicho traslado ocurra. Pero en los casos en que no exista otro centro de trabajo del mismo empleador, dicha delimitación temporal nos parece difícil. Según Leal Amado, “el contrato quedará suspenso por el período que la propia trabajadora considere necesario”<sup>233</sup>.

Por último, si la suspensión del contrato de trabajo permite al trabajador o trabajadora mantener el derecho al puesto de trabajo, implica la pérdida de salario<sup>234</sup>, sin ninguna contrapartida social específica sustitutiva, lo que podrá frustrar los objetivos de tutela de la víctima de violencia doméstica.<sup>235</sup> El trabajador o trabajadora podrá beneficiarse solo de la renta mínima de inserción (*rendimento social de inserção*) en términos generales, si cumple los requisitos y condiciones a ese efecto, aun siendo su edad inferior a los 18 años (art. 46 de la Ley 112/2009 que remite al art. 4.2 de la Ley 13/2003, de 21 de mayo<sup>236</sup>), tramitándose la petición con carácter de urgencia. La víctima puede, además, beneficiarse de una indemnización anticipada del Estado cuando se encuentre en “situación de grave carencia económica” a consecuencia del crimen de violencia

---

<sup>231</sup> Como explica Nevado Fernández, M. J., *op. cit.*, p. 19, el derecho de suspensión no es “graciable para el empresario, ni siquiera se ha de llegar a él cuando la previsión de otras medidas, del tipo cambio de horario, de centro, etc., no se hayan ejercitado por el sujeto titular de tales derechos”.

<sup>232</sup> Sobre el tema, *vd.* Castro Mejuto, L. F., “La Protección de la víctima de violencia de género en el ET (III): Suspensión contractual», en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, pp. 401 y ss.

<sup>233</sup> Amado, J. L., *op. cit.*, p. 267, nota 385. Traducción nuestra.

<sup>234</sup> En sentido divergente, se ha pronunciado Brito, P. M. de, *op. cit.*, p. 474.

<sup>235</sup> Con este entendimiento, Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 127-128, y Ramalho, R. P., *op. cit.*, p. 737.

<sup>236</sup> Alterada por la Ley 45/2005, de 29 de agosto, y por el *Decreto-Ley* 133/2012, de 27 de junio, que ha publicado de nuevo la Ley 13/2003.

doméstica, cuyo montante no puede exceder del equivalente mensual al salario mínimo durante el período de seis meses, prorrogable por igual período (arts. 5 y 6 de la Ley 104/2009, de 14 de septiembre).

Ya en el país vecino, la trabajadora víctima de violencia doméstica que suspenda el contrato de trabajo se considera en “situación legal de desempleo”; es decir, en situación de desempleo protegido, si se cumplen los restantes requisitos legales<sup>237</sup>, y el tiempo de suspensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo<sup>238</sup>, modelo más acertado “que obedece a una idea de responsabilidad social frente a la víctima”<sup>239</sup>.

### 2.3. Teletrabajo

En alternativa al traslado, el trabajador o trabajadora víctima de violencia doméstica puede optar por pasar a ejercer su actividad en régimen de teletrabajo (art. 166.2 CT), derecho que no aparece recogido en la legislación española, aunque alguna doctrina considere que esta figura puede encontrarse incluida en las posibilidades flexibilizadoras del régimen de tiempo de trabajo reguladas en el art. 37.7 ET y mencionadas *infra*<sup>240</sup>.

Se trata también aquí de un derecho potestativo del trabajador o trabajadora, que depende de la verificación de los presupuestos analizados en el ámbito del traslado, a los cuales se suma un requisito adicional evidente: el régimen de teletrabajo tiene que ser compatible con la actividad desarrollada<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> Cf. Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 551.

<sup>238</sup> Para más *vd.* Selma Penalva, A., *op. cit.*, pp. 1052 y ss.

<sup>239</sup> Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, p. 761.

<sup>240</sup> En este sentido, Selma Penalva, A., *op. cit.*, p. 1044; Newton, P. C. da C., *op. cit.*, p. 133. Sin embargo se puede “llevar a cabo tal cambio si así lo contempla la negociación colectiva, o por acuerdo entre el empresario y la trabajadora”. Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, p. 759.

<sup>241</sup> Según Ramalho, R. P., *op. cit.*, p. 296, corresponde al empleador “evaluar la presencia del requisito de la compatibilidad de la prestación de trabajo con el desplazamiento de las instalaciones de la empresa (en la medida en que ni todas las actividades laborales consienten esta forma de desarrollo y, de todas formas, el teletrabajo está limitado, por definición, a las actividades prestadas con recurso intensivo a tecnologías de información y comunicación”. Pinto, P. F., *op. cit.*, p. 140, defiende que, en caso de que el ejercicio de este derecho sea negado por el empleador, el trabajador tendrá que instaurar una demanda judicial “precedida, si fuera el caso, de una medida cautelar, correspondiendo al trabajador probar que el tipo de trabajo por él desarrollado puede ser efectuado a través del teletrabajo”. Traducción nuestra.

No obstante, de manera distinta a lo que sucede con la movilidad geográfica, el empleador no puede recusar la petición, tal como resulta del apartado 3 del art. 166.

Se acentúa la dificultad de articulación del régimen de teletrabajo con la exigencia referente a la necesidad de abandono de la residencia de la familia, hecho que parece presuponer modalidades de teletrabajo en posiciones móviles (*mobile telework*) o telecentros<sup>242</sup>, salvo si se opta por la interpretación restrictiva del art. 195.1.b), defendida por Joana Vasconcelos, según la cual “la prestación de teletrabajo en el domicilio solo será inviable, en razón de la salida de la trabajadora de la casa de residencia de la familia, cuando tal solución se le imponga por razones de protección de su integridad física y psicológica y/o reorganización de su vida”<sup>243</sup>.

En este contexto, se justifica, como defiende Pedro Freitas Pinto, una interpretación restrictiva del art. 167 CT, norma que consagra algunos límites específicos cuando el trabajador o la trabajadora no haya sido contratado *ab initio* en régimen de teletrabajo, concretamente el plazo de tres años (u otro previsto en convenio colectivo) y la posibilidad de denuncia en los primeros 30 días de ejecución del contrato y consiguientemente retomar la prestación laboral en las instalaciones de la empresa<sup>244</sup>. En efecto, el art. 167 ha sido pensado para proteger al trabajador o trabajadora titular de un contrato de trabajo “típico” que pasa a desempeñar sus funciones en régimen de teletrabajo por acuerdo con el empleador, por lo que la respectiva *ratio* no comprende situaciones como la que justifica el cambio de régimen impuesto por el trabajador o trabajadora víctima de violencia doméstica.

#### 2.4. Trabajo a tiempo parcial

De acuerdo con el art. 41 de la Ley 112/2009, el empleador debe atender, “siempre que sea posible” y cuando la dimensión y naturaleza de la empresa lo permitan, a la “petición del trabajador a tiempo completo que sea víctima de violencia doméstica a cambiar a un trabajo a tiempo parcial que se encuentre disponible en el órgano o servicio”, o al contrario, incluyendo el “incremento de su tiempo de trabajo”.

La utilización del concepto jurídico indeterminado “siempre que sea

---

<sup>242</sup> Amado, J. L., *op. cit.*, pp. 153-153; Dray, G., en AA.VV., *Código do trabalho anotado*, 9ª edición, Almedina, 2012, p. 421; Ramalho, R. P., *op. cit.*, pp. 295-296.

<sup>243</sup> Vasconcelos, J., *op. cit.*, p. 132. Traducción nuestra.

<sup>244</sup> Pinto, P. F., *op. cit.*, p. 141.

posible” dificulta la asequibilidad práctica de esta facultad, agravada por la inexistencia de responsabilidad administrativa en caso de incumplimiento. Como refiere Pedro Freitas Pinto, este precepto no atribuye al trabajador o trabajadora un derecho potestativo, “solamente apelando, como se refiere en su epígrafe, a la “colaboración de las entidades empleadoras””<sup>245</sup>.

De cualquier modo, nos parece claro que la dimensión de la empresa constituye un factor esencial en la verificación del concepto indeterminado, haciéndose más comprensible, por regla general, el rechazo del empleador a la medida que disminuye la dimensión empresarial<sup>246</sup>.

Este precepto poco añade a la solución general, prevista en el art. 156 CT, que ya impone un deber de contenido idéntico al empleador respecto a todos los trabajadores que pretendan pasar a trabajar a tiempo completo o al contrario. La única novedad impuesta por el art. 41 de la Ley 112/2009 se encuentra en atribuir prioridad en la elección entre varios candidatos al trabajador o trabajadora víctima de violencia doméstica<sup>247</sup>.

Sin embargo, en España, el legislador ha conferido a la trabajadora víctima de violencia doméstica una mezcla de posibilidades flexibilizadoras del régimen de tiempo de trabajo, solución claramente más protectora. En éstos términos, el art. 37.7 ET permite “la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario [tanto para trabajadoras a tiempo completo como a tiempo parcial<sup>248</sup>] o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa”<sup>249</sup>.

---

<sup>245</sup> Pinto, P. F., *op. cit.*, p. 139.

<sup>246</sup> Sobre la cuestión de la relevancia de la dimensión empresarial en el art. 156 del CT, *vd.* Carvalho, C. de O., *op. cit.*, pp. 263 y ss.

<sup>247</sup> La exigüidad de la tutela conferida por este precepto es también defendida por Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 114-115, nota 25.

<sup>248</sup> Cf. Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, p. 756. Para Martínez Yáñez, N., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (I): Reducción y reordenación del tiempo de trabajo”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, p. 314, la reducción de la jornada de trabajo no convierte a la trabajadora a tiempo completo que hace uso de ella en una trabajadora a tiempo parcial: se trata solamente de una trabajadora a tiempo completo con jornada reducida, “de modo que no son de aplicación a estos supuestos las normas laborales o de Seguridad Social que regulan el trabajo a tiempo parcial”. En sentido opuesto, Newton, P. C. da C., *op. cit.*, p. 128, postura compartida también por la doctrina portuguesa.

<sup>249</sup> Estos derechos individuales se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa

## 2.5. Justificación de ausencias

El art. 43 de la Ley nº 112/2009 añade a la enumeración de las causas justificativas de las ausencias previstas en el art. 249 CT<sup>250</sup> las “motivadas por imposibilidad de prestar trabajo en razón de la práctica del crimen de violencia doméstica”.

La redacción de la cláusula general puede suscitar dudas legítimas respecto al alcance de los motivos justificativos de la ausencia. En este sentido, Joana Vasconcelos entiende que integran la hipótesis de la norma “las “ausencias o retrasos” motivados “por la situación física o psicológica derivada de la violencia” sufrida», a semejanza de lo dispuesto en el art. 21.4 da Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, o las “derivadas de las exigencias de recuperación por parte de esta (v.g. consultas médicas, fisioterapia)”<sup>251</sup>.

El art. 43 de la Ley 112/2009 no dice nada más en cuanto al régimen de estas ausencias, remitiendo al “régimen legal aplicable”. Así, el trabajador

---

y la trabajadora afectada. En su defecto, se dispone que la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora. Se intenta aunar, en la medida de lo posible, las necesidades de la trabajadora con la libertad de empresa. Selma Penalva, A., *op. cit.*, p. 1044; Martínez Yáñez, N., *op. cit.*, p. 325. Como explica Martín Valverde, A., *op. cit.*, p. 547, “en ausencia de pacto colectivo o de acuerdo individual, la trabajadora elige la nueva jornada y/o el nuevo horario que se ajuste a las exigencias de su protección efectiva. Las discrepancias que puedan surgir en el ejercicio de este derecho se dirimen a través de la modalidad procesal prevista para permisos de lactancia y reducción de jornada por motivos familiares”. Ferradans Caramés, C., *op. cit.*, pp. 110-111, considera criticable la remisión a la autonomía colectiva por dificultar el ejercicio del derecho subjetivo.

<sup>250</sup> El art. 249 parece consagrar un *numerus clausus* de ausencias justificadas, al prever en su apartado 3 que son injustificadas todas las ausencias no previstas en el apartado 2. Sin embargo, el apartado j) considera justificadas las ausencias que por ley sean como tal cualificadas, el apartado i) considera justificadas las ausencias autorizadas o aprobadas por el empleador y el apartado d) consagra una cláusula general que reconoce como justificadas todas las ausencias motivadas “por la imposibilidad de prestar trabajo debido a un hecho no imputable al trabajador”, donde se podrían encuadrar varios casos de ausencias motivadas por violencia doméstica, incluso sin la previsión específica del art. 43 de la Ley 112/2009. Para más detalles, *vd.* Gomes, J. M. V., *Direito do trabalho. Relações individuais de trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, 2007, pp. 724-725.

<sup>251</sup> Vasconcelos, J., *op. cit.*, pp. 133-134. Traducción nuestra. Para un análisis de las situaciones que integran la norma española, *vd.*, Newton, P. C. da C., *op. cit.*, pp. 103-104; Rodríguez Rodríguez, E., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (IV): las ausencias al trabajo y su relación con el despido”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, pp. 424 y ss.

o trabajadora deberá comunicar al empleador el motivo justificativo de la ausencia “en cuanto sea posible”, en caso contrario, esta será considerada injustificada (art. 253 CT)<sup>252</sup>. El empleador aún puede, en los 15 días siguientes a la comunicación de la ausencia, exigir que el trabajador o trabajadora presente prueba del hecho invocado para la justificación (art. 254 CT)<sup>253</sup>. En este caso, si la víctima no logra cumplir en un plazo razonable, la ausencia será considerada injustificada.

Por otro lado, dichas ausencias no implican pérdida de retribución, pues ese es el régimen general de las faltas justificadas, con las excepciones enumeradas en el apartado 2 del art. 255. Esto significa que recae sobre el empleador el deber de pagar el salario correspondiente a los días de ausencia de la víctima de violencia doméstica, salvo cuando las mismas puedan ser encuadradas en las faltas motivadas por enfermedad, caso en que serán soportadas por la Seguridad Social.

Hágase notar que en el ordenamiento jurídico portugués, las ausencias justificadas no pueden ser fundamento de la extinción del contrato por causas objetivas, a semejanza de lo dispuesto en el art. 52 ET. Por ese motivo, no ha sido necesario consagrar una solución similar a la prevista en el art. 52.d) ET: “No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias (...) motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda”.

No obstante, se justificaría un régimen tutelar en materia de extinción voluntaria del contrato de trabajo por decisión de la víctima, que permitiese la resolución sin preaviso al empresario y con derecho a la prestación por desempleo que le correspondiese en función de sus períodos previos de cotización a la Seguridad Social<sup>254</sup>. Coincidimos, por eso, con Alicia Villalba Sánchez, cuando afirma que “la coraza jurídica que

---

<sup>252</sup> El art. 21.4 da Ley Orgánica 1/2004 también prevé que “dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa con la mayor brevedad”. Sobre las dudas interpretativas generadas por el precepto, cf. Newton, P. C. da C., *op. cit.*, pp. 105 y ss.; Rodríguez Rodríguez, E., *op. cit.*, pp. 426 y ss.

<sup>253</sup> El art. 21.4 da Ley Orgánica 1/2004 determina que “las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda...». Sobre esta exigencia, *vd.* Nevado Fernández, M. J., *op. cit.*, p. 26.

<sup>254</sup> Cfr. 49.m) ET. Sobre este, *vd.*, Newton, P. C. da C., *op. cit.*, pp. 157 y ss.; Fernández Docampo, B., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (V): Extinción Contractual”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012., pp. 444 y ss.; Sobrino González, G., *op. cit.*, pp. 133 y ss.

pretende construir la normativa portuguesa resulta incompleta y asistemática, mostrando grietas que hacen vulnerable a la víctima. Resulta especialmente sangrante que el extremo más vulnerable sea precisamente la extinción del contrato de trabajo, institución importante a la hora de valorar el nivel de tutela que un ordenamiento jurídico presta al trabajador...»<sup>255</sup>.

### 3. Papel de la contratación colectiva y buenas prácticas empresariales en la lucha contra la violencia doméstica

El art. 44 de la Ley 112/2009 consagra un régimen orientado a la contratación colectiva, logrando estimular la regulación convencional de los derechos de los trabajadores víctimas de violencia doméstica, incluyendo los regímenes de trabajo a tiempo parcial, movilidad y “preferencias en favor de los trabajadores que se benefician de la condición de víctima”.

Sin embargo, el análisis de la contratación colectiva nacional indica que esta norma no ha tenido ninguna repercusión en sus contenidos, que se limitan a reproducir lo previsto en el art. 195 CT, sin más desarrollo<sup>256</sup>. La escasez de referencias a la violencia de género y la inercia y repetición de la ley también son señaladas por la doctrina española<sup>257</sup>, aunque el papel

<sup>255</sup> Villalba Sánchez, A., *op. cit.*, pp. 762-763.

<sup>256</sup> Cfr. Laudo Arbitral Revisto en proceso de arbitraje obligatorio relativo a la “FETESE – Federação dos Sindicatos dos Trabalhadores de Serviços” y a la “APHP – Associação Portuguesa de Hospitalização Privada”, *Boletim do Trabalho e Emprego (BTE)* 24/2012; “Acordo Coletivo” entre el “Banco Comercial Português” y otros y la “FEBASE – Federação do Sector Financeiro” – Alteración salarial y otras y texto consolidado, *BTE* 39/2011; Laudo arbitral en proceso de arbitraje obligatorio relativo a la “APHP – Associação Portuguesa de Hospitalização Privada” y a la “FETESE – Federação dos Sindicatos dos Trabalhadores de Serviços” y otro – *BTE* 15/2011; “Contrato Coletivo” entre la “APCOR – Associação Portuguesa de Cortiça” y la “FEVICOM – Federação Portuguesa dos Sindicatos da Construção, Cerâmica e Vidro” y otros (personal fabril) – Revisión integral, *BTE* 18/2010; “Contrato coletivo” entre la “APHP – Associação Portuguesa de Hospitalização Privada” y la “FESAHT – Federação dos Sindicatos da Agricultura, Alimentação, Bebidas, Hotelaria e Turismo de Portugal” – Revisión integral, *BTE* 15/2010.

<sup>257</sup> Ferradans Caramés, C., *op. cit.*, pp. 118 y ss. y *passim*; Mella Méndez, L., “La Política Autonómica Gallega sobre Violencia de Género: Perspectiva Laboral”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012, pp. 232 y ss.; Martínez Yáñez, N., *op. cit.*, pp. 332 y ss.; Newton, P. C. da C., *op. cit.*, pp. 198 y ss.; Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, en *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, Mella Méndez, L. (Dir.), La Ley, 2012., pp. 471 y ss.; Sobrino González, G., *op. cit.*, pp. 88 y ss., 103 y ss.121

de la negociación colectiva sea significativamente más activo que el portugués.

Uno de los propósitos del IV PNCVD consiste en la divulgación de buenas prácticas empresariales en la lucha contra la violencia doméstica<sup>258</sup>. Para su implementación, la *Direção Geral das Atividades Económicas* (DGAE) ha realizado un *Flash Survey* sobre actividades empresariales de combate contra la violencia doméstica. Este cuestionario (analizado conjuntamente con la *Comissão para a Igualdade de Género*) se ha destinado a recoger, junto con las empresas, las prácticas eventualmente existentes<sup>259</sup>. Sin embargo, dado el bajo número de respuestas recibido (11), no ha sido posible obtener información representativa de la realidad nacional, por lo que la DGAE retomará este abordaje en 2013<sup>260</sup>.

#### 4. Otros tipos de protección social: breve referencia

La Ley 112/2009, complementada por otros textos legales, consagra, además, un conjunto de mecanismos de apoyo social adicionales.

El art. 45 prevé el apoyo al arrendamiento, a la asignación de vivienda de fondo social o a una modalidad específica equiparable, siempre que las necesidades de distanciamiento de la víctima con respecto a su agresor lo justifiquen. En los términos del *Relatório intercalar de execução do IV Plano Nacional Contra a Violência Doméstica* (2011-2013), elaborado por la CIG<sup>261</sup>, aún no es posible contabilizar el número de víctimas cubiertas por este programa. Sin embargo, en agosto de 2012 se firmaron protocolos con la *Associação Nacional de Municípios Portugueses* (ANMP), con el propósito de facilitar el acceso a viviendas de bajo coste a víctimas de violencia doméstica, bajo la creación de una red de Ayuntamientos solidarios, que conceden viviendas de bajo coste a las víctimas que reanudan sus vidas en la comunidad. La ejecución de este protocolo es asegurada por la ANMP que, junto con sus asociados, deberá sensibilizar, divulgar y promover la afiliación al mismo, así como acompañar su implementación. Los Ayuntamientos que se han adherido se comprometen, entre otras cosas, a conceder prioridad a las víctimas de violencia doméstica en la asignación

---

y ss., 129 y ss.

<sup>258</sup> Cf. *Resolução do Conselho de Ministros* 100/2010, cit., p. 5768.

<sup>259</sup> Disponible en la página web de la DGAE (<http://www.dgae.min-economia.pt>) en "Destques".

<sup>260</sup> Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (CIG), *Relatório intercalar de execução do IV Plano Nacional Contra a Violência Doméstica* (2011-2013), p. 29.

<sup>261</sup> *Idem, ibidem*, p. 46.

de viviendas de fondo social o, de acuerdo con su opción, en la evaluación de la posibilidad de dispensar viviendas de su patrimonio para arrendamiento a bajo coste<sup>262</sup>.

Como hemos dicho *supra*, la víctima de violencia doméstica puede ser titular del derecho a la renta mínima de inserción (art. 46), desde que cumpla los requisitos previstos en el apartado 2 del art. 4 de la Ley 13/2003, de 21 de mayo<sup>263</sup>, caso en que su solicitud es tramitada con carácter urgente. Si las víctimas de violencia doméstica titulares de esta renta estuvieran en albergues de amparo, no se les impone que desarrollen una actividad socialmente útil en los términos previstos en el *Decreto-Ley* 221/2012, de 12 de noviembre (*vd.* art. 3/2/d)). Además, aquellas pueden recibir el subsidio familiar concerniente a los hijos menores que se encuentren consigo y recibir un anticipo de la indemnización por parte del Estado cuando estén en “situación de grave carencia económica”, como resultado del crimen de violencia doméstica, bajo los presupuestos *supra* mencionados (arts. 5 y 6 de la Ley 104/2009, de 14 de septiembre)<sup>264</sup>.

El art. 48 de la Ley 112/2009 atribuye a la víctima de violencia doméstica acceso preferencial a la formación profesional, incluyendo, para alguna doctrina, la formación suministrada por el empresario<sup>265</sup>. Según el *Relatório intercalar de execução do IV Plano Nacional Contra a Violência Doméstica* (2011-2013), “se han iniciado contactos con el “Instituto de Empleo e Formação Profissional”, para que este elija colaboradores para el rol de mediadores que serán posteriormente formados por la CIG en materia de violencia doméstica, igualdad de género y ciudadanía”<sup>266</sup>.

La asistencia directa a la víctima es asegurada por el *Serviço Nacional de Saúde* a través de técnicos especializados y de oficinas de contacto y atención médica para la prevención de la violencia doméstica, estando la víctima libre del pago de tasas (arts. 49, 50 de la Ley 112/2009, art. 8.h) Ley 113/2011, de 29 de noviembre<sup>267</sup>).

<sup>262</sup> Hasta el final de 2012, se adherirán a este protocolo 17 ayuntamientos (*idem, ibidem*, 17-18).

<sup>263</sup> Alterada por la Ley 45/2005, de 29 de agosto, y por el *Decreto-Ley* 133/2012, de 27 de junio, que procedió a la nueva publicación de la Ley 13/2003.

<sup>264</sup> Traducción nuestra. Esta norma revocó la Ley 129/99, de 20 de agosto, y el *Decreto-Ley* 423/91, de 30 de noviembre. Sobre estas últimas normas, *vd.* Ferreira, M.<sup>a</sup> Elisabete, *ult. op. cit.*, p. 182 y ss.

<sup>265</sup> En este sentido, Pinto, P. F., *op. cit.*, p.139.

<sup>266</sup> Traducción nuestra. *Relatório intercalar de execução do IV Plano Nacional Contra a Violência Doméstica* (2011-2013), p. 45.

<sup>267</sup> En los términos del *Despacho* 20509/2008, “siempre que alguien declare en los servicios de admisión de urgencia de un establecimiento de salud o declare ante el personal técnico esa urgencia ser víctima de maltrato, y desde que presente síntomas o

Finalmente, los arts. 53 y ss. de la Ley 112/2009<sup>268</sup> prevén redes institucionales de apoyo gratuitas: albergues (sólo para mujeres), oficinas de contacto, oficinas de contacto especializado y núcleos de contacto. Además, el apoyo jurídico será gratuito si se comprueba la insuficiencia económica.

La creación de albergues de amparo constituye un paso importante en la lucha contra la violencia doméstica, pues muchas mujeres vacilan en desmantelar la situación conyugal violenta porque no tienen a dónde ir<sup>269</sup>. Según la CIG, “aunque la proporción de plazas en albergues no llegue a lo recomendado por el Consejo de Europa (1 por 10 mil habitantes), rondando actualmente una plaza por cada 17.241 habitantes (según información del INE para la población residente en 2009), correspondiendo a un total de 617 plazas en 36 viviendas, cubriendo el territorio nacional en aproximadamente un 67%, es de tener en cuenta que estas plazas nunca han sido completamente ocupadas. Esto lleva a ponderar la efectiva necesidad de aumento de la actual proporción. Por este motivo, se ha realizado más trabajo de dimensión cualitativa, en la mejora de la red nacional de albergues, con la realización de reuniones entre equipos técnicos de los diversos albergues y la producción de un folleto con información relativa al correcto acceso a los albergues”<sup>270</sup>.

## 5. Bibliografía

AA.VV. (Martinez, P. R., Monteiro, L. M., Vasconcelos, J., Brito, P. M. de, Dray, G., Silva, L. G. da), *Código do Trabalho anotado*, 9ª edición, Almedina, 2012.

Amado, J. L., *Contrato de trabalho*, 3ª edición, Coimbra Editora, 2011.

Amaral, M. L., “O Princípio da igualdade na Constituição Portuguesa”, en *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor Armando Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004.

Beleza, T. P., “Violência doméstica”, *Revista do CEJ*, 8, 2008.

---

lesiones que sustenten con alguna probabilidad esa alegación, queda libre del pago de tasas por el servicio” (traducción nuestra).

<sup>268</sup> Esta norma revocó la Ley 107/99, de 3 de agosto, que había creado la red pública de albergues de amparo a mujeres víctimas de violencia, así como el *Decreto-Lei* 323/2000, de 19 de diciembre, que la reglamentaba. Sobre estas últimas normas, *vd.* Ferreira, M.<sup>a</sup> Elisabete, *ult. op. cit.*, pp. 169 y ss.

<sup>269</sup> Así, Ferreira, M.<sup>a</sup> Elisabete, *ult. op. cit.*, p. 178.

<sup>270</sup> CIG, *Estudo de Avaliação da Execução do III Plano Nacional Contra a Violência Doméstica 2007-2010*, p. 42.

- Canotilho, J. J. G., Moreira, V., *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4ª edición, Coimbra Editora, 2007.
- Carvalho, A. T., “Anotação ao artigo 152.º do Código Penal”, en Dias, J. de F. (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 2ª edición, Tomo I, Coimbra Editora, 2012.
- Carvalho, C. de O., *Da dimensão da empresa no Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, 2011.
- Castro Mejuto, L. F., “La Protección de la víctima de violencia de género en el ET (III): Suspensión contractual”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Claro, J. M., “O Princípio da igualdade”, en Miranda, Jorge (org.), *Nos Dez Anos da Constituição*, Imprensa Nacional, 1987.
- Dias, I., Guerreiro, M. das D., “Violência na família. (In)visibilidades de um velho problema social”, en Dornelas, A., Oliveira, L., Veloso, L., Guerreiro, Maria das Dores (org.), *Portugal Invisível*, Editora Mundos Sociais, 2010.
- Dray, G. M., *O Princípio da igualdade no Direito do Trabalho*, Almedina, 1999.
- Faraldo Cabana, C., “El Derecho de las trabajadoras víctimas de violencia de género al cambio de lugar de trabajo y a la movilidad geográfica”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, 153, 2012.
- Fernández Docampo, B., “La protección de la víctima de violencia de género en el ET (V): Extinción contractual”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Ferradans Caramés, C., “Medidas Laborales de la Ley de protección contra la violencia de género y negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, 32, 2005.
- Ferreira, M. E., “O Relatório Penélope sobre violência doméstica no sul da Europa – Algumas perguntas e respostas”, *Direito e Justiça*, vol. XVIII, Tomo I, Editora Universidade Católica, 2004.
- Ferreira, M., *Da Intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal*, Almedina, 2005.
- Ferreiro Regueiro, C., “Violencia de género y negociación colectiva”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Fredman, S., *Discrimination Law*, 2ª edición, Oxford University Press, 2011.
- Gomes, J. M., *Direito do trabalho. Relações Individuais de Trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, 2007.

- Gomes, O. C., “Lei Brasileira de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher: a criminalização do gênero masculino”, *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, 320, 2009.
- Martín Valverde, A., “La Ley de protección integral contra la violencia de “género”: análisis jurídico e ideológico”, *Relaciones Laborales*, 22, 2006.
- Martínez Yáñez, N. “La Protección de la Víctima de Violencia de Género en el ET (I): Reducción y Reordenación del Tiempo de Trabajo”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Mella Méndez L., “El Programa Estatal de Inserción Sociolaboral de las Víctimas de Violencia de Género en España: una Visión general”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Mella Méndez, L., “La Política Autonómica Gallega sobre Violencia de Género: Perspectiva Laboral”, en *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, Mella Méndez, L. (Dir.), La Ley, 2012.
- Miranda, J., *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3ª edición, Coimbra Editora, 2000.
- Monereo Pérez, J. L., Triguero Martínez, L. A., *La víctima de violencia de género en su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, 2009.
- Nevado Fernández, M.ª J., “La Protección de la trabajadora víctima de violencia de género”, *Relaciones Laborales*, 18, 2009.
- Newton, P. C. da C., *Emprego y sexismo. Medidas de protección e inserción sociolaboral de las mujeres víctimas de violencia de género en el seno de la pareja*, Tirant lo Blanch, 2011.
- Pinto, M.ª F., “Princípio da Igualdade. Fórmula Vazia ou fórmula “Carregada” de sentido?”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 358, 1986.
- Pinto, P. F., “A Protecção da vítima do crime de violência doméstica no foro laboral”, *Prontuário de Direito do Trabalho*, 85, 2010.
- Prata, A., *A Tutela Constitucional da autonomia privada*, Almedina, 1983.
- Queiroz, C., *Direitos fundamentais sociais. Funções, Âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra Editora, 2006.
- Ramalho, R. P., *Direito do trabalho. Parte II. Situações laborais individuais*, 4ª edición, Almedina, 2012.
- Rodríguez Rodríguez, E., “La Protección de la Víctima de Violencia de Género en el ET (IV): las Ausencias al Trabajo y su Relación con el Despido”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.

- Santos, A. C., “Entre duas mulheres Isso não acontece. Um estudo exploratório sobre violência conjugal lésbica”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 98, 2012.
- Selma Penalva, A., “Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, *Actualidad Laboral*, 9, 2011.
- Sobrino González, G., *La protección laboral de la violencia de género: Déficits y ventajas*, Tirant lo Blanch, 2013.
- Terradillos Ormaetxea, E., “La Protección de la Víctima de Violencia de Género en el ET (II): Movilidad Geográfica”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.
- Vasconcelos, J., “Sobre a protecção da vítima de violência doméstica no Direito do Trabalho ortuguês”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1-4, 2010.
- Villalba Sánchez, A., “Violencia de Género *versus* Violencia Doméstica. Perspectiva Hispano-lusa”, en Mella Méndez, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, 2012.

## Poder de dirección y organización del empresario y riesgos psicosociales en el trabajo en Francia

Loïc LEROUGE\*

---

**RESUMEN:** La evolución de las condiciones de trabajo combinadas con las nuevas formas de organización de trabajo repercute en la salud de los trabajadores. La salud en el trabajo se entiende, ahora, como la “salud física y mental”. El Derecho debe tener en cuenta estos dos aspectos de la salud en el lugar de trabajo. El primer actor de la prevención en la empresa es el empresario, que se enfrenta a una obligación de seguridad extremadamente estricta en Francia. Para cumplir con este requisito, el empresario dispone de varios instrumentos susceptibles de aplicarse en la prevención de los riesgos psicosociales.

Sin embargo, el enfoque jurídico francés se distingue por una intervención notable de la jurisprudencia. El sistema francés se caracteriza por la intromisión del juez en el poder de dirección y organización del empresario para proteger la salud física y mental en el trabajo. El juez juega un papel esencial en la evolución del enfoque que la empresa debe tener en materia de riesgos psicosociales.

*Palabras clave:* Poder de dirección, organización, empresario, Francia, riesgos psicosociales, derecho del trabajo, salud, seguridad.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Las obligaciones legales del empresario para proteger la salud física y mental de sus trabajadores. 2.1. Una obligación general de prevención con una obligación de seguridad de resultado. 2.2. Instrumentos de prevención. 3. El cuestionamiento del poder de dirección y de organización del empresario por el juez francés. 3.1. Una intromisión del juez en el poder de dirección en aras de la salud de los trabajadores. 3.2. Una acción del juez intervencionista. 4. Bibliografía.

---

\* COMPTRESEC UMR 5114. CNRS-Universidad de Burdeos.

## 1. Introducción

El trabajo y sus condiciones de ejercicio evolucionan, se transforman y se intensifican. Esta evolución de las condiciones de trabajo repercute en la salud de los trabajadores, especialmente en lo relativo a la organización del trabajo y a los riesgos organizacionales agrupados bajo lo que podemos denominar los “riesgos psicosociales” (RPS).

Ahora más que nunca, la salud mental de los trabajadores se ve puesta a prueba por esta evolución y por la repercusión que la organización del trabajo tiene sobre la salud y el bienestar en general. Los trastornos osteomusculares han sido uno de los primeros síntomas reveladores de esta enfermedad, ahora, también se habla de “riesgos psicosociales” mezclados con riesgos profesionales, afecciones somáticas y trastornos de salud mental. Estos últimos, directamente relacionados con el cambio en las condiciones de trabajo, han aumentado considerablemente, si bien son difíciles de someter al derecho por su carácter subjetivo en comparación con los riesgos físicos, más fácilmente objetivables.

Sin embargo, el derecho a la salud y a la seguridad en el trabajo tiene en cuenta tanto la salud mental como la salud física. La salud en el trabajo se entiende, de hecho, en un sentido global, es decir “físico y mental”, puesto que el trabajador no se libera del aspecto mental de su salud cuando asume una función o cuando se subordina al empresario. Reconocer un “derecho a la protección de la salud mental”, es además reconocer un terreno eminentemente superior respecto de los derechos del hombre, puesto que el derecho a la salud y el derecho a la dignidad son inalienables. Comprender que la salud en el trabajo supone abarcar la dimensión física y mental de la salud (en un sentido global, salud mental y manifestaciones somáticas) permite avanzar hacia una consideración de los riesgos psicosociales.

El trabajador y el empresario están estrechamente vinculados por un contrato laboral. Ahora bien, contrariamente a los contratos de “derecho común”, el contrato laboral se caracteriza por un desequilibrio a favor del empresario que goza de autoridad sobre el trabajador: la relación de subordinación. En virtud de esta relación de autoridad conferida mediante el contrato de trabajo laboral, el empresario da órdenes, directivas e instrucciones y controla su ejecución y su incumplimiento por parte del trabajador podría ser objeto de sanción.

Sin embargo, dentro de la relación contractual, el empresario es deudor de la salud de sus trabajadores. Efectivamente, la relación de subordinación no le legitima para dañar la salud de sus trabajadores ni para incumplir sus obligaciones en lo que a su protección se refiere. Muy por el contrario,

para que los trabajadores puedan realizar su prestación de trabajo en buenas condiciones deben tener garantizada la protección de un derecho tan fundamental como es el derecho a la salud. Por eso, el poder de dirección de organización puede enfrentarse a obligaciones que cumplir y limitaciones.

El objetivo final es rendir cuentas del principio de “adaptación del trabajo al hombre” enunciado por la directiva-marco 89/391/CEE del Consejo del 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo<sup>271</sup>. Aquí se pone de manifiesto la primacía de la persona teniendo en cuenta la relación subjetiva de la persona con su entorno laboral.

En lugar de exprimir a los trabajadores para aumentar la productividad, se trata de tener en cuenta el entorno laboral para proporcionar al trabajador las condiciones de trabajo adecuadas para que pueda desempeñar su función lo mejor posible. Este enfoque del derecho comunitario de la gestión de las condiciones de trabajo se inspira en particular en el derecho internacional del trabajo y en el Convenio n. 155<sup>272</sup> que preconiza “la adaptación de la maquinaria, del equipo, del tiempo de trabajo, de la organización del trabajo y de las operaciones y procesos a las capacidades físicas y mentales de los trabajadores” (art. 5) e incluso en el Convenio OIT n. 161<sup>273</sup> que hace hincapié a través de los servicios de salud en el trabajo en asesorar al empresario especialmente en lo relativo a las cuestiones de “adaptación del trabajo a las capacidades de los trabajadores habida cuenta de su estado de salud físico y mental” (art. 1. a.ii) y en promocionar el principio.

Adaptar el trabajo al hombre constituye también un reto de prevención para salvaguardar la salud física y mental de los trabajadores. Se trata de examinar cuidadosamente la organización del trabajo y el sentido del poder de dirección del empresario. De este modo, la salud es objeto de medidas legales de protección relativas al poder de dirección y de organización del empresario (2), pero acapara también toda la atención del juez que ha suscitado la controversia haciendo una jurisprudencia intervencionista en el poder de dirección del empresario (3).

---

<sup>271</sup> DO L 183 de 29.6.1989, p. 1.

<sup>272</sup> Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores medio ambiente de trabajo, 1981 (n. 155), [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312300](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312300)

<sup>273</sup> Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (n. 161), [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C161](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C161)

## **2. Las obligaciones legales del empresario para proteger la salud física y mental de sus trabajadores**

La legislación de la salud y de la seguridad en el trabajo obliga al empresario a tomar una serie de medidas para proteger la salud de los trabajadores. Así, el empresario está sujeto a una obligación general de prevención acompañada de la jurisprudencia de una obligación de seguridad con carácter de resultado (2.1). De cara a garantizar la aplicación de su política de salud y seguridad en el trabajo, el empresario dispone de un instrumento de prevención destinado a ayudarle en este proceso (2.2).

### **2.1. Una obligación general de prevención con una obligación de seguridad de resultado**

La legislación relativa a la seguridad en la empresa nace principalmente de la necesidad de compensar el desequilibrio inherente a la relación contractual de trabajo. Asimismo, se trataba de proteger el cuerpo y al mismo tiempo el objeto de la prestación laboral<sup>274</sup>. De hecho, la mayoría de las grandes leyes sociales tenían este objetivo, es decir banalmente “preservar la reproducción de la mano de obra”. Sin embargo, es la ley del 13 de junio de 1893 relativa a la higiene y la seguridad de los trabajadores en los establecimientos industriales la que finalmente aborda frontalmente la cuestión de la seguridad en la empresa, obligando a que los establecimientos estén acondicionados “de tal manera que garanticen la seguridad de los trabajadores”. No obstante, estos esfuerzos en materia de prevención, iniciados especialmente en 1893, se han visto arruinados por el compromiso de 1898 refundido más tarde dentro del sistema de seguridad social en 1946<sup>275</sup>. En opinión de Pierre Sargos, en la presidencia de la Sala de lo social del Tribunal de Casación durante los casos de amianto, el consenso bastante general surgido de la ley del 9 de abril de 1898 ha reafirmado la idea de “que no era indispensable incurrir en los gastos y en el esfuerzo de aplicar realmente las medidas de seguridad puesto que el daño al hombre estaba reparado”<sup>276</sup>; este consenso ha

<sup>274</sup> V. Los trabajos de Alain Supiot en *Crítica del derecho del trabajo*, PUF, Col. Quadrige, 2ª edición, 2007, p. 336.

<sup>275</sup> V. Sargos P., “La evolución del concepto de seguridad en el trabajo y sus consecuencias en materia de responsabilidad”, *JCP G*, 22 de enero de 2003, p. 104.

<sup>276</sup> *Ibid.*; Pierre Sargos cita también a Arnaud Lyon-Caen que estimaba que la

desembocado en el “crimen social del amianto”<sup>277</sup>.

El derecho de la salud y de la seguridad en el trabajo, basado en la obligación de seguridad quedó reducido durante décadas (¡más de un siglo!) a una visión técnica – repulsiva e incluso deshumanizada, un asunto de técnicos en suma– de la prestación de trabajo. Ahora bien, la directiva-marco del 12 de junio de 1989 rompió esta visión de las cosas. La directiva establece en efecto en todos los países de la Unión Europea una base común de protección de la salud en el trabajo basada en la prevención<sup>278</sup> y un enfoque general de esta y de la obligación de seguridad centrada en la protección de la salud de los trabajadores.

En otras palabras: “Se deben prevenir todos los riesgos”. De hecho, la CJCE lo recuerda en el caso por el que la Comisión Europea se opone a Italia en 2001<sup>279</sup>. La legislación italiana de transposición de la directiva-marco de 1989 no recogía la obligación del empresario de prevenir “todos” los riesgos profesionales. El trabajo se ha intensificado, las empresas se enfrentan a la globalización de la economía y han hecho evolucionar los métodos de organización del trabajo para ser más competitivas. Las consecuencias de esta evolución tienen un gran impacto en la salud mental de los trabajadores por lo que la ley debía tener en cuenta estos cambios, especialmente en lo que concierne a la salud de los trabajadores.

Al mismo tiempo, surgía otro debate – y no de menor importancia –: el del reconocimiento del nocivo efecto para la salud de determinadas organizaciones del trabajo o métodos de gestión. La entrada en juego de los trastornos osteomusculares intensifica la conexión entre “organización del trabajo” y salud. Efectivamente, ahora se reconoce la relación entre las posturas corporales impuestas por la organización del trabajo para mejorar el rendimiento y las patologías derivadas de ellas. Los riesgos psicosociales, por otro lado, son un asunto completamente distinto. Se trata de un campo en el que confluyen a la vez factores de riesgo y trastornos de la salud, a lo que se suma el estrés que figura en los dos cuadros, sin olvidar las manifestaciones físicas como los trastornos osteomusculares (y también accidentes cardiovasculares o cerebro vasculares). Las fronteras entre la vida personal y la vida profesional se

---

interposición de la CPAM entre el responsable del accidente de trabajo y la víctima no favorece la prevención de los accidentes de trabajo, en “Revolución en el derecho de los accidentes del trabajo”, *Derecho Social*, abril de 2002, p. 445.

<sup>277</sup> *Ibíd.*

<sup>278</sup> V. Moreau M.-A., “Por una política de salud en la empresa”, *Derecho Social*, septiembre-octubre de 2002, p. 817.

<sup>279</sup> CJCE 15 de noviembre de 2001, Comisión c/ République Italienne, C-49/00.

difuminan. Asimismo, en ciertas categorías de trabajadores (en especial, los mandos directivos), es más difícil definir el tiempo de trabajo para garantizar sus límites. El desarrollo exponencial de la utilización de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) y su articulación con los métodos de gestión hace aún más complejo el sistema.

A diferencia de los riesgos físicos, los riesgos psicosociales no se identifican con criterios objetivos<sup>280</sup>. Uno de los principales retos para el jurista es precisamente poder objetivar una categoría de riesgos hoy reconocidos como “riesgos profesionales” para aplicarles o conferirles un régimen jurídico apropiado. Mediante la obligación de seguridad, el empresario debe garantizar “un estado de bienestar en el que la persona pueda realizarse, superar las tensiones normales de la vida, llevar a cabo un trabajo productivo y fructífero y contribuir a la vida comunitaria”<sup>281</sup>.

El objetivo es prevenir los riesgos psicosociales en el trabajo pero no de manera restrictiva. El reto consiste en actuar sobre sus causas o los factores que los favorecen; dicho de otro modo: en adoptar una postura de prevención primaria. En este aspecto, nos parece que la directiva-marco del 12 de junio de 1989 no ha sido bien recibida. El principal obstáculo es la subjetividad asociada a los riesgos psicosociales. Los riesgos psicosociales en el trabajo se refieren en particular a las relaciones del trabajador con su entorno profesional. Ahora bien, cada cual interactúa de diferente manera y es más o menos sensible a las consecuencias que se derivan de esta interacción. Los riesgos psicosociales no son tan concretos como los demás riesgos profesionales y sus consecuencias no siempre son fácilmente visibles (ausencia de lesiones, problema de la sub-declaración, desconfianza, inquietud, etc.) y tienen como telón de fondo importantes cuestiones relacionadas con la efectividad del derecho de la salud y de la seguridad, pero también con la necesidad o no de legislar directamente sobre los riesgos psicosociales. A esto se suma la cuestión de la distinción de los “factores de riesgo objetivables” y de los “factores de riesgo no objetivables” en función del avance de los conocimientos médicos y sociales sobre los riesgos psicosociales e incluso de la necesidad o no de incorporar en la ley indicadores.

Si bien los daños a la salud mental no son en suma “nuevos riesgos” puesto que se trata de un fenómeno inherente al trabajo en sí mismo y a

---

<sup>280</sup> Cabe destacar el reconocimiento de los vínculos entre organizaciones del trabajo y los riesgos psicosociales por parte de los interlocutores sociales (trabajadores y empresarios), cf. ANI del 2 de julio de 2008 sobre el estrés en el trabajo y ANI del 26 de marzo de 2010 sobre el acoso y la violencia en el trabajo.

<sup>281</sup> Definición de la OMS de salud mental en el trabajo.

las tensiones que se derivan de este, hoy en día, no podemos en absoluto ignorar este aspecto de la salud en el trabajo. La salud mental en el trabajo es un elemento fundamental dentro del campo del trabajo y prevenirla es hoy una prioridad dentro de un campo extendido a los “riesgos psicosociales” que remiten a la relación entre el trabajador y el entorno de trabajo, especialmente en la organización. Por lo tanto, es igual de importante preocuparse por las manifestaciones somáticas de los riesgos psicosociales.

Dentro de la directiva-marco del 12 de junio de 1989, tal y como se traspuso en el derecho francés mediante la ley del 31 de diciembre de 1991<sup>282</sup>, la obligación de prevención es de alcance general con el fin de prevenir “todos los riesgos”. La obligación de prevención adquiere aquí un carácter más “general” que “especial”, haciendo recaer anteriormente una obligación solo sobre un número limitado de riesgos.

Sin embargo, pese a un concepto general de la prevención y también de la salud, entendida dentro de la directiva de 1989 como “global”, en la práctica del derecho del trabajo, la protección de la salud física era preponderante. Solo el cuerpo del trabajador dentro del objeto de la prestación del contrato de trabajo gozaba efectivamente de protección. Ahora bien, de cara a considerar la salud en su conjunto, el legislador de 2002 ha introducido en el artículo L.4121-1 del Código del trabajo (art. L.230-2 antes de 2008)<sup>283</sup> la noción de “salud física y psicológica” como uno de los dispositivos para combatir el acoso moral, obligando al empresario a tomar todas las medidas necesarias para proteger estos dos aspectos de la salud.

En 2002 también se reforzó el alcance de la obligación de seguridad a cargo del empresario. El objetivo es garantizar la seguridad de los trabajadores en el trabajo a través de la obligación general de prevención. Francia ha desarrollado una interpretación muy estricta de la directiva del 12 de junio de 1989 enfocada a una obligación de seguridad de aplicación y de alcance. Este enfoque de la obligación de seguridad ha encontrado una vía de traducción dentro de las sentencias emitidas por el Tribunal de casación en 2002 en el marco de los “casos de amianto” y la consagración del principio “de obligación de seguridad de resultado”. En Francia, por oposición a “la obligación de medios” que obliga a adoptar todas las

---

<sup>282</sup> Loi n. 91-1414 du 31 décembre 1991 modifiant le code du travail et le code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition de directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail, *JORF* des 6 et 7 janv. 1992, p. 319.

<sup>283</sup> El Código del trabajo francés se rescribió con el objeto de simplificar el derecho del trabajo en 2008.

medidas necesarias para evitar la realización del riesgo, “la obligación de resultado” considera que el riesgo no debe sobrevenir. En este contexto, el empresario está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para la prevención de los riesgos en el trabajo, puesto que el Tribunal de Casación considera de hecho que el riesgo no tendría que haberse materializado nunca. Ahora bien, llegar al resultado de evitar la manifestación del riesgo remite al mismo tiempo a retos colectivos de organización.

Por otra parte, el 28 de febrero de 2006, la Sala de lo social del Tribunal de casación estimó que el empresario no solo está sujeto a una obligación de seguridad en materia de protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores en la empresa, sino que también debe garantizar su efectividad. Para Pierre Sargos, entonces Presidente de la Sala de lo social del Tribunal de casación, la Corte de casación, basándose en la directiva-marco del 12 de junio de 1989, estimó que dada la intensidad de la obligación de seguridad tal y como se define en la directiva, es decir “garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos del trabajo”, esta era necesariamente de resultado<sup>284</sup>.

Por lo que respecta a la salud mental en el trabajo, la jurisprudencia ha tenido en cuenta el malestar en el trabajo reconociendo a la vez las consecuencias que se derivan de él a través de la aplicación posible de la legislación profesional sobre este campo. En virtud y en relación con la no-ejecución de la obligación de seguridad de resultado, los efectos del acoso moral, los actos suicidas y las depresiones relacionadas con el trabajo han sido reconocidos como accidente de trabajo, e incluso a veces como falta inexcusable del empresario redefinida con ocasión de los “casos de amianto”. El “acoso de la empresa” junto con el impacto de algunos “métodos de gestión”<sup>285</sup> sobre la salud mental de las personas constituyen también una vía para tomar en consideración la salud mental en el trabajo y las políticas de prevención inexistentes o ineficaces. No obstante, no es sano calificar todos los factores de riesgo psicosociales como “acoso moral” y sobre todo, es jurídicamente inapropiado: “no todo es acoso moral”. En estas circunstancias, el fundamento de la ejecución de buena fe del contrato de trabajo (artículo 1222-2 del Código del trabajo) tampoco está lejos, puesto que el empresario está considerado, en una visión contractual de la obligación de seguridad, como el deudor

---

<sup>284</sup> Sargos P., “L’émancipation de l’obligation de sécurité de résultat et l’exigence d’effectivité du droit”, *JCP S*, 4 avril 2006, 1278 note sous Cass. soc. 28 février 2006, n. 05-41.555.

<sup>285</sup> Término utilizado por la Sala de lo social del Tribunal de casación el 10 de noviembre de 2009.

de la “salud física y mental” de sus trabajadores. Se trata sobre todo de replegarse a un terreno más general, el de la obligación general de prevención, que cubre por sí sola todos los riesgos originados por el trabajo, entre ellos los riesgos psicosociales.

En contraste, la ley belga del 4 de agosto relativa al bienestar de los trabajadores durante el desempeño de su trabajo<sup>286</sup>, denominada “Ley bienestar en el trabajo”, entiende el “bienestar en el trabajo” como “el conjunto de factores que afectan a las condiciones en las que se realiza el trabajo”. Ahora bien, en virtud de su obligación de seguridad, el empresario debe tomar “las medidas necesarias con el fin de promover el bienestar de los trabajadores durante el desempeño de su trabajo”. De ello se deriva una lista de principios generales que debe respetar. No obstante, en lo que se refiere específicamente a los riesgos psicosociales, la legislación belga ofrece dos bases jurídicas distintas. La primera está relacionada con el acoso moral y está relegada esencialmente a las relaciones interpersonales e individuales en el trabajo. La segunda base jurídica fija la atención en lo relativo a la noción de “carga psicosocial”. El real decreto del 17 de mayo de 2007 precisa que la “carga psicosocial” en el trabajo es “toda carga que tiene su origen en la ejecución del trabajo, que sobreviene con ocasión de la ejecución del trabajo y que tiene consecuencias perjudiciales sobre el aspecto físico o mental de la persona”. Los riesgos de aumento de esta carga psicosocial comprenden el estrés, los conflictos, la violencia y el acoso moral o sexual en el trabajo. Esta base jurídica es por tanto más amplia que simplemente el acoso moral y permite disociar los recursos específicos del acoso moral del resto. No obstante, Bélgica no está satisfecha con este dispositivo y piensa muy seriamente en definir jurídicamente los “riesgos psicosociales en el trabajo”. Se trata de un proyecto que hay que seguir con atención dado el reto que representa.

Pensado en un principio como un dispositivo para combatir el acoso moral, la utilización de las disposiciones de la ley de modernización social del 17 de enero de 2002 ha superado el objeto para el que estaban pensadas. El juez ha sabido servirse de la introducción en el Código del trabajo de las disposiciones que reconocían la “salud física y mental” de los trabajadores para poner énfasis en los instrumentos de prevención enfocados hacia la prevención de los riesgos psicosociales.

---

<sup>286</sup> Ley del 4 de agosto de 1996 relativa al bienestar de los trabajadores durante el desempeño de su trabajo, *Moniteur Belge* del 18 de septiembre de 1996.

## 2.2. Instrumentos de prevención

*El Documento único de evaluación de los riesgos (DUER)* – Desde el decreto n. 2001-1016 del 5 de noviembre de 2001, el empresario tiene la obligación de evaluar los riesgos profesionales dentro de la empresa o del establecimiento. Efectivamente, el DUER debe tener en cuenta a la vez los riesgos físicos y los riesgos psicosociales. La Dirección general del trabajo (DGT) del ministerio del trabajo tuvo que recordar en 2006, mediante una circular, la obligación de tener en cuenta los RPS dentro del documento único. Además, dentro de su misión de inspección, el inspector del trabajo deberá verificar la conformidad del DUER.

En el contexto de campaña europea 2012 de control de los RPS, es muy interesante la evolución del enfoque de la inspección del trabajo sobre este punto. Más que controlar los puntos que puedan dar lugar a constataciones (existencia del DUER, actualización, plan de acción, respeto de los principios generales de prevención, etc.) para después controlar campos de derechos específicos (precariedad, duración del trabajo, locales, instituciones representativas del personal (IRP), etc.), se trata de controlar principalmente los contratos precarios, la duración del trabajo, el ambiente de trabajo, los locales, los IRP y el estado del diálogo social para llegar al análisis del contenido del DUER bajo el ángulo de la toma en consideración de los RPS. En efecto, la precariedad de los contratos, las infracciones del derecho de la duración del trabajo y del tiempo de descanso, la organización de los locales, la carga de trabajo, el ruido, etc. son algunos de los muchos factores que se han de tener en cuenta dentro de una verdadera política de prevención de riesgos laborales.

*El derecho de retracto y el derecho de alerta* – también son instrumentos en principio movilizables. El primero permite a “todo trabajador o grupo de trabajadores retirarse” de una situación de trabajo cuando tenga motivos razonables para pensar que presenta un peligro grave e inminente para él o los demás” (art. L. 4131-1 del Código del trabajo). No obstante, aplicado a la salud mental y teniendo en cuenta las dificultades para objetivar los trastornos vinculados al trabajo, la activación del derecho de retracto parece seguir siendo delicada. Por el contrario, el derecho de alerta sería más fácilmente movilizable. Este permite al trabajador “señalar inmediatamente al empresario o a su representante cualquier situación de trabajo de la que tenga un motivo razonable para pensar que presenta un peligro grave e inminente para su vida o su salud (...)” (art. L. 4131-1 apdo. 1<sup>o</sup> del Código del trabajo). El Comité de Higiene, Seguridad y Condiciones de Trabajo (CHSCT) dispone igualmente de un derecho de

alerta en caso de peligro grave e inminente (art. L.4132-2 del Código del trabajo) así como el delegado del personal, que, en virtud del artículo L. 2313-2 del Código del trabajo, debe remitir de inmediato al empresario su constatación de “que existe un ataque a los derechos de las personas, a su salud física y mental o a las libertades individuales en la empresa que no estaría justificado por la naturaleza de la tarea que hay que cumplir, ni proporcionado con el fin que se persigue (...)”. Esta competencia es tanto más útil en las pequeñas empresas que no cuentan con Comité de Higiene, Seguridad y Condiciones de trabajo (CHSCT). Ser capaz de identificar a las personas en un estado de salud mental muy frágil es esencial, pero surge la cuestión de la formación de los miembros del CHSCT y de los delegados del personal.

*El médico laboral* – Debe proponer medidas “justificadas mediante consideraciones principalmente relacionadas con la edad, la resistencia física o el estado de salud físico y mental de los trabajadores” (art. L. 4624-1 del Código del trabajo). Si bien muchos médicos laborales son puntas de lanza de la lucha contra los riesgos psicosociales en el trabajo, el papel del médico laboral es más discreto en los debates contenciosos, salvo que forme parte “de los especialistas en términos de identificación del estrés<sup>287</sup>”. El médico laboral se inscribe esencialmente en una dimensión individual.

Con todo, sería olvidar su competencia de alertar al empresario o a los representantes del personal para evitar la aparición o el agravamiento de cualquier patología. Este papel de alerta se prolonga dentro de su misión de prevención especialmente primaria, de ayuda a la mejora de las condiciones de trabajo, de evaluación los riesgos profesionales, y de desarrollo de acciones en el entorno de trabajo que deben tener en cuenta la “salud física y mental”. Los informes que alertan a la empresa de los riesgos psicosociales vinculados a las condiciones laborales y a sus efectos sobre los trabajadores solo resultan realmente eficaces a través del contencioso generado por el daño producido por la materialización del riesgo. Los informes de alerta del médico laboral se convierten en instrumentos susceptibles de instruir al juez que puede utilizarlos para basar en parte su decisión.

El papel del médico laboral es fundamental y complementario de la acción de los demás actores de la salud y la seguridad en el trabajo de la empresa. No obstante, a pesar de que esta competencia y la utilización de la alerta sea un progreso, el hecho de que el empresario no tenga en cuenta la

---

<sup>287</sup> Acuerdo nacional interprofesional (ANI) del 2 de julio de 2008 sobre el estrés en el trabajo.

alerta del médico laboral no está sancionado por el derecho, lo que reduce el alcance de esta competencia.

El médico laboral también puede emitir un dictamen de invalidez sobre un trabajador cuyo estado de salud mental hace imposible su permanencia en la empresa. Gracias a este dispositivo, muy utilizado ahora en tales circunstancias, el médico laboral puede retirar a un trabajador de una situación eminentemente peligrosa para su salud. Aquí, la relación con la salud es individual. No obstante, en el plano colectivo, el médico laboral también tiene el papel de asesorar al empresario en lo relativo a la realización del plan de prevención de la empresa.

*En el terreno colectivo* – La ley de modernización social de 2002 también introdujo la noción de “salud física y mental” dentro del campo de competencia del CHSCT. Efectivamente, este último debe “contribuir a la protección de la salud física y mental y a la seguridad de los trabajadores” (art L. 4612-1 del Código del trabajo). Conviene insistir en la necesidad de prevenir los riesgos psicosociales en el trabajo en el plano colectivo, dado que el plano individual, ciertamente complementario, es un plano de prevención que no abarca el problema en su totalidad. En esto, el CHSCT, reforzado también por el derecho de la peritación, juega un papel esencial en el sentido de un refuerzo de su acción y de la integración de la prevención de los daños a la salud mental dentro de las organizaciones del trabajo. El objetivo sería principalmente reequilibrar la relación de fuerza relativa a la aplicación del derecho de la salud y seguridad en el trabajo a favor de los RPS. El especialista de la cuestión de los riesgos profesionales en la empresa es ciertamente el CHSCT, que informa y asesora al empresario sobre su política en la materia.

Por último, el plano colectivo remite necesariamente al papel de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva. Las condiciones de trabajo son un tema de negociación demasiado residual a pesar del impulso dado por el plan de urgencia de lucha contra los RPS “Darcos” de 2009 que únicamente obliga a negociar a las empresas de más de 1.000 trabajadores. Si bien las empresas muy grandes se han propuesto negociar sobre estas cuestiones y han entrado en el juego, las empresas más pequeñas todavía carecen de herramientas en este sentido, puesto que aún no se ha dado prioridad a la negociación por sectores. Por otra parte, los acuerdos obtenidos son acuerdos de métodos y a menudo es muy complicado ponerlos en práctica. Por último, los acuerdos de transposición de los acuerdos-marco europeos sobre el estrés en el trabajo, el acoso y la violencia en el trabajo – a pesar de que hayan encontrado un consenso por parte de los interlocutores sociales; incluso sobre el reconocimiento de la vinculación entre el trabajo y los RPS – no

contienen obligación de negociación en los sectores industriales, lo que los hace poco efectivos.

También se requiere el plano colectivo cuando se trata de defender los intereses colectivos de una profesión. En materia de riesgos psicosociales, la jurisprudencia acepta también la acción sindical destinada a velar por el respeto de la legislación laboral en materia de salud y seguridad. Junto al inspector de trabajo, los sindicatos se convierten en agentes esenciales del respeto de las condiciones de trabajo. La capacidad de los sindicatos de recurrir a las jurisdicciones también ha jugado un papel determinante en el cuestionamiento del poder de dirección del empresario ante el juez cuando una organización era susceptible de dañar la salud de los trabajadores.

### **3. El cuestionamiento del poder de dirección y de organización del empresario por el juez francés**

Las consecuencias, en ocasiones desastrosas, de algunas organizaciones del trabajo sobre la salud de los trabajadores (multiplicación de suicidios por ejemplo) parecen haber desacralizado el poder de dirección del empresario a ojos de los jueces franceses. Dicho de otra manera, el alcance que han tomado los riesgos psicosociales en el trabajo estos últimos años ha justificado la intervención del juez en el poder de dirección en aras de la salud de los trabajadores (3.1). En virtud de casos emblemáticos relacionados con la aplicación de organizaciones laborales en ciertas empresas, esta acción del juez ha acabado siendo muy intervencionista (3.2).

#### **3.1. Una intromisión del juez en el poder de dirección en aras de la salud de los trabajadores**

En materia de protección de la salud en el trabajo, dirigida a la colectividad de trabajo más que enfocada a un litigio individual<sup>288</sup>, la sentencia emitida por la Sala de lo social del Tribunal de casación el 5 de marzo de 2008 retiene de oficio la atención. El interés de la decisión “*Snecma*” marca una intervención del juez en el poder de dirección del

---

<sup>288</sup> Verkindt P.-Y., “El apogeo de la obligación de seguridad del gerente”, *SSL*, 28 de marzo de 2008, 1346, p. 11; Pola B., “Una posición severa”, *SSL*, 28 de marzo de 2008, 1346, p. 12.

empresario para hacer respetar la obligación de seguridad de resultado de este. Asimismo, la sentencia *Snecma* destaca el papel de los sindicatos en la prevención de los riesgos profesionales, especialmente gracias a su capacidad de recurrir al juez para defender el interés colectivo de hacer aplicar el derecho de la salud y seguridad en el trabajo.

En este caso, la empresa Snecma (actualmente Grupo Safran) presentó en noviembre de 2003 un proyecto de nueva organización de un centro clasificado “seveso”<sup>289</sup> teniendo en cuenta la reducción de personal de este. Se consultó al Comité de Higiene, Seguridad y Condiciones de trabajo (CHSCT) quien decidió recurrir a un dictamen pericial. Basándose en este último, el CHSCT emitió un informe negativo, seguido meses más tarde de un informe equivalente del Comité de establecimiento. Con todo y con eso, mediante una nota de servicio, la empresa Snecma decidió aplicar la nueva organización de trabajo basándose en que la organización necesitaba adaptarse a los cambios del personal del centro. Ahora bien, según el informe del experto enviado por el CHSCT, la reorganización del centro conllevaba un aumento del número de fines de semana trabajados así como de las noches de trabajo y de su duración. El informe del perito subrayaba también que el aislamiento del único trabajador previsto en el centro por la mañana y por la tarde, así como durante el periodo estival durante las intervenciones eléctricas de día, aumentaría el riesgo vinculado al trabajo.

Basándose en el artículo L. 230-2 del Código del trabajo (hoy artículo L.4121-1<sup>290</sup> y siguientes), el sindicato CGT decide presentar ante el Tribunal de primera instancia de Nanterre recurso de anulación de la nota de servicio que aplica la nueva organización de trabajo, y solicita la prohibición de aplicarla por poner el riesgo la seguridad del personal. El 10 de junio de 2005, el proyecto de reorganización del centro es juzgado no conforme al artículo L.230-2 del Código del trabajo, el Tribunal de primera instancia ordena la suspensión de la aplicación de la nueva organización y remite a las partes a definir nuevas modalidades de organización en el marco del diálogo social. El Tribunal de apelación de Versalles confirma el 14 de septiembre de 2006 el juicio emitido en primera instancia. Snecma recurre en casación.

El Tribunal de casación ratifica a los jueces de hecho, basándose en la obligación de seguridad de resultado desarrollada dentro de su jurisprudencia. Con arreglo a esta, el empresario debe tomar las medidas

<sup>289</sup> Centro industrial que presenta importantes riesgos de accidentes.

<sup>290</sup> Art. L. 4121 al. 1 del Código del trabajo: “El empresario adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad y proteger la salud física y mental de los trabajadores”.

necesarias para garantizar la seguridad y la protección de la salud de los trabajadores. El Tribunal Supremo limita así el poder de dirección del empresario cuyo ejercicio no debe comprometer la salud y la seguridad de los trabajadores. En virtud de este principio, la decisión del 5 de marzo de 2008 confirma la sentencia emitida por el Tribunal de apelación que había concluido que la nueva organización elaborada por la empresa *Snecma* “podía comprometer la salud y la seguridad de los trabajadores afectados y que, en consecuencia, debía suspenderse su aplicación.

Al ratificar la sentencia de apelación, el Tribunal de Casación aporta una nueva herramienta para proteger la salud de los trabajadores. A partir de este momento, es posible recurrir al juez para solicitar la suspensión de una organización laboral susceptible de alterar la salud de los trabajadores a pesar de que no infrinja las disposiciones relativas a la higiene y la seguridad. De este modo, el Tribunal de casación lleva al extremo su principio de proteger el estado de salud físico y mental de los trabajadores en virtud de la obligación de seguridad del empresario. La sentencia *Snecma* se enmarca asimismo en el principio de la directiva-marco del 12 de junio de 1989 según la cual la mejora de la seguridad en el trabajo “no puede estar supeditada a consideraciones puramente económicas”<sup>291</sup>.

La sentencia “*Snecma*” es una sentencia clave – y ya emblemática – porque consagra la intervención del juez como una nueva herramienta para proteger la salud en el trabajo. El Tribunal de casación se implica en la lucha contra los ataques a la salud “física y mental” en el trabajo en una dimensión individual y colectiva pero también organizacional. Efectivamente, esta sentencia puede añadirse particularmente a la del 21 de junio de 2006, que, a través del acoso moral<sup>292</sup>, incluye la protección de la salud mental en el trabajo en la obligación de seguridad de resultado del empresario; y a la del 28 de noviembre de 2007, que obliga al empresario a consultar al CHSCT, además de al Comité de empresa, a la hora de establecer un nuevo programa de entrevistas anuales susceptible de engendrar presiones psicológicas<sup>293</sup>. La salud ocupa un puesto esencial en la organización del trabajo. Ahora bien, la sentencia del 5 de marzo de

---

<sup>291</sup> Directiva n. 89/391/CEE del 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas dirigidas a promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, *JOCE* L. 183 del 29 de junio de 1989, p. 1.

<sup>292</sup> Soc. 21 de junio de 2006, *D.*, 2006, 41, p. 2831, nota M. Miné; *RDT*, p. 245, nota P. Adam; Leblanc L., “Acoso moral. Responsabilidad personal del empleado y obligación de resultado del empresario”, *RJS*, 8-9/06, p. 670.

<sup>293</sup> Soc. 28 de noviembre de 2007, *RDT*, febrero de 2008, p. 111, nota L. Lerouge; *JCP S.*, nota J.-B. Cottin; Verkindt P.-Y., “La creciente relevancia del CHSCT”, *SSL*, 10 de dic. 2007, 1332, p. 11.

2008, al situarse en el plano de la organización del trabajo, podría asimismo servir de base para una acción relacionada con los riesgos psicosociales, puesto que la elección del sistema de organización y de gestión del empresario a menudo es responsable del aumento del estrés en la empresa.<sup>294</sup>. Esta hipótesis, que consagra una posición intervencionista de los jueces en el poder de dirección y de organización del empresario desde el momento en que está en juego la salud, ha sido oída por las jurisdicciones de hecho.

### 3.2. Una acción del juez intervencionista

La sentencia denominada “*Snecma*” del 5 de marzo de 2008 marcó la pauta. El empresario es titular de una obligación general de prevención (artículo L.4121-1 y siguientes del Código del trabajo) y desde las “sentencias del amianto” de 2002, debe respetar una obligación de seguridad de resultado. Por esta razón a fin de preservar la salud de los trabajadores con ocasión de una nueva organización del trabajo, el juez se ha autorizado a inmiscuirse en el poder de dirección del empresario. Dicho de otra manera, si el juez estima que un proyecto de organización del trabajo es susceptible de dañar la salud de los trabajadores, puede intervenir de manera que cese la aplicación de este proyecto, limitando así el poder de dirección y de organización del empresario en aras de la salud de los trabajadores. Desde esta perspectiva, los sindicatos y los Comités de Higiene, Seguridad y Condiciones de trabajo (CHSCT) desempeñan un importante papel a lo que se añade implícitamente una creciente relevancia del papel del CHSCT en materia de riesgos psicosociales y de los sindicatos a través de su capacidad de actuar en justicia en tales circunstancias. El CHSCT, dotado en parte de la personalidad jurídica, al igual que los sindicatos, puede perseguir al empresario que no respete la aplicación del derecho de la salud y seguridad en el trabajo.

Entra en juego la “salud física y mental”, no obstante, con respecto a la “salud mental” y más aún a los “riesgos psicosociales” (RPS), la aplicación de la sentencia “*Snecma*” planteaba la cuestión de su aplicación fuera del campo de la salud física. Los RPS plantean efectivamente problemas de evaluación y de objetivación, dados el carácter más subjetivo que los riesgos del trabajo más clásicos. Ahora bien, la reciente actualidad jurisprudencial acaba de mostrar que los riesgos psicosociales entran

---

<sup>294</sup> Lorient M., “Un cuestionamiento de la organización del trabajo aún insuficiente”, *SSL*, 28 de marzo de 2008, 1346, p. 5.

plenamente dentro del caso particular de la organización del trabajo potencialmente peligrosa para la salud mental de los trabajadores, pero también susceptible de originar RPS. Las decisiones mencionadas aquí se convierten en palancas movilizables hacia una mejor integración de las cuestiones de RPS dentro de la elaboración de nuevas organizaciones del trabajo. En suma, el objetivo marcado es una mejor prevención de los RPS: prevenir los riesgos psicosociales con la mayor antelación posible. La compensación no es una solución, se debe poner el énfasis en la prevención, he aquí uno de los mensajes transmitidos por la acción de los jueces. La resonancia de los casos de suicidios relacionados con el trabajo en Francia también ha tenido sus repercusiones.

Además, para el juez, la salud debe primar sobre las organizaciones: esto es lo que recuerda en esencia la “*sentencia FNAC*” dictada por el Tribunal de apelación de París el 13 de diciembre de 2012<sup>295</sup>. En el marco de una reorganización del trabajo destinada a enderezar su situación comercial y a preservar su competitividad, la conocida cadena emprendió en 2011 un proyecto que no suprimía puestos de trabajo pero que aumentaba la presión sobre los directores de tiendas, el “Plan FNAC 2015”, y después en 2012 un proyecto “Organización 2012” que implicaba despidos y un determinado número de tareas soportes en las tiendas (comunicación, recursos humanos y finanzas). El Tribunal de apelación de París admitió la demanda interpuesta por los CHSCT y las tres organizaciones sindicales para que se anulara el plan “Organización 2012”. Los magistrados recuerdan enérgicamente que compete al empresario, “en el marco de la prevención de riesgos, adoptar todos los medios útiles para identificar los riesgos, incluidos los psicosociales, principalmente invocados en el presente litigio, susceptibles de ser provocados por la nueva organización que pretende implantar”. Por otra parte, el empresario debe precisar los medios de prevención que pretende aplicar “acompañando a los trabajadores afectados por el proyecto de reorganización litigioso, a lo largo de las fases de establecimiento de la reorganización litigiosa emprendida”. Por consiguiente, hay que identificar los riesgos en el trabajo, entre ellos los riesgos psicosociales antes de la reorganización como lo imponen el derecho comunitario y el derecho nacional de la salud y seguridad en el trabajo.

Anteriormente, el 4 de septiembre de 2012<sup>296</sup>, el Tribunal de primera

---

<sup>295</sup> CA Paris, 13 de diciembre de 2012, RG 12/00303, <http://www.asso-henri-pezerat.org/wp-content/uploads/2013/01/Arr%C3%AAt-CA-Paris-FNAC-du-13-d%C3%A9cembre-2012.pdf>.

<sup>296</sup> TGI Lyon sala 1ª Sección 2, 4 de septiembre de 2012, RG 11/05300, <http://www.wk-rh.fr/actualites/upload/TGI-Lyon-CE.pdf>

instancia de Lyon emitió un juicio que fue muy sonado y que junto con la “sentencia Snecma” abonó el terreno para el pronunciamiento de la sentencia FNAC”. Efectivamente, a tenor de un modo de organización del trabajo denominado “Benchmark”, el Tribunal de primera instancia de Lyon estimó que el empresario no cumplía con su obligación de seguridad de resultado al instaurar un modo de organización del trabajo “consistente en evaluar y comparar constantemente las prestaciones de cada sucursal y de cada trabajador, provocando así que los trabajadores compitan entre sí, desde el momento en que un sistema así compromete gravemente la salud de sus trabajadores, al generar un estrés permanente”. Respaldados por esta argumentación, los jueces ha acogido la demanda del sindicato demandante en el procedimiento de prohibir al empresario aplicar este tipo de organización del trabajo. El juez ya no solicita aquí que la empresa revise su proyecto de organización de modo que no sea susceptible de alterar la salud de los trabajadores como en la sentencia *Snecma*, sino que, de forma más contundente, decide ahora prohibir la aplicación de determinadas organizaciones del trabajo.

En el futuro, cabe esperar la proliferación de este tipo de decisiones espectaculares en relación con el sistema de organización del trabajo y la consideración de sus efectos en términos de RPS. Los actores sindicales y el CHSCT destacan con un papel preponderante. Por el contrario, ante el juez, el papel del médico laboral es más discreto y durante mucho tiempo, parecía casi ausente de los debates salvo cuando era uno de los expertos en términos de identificación del estrés” (cf. ANI del 2 de julio de 2008). Hay que reconocer que dentro de un postulado que favorece un enfoque colectivo de la prevención de los RPS, el médico laboral se inscribe en más de una dimensión individual. Con todo, sería olvidar su competencia de alertar al empresario o a los representantes del personal para evitar la aparición de cualquier patología o de su agravación. La sentencia “*Benchmark*” muestra que los médicos laborales habían estigmatizado este modo de organización del trabajo como un factor provocador de riesgos psicosociales.

Por último, aunque se trate de una sentencia no publicada (debido quizás a la prudencia aún imperante entre los altos magistrados del derecho de la seguridad social en relación a la Sala de lo social), la segunda Sala de lo civil del Tribunal de casación reconoció enérgicamente el 8 de noviembre de 2012 la falta inexcusable del empresario (que da derecho a una reparación complementaria) que “no puede ignorar o librarse de los datos médicos correspondientes al estrés en el trabajo y a sus consecuencias

para los trabajadores que han sido víctimas”<sup>297</sup>. Esta sentencia muestra así que la prevención de los riesgos psicosociales – riesgos complejos por excelencia – necesita una respuesta coordinada de todos los que intervienen en la prevención de riesgos en el trabajo. Desde el momento en que el empresario no respete este principio y que su acción desemboque en una organización del trabajo susceptible de perjudicar la salud de los trabajadores, el juez se ha otorgado la potestad de intervenir dentro del poder de dirección y de organización para restablecer el equilibrio entre la organización del trabajo y la salud de los trabajadores.

#### 4. Bibliografía

Leblanc L., “Acoso moral. Responsabilidad personal del empleado y obligación de resultado del empresario”, *RJS*, 8-9, 2006.

Lerouge L., *Commentario Civ.* 2, 8 noviembre 2012, n. 11-23.855, *RDSS*, janvier-février 2013, 1, 2013.

Loriol M., “Un cuestionamiento de la organización del trabajo aún insuficiente”, *SSL*, 28 de marzo de 2008, n. 1346.

Moreau M.-A., “Por una política de salud en la empresa”, *Derecho Social*, septiembre-octubre de 2002.

Sargos P., “L’émancipation de l’obligation de sécurité de résultat et l’exigence d’effectivité du droit”, *JCP S*, 4 avril 2006.

Sargos P., “La evolución del concepto de seguridad en el trabajo y sus consecuencias en materia de responsabilidad”, *JCP G*, 22 de enero de 2003.

Supiot A., *Crítica del derecho del trabajo*, PUF, Col. Quadrige, Paris, edición 2, 2007.

Verkindt P.-Y., “El apogeo de la obligación de seguridad del gerente”, *SSL*, 28 de marzo de 2008, 1346.

Pola B., “Una posición severa”, *SSL*, 28 de marzo de 2008, 1346.

Verkindt P.-Y., “La creciente relevancia del CHSCT”, *SSL*, 10 de dic. 2007, 1332.

---

<sup>297</sup> Lerouge L., *Commentario Civ.* 2, 8 noviembre 2012, n. 11-23.855, *RDSS*, janvier-février 2013, n. 1/2013, p. 163-165.

## El acoso moral en Italia: marco de referencia y evolución jurisprudencial\*

Roberta CARAGNANO\*\*

---

**RESUMEN:** En el presente trabajo se realiza un estudio sobre la situación del acoso moral en Italia, centrándose en un primer momento en los motivos que dan lugar a su aparición, para pasar a continuación a analizar su naturaleza jurídica y sus características. El eje central de esta exposición es la conceptualización del fenómeno por parte de la jurisprudencia, de los convenios colectivos y de las leyes regionales, así como la explicación de su evolución a lo largo de los últimos años. Por último, se examinan diferentes estudios que han puesto de manifiesto que el acoso moral tiene especial incidencia sobre las mujeres.

*Palabras clave:* Acoso moral, *straining*, *bullying*, integridad psicofísica del trabajador.

**SUMARIO:** 1. Planteamiento del problema: el acoso moral y los cambios en la organización del trabajo. 2. Naturaleza jurídica del acoso moral y los parámetros para su identificación. 2.1. Las fases y las características de la conducta de acoso moral: modelos de Leymann y Ege. 3. Italia: el acoso moral, ante la ausencia de disposiciones normativas, los convenios colectivos y las leyes regionales. 4. El acoso moral en la jurisprudencia: una breve reseña. 4.1. La *vexata quaestio* entre la responsabilidad extracontractual y la obligación de proteger la integridad psicofísica del trabajador de conformidad con el artículo 2087 del Código Civil. 5. Acoso moral: un estudio italiano sobre un fenómeno típicamente “femenino”. 6. Bibliografía.

---

\* Traducción realizada por Alma Elena Rueda Rodríguez.

\*\* ADAPT Senior Research Fellow. Investigadora asociada de la Universidad de Módena y Reggio Emilia.

## 1. Planteamiento del problema: el acoso moral y los cambios en la organización del trabajo

El acoso moral es un fenómeno complejo y multifactorial de difícil identificación que, en los últimos años, se ha desarrollado cada vez más en el lugar de trabajo, y no es siempre consecuencia directa y única de la voluntad de un sujeto de ejercer *sic et simpliciter* violencia psicológica sobre un compañero que no es de su agrado, con el fin de alejarlo del lugar de trabajo, sino que es un fenómeno delicado que implica la interacción de factores relativos a aspectos psicológicos del trabajador, a las relaciones de dos que se establecen (en el lugar de trabajo), a la dinámica de grupo y a los factores relacionados con la organización y, por lo tanto, a los cambios de los modelos organizativos que se han producido en los últimos años, así como a variables relacionadas con el clima de la empresa.

El *Eurofound*, en un reciente estudio del 2011<sup>298</sup>, en el cual se analizan las tendencias evolutivas de los últimos veinte años en los ambientes de trabajo, centrandó la atención en la cuestión fundamental de la mejora de las condiciones de trabajo en los contextos sociales en los que, también a causa del envejecimiento demográfico, se solicita a las personas trabajar siempre más tiempo, ha reiterado que el aumento de la presión sanguínea, las enfermedades cardiovasculares, los trastornos en la salud mental de los trabajadores y el acoso moral pueden ser los factores directos del estrés relacionado con el trabajo.

Ya a principios del siglo XXI, el tercer estudio europeo del *Eurofound* había puesto de manifiesto con datos objetivos, fruto de entrevistas realizadas a un conjunto de 21.500 trabajadores de los Estados miembros, que el 1.8% de los trabajadores de la Unión, es decir, 12.000 millones de personas, habían denunciado haber sido objeto del fenómeno de acoso moral. Los Estados en los que encontramos cifras más altas fueron Gran Bretaña con el 16% Suecia con un 10%, Francia y Finlandia, con un el 9%, Irlanda y Alemania, con un 1.8% e Italia con un 4%. Sin embargo, la incidencia del fenómeno de la violencia y el acoso en el trabajo, en el que la Fundación incluía el acoso moral, presentaba variaciones sensibles entre los Estados miembros debido a diversos factores. En primer lugar, la escasez de información (en algunos países los casos declarados fueron pocos), a la que se añadió la mayor o menor sensibilidad respecto al fenómeno, las diferencias entre los sistemas jurídicos y las diferencias

---

<sup>298</sup> Eurofound, Health and work: a difficult relationship, Foundation Focus, Eurofound, Dublin, 14 March 2011, disponible en el siguiente link <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2011/17/en/1/EF1117EN.pdf>

culturales, pero también la precariedad del empleo.

Los datos confirman las conclusiones de la OIT que, en un estudio anterior de 1998<sup>299</sup>, conectando al acoso moral en el ámbito del estrés laboral<sup>300</sup>, pero precisando que se encuentra frente a dos casos distintos que entran en los riesgos psicosociales, pero con elementos de diferenciación desde un perfil normativo y procedimental, había proporcionado una primera estimación económica: en Alemania, el coste directo del acoso moral para una empresa de 1.000 empleados había estado calculado en cerca de 200.000 DM cada año, y el coste indirecto en 100.000 DM por año; mientras que en los Estados Unidos, un estudio de la *National Safe Workplace Institute* había estimado que el coste total de la violencia en el lugar de trabajo ascendía a más de cuatro millones de dólares en 1992. A esto hay que añadir aspectos aún más sociales como los relacionados con el aumento de los suicidios.

En el mismo sentido, en el 2002, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo subrayó que el acoso moral en el lugar de trabajo representaba un problema importante para los trabajadores europeos con costes considerables, tanto para el empleado como para la organización, y que la prevención del mismo era uno de los objetivos contenidos en la comunicación de la Comisión Europea (Comunicación de la Comisión. *Adaptarse a las transformaciones del trabajo y de la sociedad: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad en el trabajo 2002-2006*. Comisión Europea, 2002) con respecto a la nueva estrategia para la salud y seguridad en el trabajo.

Y es precisamente en el 2001 que, al margen del estudio citado del Eurofound (2001), el Parlamento Europeo emitió la resolución específica número 2339: *El acoso moral en el lugar de trabajo*. El documento parte del supuesto de que los estudios y la experiencia empírica convergen en detectar un claro vínculo entre la vida profesional y el estrés, o el trabajo y un alto grado de tensión, junto con el aumento de la competencia, la reducción de la seguridad laboral y la incerteza de las tareas profesionales, se encuentran entre las causas del acoso moral, las carencias a nivel de organización laboral, de información interna y de dirección, además de los

---

<sup>299</sup> Sobre el punto léase el reporte de la OIT, *La violence sur le lieu de travail – un probleme mondial. Les chauffeurs de taxi, les employés des services de santé et les enseignants font partie des professions les plus exposées*, BIT/98/30 del lunes 20 de julio de 1998.

<sup>300</sup> Sobre el tema también existe un estudio sucesivo de la OIT, *La violenza sul lavoro: la minaccia globale*, Noviembre 2000, donde se detecta que no toda la violencia es física y se reconoce el gran impacto de la violencia psicológica, categoría a la que son reconducibles figuras tales como el acoso moral y el *bullying*.

problemas de organización no resueltos y de larga duración que se traducen en una fuerte presión sobre los grupos de trabajo y pueden conducir a la adopción de la lógica del “chivo expiatorio” y después al acoso moral. En este sentido, parece encontrarse una relación específica de causa-efecto en cuanto que el acoso moral es alimentado por una organización poco eficiente, pero del mismo modo estas mismas acciones acosadoras afectan al nivel de eficiencia de la organización.

Las consecuencias, ya sean para el individuo para el grupo de trabajo, pueden ser relevantes, así como los costes para los individuos, las empresas y la sociedad. Si por un lado, a nivel de la empresa, las repercusiones afectan la rentabilidad y a la eficiencia económica de la empresa, a causa del absentismo que provoca reducción de la productividad del trabajador, inducida por el estado de confusión de los individuos y de las dificultades de concentración, así como “de la necesidad de pagar una indemnización a los trabajadores despedidos”<sup>301</sup>, por otra parte, las consecuencias son también personales y familiares pues según el perfil médico legal el acoso moral provoca un estado de angustia psicológica y la aparición de enfermedades psicosomáticas, tales como trastornos de adaptación o incluso síntomas de estrés post-traumático con reflejo, no sólo sobre las personas *uti singuli*, sino también para las familias, influyendo sobre el *menage* familiar.

Sobre esta base, el Parlamento Europeo exhortaba a la Comisión a analizar el fenómeno e implementar todas las acciones preventivas y de protección con el fin de ampliar el ámbito de aplicación de la Directiva marco sobre la salud y seguridad en el trabajo (Directiva 89/391/CEE), o la elaboración de una nueva directiva marco como un instrumento jurídico para combatir el fenómeno de hostigamiento, además de un mecanismo de defensa del respeto de la dignidad de la persona del trabajador, de su intimidad y de su honor. El objetivo era la mejora sistemática del ambiente de trabajo, centrándose en la prevención.

Al mismo tiempo, se exhortaba a los Estados miembros a reforzar, revisar y complementar su propia legislación para elevar el nivel de protección contra el acoso moral y el acoso sexual en el lugar de trabajo, para lograr una definición uniforme del caso específico y elaborar, con la ayuda de todos actores sociales, las estrategias idóneas para combatir el fenómeno, procediendo también a un intercambio de experiencias sobre el principio

---

<sup>301</sup> Sobre el punto léase: Ascenzi, A., Bergagio, G. L., *Il mobbing. Il marketing sociale come strumento per combatterlo*, Giappichelli, 2000, p. 49, en el que se subraya que “ha quedado probado que un trabajador expuesto a la violencia psicológica tiene un rendimiento inferior al 60 por ciento en términos de productividad y eficiencia respecto a otros trabajadores”.

de las “mejores prácticas”. De esta manera, las instituciones europeas fueron llamadas a la responsabilidad, con el fin de que sirvieran como modelo virtuoso, tanto para la adopción de medidas para prevenir y combatir el acoso moral dentro de sus propias estructuras, así como en lo que respecta a la ayuda y la asistencia a personas o grupos trabajo, proporcionando eventualmente una adaptación del estatuto de los funcionarios, además de una adecuada política de sanciones.

Acerca de esto, parece oportuno recordar que la citada Resolución sobre el acoso moral ha sido el punto culminante y explícito de un proceso desarrollado en el tiempo a nivel internacional<sup>302</sup>, primero y después comunitario, en la dirección de una mayor atención a la salud del trabajador, no sólo como “física”, sino también psicofísica, y que vea siempre en la protección *tout court* de la salud y seguridad de los trabajadores su referencia prioritaria. Si en el Estatuto de la Organización Internacional del Trabajo de 1919 estaba prevista la necesidad de proteger a los trabajadores contra las enfermedades profesionales y los accidentes en el trabajo, en la declaración de Filadelfia de 1944 se evidenciaba la necesidad de una tutela de prevención que se concretó en 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que si bien no contempla explícitamente el derecho de los trabajadores a la seguridad y la salud, en el artículo 23 afirmaba el derecho de los trabajadores “a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo” y en el artículo 28 el derecho de “todo individuo a un orden social e internacional en el cual se encuentren enunciados los derechos y libertades” y puedan ser plenamente realizados.

Fundamentalmente, fue el Acta Única Europea, con la previsión del artículo 21 de la disposición, la que ha integrado el Tratado Europeo añadiendo el art. 118 A, por el que “los Estados miembros se esforzarán por fomentar la mejora en particular del ambiente de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, y se fijarán como objetivo la armonización, en una perspectiva de progreso, de las condiciones existentes en este sector”. De este modo, se ha ampliado el concepto de salud y seguridad, que ya no se limita a la actividad concreta realizada por el trabajador, sino que se extendió a todo el ambiente de trabajo en el que él opera<sup>303</sup>. Será tarea de la Directiva marco n° 391/1989

<sup>302</sup> Sobre el desarrollo de las normas internacionales se puede ver De Cristofaro, “La salute del lavoratore nella normativa internazionale e comunitaria”, en *Rel. ind.*, 1988, 15, p. 309.

<sup>303</sup> Sobre el punto léase: Loy. G., “Linee di tendenza della normativa italiana in materia di tutela della salute”, en *Quad. dir. Rel. ind.*, 1993, f14, p. 14, que considera que el ambiente de trabajo no es sólo el lugar de trabajo, sino también el territorio, por lo que un daño a la

relativa a la ejecución de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, identificar el núcleo esencial de la tutela de la personalidad del trabajador.

Sin embargo, en el acoso moral, sin perjuicio de que se trata de un comportamiento no ético y opresivo en el que se identifican las conductas de acosadoras, hay una carencia de una definición única e internacional<sup>304</sup>, también a nivel terminológico, basta pensar que en Japón y en los países anglosajones se sigue usando el término *bullying*, mientras que en Francia y Bélgica se utiliza el de acoso moral (*harcèlement moral*)<sup>305</sup>.

## 2. Naturaleza jurídica del acoso moral y los parámetros para su identificación

El término *mobbing*<sup>306</sup> deriva del verbo inglés “to mob”, que literalmente significa rodear, apiñarse alrededor de alguien, y es indicativo de un comportamiento característico del mundo animal, propio de las aves, que rodean, más en concreto cercan a sus semejantes y los agreden, con el fin de alejarlos de la bandada<sup>307</sup>.

Es en 1984 cuando Leymann, un psicólogo e investigador alemán conocido como el pionero en los estudios sobre el fenómeno, toma la terminología típica de la etología para usarla en el contexto jurídico y, en particular, en el Derecho del trabajo, cualificando como acoso moral a todas esas formas particulares de conflicto que pueden desarrollarse en algunos ambientes de trabajo y que dan lugar a una acción o una serie de

---

salud de los trabajadores no necesariamente deriva de la actividad que ejercita si no también la circunstancia “de la residencia habitual en el territorio afectado por los fenómenos causados en la unidad productiva y los destinatarios de la tutela no son sólo los trabajadores de la empresa, sino la comunidad más amplia de ciudadanos que existen en el territorio”.

<sup>304</sup> En este sentido, Di Lembo, V., “Osservazioni in tema di mobbing”, en *Giur. merito*, 2007, p. 6.

<sup>305</sup> Sobre el punto para profundizar se envía al Capítulo II, siguiente.

<sup>306</sup> Para Leymann el término acoso moral es diferente, y por esto no debe confundirse con el bullying (bullismo), con el que se identifican todas las formas de terrorismo psicológico y, en ocasiones, incluso la agresión física ejercida no sólo por motivos de trabajo, sino también en la escuela, en las cárceles, y en otros lugares, y que se sustancien en actos de abuso y acoso entre los sujetos y no necesariamente ligadas a una relación jerárquica entre las partes involucradas. También en el acoso moral en el trabajo rara vez se llega a la violencia física, ya que se caracteriza por comportamientos sutiles y sofisticados con el objetivo principal de socavar el equilibrio psicofísico de la víctima.

<sup>307</sup> Los métodos de intimidación en el reino animal han sido descritos a principios de los años setenta por el etólogo austríaco Konrad Lorenz.

acciones repetidas durante un largo período de tiempo (al menos, 6 meses), realizadas por uno o más actores (acosador) para dañar a alguien (acosado) de una manera sistemática y con objetivos específicos<sup>308</sup>. En particular, Leymann define el acoso moral como “una forma de terrorismo psicológico que implica una actitud hostil y no ética realizada de forma sistemática, no ocasional ni episódica, de una o varias personas contra un solo individuo, que llega a encontrarse en una condición de indefensión y es objeto de una serie de iniciativas vejatorias y persecutorias. Esto debe ocurrir con una cierta frecuencia (al menos una vez a la semana) y durante un largo período de tiempo (al menos seis meses). Esta forma de maltrato provoca considerables sufrimientos mentales, psicosomáticos y sociales”<sup>309</sup>.

Una característica del acoso moral, por lo tanto, es la continuidad temporal, es decir, perpetrarse en el tiempo de la “persecución” a la luz de una estrategia, que se concreta en ataques repetidos, sistemáticos y duraderos calculados para afectar a los canales de comunicación, la reputación y la salud la persona, hasta el punto de afectar a la integridad psicofísica del trabajador, poniendo en peligro su puesto de trabajo.

Sin embargo, es bueno evidenciar que no son calificables como acoso moral todas aquellas situaciones en la que la conducta hostil se concreta, agotándose en un único episodio extemporáneo de acoso psicológico, dictado por un malentendido o falta de atención hacia la sensibilidad del otro sujeto<sup>310</sup>. En este caso, de hecho, faltan todos los elementos típicos

---

<sup>308</sup> Sobre el punto léase: Leymann, H., “Mobbing and psychological terror at workplaces”, en *Violence and Victims*, 1990, vol. 5, n. 2; *Ibidem*, “The Content and Development of Mobbing at Work”, en *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, 5; “Mobbing at work and the development of post-traumatic stress disorders” en *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5, 1996.

<sup>309</sup> Leymann, H., Gustafsson, B., *Psychological Violence at Work. Two explorative study*, Arbetarskyddsstyrelsen, 1984.

<sup>310</sup> Distinta de esta hipótesis que no es identificable como acoso moral es el caso del *straining*, otro fenómeno, teorizado por el mismo Ege, que se caracteriza por la falta de una frecuencia idónea de acciones hostiles, siendo suficiente una segunda acción que tenga efectos de larga duración en el tiempo (entre todos ver la hipótesis del descenso de categoría). En particular, el *straining* es una situación de estrés forzado en el trabajo en el que la víctima sufre al menos una acción que tiene como “consecuencia un efecto negativo en el ambiente de trabajo, una acción que además de ser estresante, también se caracteriza por una duración constante. La víctima se compara a la persona que ejecuta el *straining* en persistente inferioridad. El *straining* actúa específicamente contra una o más personas, pero siempre de una manera discriminatoria” (así Bertoncini, M., “Il mobbing secondo la Cassazione”, *Resp. Civ. e prev.*, 2009, 2, p. 290, nota 5). Sobre el punto léase también Ege, H., *Oltre il mobbing. Straining, stalking e altre forme di conflittualità sul lavoro*, Franco Angeli, 2005; Cimaglia, M. C., “Riflessioni su mobbing e danno esistenziale”, *Riv.*

del caso específico, tales como la planificación de la conducta acosadora, la duración temporal, así como la finalidad exclusiva y punitiva realizada a través del comportamiento, todos los actos que incorporados a una estrategia global que tiene como objetivo “la eliminación de la víctima”, o también solamente el aislamiento del trabajador<sup>311</sup>.

Los elementos que, en concreto, concurren para delinear el acoso moral son cinco. Al lado de la presencia de los dos sujetos (acosador y acosado) está la actividad vejatoria, que tenga el carácter de continuidad temporal, así como el propósito de aislar a la víctima en el lugar de trabajo con el fin de alejarlo o impedir que realice un papel activo en el lugar de trabajo y, por último, la presencia de espectadores (compañeros de trabajo es decir, *sighted mobber*) que, generalmente, toman distancia por temor a incurrir en represalias personales.

Hoy, el fenómeno, en la definición compartida por los estudios de la Psicología del trabajo y que tiene una gran aceptación entre la doctrina iuslaboralista, es “una situación laboral de conflictividad sistemática, persistente y en constante progreso, en la que una o más personas son objeto de acciones de alto contenido persecutorio por uno o más agresores, en posición superior, inferior o igual, con el propósito de causar a la víctima daños de diverso tipo y gravedad”<sup>312</sup>. Para la más reciente jurisprudencia, “se entiende por acoso moral, comúnmente, un comportamiento del empleador (o del superior jerárquico, del empleado en el mismo nivel jerárquico o incluso un subordinado), que, con una conducta sistemática y prolongada en el tiempo y que se concreta en sistemáticos y reiterados comportamientos hostiles, da lugar a formas de abuso de poder o persecución psicológica contra un empleado en el lugar de trabajo. Con esto se puede lograr la humillación moral y la marginación del empleado, con efecto lesivo sobre su equilibrio psicofísico y sobre su

---

*giur. lav.*, 2002, I, p. 93; Foglia, R., “Danno da mobbing nel rapporto di lavoro: prime linee di sviluppo giurisprudenziale”, *Dir. lav.*, 2000, II, 3, p. 13. Sobre los diferentes tipos de conflictos en el trabajo Manna, A., “Mobbing e straining come fattispecie determinative di danno: utile un intervento normativo?”, *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 705; Tramontano, L., “Il risarcimento dei danni da attività lavorativa”, en *La Tribuna*, 2007.

<sup>311</sup> En algunas decisiones de mérito los jueces han negado la existencia del acoso moral en todas aquellas situaciones en las que el recurrente no había probado el intento persecutorio del acosador, el comúnmente llamado *animus nocendi*. Sobre el punto el Tribunal de Como 22 de mayo de 2001, en *Orient. giur. lav.*, 2001, I, p. 277; Trib. Como de 22 febbraio de 2003, en *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 328. Sobre el punto no comparte esa orientación, Di Lembo, V., *op. cit.*, p. 1551.

<sup>312</sup> Sobre el punto léase Ege, H., *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Giuffrè, 2002; *Ibidem*, *Mobbing. Conoscerlo per vincerlo*, Franco Angeli, 2002; *Oltre il mobbing. Straining, stalking e altre forme di conflittualità sul lavoro*, *op. cit.*

personalidad” (Corte de Casación., Sentencia número. 3875/09).

Dependiendo del origen del acosador, así como de la dirección de las acciones, existen tipologías diferentes. Se distingue, de hecho, el acoso vertical (conocido también como *bossing*) del horizontal, ya que, en el primero se incluyen todas las medidas adoptadas por el empleador o por el superior jerárquico, mientras que en el segundo la actividad acosadora proviene de los compañeros de trabajo o, incluso, de sujetos subordinados jerárquicamente a la víctima<sup>313</sup>.

En este contexto, sin embargo, es importante recordar que una característica del acoso moral es que lleva consigo otras reflexiones de naturaleza emocional y relacional, hasta el punto de configurarse como una *enfermedad social transversal* caracterizada por la “continuidad de las agresiones en el tiempo, el goteo de eventos perseguidores, la intensificación progresiva de los ataques que llevan a la víctima al aislamiento, a la marginación, el malestar y a la enfermedad”. Se desprende que la persona acosada se encuentra imposibilitada para responder adecuadamente a estos ataques y, a largo plazo, sufre trastornos psicossomáticos, relacionales y del estado de ánimo, que pueden conducir también, en casos extremos, a la discapacidad psicofísica permanente<sup>314</sup>.

Los estudios de la Psicología y de la Sociología del trabajo, que han representado la base para la posterior elaboración jurisprudencial y también para la regulación del caso específico en algunos países europeos, han identificado 45 tipos de conductas agrupadas en cinco categorías diferentes. Para Leymann, las categorías son: ataques a la posibilidad de comunicación, a las relaciones sociales, a la imagen social, a la calidad de la situación profesional y privada y a la salud. Mientras que los comportamientos que conducen al acoso moral y contribuyen a la identificación de los parámetros son, para Harald Ege (que ha continuado con los estudios Leymann): la negación de los actos humanos (se impide a la víctima comunicarse con los compañeros de trabajo), aislamiento sistemático (se impide a la víctima comunicarse con sus colegas de trabajo), aislamiento sistemático (se aleja la víctima lejos de los colegas o de las conversaciones), el descenso de categoría o la privación absoluta de cualquier tipo de trabajo; ataques a la reputación de la persona (con respecto a las opiniones políticas o a la vida privada), violencia o acoso sexual.

---

<sup>313</sup> En tal caso una parte de la doctrina distingue una tercera tipología de acoso, *bottom-up* ascendente que proviene de un inferior jerárquico hacia el superior.

<sup>314</sup> Así para Gilioli, R., *Cattivi capi, cattivi colleghi. Come difendersi dal mobbing e dal “nuovo capitalismo selvaggio”*, Milano, 2000.

## 2.1. Las fases y las características de la conducta acosadora: modelos de Leymann y Ege

Leymann identifica cuatro etapas del proceso: la fase preliminar con “señales de advertencia”, la segunda, es decir, la “fase de evidencia de los hechos”, cuando inicia el verdadero y propio acoso, la tercera que se concreta en el “caso formalizado”, y por último, la fase final, es decir, la terminal.

A la primera fase corresponde aquella que una parte de la doctrina identifica como el primer paso del *conflicto cotidiano de inicio*, es en esta etapa cuando son legibles las primeras señales de una situación de conflicto, que puede ser eliminada mediante la reconstrucción de un equilibrio relacional. En el segundo paso, el de la *conflictividad evidente*, por el contrario, es donde se encuentran las tres fases sucesivas indicadas anteriormente, en las que el conflicto es evidente y con repercusiones tanto en el ambiente laboral como en el relacional.

En esta primera declinación estructurada del acoso moral y de sus etapas, Ege ha añadido una segunda, dividida en seis etapas. Para Ege, de hecho, el conjunto está precedido por un pre-etapa, también conocida como *condición cero* caracterizada por una conflictividad fisiológica típica de la realidad de trabajo y que no representa por sí misma una condición prodrómica al acoso moral, al contrario, la presencia de conflictos y la sana competición en las empresas pueden representar un estímulo. La degeneración, sin embargo, puede representar e identificar la pre-fase del acoso.

En la primera etapa, sin embargo, en la que el conflicto *dirigido* al fenómeno comienza a tomar forma y se distingue por el hecho de que tiene como objetivo no sólo la voluntad de un individuo de emerger laboralmente, sino que se insinúa también un elemento más personal y un objetivo más específico de destruir al adversario.

En la segunda fase se inicia el acoso real, con los ataques por parte del acosador, que aún no causan síntomas o enfermedades psicosomáticas en la víctima, pero que sí le provocan una sensación de incomodidad y malestar debido a la intensificación de las relaciones con los compañeros.

Los primeros síntomas *psicosomáticos* aparecen en la tercera etapa, cuando la víctima comienza a mostrar un sentimiento de inseguridad y problemas de salud tales como el insomnio y los trastornos digestivos.

En la quinta fase, se concreta un agravamiento de la salud psicofísica de la víctima, se hacen más intensas las fases de depresión severa con el uso de psicofármacos y terapias que usualmente tienen pocos resultados. En esta

etapa la empresa adopta medidas disciplinarias contra el acosado que agravan aún más la situación.

En la etapa final se llega a la exclusión de la persona del mundo del trabajo, una situación que implica la salida de la víctima de la empresa, en caso de renuncia voluntaria, despido, utilización de la jubilación anticipada o, incluso, resultados traumáticos, como el suicidio, el desarrollo de las manías obsesivas, el homicidio y la venganza hacia el acosador.

Considerando estas premisas, la mayoría de la doctrina identifica cinco categorías que provocan acciones acosadoras. Son los ataques contra el contacto humano (limitación de la capacidad de expresarse, constantes interrupciones en el discurso, reproches y críticas frecuentes, miradas y gestos con significado negativo), el aislamiento sistemático (transferencia a un lugar de trabajo aislado, actitudes que tienden a ignorar la víctima, la prohibición de hablar o tener relaciones con ésta), los cambios en las tareas (privación total de las tareas, asignación de tareas inútiles, dañinas o por debajo de la capacidad de la víctima), los ataques a la reputación (chismes, burlas, también calumnias e humillaciones), la violencia o la amenaza de violencia (amenazas o actos de violencia física, también con trasfondo sexual)<sup>315</sup>.

Y sobre esta base, la jurisprudencia, tanto de la *Suprema Corte de Casación* como de los Tribunales, han tratado de construir una definición legal tanto del caso específico como de la conducta acosadora debido a la falta de una legislación específica en el ordenamiento italiano relativa los actos perturbadores en el lugar de trabajo.

### **3. Italia: El acoso moral, en ausencia de disposiciones normativas, convenios colectivos y leyes regionales**

El ordenamiento italiano carece de regulación legal para la tutela del acoso moral, por lo que la construcción del caso específico corresponde a la jurisprudencia, que en los últimos años ha sentado las bases para la configuración del fenómeno.

En general, las referencias jurídicas para la protección del acoso moral se pueden encontrar de forma más general, en los artículos 32 y 41 de la Constitución, en los artículos 582 y 590 del Código penal, en los artículos 2043, 2049 y 2087 del Código Civil y en la Ley 300/1970, entendiéndose que el fenómeno ha adquirido a lo largo del tiempo su propia autorregulación a través de la negociación colectiva y de los códigos de

---

<sup>315</sup> Bertoncini, M., *op.cit.*

conducta.

Por lo que se refiere a la operatividad de la legislación civil, debe leerse en conjunto con lo dispuesto en la Constitución, se reenvía a la revisión de la jurisprudencia que reconstruye el proceso histórico que ha conducido a una primera y más completa definición del fenómeno.

A nivel penal, el artículo 582 sanciona con prisión de tres meses a tres años a cualquiera que cause una lesión personal, de la cual derive una enfermedad en el cuerpo y en la mente, también se castiga, en el artículo 590, a cualquiera que cause lesiones corporales involuntarias.

No se prevén reglas específicas ni siquiera en el Texto único en materia de salud y seguridad en el lugar de trabajo Ley 81/2008, sin embargo, una parte de la doctrina, con una interpretación amplia, ve la posibilidad de una protección en el art. 28 con el fin de incluir en el documento de evaluación de riesgos también las medidas de prevención del acoso moral. En este sentido, C. Lazzari<sup>316</sup> considera que “teniendo en cuenta que a los factores de orden psicológico, social y organizacional, concernientes al ambiente de trabajo debe ser reconocida, de acuerdo con los más recientes avances en la materia, la misma importancia atribuida normalmente sólo a los perfiles estrictamente técnicos, se podría consultar sobre la posibilidad de incluir entre los distintos riesgos que el empleador ha debido evaluar y prevenir, también al acoso moral, situación de riesgo ligada al contexto de trabajo que se añade a los riesgos que resultan clásicamente derivados de las máquinas, equipos y agentes físicos, químicos y biológicos”. De la misma manera, obligando al empleador evaluar los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, incluidos los relacionados con el sistema de gestión de la organización de la empresa (sobre este punto véase también el Decreto Legislativo 231/2001), la referencia podría leerse entre líneas. En el mismo sentido, en una perspectiva *de iure condendo*, el sistema de formación/ información de los trabajadores, así como el papel del representante de seguridad podría ser reforzado en la óptica preventiva del acoso moral.

La Ley 300/1970, del Estatuto de los Trabajadores, proporciona tutela indirecta a través del artículo 13, que señala que no puede ser encomendadas al empleado tareas de nivel profesional inferior a las de su categoría profesional, mientras que el art. 15 sanciona cualquier acto tendente a afectar al empleado por razón de su propia actividad, afiliación sindical, ideología política, identidad religiosa, lingüística u orientación

---

<sup>316</sup> Lazzari, C., “Il mobbing fra norme vigenti e prospettive di intervento legislativo”, RGL, I, 2001, p. 70.

sexual.

Si a nivel general falta una legislación nacional sobre el tema, es importante mencionar que, sin embargo, a nivel interno y por lo tanto con un valor un ámbito de aplicación limitado, el Decreto Legislativo 216/2003 (que establece una disciplina para la igualdad de trato en materia de empleo y de condiciones de trabajo, independientemente de la religión o convicciones personales, de las discapacidades, de la edad o de la orientación sexual, en aplicación de la Directiva 2000/78/CE), en el artículo 2, apartado 3, recoge entre las discriminaciones también al acoso, es decir, aquellos comportamientos no deseados que tienen el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona y de crear un clima intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. En esencia, una definición de acoso en la misma línea que la del *mobbing*. Contra estos actos de discriminación (incluyendo el acoso) se prevén una serie de garantías en el ámbito jurisdiccional, disponiendo de la nulidad de los pactos o actos dirigidos a discriminar al empleado por los motivos anteriormente mencionados, e introduciendo la posibilidad de obtener una indemnización por un daño no patrimonial, a este fin se admite contra las conductas discriminatorias, la prueba indirecta por medio de presunciones simples y también sobre la base de los datos estadísticos.

En materia de la legislación especial, finalmente, es importante el Decreto legislativo 38/2000, que ha introducido, aunque con algunas excepciones, la protección aseguradora INAIL (Instituto Nacional de seguros contra las lesiones en el trabajo) del daño biológico, entendida también como una lesión de la integridad psíquica por sí sola y en sí misma reconocida.

Hasta la fecha, se han presentado en el Parlamento varios proyectos de ley que tenían entre sus fines inspiradores la definición conceptual del acoso moral, junto con las descripciones de los comportamientos persecutorios, la identificación de los sujetos activos del acoso, es decir, los perseguidores, como los empleadores, superiores jerárquicos, del mismo grado; los indicios de la finalidad del perseguidor de perjudicar al trabajador, las responsabilidades disciplinarias a cargo de los promotores de acoso moral y “la responsabilidad” del empresario que tiene la obligación de comprobar las denuncias del acoso moral y de adoptar las consecuentes medidas necesarias, como la imposición de medidas disciplinarias y/o la eliminación de sus efectos. Los proyectos de ley contienen, también, sanciones penales contra aquellos que estén involucrados en actos calificados como acoso. En la legislatura XIV, fueron presentados en el Parlamento dos textos unificados. El primero, presentado el 2 de febrero de 2005 por el Comité Especial de la Comisión de Trabajo del Senado y que reúne 122 Decretos ley y otros sobre el tema,

contiene una definición flexible del tema. En la misma, “vienen comprendidos todos los fenómenos de la violencia y persecución psicológica caracterizados por un común denominador que consiste, por un lado, en un elemento objetivo, es decir, la continuidad y sistematicidad de actos y comportamientos persecutorios en el ámbito del trabajo y, por otro, en un elemento teleológico, que consiste en la finalidad específica de tales actos, dirigidos exactamente a dañar la integridad psicofísica de la trabajadora o el trabajador. También están identificados todos los tipos de acoso moral entre los cuales se encuentra también el acoso moral ascendente, forma poco común en Italia”<sup>317</sup>.

También el segundo Texto unificado de 28 de junio de 2005<sup>318</sup> contiene los principios fundamentales sobre el tema del acoso junto con los instrumentos represivos y reparadores de los daños provocados por la violencia o la persecución psicológica, y al mismo tiempo una adecuada protección judicial.

Una reglamentación más completa de esta materia está recogida en los convenios colectivos con las buenas prácticas en el sector cooperativo, donde es emblemático el Acuerdo para renovar el sector metalmecánico (cooperativas), firmado el 8 de julio de 2003, y renovado en el 2008, en el que se ha previsto un verdadero y propio código de conducta.

El Código de conducta, además de proporcionar una definición del acoso y elaborar una serie de principios que garantizan la protección de la dignidad, la libertad y la privacidad de los trabajadores, también establece la figura de la o del Consejero de Confianza. Esta nueva figura, que actúa con plena autonomía, tiene tanto tareas preventivas como de información en el desarrollo de la actividad de prevención a través de iniciativas de tipo cultural, formativas e informativas, así como operativas de apoyo a las víctimas de acoso sexual y de acoso moral, y de impulso, en cuanto puede indicar las medidas de organización consideradas de vez en cuando útiles para el cese inmediato de las conductas de acoso sexual y de acoso moral. Finalmente, transmite anualmente a los firmantes del CCNL (convenio colectivo nacional del trabajo) un informe especial sobre el estado de actuaciones del Código de Conducta.

Interesantes, en cuanto contienen una definición precisa del acoso moral, son los convenios colectivos nacionales de trabajo del 2002-2005 del Sector público, en particular los de las ramas de Ministerios, Regiones Autónomas, Entidades Locales, Entes Públicos no económicos. También

---

<sup>317</sup> Staiano, R., *Dequalificazione professionale e mobbing - Profili applicativi*, Halley Editrice, 2006, p. 66, y Cendon, P., *Licenziamento, mobbing, processo del lavoro*, vol.4, Utet, 2009.

<sup>318</sup> El texto reúne los DDL 122, 266, 422, 870, 924, 986, 1242, 1280,1290, 2420, 3253 y 3255.

se prevén una serie de acciones para implementar y contrarrestar la difusión de esta situación, que tiene relevancia social, así como para prevenir la aparición de posibles consecuencias peligrosas para la salud física y mental del trabajador interesado y, en general, para mejorar la calidad y la seguridad en el ambiente de trabajo.

A nivel de empresa, también en cuanto a lo previsto en Alemania, merece poner atención al Acuerdo contra la violencia psicológica en el lugar de trabajo firmado en 2001 entre los sindicatos FILT-CGIL, FIT-CISL, UIL Transportes, ATM-SATTI y Volkswagen, que fue el primer acuerdo empresarial en el que han participado más de 5.000 empleados.

Al lado de la disciplina interna prevista en la negociación colectiva nacional o empresarial, hay leyes regionales, exactamente cuatro, que han regulado el fenómeno.

La primera región en introducir una tipificación legislativa del acoso fue la Región de Lazio, en el año 2002 con la Ley n° 16, una medida que proporciona no sólo una definición del fenómeno, sino que también identifica las acciones de prevención e información, así como un observatorio regional sobre el acoso moral y anti acoso moral confiados a los organismos conjuntos. Sin embargo, la Ley fue declarada inconstitucional por la sentencia n. 359/2003 de la *Corte Costituzione* por vulnerar la competencia legislativa exclusiva del Estado en materia de derecho civil, así como la de ordenamiento y organización del Estado y de las entidades públicas nacionales en contraste con el art. 117, apartado 2, letra. l) y g) de la Constitución (sobre este punto lea STAIANO, R., Corte Constitucional 19.12.2003, n. 359, en [www.diritto.it](http://www.diritto.it)).

A continuación, la Región de Umbría en 2005 adoptó la Ley regional n° 18 sobre la protección de la salud psicofísica de la persona en el lugar de trabajo y la prevención y contraste del fenómeno de acoso moral. En particular, la ley ha previsto deberes, responsabilidades y caminos específicos, y estableció un observatorio regional de los casos de acoso con la tarea, además de investigar, de ofrecer asesoramiento para que esté garantizada también una asistencia médica, legal y psicológica. En la misma dirección, el Friuli Venezia Giulia con la ley regional n° 7 de 8 de abril de 2005.

Ambas leyes han estado sometidas a juicio de legitimidad, como en el caso de la ley de la región de Lazio, pero no han sido declaradas inconstitucionales porque no tratan de llenar vacíos dejados por la legislación estatal sobre el tema del acoso, sino que han centrado la atención sobre la tutela de los trabajadores acosados a través de la

prevención, omitiendo las garantías legales<sup>319</sup>.

Finalmente, ha intervenido la región de Veneto con la Ley regional n° de 22 de enero de 2010, de *Prevención y contraste de los fenómenos de acoso moral y la protección de la salud psicosocial de la persona en el lugar de trabajo*, sobre el presupuesto de la inviolabilidad de la dignidad humana y el derecho de cada individuo a la propia integridad psicofísica, con el fin de proteger a la persona en lugar de trabajo y en relación a la actividad laboral, el artículo 2 ha evidenciado que la finalidad es promover y apoyar “acciones e iniciativas encaminadas a prevenir el estrés laboral, para contrarrestar la aparición y la difusión del fenómeno del acoso moral, del estrés psicosocial y desalentar el comportamiento discriminatorio o acosador relacionado con el trabajo, promoviendo correctos estilos de vida”.

A tal efecto se estableció el Observatorio Regional sobre el acoso moral, malestar laboral y el estrés psicosocial, con funciones de asesoramiento, seguimiento, análisis y asesoramiento para la promoción de propuestas operativas.

#### **4. El acoso moral en la elaboración de la jurisprudencia: una breve reseña**

La jurisprudencia, en los últimos años, ha contribuido a delinear los elementos característicos que definen el acoso moral partiendo de la construcción jurídica del fenómeno, de la que se pueden obtener los elementos útiles para la definición del caso específico y para el reconocimiento de los presupuestos, así como para el resarcimiento del daño biológico<sup>320</sup>.

En resumen, para que se materialice el caso específico, la conducta debe: 1) presentarse en forma permanente y prolongada en el tiempo, 2) realizarse contra un empleado en el lugar de trabajo, y 3) concretarse en comportamientos intencionalmente hostiles, reiterados y sistemáticos, así como exorbitantes o incompatibles con la gestión ordinaria de la relación, que expresen un plan de persecución u hostigamiento del trabajador, para provocarle un efecto perjudicial en su salud psicofísica<sup>321</sup>. Además, es

---

<sup>319</sup> Staiano, R., *Dequalificazione professionale e mobbing - Profili applicativi*, op. cit., p. 78.

<sup>320</sup> Para profundizar sobre el acoso y para un análisis sustancial o procesal léase Staiano, R., *Mobbing comportamenti e tutele processuali*, Maggioli, 2012; *Ibidem*, *Dequalificazione professionale e mobbing. Profili applicativi*, op. cit.

<sup>321</sup> Sobre el punto léase para actualizarse Tolve, G., “Il Mobbing nella recente giurisprudenza civile”, Cortesi, C. (a cura di), *Bollettino Speciale ADAPT*, 14 dicembre 2012, 26, *Violenza e molestie nei luoghi di lavoro*.

necesario demostrar el nexo causal entre la conducta del empresario o del superior jerárquico y el perjuicio a la integridad psicofísica del trabajador. En 2011, el Consejo de Estado con la sentencia número 3648/2011 ha replanteado que, en la evaluación del presunto caso de acoso, debe ser considerada relevante “la multiplicidad y globalidad de las conductas de carácter persecutorio, ilegales o, incluso en sí mismo legales, puestas en marcha de manera sistemática y prolongada en contra del empleado según un diseño vejatorio”.

En la reconstrucción del recorrido de la jurisprudencia es fundamental partir de la primera sentencia italiana considerada “pionera” en el tema, la del Tribunal de Turín<sup>322</sup> de 16 de noviembre de 1999, que declaró que “[...] existe una hipótesis de acoso moral cuando el empleado está sujeto a abusos por parte de sus superiores y, en particular, cuando se realizan contra el trabajador prácticas directas para aislarlo del ambiente de trabajo y, en casos más graves, para expulsarlo, prácticas cuyo efecto es socavar gravemente el equilibrio mental del trabajador, reduciendo su capacidad de trabajo y la confianza en sí mismo, provocando una catástrofe emocional, depresión e, incluso, el suicidio [...]”. En la sentencia, por otra parte, el juez no sólo reconstruye el caso específico de acoso moral destacando que se trata de la “práctica en la que el empleado es objeto de numerosos abusos por parte de su superior, y de prácticas que tienden a aislarlo del ambiente trabajo o, en casos más graves, a expulsarlo”, pero evidencian también que ese comportamiento configura “un acto ilegal en el cual el empleador es responsable y se causa un daño a la integridad y a la personalidad del empleado, implicando el derecho a la indemnización de los daños”. A esta sentencia la siguieron otras que señalan el aspecto persecutorio y la reiteración temporal, que han contribuido a definir, cada vez más, los límites y las características del caso específico, entre ellas, la sentencia de 30 de diciembre de 1999, en la que el juez hace referencia expresa a la ilicitud y obliga al empleador a “resarcir el daño biológico y la descalificación profesional sufrida por el trabajador como consecuencia de tal comportamiento”.

En la misma dirección, la Corte de Casación, Sección de trabajo, con la sentencia de 2 de mayo de 2000, número 5491, en la que afirma que “un empleado que es víctima de comportamientos persecutorios por parte de un empleador, tiene derecho a una indemnización por el llamado daño biológico, pero debe demostrar la existencia de un nexo causal entre la conducta del empleador y el daño a la su salud”. De manera similar, la

---

<sup>322</sup> Trib. Torino 16 novembre 1999 n. 5050, *Lav. prev. oggi*, 2000, 154.

sentencia del Tribunal Constitucional número 359/2003, así como la sentencia de la Corte de Casación número 4474, de 6 de marzo de 2006, que muestran, con referencia a la lesión y a los daños de la salud psicofísica del trabajador, que la existencia de estos últimos, debe ser probada considerando la idoneidad ofensiva de la conducta, que se puede demostrar por el carácter sistemático y por la duración de la acción en el tiempo, por sus características objetivas de persecución y discriminación, derivadas específicamente de una emulación de connotación pretenciosa (sobre el carácter de la pretenciosidad leer la sentencia del Tribunal de Turín de 11 de diciembre de 1999, que ha analizado los estados patológicos sintomáticos: síndrome de ansiedad, depresión reactiva, labilidad emocional, nerviosismo, insomnio, ansiedad, pérdida de autoestima y crisis de llanto). La necesidad de demostrar la existencia de daño a la salud es una constante identificada por la jurisprudencia (véanse sobre el asunto: sentencia de la Corte de Casación número 7382/2010, sentencia de la Corte de Casación número 3785/2009, sentencia de la Corte de Casación número 22893/2008), que subraya la importancia del cumplimiento de la carga de la prueba requerida.

El comportamiento hostil y exorbitante se convierte en la gestión normal de la relación de trabajo y se puede concretar en la descalificación profesional del trabajador, que puede ser utilizada, con intención vejatoria o punitiva, a tareas menores. En relación con el tema, la Corte de Casación se pronunció sobre el daño no patrimonial derivado de la descalificación con la sentencia número 3057 de 29 de febrero de 2012 (reconociendo la existencia de un daño no patrimonial a un trabajador trasladado a otra oficina diferente y con atribución de un estatus inferior). Otros casos son aquellos en los que el empleado puede ser colocado en una condición de forzada inactividad destinada a la exclusión del mismo del contexto laboral. En este caso, recae sobre el trabajador, no sólo la carga de probar el propio descenso de categoría, sino también, proporcionar la prueba del daño no patrimonial según el art. 2697 del Código Civil, así como la prueba del nexo de causalidad con el incumplimiento del empleador.

Por otra parte, según la sentencia del Tribunal de Casación, SS.UU. número 4093 de 22 de febrero de 2010, la prueba del daño del descenso de categoría puede realizarse por cualquier medio, incluidas las presunciones, utilizando el art. 115 del Código de Procedimiento Civil, según el cual, el conocimiento general deriva de la experiencia. Sobre este tema también se señala la ordenanza de 18 de mayo de 2012, número 7963, emitida por la Corte de Casación (en realidad no llega a hablar claramente del acoso moral) que afirma que "el comportamiento del

empleador que deja en situación de inactividad al empleador, además de violar el artículo. 2103 del Código Civil, perjudica el derecho fundamental al trabajo, entendido principalmente como un medio de manifestación de la personalidad de cada ciudadano, así como de la imagen y la profesionalidad de los empleados”. Este comportamiento implica una lesión de un bien inmaterial por excelencia, como es la dignidad profesional del trabajador, entendida como la exigencia humana de manifestar la propia utilidad y la propia capacidad en el contexto laboral. Según los jueces de la Corte Suprema, esta lesión produce automáticamente una lesión susceptible de resarcimiento, incluso a través de una valoración realizada por vía equitativa. Por el contrario, si la violación del derecho del trabajador a desarrollar sus propias labores, prescinde de un específico intento de humillar al trabajador o de descenderlo de categoría a través de la privación de sus funciones, la responsabilidad del empleador debe, sin embargo, considerarse excluida.

También es interesante la sentencia del Tribunal de Forlì de 15 de marzo de 2001, número 188, en la que se señala que “el acoso moral - debido a que el comportamiento es reiterado en el tiempo por parte de una o más personas, colegas o superiores de la víctima, para obligar al sujeto acosado a abandonar el contexto laboral al sujeto acosado que, a causa de tal comportamiento en un determinado periodo de tiempo, sufre consecuencias también de orden físico - deben ser identificado en base a los requisitos requeridos de la Psicología del trabajo a nivel internacional y nacional. Este fenómeno puede dar lugar a un daño existencial o daño a las relaciones humanas, ya sea de naturaleza contractual o extracontractual, que se produce cada vez que el trabajador es atacado en la esfera de su dignidad, sin que la agresión le ofrezca salidas para otra cualificación resarcitoria. El daño previsto que se liquidará de forma equitativa, de acuerdo con los artículos 1.226 y 2.056 del Código Civil, puede estar relacionado con la duración de la conducta perjudicial y afectar al porcentaje de retribución percibida”.

Si bien esta es la orientación jurisprudencial mayoritaria, junto a esta interpretación más cercana a la posición de la Psicología del trabajo, es posible traer a colación una segunda orientación según la cual, se puede prescindir de la metodología típica de la Psicología del trabajo y limitarse a la valoración del incumplimiento de la obligación del empresario, establecida expresamente por el artículo 2087 del Código Civil, de respetar la personalidad de su trabajador.

En este sentido se expresa el Tribunal de Pisa, con su sentencia de 7 de

octubre de 2001<sup>323</sup>, por la que “[...] La referencia del código (artículo 2087 Código Civil) y de la Constitución (artículo 41, apartado 2, límites a la iniciativa económica privada) de la necesidad de tutelar también la personalidad moral y la dignidad humana por parte del empleador permite calificar como ilícito contractual cada comportamiento que cause un perjuicio injustificado sobre la personalidad humana del trabajador [...]. En definitiva, se puede afirmar que en la relación de trabajo está prohibido cualquier comportamiento del empresario que provoque una alteración de la personalidad del trabajador”.

En general, se incorporan más aclaraciones sobre la ilegitimidad de la obligación de los empleadores en virtud del artículo 2087, por la Corte de Casación con la sentencia número 22858 de 11 de septiembre de 2008. En este sentido, los jueces de la Suprema Corte se han expresado afirmando que a pesar de que, a nivel general, exista una conducta con la intención de perjudicar al trabajador, el *mobbing* se caracteriza por ser un comportamiento prolongado en el tiempo “a través de una pluralidad de actos jurídicos o puramente materiales, incluso escasamente legítimos: sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 2003, número 359; sentencia de la Corte de Casación Sección (4 de mayo de 2004, número 8438, sentencia de la Corte de Casación de 29 de septiembre de 2005, número 19053; de la prolongación de su carácter de ilícito permanente. Sentencia de la Corte de Casación, Sección uno, de 12 de junio de 2006, número 13 537) la voluntad que lo sostiene (dirigida a la persecución o a la marginación de los trabajadores), y el daño resultante, aplicado sobre el plano profesional, sexual, moral, psicológico o físico. El intento específico y su prolongación en el tiempo lo distinguen de otros actos individuales ilícitos (como la mera descalificación, contemplada en el artículo 2103 del Código Civil)”.

Pero no solo esto, la sentencia va más allá afirmando que el “el fundamento de la ilegalidad es (en este sentido, también sentencia de la Corte de Casación de 6 de marzo de 2006, número 4774) la obligación del empleador, de conformidad con el artículo 2087 del Código Civil, de adoptar las medidas necesarias para proteger la integridad física y la personalidad moral del trabajador. A partir de esto, la responsabilidad del empleador existe, incluso en los casos (en ausencia específica de intención perjudicial) en los que el comportamiento material sea realizado por otro empleado. Aunque si el comportamiento directo en cuestión se caracteriza por un específico intento lesivo, la responsabilidad del empleador (cuando el comportamiento sea directamente atribuible a otros empleados de las

---

(<sup>323</sup>) Trib. Pisa sentencia del 7 octubre 2001, *Lav. giur.*, 2002, p. 456 y ss.

empresas) puede reducirse, a través del artículo 204 del Código Civil, por perseguir la eliminación del acto lesivo (en esta hipótesis, exigiendo la intrínseca ilicitud subjetiva y objetiva de tal comportamiento directo la sentencia de la Corte de Casación de 4 de marzo de 2005, número 4742 - y la relación ocasional necesaria entre la actividad laboral requerida entre el trabajo y el daño inmediato: sentencia de la Corte de Casación de 6 de marzo de 2008, número 6033). Por tanto, el espacio del acoso moral, suponiendo necesariamente (en su origen directo o indirecto) la prolongación de la voluntad lesiva y, por lo tanto, es más reducido que aquel (en el que todavía se encuadra) recogido en el art. 2087 del Código Civil, que incluye cualquier comportamiento empresarial, que puede ser incluso instantáneo, y basado en la culpa. Teniendo como fundamento el artículo 2087 del Código Civil, la configuración abstracta del acoso constituye la especificación de la cláusula general contenida en esta disposición”.

Por último, la Corte de Casación con la sentencia número 3187/2012 ha resaltado que para la configuración de una conducta de “acoso”, la ilegalidad de un acto no es suficiente por sí misma. Es necesario, de hecho, para determinar la idoneidad ofensiva, la conducta del empleador (deducida a partir de las características de persecución y discriminación) y la connotación única, emulativa y engañosa de la conducta, así como la evidencia de la existencia de un patrón de persecución anterior<sup>324</sup>.

La sentencia sigue también a la citada decisión. 3468/2011 del Consejo de Estado, que ha confirmado que el comportamiento delictivo del empleador o del superior debe: manifestarse en “un modo continuo y prolongado en el tiempo”, realizarse “en contra de un empleado y en el lugar de trabajo”, manifestarse mediante actitudes “intencionadamente hostiles, reiteradas y sistemáticas, exorbitantes o incongruentes respecto a la gestión ordinaria de la relación, expresivas de un diseño que, en realidad, tiene como fin la persecución o el acoso del trabajador, de tal forma que provoca un efecto perjudicial en su salud física y mental”.

---

<sup>324</sup> Para un primer comentario, leáse Staiano, R., *Cos'è il mobbing per la giurisprudenza* (Cass. n. 3187/2012), en [www.diritto.it](http://www.diritto.it)

#### 4.1. La *vexata quaestio* entre la responsabilidad extracontractual y la obligación de proteger la integridad psicofísica del trabajador de conformidad con el artículo 2087 del Código Civil

El debate doctrinal y jurisprudencial de los últimos años sobre un tema caracterizado por un “cierto grado de rigidez de argumento [...], en perspectiva, en consideración a la enorme proliferación de opiniones sobre el tema”<sup>325</sup> que se ha interesado en los límites entre la responsabilidad extracontractual (artículo 2043 del Código Civil) y la responsabilidad de los empleadores de conformidad con el artículo 2087 del Código Civil.

En particular, el artículo 2043 del Código Civil, recoge el principio general de la responsabilidad aquiliana o extracontractual, por la que la lesión de un derecho subjetivo absoluto o de una posición jurídica subjetiva tutelada por el ordenamiento, obliga al autor de la lesión a resarcir las consecuencias negativas y no patrimoniales derivadas de la misma. Si bien algunos<sup>326</sup> recurrieron a ese artículo para la configuración del resarcimiento de los daños causados por los comportamientos del acoso moral, otras orientaciones jurisprudenciales incorporando la obligación del *neminem laedere* al ámbito contractual, han reconocido la obligación de proteger la integridad psicofísica y moral del trabajador como corolario e integración de todas las demás obligaciones derivadas de la relación de trabajo<sup>327</sup>.

Una parte de la jurisprudencia (véase sentencia de la Corte de Casación de 21 de diciembre de 1998, número 12763, en Mass., 1998) sostiene que la responsabilidad contractual, según el artículo 2087 del Código Civil, puede concurrir, en el caso de acoso moral y en la determinación del resarcimiento, con la extracontractual originada por la violación de los derechos subjetivos primarios (artículos 32 y 41, párrafo 2 de la Constitución). Sobre el empleador recae, de hecho, otra la responsabilidad específica establecida en el artículo 2049 del Código Civil (la responsabilidad por los actos ilícitos de sus empleados cometidos en el ejercicio de las funciones laborales), aunque la obligación general está

---

<sup>325</sup> Sobre el punto léase: Russo, A., “Il mobbing nell’esperienza comparata. Il mobbing tra esigenze preventive e tecniche risarcitorie. Profili comparati”, DRI, 4, 2006, p. 1051.

<sup>326</sup> Sobre el posible uso del artículo 2043 Código Civil para la protección del acoso léase Caracuta, F., “Il mobbing e la tutela giudiziaria”, en [www.diritto.it/articoli/lavoro/lavoro](http://www.diritto.it/articoli/lavoro/lavoro); Caccamo, A., Mobiglia, M., “Mobbing: tutela attuale e recenti prospettive”, *D&PL*, VII, 2000, p. 18.

<sup>327</sup> Lembo, V., *op.cit.*

prevista en el artículo. 2043 del Código Civil. Esta norma es interpretada por la jurisprudencia, a la luz del artículo. 32 de la Constitución sobre el derecho a la salud, del art. 41, párrafo 2, de la Constitución (que limita la libertad de iniciativa económica privada, prohibiendo su ejercicio de manera que perjudique la seguridad y la dignidad humana), de los artículos. 1175 y 1375 del Código Civil (principio de equidad y buena fe), e impone al empleador actuar con todas las medidas genéricas de prudencia y diligencia necesarias para proteger la integridad psicofísica del trabajador (véase sentencia de la Corte de Casación de 17. julio de 1995, número 7768, en *Mass. Giur. Lav* 1995, 561).

Los efectos en la práctica son diversos e interesantes. Reconducir el acoso moral al ámbito de aplicación del artículo 2087 del Código Civil implica *in primis* la competencia del tribunal monocratico, sección de trabajo, y por lo tanto, un procedimiento especial como establece el 410 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, en caso de acumulación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, el procedimiento especial es absorbido por ordinario. En este sentido, es oportuno recordar también que la prescripción es diferente: 10 años en caso de responsabilidad contractual y 5 años en la extracontractual.

En cuanto a la prueba, en aplicación a los artículos 2087 y 1218 del Código Civil, el peso de la carga que recae sobre el empleador que debe demostrar que ha cumplido con su obligación de proteger la integridad psicofísica del trabajador y haber tomado todas las medidas necesarias y las garantías adecuadas para evitar que el daño se produjese, a la luz del principio de "la máxima seguridad técnicamente posible", establecido por la Corte de Casación con la sentencia de 2 de enero de 2002, número 5 y la sentencia de 14 de julio de 2001, número 9601<sup>328</sup>.

Por último, se señala que el resarcimiento del ilícito contractual de conformidad con el artículo 2087 del Código Civil no sólo tiene función resarcitoria, sino también reparadora. Cuando se asegure que la retirada o el despido del trabajador son consecuencia de un descenso de categoría, es posible, la reintegración, así como la cancelación de la reasignación, y la restauración *ex tunc* de la relación de trabajo, si se asegura que las mismas, por ejemplo, se llevaron a cabo en condiciones imposibles de entender, como consecuencia de la violencia moral o bajo la amenaza de hacer cumplir un derecho.

Respecto a los perfiles de los daños resarcidos en la dicotomía entre daños patrimoniales (en las disposiciones de los artículos. 2043 y 1218) y los que no lo son (artículo 2059 Código Civil), en el resarcimiento de los

---

<sup>328</sup> Para profundizar léase Lembo, V., *op. cit.*

daños morales, la Corte Constitucional con la sentencia número 233, de 11 de julio de 2003<sup>329</sup>, ha señalado que cuando se lesionan los intereses protegidos por la Constitución, como el respeto a la dignidad del trabajador en la empresa, el daño no patrimonial puede ser compensado incluso si no depende de un delito.

### **5. *Mobbing*: un estudio del fenómeno italiano típicamente “femenino”**

Un estudio del 2011 “El estrés laboral y acoso moral: casos clínicos y diferencias de género”, llevado a cabo por un equipo de psicólogos y médicos del trabajo de la Unidad Operativa de Medicina del trabajo de la Fundación Maugeri, en Pavia<sup>330</sup>, puso de manifiesto que el acoso moral afecta principalmente a las mujeres en un porcentaje del 65% y en la franja de edad de entre 34 y 45 años.

Los datos no son nuevos, ya en 2001, la citada Resolución del Parlamento Europeo había identificado el trabajo de las mujeres entre las áreas de riesgo del acoso moral, invitando a las instituciones europeas a intervenir con medidas de prevención y acciones comunitarias más atentas a la variable de género, también en materia de salud y seguridad. Con este fin, la EU-OSHA (Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo) en los últimos años, ha invitado a los países europeos a planificar acciones apropiadas con la finalidad de reducir una serie de riesgos relacionados con las diferencias de género, no sólo las relativas a las características y estereotipos más clásicos, que ven a la mujer, a menudo, discriminada en el acceso al empleo, sino también en la evaluación más atenta de los elementos que constituyen un obstáculo en la carrera profesional. La investigación analizó los casos de solicitudes de un examen especializado debido a la intimidación en el trabajo, recibidas por el equipo de operación de Medicina del Trabajo de la Universidad de Pavía, entre 2001 y 2009, y se diagnosticaron 35 casos de hostigamiento de 345 solicitudes de personas que habían solicitado una visita por problemas, a su juicio, asociados con problemas psicopatológicos derivados del lugar de trabajo.

---

<sup>329</sup> Para profundizar léase. Sentencia de la Corte Constitucional de. 11 julio 2003, n° 233, *FI*, 2003, p. 1.

<sup>330</sup> Los resultados del estudio fueron publicados por Tonini, S., Lamfranco, A., Costa, M. C., Lumelli, D., Giorgi, I., Mazzacane, F., Scafa, F., Cansura, S. N., “Stress lavoro-correlato e mobbing: casistica italiana e differenze di genere”, *Giornale italiano di medicina del lavoro e ergonomia*, 4, 2011, p. 33.

En detalle, la muestra de la encuesta fue la siguiente: 197 personas del sexo femenino (57,1%) y 148 varones (42,9%), con edades comprendidas entre los 21 y 61 años, con una media de 41 años. Desde el punto de vista de la educación, 4 sujetos (1,15%) tenían estudios primarios, estudios secundarios 126 (36,5%), 157 estudios secundarios superiores (45,5%), 58 licenciados universitarios (16,85 %). En cuanto al campo laboral, 256 personas (74,2%) prestaban sus servicios en empresas privadas, mientras que los restantes 89 (25,8%) trabajaban en las instituciones públicas (28 empleados municipales, 17 en escuelas, 23 en el sector de la salud, los otros en consorcios y fiscal). El 12,7% de los sujetos eran ejecutivos, el 15,8% directivos, 45,4% trabajadores, 16,6% operadores, y el 9,5% restante tenían otras calificaciones profesionales.

El estudio se llevó a cabo a través de entrevistas estructuradas, que responden a las previstas en los protocolos específicos reconocidos en el ámbito de la medicina<sup>331</sup>, en los que se procede a la elaboración de un historial laboral, familiar, social, fisiológico y patológico del paciente, con el fin de definir en un grado probabilidad lo más cercano a la realidad, la verdadera naturaleza de los problemas psicopatológicos de los entrevistados.

Los resultados, como se anticipaba, evidenciaron que, aproximadamente el 10% de los pacientes presentaron un síndrome de acoso vinculado al ambiente de trabajo. En 345 personas examinadas en 112 casos se demostró la presencia de trastornos psiquiátricos pre-existentes, tales como trastornos depresivos y estados de ansiedad que no tienen relación con el trabajo, en 218 casos, sin embargo, había trastornos debidos al trabajo, y en 89 casos se encontró un cuadro clínico atribuido efectivamente al estrés laboral relacionado con el trabajo, con un diagnóstico que demostró un porcentaje igual al 60,7% de los trastornos de ansiedad graves relacionadas con el trabajo, el 37,1% de los casos se debían a un trastorno de adaptación y un porcentaje del 2,2% al trastorno de estrés post-traumático. En términos numéricos, los resultados finales fueron los siguientes: edad de promedio de la muestra total de 40,6 años,

---

<sup>331</sup> El protocolo de diagnóstico, desarrollado por la Unidad de Medicina del Trabajo de la Universidad de Pavía incluye: entrevista clínica y psicológica; entrevista estructurada para el protocolo de Diagnóstico desarrollado por la Unidad de Medicina del Trabajo de la Universidad de Pavía, test de personalidad MMPI-2 (Minnesota Multifacético de Personalidad de Inventario-2) en forma entera, visita psiquiátrica, eventuales investigaciones sobre las patologías. En este punto, y para más detalles léase Tonini, S., Lamfranco, A., Costa, M. C., Lumelli, D., Giorgi, I., Mazzacane, F., Scafa, F., Cansura, S. N., "Stress lavoro-correlato e mobbing: casistica italiana e differenze di genere", *op. cit.*

con una diferencia significativa entre hombres y mujeres (46 años para los varones y 39,5 para las mujeres), con una mayor prevalencia de éstos últimas (65%) respecto a los hombres (35%). Las partes interesadas presentaron predominantemente un nivel medio-alto de escolarización: 14 pacientes con título universitario (15,8%), 41 con el diploma de la escuela secundaria (46,3%), los restantes 34 tenían estudios secundario (37,9%), y nadie únicamente estudios primarios. Este dato está probablemente relacionado con el hecho de que las personas con mayor nivel de educación tienen una mayor conciencia o un umbral inferior de alarma respecto a la situación negativa.

En lo que respecta al sector del empleo, 75 sujetos (84,2%) trabajaban en el sector privado, los 14 restantes (15,8%) en el sector público, las tareas o las cualificaciones laborales interesantes eran muy variadas, pero con una prevalencia de las actividades de oficina, en las que las relaciones interpersonales y la comunicación son una parte inherente del trabajo<sup>332</sup>. Muy variable es la duración del acoso, de un mínimo de 6 meses a un máximo de 15 años. 63 sujetos (70,7%) tomaban medicamentos psiquiátricos antes de iniciar la observación del equipo médico o del especialista, un sujeto abusaba del alcohol. Por último, se encontraron 3 pacientes incapaces.

A unos resultados similares, con respecto a los datos “femeninos”, han llegado otros investigadores<sup>333</sup>, que señalaron que las víctimas de acoso moral son alrededor de 1/3 hombres y 2/3 mujeres.

Los sectores más afectados parecen ser el sector de la salud, los servicios educativos y sociales, en esencia, todas aquellas situaciones en las que existe un fuerte componente femenino. Los datos más importantes, sin embargo, son relevantes en el sector de los negocios, donde más mujeres que hombres declararon ser víctimas de acoso con un porcentaje del 11,6% frente al 5%, con casos que se producen principalmente después de regresar de la maternidad.

Los datos muestran que a menudo la furia contra las mujeres se debe al hecho de tener más beneficios contractuales, tales como horarios, expectativas, maternidad y permisos. Para evitar este tipo de situaciones, para Ege las directrices que deberían orientar las acciones serían dos: centrarse en la empresa con una formación específica que puede ayudar a la oficina de recursos humanos a llevar a cabo una gestión más

---

<sup>332</sup> Tonini, S., Lamfranco, A., Costa, M. C., Lumelli, D., Giorgi, I., Mazzacane, F., Scafa, F., Cansura, S. N., “Stress lavoro-correlato e mobbing: casistica italiana e differenze di genere”, *op. cit.*

<sup>333</sup> Bjorkqvist, K., Osterman, K., Hjelt-Back, M., *Aggression among university employees. Aggressive Behaviour*, 20, 1994, pp. 173-184.

conciliadora, prestando más atención a las personas y, en segundo lugar, preparar a las personas para el conflicto mediante la enseñanza de técnicas de autodefensa verbal y comportamientos para prevenir el fenómeno del acoso.

En otra investigación, sin embargo, los resultados no han conducido a diferencias significativas de género, como en el caso de la del propio Leymann<sup>334</sup> en el 1996 y un estudio sobre los funcionarios penitenciarios de Vartia<sup>335</sup> en 2001, donde, por el contrario, se reconoce sólo la presencia de determinados tipos de acciones sobre los hombres y no sobre las mujeres, como la no asignación de tareas de trabajo y la exclusión de las reuniones.

Desde el punto de vista científico, todavía, salvo las excepciones de diversas investigaciones sobre el tema, no hay estudios que hayan validado las causas reales, y la literatura sobre el tema es escasa.

## 6. Bibliografía

- AA.VV.: Tonini, S., Lamfranco, A., Costa, M. C., Lumelli, D., Giorgi, I., Mazzacane, F., Scafa, F., Cansura, S. N., “Stress lavoro-correlato e mobbing: casistica italiana e differenze di genere”, *Giornale italiano di medicina del lavoro e ergonomia*, 4, 2011.
- Ascenzi, A., Bergagio, G. L., *Il mobbing. Il marketing sociale come strumento per combatterlo*, Giappichelli, 2000.
- Bertoncini, M., “Il mobbing secondo la Cassazione”, *Resp. Civ. e prev.*, 2, 2009.
- Bjorkqvist, K., Osterman, K., Hjelt-Back, M., *Aggression among university employees. Aggressive Behaviour*, 20, 1994.
- Caccamo, A., Mobiglia, M., “Mobbing: tutela attuale e recenti prospettive”, *D&PL*, VII, 2000.
- Caracuta, F., “Il mobbing e la tutela giudiziaria”, en [www.diritto.it/articoli/lavoro/lavoro](http://www.diritto.it/articoli/lavoro/lavoro)
- Cendon, P., *Licenziamento, mobbing, processo del lavoro*, vol. 4, Utet, 2009.
- Cimaglia, M. C., “Riflessioni su mobbing e danno esistenziale”, *Riv. giur. lav.*, 2002.

---

<sup>334</sup> Leymann, H., *Mobbing at work and the development of post-traumatic stress disorders* en *European Journal of Work and Organizational Psychology*, *op. cit.*

<sup>335</sup> Vartia, M., Hytti, J., *Gender differences in workplace bullying among prison officers. Eur J Work Organiz Psychol*, 11, 2002, pp. 113-126.

- De Cristofaro, "La salute del lavoratore nella normativa internazionale e comunitaria", *Rel. ind.*, 1988, 15.
- Di Lembo, V., "Osservazioni in tema di mobbing", *Giur. merito*, 2007.
- Ege, H., *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Giuffrè, 2002.
- Ege, H., *Mobbing. Conoscerlo per vincerlo*, Franco Angeli, 2002.
- Ege, H., *Oltre il mobbing. Straining, stalking e altre forme di conflittualità sul lavoro*, Franco Angeli, 2005.
- Foglia, R., "Danno da mobbing nel rapporto di lavoro: prime linee di sviluppo giurisprudenziale", *Dir. lav.*, 2000, II, 3.
- Gilioli, R., *Cattivi capi, cattivi colleghi. Come difendersi dal mobbing e dal "nuovo capitalismo selvaggio"*, Milano, 2000.
- Lazzari, C., "Il mobbing fra norme vigenti e prospettive di intervento legislativo", *RGL*, I, 2001.
- Leymann, H., "Mobbing and psychological terror at workplaces", *Violence and Victims*, 1990, vol. 5, 2.
- "The Content and Development of Mobbing at Work", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 1996, 5.
- "Mobbing at work and the development of post-traumatic stress disorders", *European Journal of Work and Organizational Psychology*, 5, 1996.
- Leymann, H., Gustafsson, B., *Psychological Violence at Work. Two explorative study*, Arbetarskyddsstyrelsen, 1984.
- Loy. G., "Linee di tendenza della normativa italiana in materia di tutela della salute", *Quad. dir Rel. ind.*, f14, 1993.
- Manna, A., "Mobbing e straining come fattispecie determinative di danno: utile un intervento normativo?", *Riv. crit. dir. lav.*, 2006.
- Staiano, R., Corte. Costituzionale 19.12.2003, n° 359, en [www.diritto.it](http://www.diritto.it)
- Staiano, R., *Cos'è il mobbing per la giurisprudenza (Cass. n. 3187/2012)*, en [www.diritto.it](http://www.diritto.it)
- Staiano, R., *Dequalificazione professionale e mobbing - Profili applicativi*, Halley Editrice, 2006.
- Russo, A., "Il mobbing nell'esperienza comparata. Il mobbing tra esigenze preventive e tecniche risarcitorie. Profili comparat"i, en *DRI*, 4, 2006.
- Tolve, G., "Il Mobbing nella recente giurisprudenza civile", en Cortesi, C. (a cura di), *Violenza e molestie nei luoghi di lavoro*, Bollettino Speciale ADAPT 14 dicembre 2012, 26.

- Tramontano, L., “Il risarcimento dei danni da attività lavorativa”, *La Tribuna*, 2007.
- Vartia, M., Hyyti, J., *Gender differences in workplace bullying among prison officers. Eur J Work Organiz Psychol*, 11, 2002.

## El acoso y el hostigamiento en la legislación y en la práctica mexicana

Patricia KURCZYN VILLALOBOS\*

---

**RESUMEN:** El tema de la violencia laboral no es una moda, es una realidad a la que no se le había dado la importancia que reviste. El esquema cada vez más penetrante de los derechos humanos, tanto en su estudio como en su respeto, así como la difusión de casos graves de violación a los derechos humanos laborales en distintos lugares del mundo han logrado que problemas como el acoso y hostigamiento en el trabajo sean puestos en la agenda de discusión. No son cuestiones novedosas; son asuntos antiguos, recurrentes, lastimosos pero que se ocultaban. Hoy en día las legislaciones incorporan prevenciones y sanciones para estas conductas pero aún falta mucho por hacer. Este breve ensayo hace una referencia al derecho mexicano del trabajo con las modificaciones recientes sobre el tema y que lamentablemente no han satisfecho los intereses de la clase trabajadora.

**Palabras clave:** Acoso laboral, hostigamiento laboral, violencia laboral, derechos humanos laborales.

**SUMARIO:** 1. Apreciaciones generales. 1.1. Apreciaciones generales en Derecho mexicano. 2. Terminología y conceptualización. 3. Marco legal mexicano. 3.1. Acoso y hostigamiento. 3.2. Elementos de hostigamiento y de acoso. 4. Ley Federal del Trabajo y otras normas. 5. Igualdad de género en la Suprema Corte de la Nación. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

---

\* Investigadora tiempo completo Instituto de Investigaciones Jurídicas. Profesora de la Facultad de Derecho. UNAM.

## 1. Apreciaciones generales

La violencia laboral se practica a través de diversas modalidades; enumerarlas sería oficioso pues cada vez se encuentran más formas de practicarla: el acoso y el hostigamiento, así como la discriminación en general son formas comunes de esta violencia.

Los medios para practicarlas son tantos como la imaginación pueda crear; por ejemplo, la discriminación (incluida la segregación) por razones genéticas era inimaginable hace 15 o 20 años; hoy puede ser una práctica sencilla. Discriminar en la política, en el comercio, en los deportes, en la educación y en cualquier ámbito de la vida social puede ocurrir no solo por género o sexo, sino por talla, por peso, por atributos físicos, por tono de voz, y por otras tantas formas. Estas que se mencionan, son tal vez las modalidades más simples o comunes que se ejercen. El estado civil, el color de la piel, la raza, el lenguaje, el status social o económico, las relaciones públicas, las habilidades no necesarias para el tipo de actividad a desempeñar, así como la zona de residencia, escuela o universidad de egreso, se suman a las formas conocidas y a las que pueden entenderse como troncales: raza, edad, género, estado civil, nacionalidad, ideología política o religión, de ahí la importancia de que se defina con precisión y se difunda el significado de igualdad, lo que representa la desigualdad y los daños que se ocasionan en la persona afectada y en la sociedad misma.

La discriminación está a la vista de todos, parece no haber limitaciones para practicarla; basta con recordar lo que parecería increíble referente a dos hechos actuales ocurridos en los más altos peldaños de la política, tanto en América del Sur como en Europa que podrían pensarse como actos vergonzantes del siglo; son comentarios ocurridos públicamente, uno cuando el Presidente de Uruguay se refirió a su homóloga la Presidenta de Argentina en forma despectiva<sup>336</sup>; y, dos cuando el vicepresidente del senado de Italia se refirió a la ministra de la Integración como “orangután”<sup>337</sup>. Estos hechos casi increíbles ocurrieron en 2013, en público, en esferas de muy alto nivel y en países que presumen de ejercer la democracia.

La práctica de la violencia es también conducta de rutina; las noticias de

---

<sup>336</sup> “Esta vieja es peor que el tuerto”. José Mujica. Presidente de Uruguay con referencia a Cristina Kirchner, Presidenta de Argentina: [http://Internacional.elpaís.com/.../1365098156\\_230071.html](http://Internacional.elpaís.com/.../1365098156_230071.html) Denota la discriminación por género.

<sup>337</sup> En Italia el vicepresidente del senado, Roberto Carderoli comparó a Ministra de la Integración, Cecile Kyenge, con un orangután. <http://elcomercio.pe/actualidad/1603702/noticia-italia-vicepresidente-senado-italiano-comparo-ministra-orangutan>. Denota la discriminación racial y género.

los actos inhumanos que se cometen en comunidades islámicas en contra de mujeres, muchas de ellas niñas, vendidas o entregadas en matrimonio sin consideración alguna<sup>338</sup>, así como las prácticas de mutilación sexual, de violaciones multitudinarias<sup>339</sup>, de secuestros de larga duración y el alza de feminicidios son indiscutiblemente ejemplo de que la violencia en contra de la mujer sigue latente. Si la violencia ocurre a la vista de multitudes es conocido que igualmente ocurre en áreas más cerradas como son los centros de trabajo, sobre todo los pequeños talleres en que la inspección es prácticamente nula. La violencia laboral igualmente se da de distintas maneras, puede ser directa o indirecta, por acción u omisión.

En esta breve ensayo se hace referencia al acoso moral principalmente y el tratamiento en la legislación mexicana.

### 1.1. Apreciaciones generales en Derecho mexicano

La Constitución mexicana fue reformada en junio de 2011 con lo cual cambió la fisonomía del sistema legal mexicano; a partir de entonces se han dado reformas en distintos ámbitos y uno de ellos es el laboral.

La reforma preponderante constitucional del año 2011 hace el reconocimiento formal de los derechos humanos y a través de ella se incorporan al sistema legal las normas derivadas del derecho internacional en materia de derechos humanos. De tal suerte que parte de la reforma legislativa de la Ley Federal del Trabajo, (en adelante LFT) que como su nombre lo indica, es de aplicación en los 32 estados de la federación, contiene nuevas disposiciones en torno al tema de igualdad y al que nos ocupa que en concreto es el acoso laboral.

Al referir la reforma que introduce los derechos humanos a la Constitución debe aclararse que su obligatoriedad aparecía fundada en normas que las garantizaban, cuya observancia y defensa encontraba

---

<sup>338</sup> Saná, 9 de septiembre. Una niña yemení de ocho años, casada con un hombre de 40 años, murió a causa de heridas sexuales sufridas durante su noche de bodas. <http://www.excelsior.com.mx/global/2013/09/09/917789?video=2#link-content>

<sup>339</sup> Nueva York/El Cairo. Una de las corresponsales estrella del programa “60 Minutes” de la cadena CBS, Lara Logan, sufrió una brutal agresión sexual durante la celebración popular en las calles de El Cairo tras la caída del régimen del ex presidente Hosni Mubarak, informó ayer la televisora en un comunicado. <http://sipse.com/archivo/violacion-multitudinaria-contra-reportera-en-egipto-89189.html>

En Bombay, una joven fotoperiodista india ha sido violada por cinco personas mientras trabajaba en un reportaje para una revista. <http://www.cmi.com.co/?n=113798>

protección en la importante institución del juicio de amparo que continúa vigente. También debe decirse que el sentimiento jurídico mexicano nunca abandonó los derechos humanos y cuenta de ello es que la Constitución Política promulgada en 1917, de corte social en su origen, marcó detalladamente desde su texto original las garantías individuales y de una manera particular, con una modalidad novedosa en el constitucionalismo mundial, integró un título específico para el trabajo y la previsión social, lo que se le conoció después de unos años como las garantías sociales y hoy se identifica como el fundamento del constitucionalismo social.

Las garantías individuales de entonces, hoy derechos humanos y sus garantías, reconocieron desde su texto original los derechos individuales al trabajo y a la asociación; más la importancia para el tema laboral se centra en un sólo artículo, el 123, de cierta extensión, que regula con mayor detalle las relaciones laborales tanto individuales como colectivas y establece el sistema de defensa jurisdiccional a través de órganos especiales denominados Juntas de Conciliación y Arbitraje de composición paritaria<sup>340</sup>. Hoy en día, con algunas modificaciones interesantes, este artículo constitucional conserva buena parte de sus disposiciones originales y sus leyes reglamentarias principales que son la Ley Federal del Trabajo, referida al apartado “A” que rige las relaciones entre particulares y la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, que reglamenta el apartado “B” para el sector público federal.

La importancia de la modificación constitucional aludida fue esencial y produjo un cambio de enorme importancia para el sistema jurídico mexicano lo que puede ejemplificarse con el hecho, como se dice antes, de que las garantías a los derechos individuales si bien estaban confirmadas o avaladas por la norma suprema, para hoy tal protección queda reforzada con la expresión de reconocimiento a los derechos humanos en la Carta Magna, así como la importancia que se aprecia en el cambio sustancial o principal que se produce, al dilucidar el polémico tema sobre la jerarquía normativa y determinar que los tratados y convenios de derechos humanos, ratificados por el Estado mexicano, en los términos del artículo 133 de la misma Constitución, tienen el mismo orden constitucional y que en su caso se aplicará el principio *pro persona* (*pro homine*). Esta nueva sumisión al orden internacional de los derechos humanos complementa seriamente la legislación mexicana toda vez que se han ratificado instrumentos internacionales de gran envergadura como son el CEDAW y 6 de los 8 los convenios fundamentales de la OIT, entre

---

<sup>340</sup> Este artículo constitucional ha sido reformado en múltiples ocasiones pero su espíritu permanece inalterable en la defensa de los derechos de los trabajadores.

ellos el 100 y 111, por citar algunos en particular.

La influencia de la reforma constitucional en la de la LFT habida en noviembre de 2012 no es de grandes dimensiones pues para empezar no atrajo el rubro esperado de que el trabajo es un derecho humano. Puede apreciarse que se introdujeron temas que aparecen en convenios y programas de la OIT aun cuando sin expresión directa, como es al referirse a trabajo decente (trabajo digno ya existía) y que se ampliaron conceptos que ya contenía la ley, como el de discriminación y la regulación específica del tema del acoso y del hostigamiento en el trabajo.<sup>341</sup> No obstante que los cambios no han sido de la trascendencia que se esperaba han empezado a influir en las relaciones laborales.

En las múltiples propuestas de reforma laboral puede decirse que la transversalización de género fue secundaria. Los temas de equidad de género no se atendieron con la profundidad que ameritan. Entre las más de 300 propuestas de modificaciones se incluyeron muchas referidas a temas de violencia laboral y de discriminación por maternidad y aun por responsabilidades familiares que no fueron atendidas.

## 2. Terminología y conceptualización

El acoso es violento. ¿Qué más decir de la violencia? Es un poderoso factor de discriminación, que asusta, advierte, limita, inhibe, lastima, daña, no solo a la víctima directa porque indirectamente puede producir efectos sobre todo un grupo, en varios grupos y en la sociedad misma. Así, las víctimas tanto pueden ser afectadas de manera directa o indirecta como por acción u omisión.

El acoso es una forma de discriminar y debe considerarse como tal porque el simple temor al mismo fenómeno inhibe a una persona en el goce de sus derechos humanos. La persona acosada prefiere evitar la cercanía o el encuentro con los acosadores y por ello perder derechos que el caso laboral puede llegar hasta la pérdida de empleo, la estabilidad, la prestaciones sociales, etcétera.

Una de las finalidades al combatir la violencia es conseguir la igualdad absoluta, no solo entre hombres y mujeres, sino entre todas las personas. Se trata de arribar a la igualdad formal y a la sustantiva, esto es, en derecho y en los hechos, bajo las consideraciones de las diferencias biológicas que

---

<sup>341</sup> La LFT tiene otras modificaciones relacionadas con la subcontratación, la protección al trabajo minero, normas sobre licencia de maternidad por adopción, trabajo infantil y otras en materia procesal.

deben otorgar derechos específicos a las mujeres en orden a la protección a la maternidad como el hecho social de perpetuación de la especie al decir de Durkheim. Para conseguir la igualdad de género lo primero sería prevenir y erradicar cualquier tipo de discriminación en los términos que documentos internacionales como la CEDAW marcan puntualmente. La sanción es también indispensable cuando hay razón y para ello quienes deban actuar jurisdiccionalmente con perspectiva de género deben hacerlo sin que les tiemblen las manos para firmar y ejecutar las sentencias.

La discriminación de hecho, la de palabra y la de omisión, genera culpabilidad y genera daños físicos, morales, psicológicos y económicos que sin duda deben repararse en la medida de lo posible; pero más importante que reclamar y sancionar es evitarla e impedir su repetición; este es el verdadero *quid*. Esta forma genérica de violencia y en particular los casos de acoso y hostigamiento deben estar prohibidos expresamente, pero se sabe que la simple prohibición no es suficiente, que para el cumplimiento eficaz de esta proscripción se requieren otros instrumentos además de la regulación misma. Para prevenir, para educar y erradicar la violencia pueden ser efectivos varios medios científicos multidisciplinarios que permitan combinar la educación, la psicología, la sociología, la salud y el derecho – piezas básicas – a las que pueden agregarse otras como la economía, la ciencia política, el trabajo social y las relaciones industriales que también ejercen una importante función en la construcción del ambiente de igualdad o más aun, en la construcción de ambiente de dignidad en el medio laboral.

Por fortuna la legislación mexicana no ha incluido los anglicismos que se refieren a la violencia laboral, no obstante que así parecen preferirlo los medios de comunicación y en algunos casos algunos autores, como ha ocurrido con otros términos que deja de lado al español, como es el caso del *outsourcing*. Los medios de comunicación suelen tomar los anglicismos y hablan del *burn out*, del *mobbing* y el *bullying* en ocasiones con distintas interpretaciones que la población acomoda según su entender o su interés. Ello es entendible porque se trata de acciones o conductas que llaman la atención por su importancia y porque los medios la destacan por el escándalo que producen, en consecuencia dichos términos se extienden inmisericordemente. En ocasiones no solo se importa el término sino que también se importan modelos de conductas, usos y costumbres de empresas transnacionales como acompañantes de sistemas y organizaciones de trabajo, modos y condiciones, tal cual ocurre con la tecnología. Todo ello forma parte de la globalización.

Lo cierto es se ponen de moda algunos términos y aun practicados en el lenguaje común no suelen pasar como tales a las reglamentaciones y es

difícil que se conviertan en términos legales. En otro sentido, la expresión *techo de cristal*, no obstante haberse iniciado en país anglosajón,<sup>342</sup> no ha pasado a las legislaciones pero sí se tiene una importante difusión sociológica y política sin necesidad de recurrir al anglicismo o al término mismo. La razón verdadera por la cual tiene importancia el uso correcto de un término es para identificar correctamente una acción, un sentido, una finalidad y evitar cuando son palabras en lengua extranjera, lo que contribuye a la buena impartición de justicia.

En el tema que nos ocupa está la palabra *mobbing*<sup>343</sup>, la cual se traduce en francés como *asaillir*, que en español significa “sitiar” o “atacar”<sup>344</sup> pero también quiere decir “atestar” o “testar”, palabras que a su vez tiene otros sentidos: “meter o introducir algo en otra cosa” “rellenar”, “atracar de comida”, “dar con la cabeza”, “porfiar” y “pegar a alguien, por la fuerza a una pared o a un árbol”, y aún como sinónimos, pueden encontrarse: “declarar”, “testificar”, “asegurar”<sup>345</sup>. De pronto parecería que *mobbing*, en su sentido más puro, nada tiene que ver con molestar sino con atacar que representa consecuencias mayores.

El uso de los anglicismos en países latinoamericanos, particularmente respecto del ambiente legal es limitado y se utiliza o se conoce solo por una reducida parte del foro jurídico<sup>346</sup>. En ocasiones *mobbing* lleva a confundir el empleo de “*bullying*” con el riesgo de retraso en las sentencias cuando hay juicio ante la posibilidad de confusión en las distintas interpretaciones de un concepto no claro del todo. *Bullying*, por otra parte, se refiere a situaciones escolares, si bien en ambos casos parece reflejar acciones cometidas por grupos, al menos por varias personas con el afán

---

<sup>342</sup> Gay Bryant, editor norteamericano empezó a utilizar en la década de los 80 la expresión *glass ceiling* para describir los obstáculos invisibles en las carreras laborales de las mujeres.

<sup>343</sup> V. De Rivera, L., *El maltrato psicológico. Cómo defenderse del bullying, el mobbing y otras formas de acoso*, Publicaciones Altaria, 2011, *passim*.

<sup>344</sup> Para mayor fundamento habrá que decir que “sitiar” en inglés se traduce como “*to surround*” y así podría seguirse una cadena de vocablos que transportan de concepto en concepto hasta que se pueda encontrar que “sitiar” es “acorralar” y que “acorralar” se parece a la expresión de “quedar entre la espada y la pared”, que no se sabe que hacer... lo que crea confusión, angustia, etc. y cuyo resultado siempre es el de perder a aquel que se coloca en tal situación. Esto se parecería al chiste entre el español y el inglés: Ojos = eyes; eyes (ice) = yellow (hielo); yellow = amarillo.

<sup>345</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 22ª. Ed.

<sup>346</sup> El uso de inglés comercial o turístico representa a otros sectores de la población. En la abogacía y precisamente en el foro judicial el inglés no es una lengua corriente en su uso. Puede tomarse en cuenta que las universidades públicas hasta hace muy poco han introducido el inglés como lengua obligatoria y en otros casos se exige el dominio o la comprensión de otro idioma que no necesariamente es el inglés.

de molestar y a veces de agredir físicamente<sup>347</sup>.

Por lo pronto puede concluirse que para estas fechas no hay una única conceptualización homogénea de acoso o de hostigamiento – moral o psicológico y sexual –; sin embargo, tampoco sería deseable encasillar el tema en una única definición o un solo concepto, pues por tratarse de una conducta, o de conductas que se dan prácticamente en todo el mundo y que generan múltiples efectos formal y/o sustantivamente; conviene entonces buscar cierta flexibilidad y permitir o calificar elementos atenuantes o agravantes, según el caso y de acuerdo al entorno jurídico y sociológico y precisar en cada legislación nacional los conceptos que convengan.

La Organización Mundial de la Salud define al *mobbing* como una situación de violencia o acoso recurrente dirigida hacia una persona con el objetivo de aislarlo de un grupo laboral<sup>348</sup>; se caracteriza por conductas crueles y hostiles que se convierten en una tortura psicológica para la víctima. Algunas manifestaciones pueden ser: rumores y calumnias; aislar o excluir a una persona; insultos o motes a la persona; ignorar o no dejar participar a una persona; y, amenazar.

Para la UE *mobbing significa* según la resolución de 14 de mayo de 2001: “Comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores o inferiores jerárquicos a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataque sistemático durante mucho tiempo, de manera directa o indirecta, de parte de una o más personas, con el objetivo y/o efecto de hacerle el vacío”<sup>349</sup>. Entendemos y damos por representativo que *mobbing* representa una situación de desgaste psicológico y de comportamiento abusivo sobre una persona durante un periodo más o menos prolongado, lo que no debe confundirse con momentos de discusión o tensión entre compañeros o con jefes (...) <sup>350</sup>. Tal vez hablar de *mobbing* refiera acciones colectivas, varias personas acosando a una.

El *mobbing* es un problema social tan antiguo como el trabajo mismo, sin

---

<sup>347</sup> <http://blog.occeduacion.com/blog/bid/289014/3-maneras-de-enfrentar-el-acoso-laboral>: El *bullying* laboral, mejor conocido como *mobbing* es un problema social tan antiguo como el trabajo mismo, sin embargo en las últimas décadas ha cobrado importancia en el ámbito de Recursos Humanos como una de las mayores amenazas al equilibrio de cualquier trabajador y de cualquier empresa. Con esto se ejemplifica la confusión conceptual aun por organismos de prestigio.

<sup>348</sup> *Idem*.

<sup>349</sup> Espada Guerrero, M. M.: “Acoso laboral: concepto, causas y motivaciones. Definiciones de acoso en el trabajo, sus objetivos y las motivaciones para hacer el *mobbing* contra un trabajador”, en *Los Recursos Humanos.com Portal sobre la gestión de recursos humanos en las organizaciones*, 2 julio 2013.

<sup>350</sup> *Idem*.

embargo en últimas décadas ha cobrado importancia en el ámbito de los Recursos Humanos como una de las mayores amenazas al equilibrio de cualquier trabajador y de cualquier empresa. En 2012 OCC Mundial-Mexico, informa haber encuestado a más de 2 mil profesionistas para obtener cifras sobre el *mobbing* en México, y encontró que el 51% de los encuestados habían sido víctimas de acoso laboral en algún momento de su vida<sup>351</sup>. De nueva cuenta se aprecia la confusión terminológica pues se habla de *mobbing* y se refiere a acosos individuales.

Al referir párrafos atrás la flexibilidad en la conceptualización y hablar de la laxitud o gravedad como efectos de la violencia, no se intenta, ni se pretende demeritar la importancia del acoso y del hostigamiento pero lo cierto es, que habrá que considerar circunstancias atenuantes y agravantes. Habrá que tomar en cuenta lo que ocurre en ciertas regiones en que las mujeres cuentan legalmente con más elementos para su defensa, tal vez con más empoderamiento, incluso con normatividad específica a su favor, se aplique o no; en otros casos existe un terrible sometimiento al varón que hace que su condición de igualdad sea de mayor fragilidad. De ahí puede deducirse que las acciones afirmativas son y deben ser diferentes en cada país y de que los programas de organismos internacionales se apliquen con más o menor rigor e intensidad según el caso.

Los efectos de la violencia laboral en cualesquiera de sus manifestaciones generan e impulsan en las víctimas, problemas psicológicos como angustia, irritabilidad y depresión, pérdida de autoestima; condiciones fisiológicas como pérdida de peso, dolores de cabeza o insomnio, dolores musculares; problemas laborales como disminución de productividad y ausentismo, y dificultades sociales como son contrariedades familiares y hasta la auto segregación ante el temor de la agresión.

Por su parte, las empresas también pierden: la violencia laboral es una de las causas principales de la baja productividad, el ausentismo y la rotación de personal. Por ello cada vez más compañías e instituciones implementan protocolos y programas internos para prevenir y denunciar conductas inapropiadas en el centro de trabajo o con motivo de las relaciones laborales; por su parte, instituciones de protección a los derechos de los trabajadores abren espacios para denunciar abusos como medio de defensa no jurisdiccional.

---

<sup>351</sup> OCC Mundial es una compañía de colocación. Los datos fueron tomados de una nota de CNN, por lo que no puede tener valor científico ni oficial en virtud de que no se marca la metodología para la obtención de datos; la información puede ser solo un referente. <http://www.cnnexpansion.com/mi-carrera/2012/08/08/mexicanos-sufren-bullying-en-el-trabajo>

La falta de conceptos homogéneos permite que se adopten los de organismos internacionales o los que elaboren la doctrina, que pueden adaptarse en cada región o país de acuerdo al estatus socio jurídico de cada uno. Por ejemplo, la conceptualización de Marie France Hirigoyen resulta muy completa, y ésta manifiesta al: “acoso moral laboral... como toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud...) que daña por su repetición o su sistematización, la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el clima de trabajo<sup>352</sup>”. Derivado de ello damos igualmente por aceptadas las clasificaciones que elabora, la marca de causas y origen y los efectos de estas acciones sobre el trabajador(a), tanto en el orden físico como psicológico, la repercusión en el tema de seguridad social y las consecuencias que alteran la productividad<sup>353</sup>.

El hecho de que estas conductas, sean llamadas acoso, hostigamiento o *mobbing*, no debe repercutir en la prevención, en el tratamiento y en la sanción de las mismas. Es cierto que las formas en que ocurren las acciones tienen diferencias en sus manifestaciones y en sus modos, así, el acoso moral o psicológico es distinto del sexual; pero tan grave es uno como el otro y tanto daño puede causar el primero como el segundo. De esta manera, una consideración en lo particular es que para efectos jurídicos no debiera preocupar principalmente hacer distinciones que más corresponden al campo de la sociología y de la psicología. Por el contrario, las diferenciaciones que puedan afectar en el ámbito de las leyes laborales, civiles y penales principalmente, han de considerarse y su gravedad debe medirse jurídicamente para efectos de sancionar. La conceptualización es importante hasta el punto de considerar la tipificación del delito y el tratamiento penal que debe dársele al sujeto activo. De manera general lo que importa es no perder de vista que en todo caso de violencia laboral se violan derechos humanos; se atenta contra de la dignidad de la víctima por lo que los resultados que le produzcan sean leves o sean graves, sin excepción deben ser sancionados. La claridad de la definición y de la conceptualización es fundamental para la judicialización, para juzgar, definir y delimitar responsabilidades y sanciones. En el campo procesal, en lo particular, es necesario formular nuevas acciones procesales concretas y encontrar los medios de evidencia, pues la ausencia de unas y otras obstaculiza la efectividad de los derechos

---

<sup>352</sup> I Congreso Internacional de *Mobbing y Bullying*, Mayo 2013. [www.congresomobbingbullying.com](http://www.congresomobbingbullying.com) o [www.acamlu.org](http://www.acamlu.org) mayo 2013. Consultado el 02 de julio de 2013.

<sup>353</sup> Para los efectos del acoso y hostigamiento en la seguridad social, v. Mendizábal G., *op. cit.*, nota 20.

sustantivos.

### 3. Marco legal mexicano

Al inicio de este ensayo se hace el planteamiento general del derecho mexicano del trabajo por lo que ahora se incursiona en el análisis de la legislación mexicana sobre acoso y hostigamiento en que aparecen algunos conceptos como los de trabajo digno y decente y la igualdad sustantiva.

El primer pronunciamiento de dignidad laboral aparece en la Constitución al declarar en el artículo 123, que:

*Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil (...).*

Es claro que el trabajo digno, como se concebía en 1917, fecha de promulgación de la Carta Magna, no ha variado. Éste se refiere a la condición de dignidad de la persona, cuya esencia humana de por sí la inviste con esta cualidad en homenaje a su propio decoro. La ley reglamentaria del artículo 123, la Ley Federal del Trabajo, introduce con la reforma de 2012<sup>354</sup> que las normas del trabajo tienden a propiciar el trabajo digno o decente con lo cual se entendería como una norma permisiva para que el trabajo sea o decoroso de acuerdo a la dignidad del ser humano o sólo decente, esto es, lo que debe ser para la persona ya que decente se refiere a lo justo. En tal sentido, trabajo decente significa lo que la ley misma señala: la no discriminación (que es parte de la dignidad), salario remunerador, capacitación y los derechos que derivan de ésta, seguridad e higiene preventivos de riesgos de trabajo así como los derechos colectivos. A lo que se puede agregar el trabajo igual sustantivamente.

La dignidad tiene su vinculación tanto en la esencia del ser humano mismo como en la potencialidad que le da su trabajo para satisfacer sus necesidades, para superar sus condiciones de bienestar, lo que lo distingue definitivamente de otros seres vivos. Por ello el trabajo dignifica a la persona y por ello su derecho al trabajo digno.

Congruente con el trabajo digno, la LFT declara en su artículo 3 que el trabajo no es artículo de comercio y que no podrán establecerse condiciones que impliquen discriminación entre los trabajadores *por motivo de origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o*

---

<sup>354</sup> Artículo 20.- Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales.

*cualquier otro que atente contra la dignidad humana (...).*

Se transcribe parte de la disposición porque la última frase es de especial consideración ya que el legislador deja abierta la prohibición para cualquier otra modalidad en contra de la dignidad humana, de tal suerte que la violencia al inhibir o lastimar, altera los derechos humanos de igualdad, con lo cual se fundamenta que la violencia laboral es parte de la discriminación.

### 3.1. Acoso y hostigamiento

Una vez que se encuentra la vinculación entre la discriminación y los conceptos de acoso y hostigamiento como modalidades de la violencia<sup>355</sup> conviene analizar la disposición laboral que consigna dichas conductas en el artículo 3 bis LFT que a la letra dice:

Para efectos de esta Ley se entiende por:

- a) Hostigamiento, el ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa en conductas verbales, físicas o ambas<sup>356</sup>; y
- b) Acoso sexual, una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo del poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos<sup>357</sup>.

Los conceptos se tomaron de la Ley General de Acceso de la mujer a una vida libre de violencia (LGAMVLV en adelante) y con ligeras modificaciones el legislador pretendió adecuarlos al entorno laboral, lo que dio por resultado una deformación y que las reformas no tuvieran el

---

<sup>355</sup> V. Mendizabal Bermúdez, G., *Acoso laboral y seguridad social en México*: <http://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Mexico-Bermudez.pdf> El análisis normativo y el comparativo que hace la autora de esta importante ponencia marcan la importancia de considerar el acoso laboral como un riesgo de trabajo que la ley mexicana ignoraba hasta hace unos meses. El trabajo de la Dra. Mendizabal se presentó antes de las reformas de la Constitución en 2011 y de la LFT en noviembre de 2012.

<sup>356</sup> Concepto tomado del artículo 13 LGAMVLV- El hostigamiento sexual es el ejercicio del poder, en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en los ámbitos laboral y/o escolar. Se expresa en conductas verbales, físicas o ambas, relacionadas con la sexualidad de connotación lasciva.

<sup>357</sup> Concepto tomado del mismo artículo 13 citado antes: El acoso sexual es una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo de poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos.

impacto en la judicialización que era de esperarse.

La distinción entre las dos conductas es elocuente; en primer término hay que detectar si hay o no, una relación de poder que caracterizaría en el primer caso al hostigamiento. Esa relación de poder la delimita la ley a que sea una *subordinación real* entre las partes. Sin poder detectar a que se refiere la ley al hablar de subordinación real, habrá de suponerse que se trata de una persona al mando o dirección, supervisión y vigilancia y que tenga expresiones verbales o físicas; sin marcar qué clase de expresiones, esto es, sin referir si se trata de amenazas, injurias, propuestas y sin definir la intención de esas locuciones o gestos. Si se presumiera que el legislador quiso referirse a burlas, insultos, propuestas sexuales o indecorosas, o algo semejante, la conducta a sancionar solo puede provenir de un superior dejando ausente una conducta de un compañero de trabajo, de un miembro del sindicato, de un proveedor, de un cliente o terceros en general en el centro o ámbito de trabajo. En virtud de que la ley prohíbe al empleador comportamientos semejantes y fija al acoso y al hostigamiento como causales de rescisión de la relación laboral sin responsabilidad para los trabajadores lo cual significa que el trabajador (a) víctima de tal conducta tenga derecho a exigir mediante acción procesal el pago de la indemnización equivalente a un despido injustificado; sin embargo, al no ser el agresor el empleador o sus representantes, en el proceso podría aducirse que en razón de que el empleador es quien ejerce la autoridad que le da la subordinación, como elemento que es de la relación de trabajo, el demandado o señalado como agresor queda fuera de la jurisdicción laboral y por ende habría que recurrir a las instancias civiles o penales.

En cuanto al acoso, la ley lo define como violencia (¿acoso el hostigamiento no lo es?), y dice que aun no habiendo subordinación, elemento distintivo del hostigamiento, hay un ejercicio abusivo del poder, lo cual se considera un condicionante para probar que se trata de un acoso; de no evidenciar el poder la conducta quedará impune.

### 3.2. Elementos de hostigamiento y de acoso

Para considerar que la conducta refleja hostigamiento debe haber:

- a) relación de trabajo,
- b) ejercicio del poder,
- c) subordinación real y,
- d) expresiones verbales o físicas.

Al no presentarse alguno de estos elementos puede quedar fuera la calificación como hostigamiento, tal ocurriría entre compañeros de

trabajo, con miembros del sindicato, ni de personas vinculadas con el empleador – salvo sus representantes – familiares, al no existir una relación de poder real tal cual se expresa antes.

Por otra parte, es grave dejar fuera el hostigamiento que pudiera ejercerse indirectamente, como es el silencio, el ignorar a la persona, marginarla, es decir la conducta por omisión ya que el concepto legal refiere exclusivamente a expresiones verbales o físicas.

En cuanto al acoso, deben darse los siguientes supuestos:

- a) ejercicio abusivo de poder,
- b) creación de indefensión o riesgo,
- c) comisión en uno o varios eventos.

¿A qué poder se quiso referir el legislador? ¿Al poder económico, al poder físico, al poder mental, al poder político? ¿Cuál sería la indefensión de la víctima y cual el riesgo. Puede tratarse de un riesgo de trabajo? La definición legal de acoso no parece contar con los elementos necesarios para presentarla como causal de rescisión laboral en un juicio laboral porque al no haber subordinación, en los términos de la LFT, no hay relación laboral y por lo tanto la acción debiera encauzarse por la vía civil o penal. No se hace referencia al acoso indirecto ni a la presencia de expresiones físicas o verbales.

Tampoco se menciona si se trata, en cualquiera de los casos, de atentados morales o psicológicos o sexuales, ni de los posibles daños que pudieran generarse. Cómo se advierte, las disposiciones respecto a la prohibición para el empleador se refieren a *hostigamiento y/o acoso sexual*, sin distinguirlas y solo en el capítulo de sanciones se invierte para referirse al *acoso y/o de hostigamiento sexual*. Para interpretar esta disposición habría que aplicar el principio *in dubio pro operario* y considerar que las normas se refieren tanto a acoso psicológico – por distinguirlo – como acoso sexual y a hostigamiento sexual como a hostigamiento psicológico o moral, lo cual en juicio representaría un fuerte dolor de cabeza.

#### 4. La LFT y otras normas

La LFT antes de ser reformada ya incluía la prohibición de maltrato y violencia laboral que evidentemente es una forma de maltrato; desde luego es más conveniente explicitar las modalidades de ese maltrato a que en juicio deba hacerse la interpretación; sin embargo el tema no era llevado a los tribunales de trabajo (Juntas de Conciliación y Arbitraje), tampoco se incluía en las políticas públicas y la difusión quedaba al margen de las actividades laborales. Hoy los temas de equidad de género caminan un

poco más de prisa y empiezan a hacerse presentes en distintos ámbitos, uno de ellos es en el Poder Judicial que ha instalado y puesto en práctica un programa de sensibilización muy completo al que se hace referencia al final de este trabajo<sup>358</sup>.

Se conoce la firma de un Protocolo para Prevención y Atención y Sanción del Acoso Sexual en los órganos de poder en el Distrito Federal y que algunas empresas han iniciado la elaboración de protocolos en el mismo sentido. En ese sentido podríamos calificar como de noticia buena que es un adelanto que la LFT especifique el acoso y el hostigamiento; lo mala es que lo hace de manera incorrecta y sin judicialización viable.

Por otra parte, vale la pena destacar que las reformas se hicieron superficialmente y que sólo se adicionaron disposiciones ya existentes cuando lo deseable sería que las normas sobre el tema de la violencia se colocaran en redacciones nuevas agregadas como otras tantas que se hicieron.

Art. 4.1. LFT.

La falta de probidad o de moralidad ya estaba sancionada por la LFT con la rescisión de las relaciones de trabajo sin responsabilidad para el trabajador, que como se indica antes, dan lugar a acciones procesales para exigir el pago de una indemnización equivalente a un despido injustificado, además de que el empleador se hace acreedor a una multa. Las prohibiciones al empleador quedaron en el siguiente sentido:

- Se reconoce como causal de despido justificado:

(...) Cometer el trabajador actos inmorales o de hostigamiento y/o acoso sexual contra cualquier persona en el establecimiento o lugar de trabajo<sup>359</sup>;

- Se estipulan como causales de rescisión de la relación de trabajo sin responsabilidad del trabajador:

1) Incurrir el patrón, sus familiares o cualquiera de sus representantes, dentro del servicio, en faltas de probidad u honradez, actos de violencia, amenazas, injurias, hostigamiento y/o acoso sexual, malos tratamientos u otros análogos, en contra del trabajador, cónyuge, padres, hijos o hermanos;

2) Incurrir el patrón, sus familiares o trabajadores, fuera del servicio, en

---

<sup>358</sup> La Unidad de Igualdad de Género tiene como objetivo sensibilizar y formar en perspectiva de género a quienes desempeñan labores jurisdiccionales dentro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como propiciar la transversalización de la misma en su ámbito administrativo, a través de generar ambientes libres de violencia y discriminación. La Unidad de Igualdad de Género está integrada a la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Corte. <https://esmg42.mail.yahoo.com/neo/launch?.rand=8mr1il8171rci#mail>

<sup>359</sup> Art. 47 frac. VIII.

los actos a que se refiere la fracción anterior, si son de tal manera graves que hagan imposible el cumplimiento de la relación de trabajo<sup>360</sup>;

- Se prohíbe a los empleadores y a sus representantes:

1) Realizar actos de hostigamiento y/o acoso sexual contra cualquier persona en el lugar de trabajo;

2) Permitir o tolerar actos de hostigamiento y/o acoso sexual en el centro de trabajo<sup>361</sup>;

- En el capítulo de sanciones se determina imponer: multa de, 250 a 5000 veces el salario mínimo general, al patrón que cometa cualquier acto o conducta discriminatoria en el centro de trabajo; al que realice actos de hostigamiento sexual o que tolere o permita actos de acoso u hostigamiento sexual en contra de sus trabajadores; y (...) <sup>362</sup>.

Por otra parte, la LFT ha incluido el concepto de la igualdad sustantiva como un complemento a la igualdad formal<sup>363</sup>; es un hecho de que lo dispuesto en la norma positiva no siempre se cumple y que debe complementarse con normatividad y con políticas públicas, hoy también con los instrumentos internacionales ratificados, cuyo valor es similar a las normas constitucionales. También es cierto que las acciones positivas existen pero no con la fuerza que debieran aplicarse para conseguir dicha igualdad.

#### 4. 2 LGMVLV (2007)

Esta ley se refiere a diversos tipos violencia contra las mujeres; primero las clasifica en: psicológica, económica, física, patrimonial y sexual, las cuales describe y señala posibles efectos. Posteriormente, en dos disposiciones por separado alude a la violencia laboral – junto con la violencia docente – que al texto dicen:

Artículo 10.- Violencia Laboral y Docente: Se ejerce por las personas que tienen un vínculo laboral, docente o análogo con la víctima, independientemente de la relación jerárquica, consistente en un acto o una omisión en abuso de poder que daña la autoestima, salud, integridad, libertad y seguridad de la víctima, e impide su desarrollo y atenta contra la igualdad.

Puede consistir en un solo evento dañino o en una serie de eventos cuya

---

<sup>360</sup> Art. 51 fracciones II y III.

<sup>361</sup> Art. 133, fracciones XII y XIII.

<sup>362</sup> Art. 994, fracción VI.

<sup>363</sup> La igualdad sustantiva es la igualdad de hecho o material por oposición a la igualdad de derecho o formal. Supone la modificación de las circunstancias que impiden a las personas el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades a través de medidas estructurales, legales o de política pública. Comisión de Equidad de Género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. [www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php](http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php)

suma produce el daño. También incluye el acoso o el hostigamiento sexual.

Artículo 11.- Constituye violencia laboral: la negativa ilegal a contratar a la Víctima o a respetar su permanencia o condiciones generales de trabajo; la descalificación del trabajo realizado, las amenazas, la intimidación, las humillaciones, la explotación y todo tipo de discriminación por condición de género.

Cómo se advierte, esta conceptualización si bien no es la mejor que pudiera tenerse, sí cubre un ámbito más amplio y reflejan más protección a las víctimas. Su copia en la LFT no fue afortunada.

#### 4.3. Código Penal Federal

Por su parte, el Código Penal Federal (CPF) tipifica el hostigamiento sexual de la siguiente forma:

Artículo 259 Bis.- Al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días multa. Si el hostigador fuese servidor público y utilizare los medios o circunstancias que el encargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

Solamente será punible el hostigamiento sexual, cuando se cause un perjuicio o daño.

Sólo se procederá contra el hostigador, a petición de parte ofendida.

El Código Penal no es tampoco un referente preferencial; es aplicable sólo cuando pueda probarse que se cometió un perjuicio o un daño, sin especificar si este es físico o psicológico; requiere la existencia de una relación de jerarquía y la multa que se determina es ínfima. Con estas disposiciones es fácil considerar que la mayor parte de los acosos u hostigamientos, sexuales o psicológicos, quedan impunes lamentablemente.

## 5. Igualdad de género en la Suprema Corte de la Nación

El Programa de Equidad de la SCJN<sup>364</sup>, antes citado ha encontrado elementos que permiten señalar lo que es acoso laboral y sexual pero no hay referencias concretas para discernir entre acoso moral y psicológico. El intento de conceptualizar el acoso laboral, o el hostigamiento, que incluye este programa, no es una definición judicial y tampoco responde a

---

<sup>364</sup> <https://esmg42.mail.yahoo.com/neo/launch?.rand=8mr1il8171rci#mail>

un pronunciamiento jurisdiccional, pero la seriedad del estudio permite considerarlo como una guía para definir legalmente lo que es acoso laboral y marcar sus modalidades: psicológico y sexual. De ahí pueden definirse o delimitarse los efectos sociales, jurídicos, físicos, psicológicos y morales.

Se han identificado una serie de conductas o comportamientos que son indiciarios de la existencia del acoso moral y/o psicológico en el trabajo. Entre éstos encontramos: conductas que pretenden atentar contra la reputación de la víctima o contra el ejercicio de su trabajo, y conductas que traten de manipular la comunicación en información con los demás compañeros o superiores. Dichas conductas tienen como resultado, por lo general, daños a la salud laboral y a la dignidad del trabajador.

Comúnmente encontramos que son actos repetitivos, sistemáticos o recurrentes, pero no debe fijarse un periodo mínimo para hablar de la existencia de acoso laboral. Asimismo, también se ha establecido que estos actos no necesariamente tiene una finalidad, propósito o intención clara o consciente por parte de quien los ejerce, ya que pueden deberse a conductas reactivas o a patologías de la personalidad; y asimismo, tampoco son necesariamente padecidos de manera clara y consciente por la víctimas, ya que pueden ir mezclados con sentimientos de culpa o inferioridad.

## 6. Conclusiones

La legislación mexicana carece de un sistema legal eficaz que proteja de la violencia laboral; las normas que se hallan en distintos cuerpos normativos, a saber, la LFT, EL CFP Y La LGAMVLV, no tienen sincronización. Utilizan las mismas expresiones y en algunos elementos puede hallarse coincidencia; sin embargo, la falta de precisión, la confusión conceptual misma, deja al juzgador sin elementos para juzgar. En lo que concierne a lo laboral, es necesario delimitar que tanto el acoso como el hostigamiento – que no hay necesidad de distinguir – son parte de la violencia laboral y que requieren medidas preventivas, así como sanciones. Para sancionar es importante que en el derecho procesal se consignen acciones específicas con definición de la carga de la prueba.

Por otra parte es necesario que se establezcan programas para elaborar protocolos de comportamiento aplicables tanto en las relaciones horizontales como verticales, incluidas las sindicales. El Instituto Nacional de las Mujeres ha avanzado en el tema de los protocolos que habrán de ser modelo para las instituciones oficiales.

## 7. Bibliografía

De Rivera, L., *El maltrato psicológico. Cómo defenderse del bullying, el mobing y otras formas de acoso*, Publicaciones Altaria, 2011.

Espada Guerrero, M. M., “Acoso laboral: concepto, causas y motivaciones. Definiciones de acoso en el trabajo, sus objetivos y las motivaciones para hacer el *mobbing* contra un trabajador”, en *Los Recursos Humanos.com Portal sobre la gestión de recursos humanos en las organizaciones*, 2 julio 2013.

Kurczyn Villalobos, P., *El acoso sexual y discriminación por maternidad en el trabajo*, IIJ-UNAM, México, 2000.

Mendizábal Bermúdez, G., *Acoso laboral y seguridad social en México*, en <http://isssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Mexico-Bermudez.pdf>

I Congreso Internacional de *Mobbing y Bullying*. Mayo 2013. [www.congresomobbingbullying.com](http://www.congresomobbingbullying.com) o [www.acamlu.org](http://www.acamlu.org) mayo 2013. Consultado el 2 de julio de 2013.

Santiago Juárez, M., *Igualdad y acciones afirmativas*, CONAPRED, IIJ, México, 2007.

Fuentes de internet:

<http://blog.occeduacion.com/blog/bid/289014/3-maneras-de-enfrentar-el-acoso-laboral>

<http://www.cnnexpansion.com/mi-carrera/2012/08/08/mexicanos-sufren-bullying-en-el-trabajo>

<http://www.excelsior.com.mx/global/2013/09/09/917789?video=2#link-content>

<http://www.cmi.com.co/?n=113798>

## Poderes del empresario y riesgos psicosociales en el trabajo

José Luis GIL Y GIL\*

---

**RESUMEN:** Para analizar la relación que existe entre los poderes del empresario y los riesgos psicosociales en el trabajo, hay que partir de la naturaleza jurídica, fundamento, tipos de poderes, ámbito de actuación, titularidad y limitación y control de los poderes del empresario, y tener en cuenta que los riesgos psicosociales ponen en peligro la dignidad y ciertos derechos fundamentales del trabajador, como la no discriminación, o la integridad física y moral. El empresario goza de poderes de autotutela privada, que puede ejercer de forma unilateral y extrajudicial, para la defensa de sus propios intereses. El fundamento último de los poderes del empresario es el principio constitucional de la libertad de empresa. Por eso, el derecho del trabajo ha de lograr un difícil equilibrio entre la protección de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, por un lado, y el respeto de la libertad de empresa, por otro. ¿Cómo se concilia la discrecionalidad de los poderes del empresario con la necesidad de tutela de los derechos fundamentales del trabajador? El principio general de la buena fe obliga al empresario a respetar, proteger y prevenir los atentados a la dignidad y derechos fundamentales del trabajador, a acomodar razonablemente la organización productiva y a ejercer de forma obligada los poderes empresariales para proteger los derechos fundamentales del trabajador.

*Palabras clave:* Poderes del empresario, riesgos psicosociales, derechos fundamentales, acoso.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Los poderes del empresario como actos de autotutela privada. 3. Buena fe y deber de salvaguardia de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador. 3.1. Prevención del menoscabo de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador. 3.2. Acomodación razonable de la organización productiva. 3.3. Ejercicio obligado de los poderes empresariales. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

---

\* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Alcalá.

## 1. Introducción

El ordenamiento jurídico reconoce al empresario poderes de autotutela privada, que se caracterizan por su discrecionalidad, para que defienda un interés propio y de índole exclusivamente privada. ¿Qué sucede cuando la violencia o el acoso menoscaban la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador? La ejecución de las obligaciones que derivan del contrato de trabajo no puede traducirse en un atentado a la dignidad del trabajador. A diferencia de lo que sucede con otras relaciones jurídicas, donde la persona del deudor posee una relevancia limitada, el trabajador empeña su vida, su salud y sus energías en la prestación de servicios. Quien trabaja no entrega un objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo: el trabajo es el hombre mismo<sup>365</sup>. No puede separarse el trabajo de la persona del trabajador. El trabajador subordinado se halla sometido a la dirección de la empresa, que puede disponer no solo de la prestación laboral, sino también de la persona del deudor del trabajo<sup>366</sup>. En suma, el trabajo es el hombre mismo, en su cuerpo y en su espíritu, y no puede constituir el objeto posible de un contrato de derecho civil<sup>367</sup>. Por eso, el fin esencial del derecho del trabajo es la protección de la dignidad del trabajador<sup>368</sup>. No existiría un verdadero estado social sin la protección de la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan y, en particular, sin una prevención y erradicación de los riesgos psicosociales en la empresa. Pero, al proteger al trabajador, el derecho del trabajo no puede privar al empresario de ciertos poderes, que se fundamentan en el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa. Como los riesgos psicosociales ponen en peligro la dignidad y ciertos derechos fundamentales del trabajador, surge el problema de conciliar la discrecionalidad de los poderes del empresario

---

<sup>365</sup> Sinzheimer, H., *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, p. 73.

<sup>366</sup> Tales son las observaciones de Sinzheimer, cuando explica la situación de dependencia personal en que se encuentra el trabajador: cfr. *op. cit.*, pp. 81 y 113.

<sup>367</sup> Ripert, G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955, p. 275.

<sup>368</sup> Cfr., al respecto, Sinzheimer, *op. cit.*, p. 73 y, asimismo, Arany Tóth, M., "The right to dignity at work: Reflections on Article 26 of the Revised European Social Charter", *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2008, Vol. 29, 3, Illinois, pp. 275-316. En general, acerca de la dignidad del trabajador en la relación laboral, cfr. García Fernández-Lomana, M., "La dignidad del trabajador en la relación de trabajo", en Martínez-Calcerrada, L. (coord.), *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, Vol. 3, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 3237-3250, y (2001) y Pacheco, L., *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 2007.

con la necesidad de tutela de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador. Y, para resolverlo, juega un papel esencial el principio de la buena fe, que impone al empresario un deber de salvaguardia de los intereses de la contraparte, pero sin sufrir un sacrificio o gravamen excesivo a su cargo.

## 2. Los poderes del empresario como actos de autotutela privada

Para analizar la relación que existe entre las prerrogativas del empresario y los riesgos psicosociales en el trabajo, es menester partir de la naturaleza jurídica, fundamento, tipos de poderes, ámbito de actuación, titularidad y limitación y control de los poderes del empresario.

El empresario goza de poderes de autotutela privada, que puede ejercer de forma unilateral y extrajudicial, para la defensa de sus propios intereses<sup>369</sup>. En efecto, el empresario ejerce un poder concreto, reconocido expresamente por la ley, que habilita a defender el propio interés mediante un acto o negocio jurídico unilateral y extrajudicial<sup>370</sup>. Los poderes del empresario son poderes *ex lege*, imprescriptibles, indisponibles e intransferibles. Desde un punto de vista técnico, los poderes empresariales se ejercen mediante derechos potestativos o de modificación jurídica<sup>371</sup>. El concepto de derecho potestativo ha suscitado una gran polémica<sup>372</sup>. Según

<sup>369</sup> Gil, J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Madrid, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994.

<sup>370</sup> Cfr. esa definición en Gil, *op. cit.*, p. 20.

<sup>371</sup> Para Rivero, los poderes empresariales son derechos potestativos o facultades de formación jurídica: Rivero, J., *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Zaragoza, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, pp. 83 y 84. Galgano cita, como un supuesto típico de derecho potestativo, el despido del trabajador por parte del empresario: Galgano, F., *Diritto civile e commerciale. Volume primo. Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Padova, Cedam, 1990, pp. 28 y 29. Tras algunos titubeos, Fernández López acepta la calificación del poder disciplinario empresarial como derecho potestativo: Fernández López, M<sup>a</sup> F., *El poder disciplinario en la empresa*, Civitas, Madrid, 1991, p. 42, nota 53. Cfr., asimismo, Gil, J.L., *op. cit.*, pp. 33 ss. y, en la doctrina judicial, por todas, la STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de febrero de 2011 (Ar. 2517/2012).

<sup>372</sup> Según Larenz, la noción de derecho potestativo la creó Seckel en 1903: cfr. Larenz, K., *Decreto civil. Parte general*, versión castellana de la tercera edición alemana y notas a cargo de Izquierdo y Macías-Picavea, M., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 281, nota 38. Castro menciona los esfuerzos de Zitelmann y Seckel, entre 1898 y 1903, por elaborar la nueva figura: cfr. Castro, F. de, *Compendio de derecho civil. Introducción y derecho de la persona*, reimpresión de la quinta edición, Madrid, 1970, p. 135. En cambio, y para Castán, Chiovenda expuso, por vez primera, la teoría de los derechos potestativos: cfr. Castán, J., *Situaciones jurídicas subjetivas*, Instituto Editorial Reus, Madrid, p. 42. No se ha logrado ni siquiera un acuerdo acerca del nombre más apropiado que debería

se sabe, los derechos potestativos son un tipo especial de derechos subjetivos, que se caracterizan por que una de las partes puede modificar o extinguir la relación jurídica de forma unilateral, y la contraparte se encuentra en una posición de sujeción, pues ha de soportar la actividad ajena<sup>373</sup>. En el supuesto que nos ocupa, el trabajador se halla en una situación de sujeción, y el empresario puede modificar o extinguir la relación laboral, mediante un acto jurídico unilateral<sup>374</sup>. En suma, como el empresario defiende sus propios

---

darse a esta variedad de derechos subjetivos. Se han propuesto así los de derechos de formación, potestativos o del poder jurídico, poderes, titularidades de adquisición y derechos negativos, o negocios de voluntad. A juicio de Castro, *op. cit.*, p. 135, la doctrina moderna tiende a reducir el contorno de la figura, pues “considerar como derechos la mera posibilidad de una actuación, resultaba posible aceptando literalmente la teoría de la voluntad; no, en cambio, cuando se distingue de las facultades el concepto estricto o técnico de derecho subjetivo (conjunto tipificado de facultades)”. La discusión ha servido, en el sentir de Castro, para llamar la atención sobre ciertas “*facultades individualizadas*”, las cuales, “si bien como tales accesorias a determinadas relaciones jurídicas, tienen una suerte parcialmente separada (plazos de ejercicio, decadencia, renunciabilidad), que permite denominarlas *facultades independizadas* (por ejemplo, acciones de impugnación, rescisión y revocación, reducción y revocación de donaciones, redención de cargas, retractos legales; también opción y recuperación de la nacionalidad) o, en sentido laxo, “derechos secundarios”, de “*formación o potestativos*” (p. 136). Castro afirma, pues, que “se podría hablar de “poderes jurídicos” en el sentido de “posibilidad de crear, modificar o extinguir una situación jurídica”, como tipo especial de las facultades jurídicas”, y que “también se podrían distinguir ciertos poderes, con valor de derechos subjetivos secundarios, unidos a derechos subjetivos principales o a relaciones jurídicas, de contenido reducido al mero poder de producir un efecto jurídico concreto”: cfr. *Derecho civil de España*, Parte General, Tomo I, Libro preliminar, *Introducción al derecho civil*, segunda edición, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 605. Y concluye que “a unas y otros, si no fuera por el peligro de incurrir en antiguas o nuevas confusiones, se les podría reservar, con utilidad técnica, el término de derechos del poder jurídico” (p. 605 y 606). Pese a las objeciones que al mismo se han dirigido, el concepto de derecho potestativo resulta útil. Galgano, *op. cit.*, p. 28 destaca que ciertas normas no imponen deberes o prohibiciones, sino que configuran una situación de sujeción: el sujeto ha de soportar, de forma pasiva, las consecuencias de un acto ajeno. El concepto de poder designa “la situación activa, correlativa a una sujeción”, ya venga reconocida por el derecho público o privado. A los poderes que reconoce el derecho privado se les da normalmente el nombre de derechos potestativos.

<sup>373</sup> Como definición de derecho potestativo, puede aceptarse la de Larenz, *op. cit.*, p. 281: es, en su opinión, aquel que habilita a una persona a establecer una relación jurídica con otra, o a determinarla específicamente en su contenido, modificarla o extinguirla, mediante un acto constitutivo unilateral que es, por lo común, una declaración de voluntad. Al derecho potestativo “corresponde por parte del otro, el oponente de ese derecho, una vinculación, debido a la cual éste ha de aceptar y tolerar la modificación jurídica y la irrupción en su propia esfera jurídica” (p. 282). Parecida es la formulación de Messina, quien escribe que el derecho potestativo faculta a su titular para influir sobre situaciones jurídicas preexistentes, mudándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas, mediante una actividad propia de carácter unilateral (cit. por Castro, *Derecho civil de España*, *op. cit.*, p. 603, nota 4).

<sup>374</sup> El acto de autotutela en que se traduce el ejercicio de los poderes del empresario no re-

intereses, y no los de un tercero, los poderes que le reconoce el ordenamiento jurídico son derechos potestativos, y no potestades<sup>375</sup>. Así pues, mediante el ejercicio de los poderes que le reconoce el ordenamiento jurídico, el empresario defiende un interés propio y de índole

---

quiere el consentimiento del afectado para que se produzca la modificación jurídica. La precisión es importante, porque Larenz, *op. cit.*, pp. 281 y 282, ha recordado, siguiendo a Bötticher, que para que se produzcan los efectos jurídicos con la sola voluntad del titular del derecho potestativo, se requiere normalmente el consentimiento del afectado, dado que el ejercicio de ese poder específico supone una irrupción o modificación de su esfera jurídica. En otros casos, sin embargo, y tal y como sucede con los poderes del empresario, la propia ley valora los intereses de las partes, y atribuye a una de ellas un poder especial para afectar de modo perjudicial a la esfera jurídica de la otra, sin que deba intervenir el consentimiento de esta.

<sup>375</sup> En cambio, Cremades considera que el poder disciplinario es una potestad, en cuanto “poder abstracto y genérico, sin referencia a un objeto concreto y sin obligados singulares”: Cremades, B.M, *La sanción disciplinaria en la empresa (Estudio de la responsabilidad disciplinaria del trabajador)*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 98. No es infrecuente, en la doctrina, el uso del término potestad para referirse a los poderes del empresario. Tal calificación solo es posible si el fundamento de los poderes empresariales es la institución, y el empresario los ejercita para la defensa del interés de la empresa, o se identifica el interés de un tercero, a cuya protección se dirige el ejercicio de la prerrogativa. En este último sentido, Gutiérrez-Solar ha tratado de distinguir una posición jurídica de carácter extrapatrimonial en el contrato de trabajo, referida a la prevención de los riesgos laborales, y ha mantenido que existe una potestad del empresario para prevenir tales riesgos, cuyo ejercicio pretende satisfacer un interés ajeno, el de la seguridad y salud del trabajador: Gutiérrez-Solar, B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, Madrid, CES, 1999, pp. 191 ss. Cos acepta ese planteamiento, y sostiene que, en el ámbito de la prevención de los riesgos laborales, el empresario se halla investido de un poder-deber, al ser titular de unos poderes cuyo ejercicio constituye un deber jurídico para él: Cos, M., “El poder de dirección del empresario como medida de protección frente a los riesgos psicosociales”, comunicación al Congreso internacional *Violencia, salud y trabajo en tiempo de crisis. Violencia de género, psicológica y sexual en el Derecho del Trabajo*, Universidad de Santiago, 15, 16 y 17 de julio de 2013. Asimismo, para Jurado, más que hablar de un ejercicio obligado del poder disciplinario, cabe afirmar que la ley en supuestos de cierta gravedad, a través de las causas de despido disciplinario, y de modo complementario la negociación colectiva, tipificando como falta ciertos comportamientos y previendo su sanción, atribuyen al empresario una potestad jurídica al servicio, entre otro tipo de medidas, de su deber de protección: Jurado, Á., *Acoso moral en el trabajo: Análisis jurídico-laboral*, Madrid, La Ley, 2008, p. 350. A mi juicio, y por las razones que expondré luego con más detalle, el ejercicio obligado de los poderes empresariales para salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador, que constituye una excepción al carácter discrecional de los poderes de autotutela privada, es un deber accesorio que deriva del principio de la buena fe, y no transforma en potestades los derechos potestativos de que goza el empresario. El deber de salvaguardia de los intereses del trabajador constituye uno de los grupos de casos que ilustran la función completiva o integradora de la buena fe en el contrato de trabajo: cfr. Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pp. 227 ss.

exclusivamente privada. La tensión entre la lógica igualitaria del contrato y la acumulación de poderes en la empresa da una fisonomía peculiar al derecho del trabajo, que han tratado de explicar, tradicionalmente, dos teorías antagónicas: la institucionalista y la contractualista. Ambas doctrinas han desempeñado una función ideológica. La calificación del ejercicio del poder disciplinario como acto de autotutela privada pone de relieve que el fundamento del poder disciplinario empresarial solo puede hallarse en una fuente heterónoma de integración del contenido del contrato, y no en la institución o en el contrato de trabajo<sup>376</sup>. En efecto, los poderes empresariales no se fundamentan en el contrato de trabajo, sino en un elemento externo y heterónimo<sup>377</sup>, el cual actúa como fuente de integración del contenido del contrato de trabajo, en virtud del artículo 1258 Cc<sup>378</sup>. El fundamento de los *management powers* procede situarlo en la atribución de poderes por un grupo de normas, que arrancan de la CE con el reconocimiento de la libertad de empresa en una economía de mercado (art. 38 CE), y que tienen como centro de imputación la empresa en cuanto institución social, esto es, como forma de producción históricamente situada, y que precisa, por exigencias funcionales, de una organización y jerarquía, que culmina con la atribución de poderes de organización y dirección a quienes han de tomar decisiones para su gobierno<sup>379</sup>. En suma, el fundamento último de los poderes del empresario es el principio constitucional de la libertad de empresa<sup>380</sup>. Por eso, al proteger la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, el derecho del trabajo debe respetar también

---

<sup>376</sup> Gil, J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*, pp. 42 ss.

<sup>377</sup> Rivero, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

<sup>378</sup> En nuestro Derecho, el artículo 1.258 Cc expresa la pluralidad de fuentes de la regulación contractual, cuando ordena que quien contrata queda obligado contractualmente, no solo a lo consentido, “sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”. Dicha norma, aplicable con carácter supletorio a la relación laboral, permite distinguir entre el objeto y el contenido del contrato de trabajo, no siendo necesario establecer una diferencia ulterior, como hace un sector de la doctrina, entre el contenido y los efectos del contrato. Cfr. Gil, J. L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*, pp. 49 ss.

<sup>379</sup> Rivero, *op. cit.*, pp. 36 y 37; Gil, J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*, p. 54; Rodríguez-Piñero, M., “Derecho, trabajo y despido”, *Relaciones Laborales*, 1, Quincena del 1 al 15 de enero, 1997, I, Madrid, en <http://laleydigital.laley.es>, p. 5 y “Control judicial y despido”, *Relaciones Laborales*, 10, Quincena del 23 de mayo al 8 de junio, 2010, I, en <http://laleydigital.laley.es>, p. 4, y, asimismo, la STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de febrero de 2011 (Ar. 2517/2012).

<sup>380</sup> Acerca de la libertad de empresa en el derecho del trabajo, cfr. Cfr. Sagardoy, J.A. y Gil, J.L. (2003), “Los derechos laborales del empresario”, en Sempere, A.V. (Dir.) y Martín, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 361-396.

la libertad de empresa.

El ordenamiento jurídico atribuye al empresario un poder directivo y disciplinario. Ante todo, el empresario goza de un poder de organización y dirección, que es un poder de ordenación de las prestaciones laborales<sup>381</sup>. Así, de acuerdo con el artículo 1.1 ET, es trabajador la persona que presta sus servicios retribuidos “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Por eso, el trabajador está obligado a “cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas” [art. 5 c) ET], y “a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien éste delegue” (art. 20.1 ET). La subordinación jurídica en que se encuentra el trabajador halla su correspondencia en el poder directivo de que goza el empresario. Además, ha de tenerse en cuenta que el contrato de trabajo crea una relación jurídica con vocación de continuidad. De ahí que resulte preciso especificar, a lo largo del tiempo, el contenido de la obligación de actividad que debe el trabajador al empresario a cambio de una retribución. Normalmente, cuando se habla del poder directivo en el derecho del trabajo español, se adopta un criterio restringido, y se sostiene que legitima al empresario a dar órdenes generales o particulares sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución del trabajo; a especificar las prestaciones debidas dentro de las posibles, conforme a la cualificación profesional del trabajador; y a controlar el desarrollo de la actividad productiva<sup>382</sup>. En cambio, concebido en sentido amplio, el poder de dirección se confunde con la libertad de organización de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Desde ese punto de vista, serían manifestaciones del poder de dirección cualesquiera decisiones económicas, técnicas, organizativas o de producción, como la apertura de un nuevo centro de trabajo, el traslado de uno existente o la selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo.

Además, cuando el trabajador incurre en una falta laboral, el empresario puede ejercer un poder disciplinario. En el ejercicio del poder disciplinario

---

<sup>381</sup> Montoya, A., *El poder de dirección del empresario*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos; “Artículo 20. Dirección de la actividad laboral”, en Borrajo, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V (artículos 19 a 25), *Derechos y deberes contractuales*, Madrid, Edersa, Madrid, pp. 99-152, y “El poder de dirección del empresario (art. 20)”, en *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, Fascículo 1, 2000, Madrid, pp. 575-596, y Román, M<sup>a</sup> D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid, Ediciones Grapheus, 1992.

<sup>382</sup> Alonso Olea, M. y Casas, M<sup>a</sup> E., *Derecho del trabajo*, 27<sup>a</sup> edición, Madrid, Civitas, 2009, 506 ss., y Sagardoy, J.A., Valle, J. M. del y Gil, J.L., *Prontuario de Derecho del Trabajo*, 8<sup>a</sup> edición, Madrid, Civitas, 2006, pp. 204 ss.

empresarial, concurren las notas que caracterizan a la autotutela privada<sup>383</sup>: en los artículos 54 y 58 ET, el ordenamiento reconoce al empresario un poder concreto o derecho potestativo para aplicar y ejecutar unilateralmente el despido y las sanciones disciplinarias. De ese modo, el empresario defiende un interés propio, a través de un negocio jurídico unilateral, sin la intervención previa del juez. Según la ley, la dirección de la empresa puede sancionar al trabajador, si comete un incumplimiento laboral, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que establezcan las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea aplicable (art. 58.1 ET). No cabe imponer sanciones que consistan en la reducción de la duración de las vacaciones u otra minoración de los derechos al descanso del trabajador o multa de haber (art. 58.3 ET). La valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa son siempre revisables ante la jurisdicción social (arts. 58.2, inciso primero, del ET, y 114 y 115 LRJS). A su vez, el ET prevé el despido disciplinario para los supuestos de incumplimiento contractual grave y culpable (arts. 54 y ss.). La ley y, en su caso, la negociación colectiva imponen ciertos requisitos de procedimiento y forma, como el derecho de defensa [arts. 55.1 y 68 a) ET], o la comunicación escrita en los casos de sanción de las faltas graves y muy graves, en que se hagan constar la fecha y los hechos que la motivan (art. 58.2, *in fine*, ET).

En la lucha contra los riesgos psicosociales, en especial el acoso, es importante que el convenio colectivo tipifique la falta laboral, puesto que la ley solo regula, como un incumplimiento contractual grave y culpable, “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa” [art. 54.2 g) ET]<sup>384</sup>. Aun cuando el artículo 54.2 g) ET ha supuesto un avance en la lucha contra la violencia en el trabajo, ha creado una dicotomía entre las distintas formas de acoso, que relega las no previstas en el mismo a alguna otra de las causas de despido disciplinario, como la indisciplina o desobediencia en el trabajo [art. 52.2 b) ET], las ofensas verbales o físicas [art. 54.2 c) ET] o la transgresión de la buena fe contractual [art. 54.2 d) ET]. Tal diferenciación jurídica es criticable. Previsiblemente, serán raros los supuestos de acoso al empresario. Por lo que hace al hostigamiento a las personas que trabajan en la empresa, podrá afectar a trabajadores del mismo, inferior o superior nivel en la escala jerárquica de la empresa. El

<sup>383</sup> Gil, J.L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*

<sup>384</sup> Cfr., por ejemplo, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de enero de 2010 (JUR. 114288) para un supuesto de despido procedente de acoso por razón de sexo a una compañera de trabajo.

convenio colectivo también puede prever, como infracciones, el encubrimiento de las faltas de acoso cometidas por otros trabajadores, o la falta de colaboración de los trabajadores en los procedimientos de investigación relativos a las quejas por acoso. Asimismo, el convenio colectivo puede disponer, de modo expreso, la obligatoriedad de sancionar ciertos actos o comportamientos de violencia física u hostigamiento psicológico en el trabajo. Tal previsión puede reforzar la idea, derivada del principio de la buena fe, del ejercicio obligado de los poderes del empresario para prevenir y erradicar los riesgos psicosociales en el trabajo.

Tradicionalmente, el empresario ha gozado de un verdadero poder normativo. Podía dictar los reglamentos de régimen interior, hoy desaparecidos del elenco de fuentes que enumera el artículo 3.1 ET<sup>385</sup>. En el sistema actual, y como derivación del poder directivo, el empresario conserva la facultad de emanar directrices generales o particulares acerca de la prestación de servicios, a través de medios de publicidad como el tablón de anuncios, las circulares difundidas a través de la jerarquía interna de la empresa o las nuevas tecnologías de la información y la comunicación<sup>386</sup>. En cumplimiento

---

<sup>385</sup> En otros países, el reglamento de régimen interior constituye también una fuente de derecho. En Francia, el reglamento de régimen interior es un documento por el cual el empresario fija, de forma unilateral, las reglas de organización y disciplina, las normas de seguridad e higiene aplicables en el lugar de trabajo y, asimismo, los derechos de defensa del trabajador y ciertas disposiciones sobre el acoso sexual y psicológico. La elaboración del reglamento de régimen interior es responsabilidad exclusiva del empresario, que, sin embargo, antes de la entrada en vigor del texto, debe consultar al comité de empresa o delegados de personal, así como al comité de higiene, seguridad y mejora de las condiciones de trabajo. La sentencia de la Corte de Casación, Sala de lo Social, de 25 de septiembre de 1991 consideró el reglamento de régimen interior como “un acto reglamentario de derecho privado” (Cass. soc., 25 septembre 1991, *Bull. civ.*, V, 381). El contenido del reglamento de régimen interior lo enmarcó, de forma estricta, la ley de 4 de agosto de 1982 (Cass. soc., 12 décembre 1990, *Bull. civ.*, V, 670), lo que lo diferencia de los códigos éticos o de empresa, que han proliferado en los últimos años, y que no poseen un estatuto jurídico claro. Dentro de los límites que establecen los artículos L. 1311-1 a L. 1322-4 del *Code du travail*, el reglamento de régimen interior constituye una fuente del derecho del trabajo: cfr. Mazeaud, A., *Droit du travail*, 7<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, 2010, pp. 88 ss., y Favennec-Héry, F., y Verkindt, P.Y., *Droit du travail*, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, 2011, pp. 270 ss.

<sup>386</sup> La facultad es común en otros ordenamientos. Así, bajo la rúbrica “Directives générales et instructions à observer”, el artículo 321d del Código de las obligaciones suizo dispone, en el apartado primero: “L'employeur peut établir des directives générales sur l'exécution du travail et la conduite des travailleurs dans son exploitation ou son ménage et leur donner des instructions particulières”. Y añade, en el segundo apartado “Le travailleur observe selon les règles de la bonne foi les directives générales de l'employeur et les instructions particulières qui lui ont été données”. El texto puede consultarse en

de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y colaboración en el trabajo que marquen, entre otras, las órdenes o instrucciones adoptadas por el empresario en el ejercicio regular de sus facultades de dirección (art. 20.2 ET). El poder de dirección que se exterioriza a través de órdenes o instrucciones generales ha de acomodarse al ordenamiento jurídico y, en numerosas ocasiones, debe ir precedido de un informe del comité de empresa o de los delegados de personal, tal y como se desprende del artículo 64.5 f) ET. Si las órdenes generales se pactan con los representantes de los trabajadores, no nos hallaremos ante una manifestación del poder directivo, sino ante un convenio colectivo, sea de carácter estatutario o extraestatutario. Como se ha señalado, una de las características que presiden la emergencia y el desarrollo del derecho del trabajo es la amortiguación paulatina de la remisión a la voluntad empresarial como normativa<sup>387</sup>. Pues bien, las órdenes generales o particulares del empresario pueden servir para prevenir y hacer frente a los riesgos psicosociales. Es importante que el empresario informe a los trabajadores de las conductas prohibidas, declare que no tolerará la violencia o el acoso, y comunique cuáles son los procedimientos de prevención y los cauces de reclamación en la empresa.

En cuanto al ámbito en que se ejercen los poderes del empresario, se deduce de los artículos 1.1 y 20 ET que se corresponde con la empresa, centro de trabajo u organización productiva autónoma. El empresario solo responde de los actos que se produzcan en el marco de ejercicio de los poderes que le otorga el ordenamiento jurídico. En este sentido, como indica el artículo 26 de la Carta Social Europea revisada, de 1996, los actos deben producirse “en el lugar de trabajo o en relación con el trabajo”. En el derecho administrativo sancionador, para establecer el criterio de imputación de las faltas muy graves de acoso sexual o acoso discriminatorio, el artículo 8, apartados 13 y 13 bis, de la LISOS alude al “ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo” de la conducta. De igual modo, en el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, que puede seguirse en los supuestos de acoso, el artículo 177.1 LRJS exige que “la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”. Con carácter excepcional, los poderes del empresario pueden ejercerse más allá del ámbito de la empresa o una de sus partes. Así, en el trabajo a distancia, la prestación de la actividad laboral se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente

---

<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html#a328>.

<sup>387</sup> Alonso Olea, M. y Casas, M<sup>a</sup> E, *op. cit.*, p. 507.

elegido por éste, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa (art. 13.1 ET). Con todo, el empresario sigue ejerciendo el poder directivo y disciplinario. Asimismo, en las empresas de tendencia, las órdenes generales o particulares pueden referirse a aspectos de la vida privada del trabajador que guarden una relación estrecha o una conexión directa con la prestación de servicios, aunque se desarrollen fuera de los locales de la empresa. Para establecer el juicio de imputación, puede plantearse el problema del conocimiento por parte del empresario o de la persona en que se halle delegado el poder de dirección. El empresario debe conocer o, al menos, hallarse en condiciones de conocer los hechos que atentan contra la dignidad o los derechos fundamentales del trabajador. Para exonerarse de la responsabilidad, no basta con que alegue la falta de conocimiento. Responde también por la falta de diligencia en el uso de las prerrogativas y poderes que tiene atribuidos. El empresario debe ejercer los poderes que le reconoce el ordenamiento jurídico de forma regular y diligente [arts. 5 c) y 20.2 ET]. En ciertos casos de riesgos psicosociales, responderá aunque no haya conocido si, a la luz de las circunstancias, debiera haberlo hecho, de haber ejercido de forma regular y diligente los poderes que le otorga el derecho.

En lo que se refiere a la titularidad, el poder de dirección lo ejerce el empresario por sí o a través de otras personas: necesariamente ha de ejercerse a través de otras si el empresario es una persona jurídica, y voluntariamente puede ejercitarse de forma indirecta en cualquier caso<sup>388</sup>. Así, cabe distinguir entre una atribución originaria y otra delegada<sup>389</sup>. El titular de los poderes empresariales es el empresario, en cuanto responsable de la empresa, o la persona en quien delegue (art. 20.1 ET). El empresario es el titular básico del poder de dirección, el cual ostenta un título inmediato sobre el ejercicio del poder, y es, en definitiva, el sujeto originario y propio del poder y de su actuación. Y así, junto al empresario individual, cuya caracterización jurídica no ofrece problemas particulares, se halla el supuesto del empresario social, en el que el titular originario es la propia sociedad, a través de sus órganos de gobierno<sup>390</sup>. Por lo que hace a la atribución delegada, la estructura jerárquica de la empresa exige un reparto de competencias, y existen funciones de dirección de carácter alto, medio y bajo<sup>391</sup>. Nos encontramos así, en primer lugar, con el alto directivo, que define hoy el artículo 1.2 del Real Decreto 1382/1985, de 1 agosto, y a cuyo tenor “se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que

<sup>388</sup> Alonso Olea, M., y Casas, M<sup>a</sup> E., *op. cit.*, p. 506.

<sup>389</sup> Montoya, A., *El poder de dirección del empresario, op. cit.*, pp. 197 ss.

<sup>390</sup> Montoya, A., *op. cit.*, p. 201.

<sup>391</sup> Montoya, A., *op. cit.*, pp. 203 ss.

ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas a los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”. Pero, junto al alto directivo, existen en la empresa directores técnicos, gerentes intermedios y supervisores de primera línea, los cuales poseen también funciones de mando, que decrecen a medida que aumentan las funciones de simple ejecución<sup>392</sup>. En definitiva, en una empresa de ciertas dimensiones, existe una cadena de delegación de poderes. Así, según los casos, tomará la decisión el consejo de administración, el consejero delegado, el alto directivo, el jefe de personal o de recursos humanos, o el jefe del centro de trabajo, establecimiento, sucursal o sección. En definitiva, por derecho propio o por delegación, el titular de hecho del poder de dirección es el estamento directivo de la empresa<sup>393</sup>. Si un trabajador con facultades directivas conoce una situación de riesgo psicosocial, debe ponerlo en conocimiento de la persona u órgano superior, para posibilitar una reacción rápida y adecuada que sirva para prevenir o, en su caso, reparar las consecuencias del ilícito. El órgano que tenga atribuido el poder disciplinario debe actuar de forma tempestiva, antes de que transcurran los plazos de prescripción de las faltas laborales (art. 60.2 ET), o se produzca un retraso desleal (*Verwirkung*), que constituye uno de los grupos de casos de la función limitativa de la buena fe<sup>394</sup>.

En fin, en un Estado de derecho, los poderes de autotutela privada han de hallarse sometidos a una limitación y un control, como los poderes que se ejercen en el ámbito del derecho público. En gran medida, el derecho del trabajo es una lucha lenta y azarosa contra la arbitrariedad en el ejercicio del poder empresarial. En esa tarea, la limitación de los poderes ha supuesto, al mismo tiempo, su reconocimiento y legitimación. El sendero ha sido y es,

---

<sup>392</sup> Montoya, A., *op. cit.*, pp. 210 ss. El autor cita, como ejemplo de gerente intermedio o trabajador con funciones de dirección media, a los contra maestres de las industrias del vidrio, que definía el artículo 14.2 c) de su Reglamentación como “los empleados que con mando directo de sus subordinados y a las órdenes inmediatas del jefe de fabricación o encargado de taller, poseen y aplican en su caso los conocimientos adquiridos en una especialidad, cuidan de la disciplina del personal” (p. 211).

<sup>393</sup> Alonso Olea y Casas, *op. cit.*, p. 506.

<sup>394</sup> Gil, J.L., *La prescripción de las faltas laborales*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, 1993, pp. 65 ss; *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*, pp. 132 ss.; “La buena fe en el contrato de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, 163, octubre de 1996, Madrid, pp. 33 ss.; *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, Granada, Comares, 2000, pp. 102 ss., y *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 264 ss.

además, largo y tortuoso<sup>395</sup>. Los poderes de autotutela privada en las relaciones contractuales se caracterizan por su discrecionalidad, y por el hecho de que se puede abusar fácilmente de ellos<sup>396</sup>. El ordenamiento jurídico debe velar para que la discrecionalidad no se torne en arbitrariedad. Como el empresario es titular de ciertos poderes, que el ordenamiento jurídico le atribuye para la dirección y organización de la empresa y para reaccionar contra los incumplimientos del trabajador, no cabe asimilar la posición jurídica de aquel a la propia de los poderes públicos, aunque exista la necesidad de limitar y controlar el ejercicio del poder privado. El derecho del trabajo y del derecho administrativo deben afrontar un problema común: la juridificación del poder. Pero cada rama del derecho dispone de instrumentos específicos. Así, el principio de la buena fe es un instrumento idóneo de limitación y control de los poderes del empresario<sup>397</sup>, y hace ocioso el recurso a instituciones como la desviación de poder. Para someter el poder privado del empresario a la ley y al derecho, no resulta necesario transformarlo en un poder público, ni convertirlo en una potestad, mediante el manejo de nociones muy discutibles, como el interés de la empresa<sup>398</sup>. En la prevención y lucha contra los riesgos psicosociales, resulta esencial el ejercicio regular y conforme a la buena fe de los poderes

---

<sup>395</sup> Tal y como se ha dicho, “embridar al poder con el Derecho ha sido siempre trabajoso y lento y, con frecuencia, algo constantemente recommenzado porque nunca ha sido del todo eficaz”: cfr. García de Enterría, *Hacia una nueva justicia administrativa*, segunda edición, Madrid, Civitas, 1992, p. 27.

<sup>396</sup> Cfr. Di Majo, A., *Delle obbligazioni in generale (Art. 1173-1176)*, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Galgano, F., Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1988, p. 501 pp. y, asimismo, las observaciones de Buoncristiano, M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Cedam, Padova, 1986, y del propio Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, pp. 356 ss. Como se ha advertido, el poder genera siempre un *surplus* de poder, que exige una forma de control: cfr. Di Majo, A., “Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa”, *Rivista Giuridica del Lavoro*, Roma, 1983, I, p. 358.

<sup>397</sup> Cfr., con detalle, Gil, J. L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*, pp. 83 ss., y *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 185 ss. Por el contrario, otros autores han expresado una visión crítica acerca de un uso incontrolado de la buena fe como límite a los poderes del empresario: cfr. Persiani, M., “Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro”, *Il Diritto del Lavoro*, 1995, I, pp. 135-151, y Montuschi, L., “L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro”, *Lavoro e Diritto*, 1, invierno 1996, Bologna, pp. 139-152, y “Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 3/1999, Padova, pp. 723-742.

<sup>398</sup> Lyon-Caen, A., “Adapter et reclasser: quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation”, *Semaine Social Lamy*, 21 avril 1992, Rueil- Malmaison, p. 3; “Note a Cassation sociale 25 février 1992”, *Dalloz*, Sommaires commentés, 1992, Paris, p. 294. Sobre el interés de la empresa en el derecho francés, cfr., por todos, Escande-Varniol, M.C., “La Cour de Cassation et l'intérêt de l'entreprise”, *RJS*, 4/2000, pp. 260-266.

del empresario. En muchos supuestos, la violencia o el acoso provienen de un uso inadecuado de los poderes directivo y disciplinario. ¿Cómo se concilia la discrecionalidad de los poderes del empresario con la necesidad de tutela de los derechos fundamentales del trabajador? Por su esencia, los poderes del empresario son discrecionales. El ordenamiento jurídico atribuye al empresario el poder directivo y disciplinario para que defienda sus propios intereses, que hallan su fundamento en el principio constitucional de la libertad de empresa. Por eso, el empresario puede o no hacer uso del poder para la defensa de sus propios intereses. ¿Qué sucede, sin embargo, cuando se hallan en juego los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, como sucede en los supuestos de acoso en el trabajo? ¿Puede permanecer inactivo el empresario, cuando conoce la vulneración de los derechos fundamentales del trabajo en el ámbito de organización y dirección de la empresa? Conviene subrayar que los riesgos psicosociales pueden menoscabar una pluralidad de derechos: la dignidad en todo caso, pero también la no discriminación y otros derechos fundamentales, como la integridad física y moral, y, asimismo, la seguridad y salud laboral<sup>399</sup>. Por eso, en el tratamiento de los riesgos psicosociales como el acoso, el centro de atención se ha desplazado desde las áreas tradicionales de la seguridad y la salud y la calidad en el trabajo, hacia el terreno de la lucha contra la discriminación y de la protección de la dignidad y los derechos fundamentales en el trabajo<sup>400</sup>. En lo que sigue, para analizar la relación entre los poderes del empresario y los riesgos psicosociales en el trabajo, trataré de forma conjunta los poderes directivo y disciplinario y adoptaré una perspectiva basada en los derechos y que dé la máxima virtualidad al principio de la buena fe<sup>401</sup>.

<sup>399</sup> Sagardoy, J. A. y Gil, J. L., “El acoso psicológico en el trabajo”, en Casas, M<sup>a</sup> E., Durán, F., Cruz, J. (Coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid, La Ley, 2006, pp. 817 ss., y Gil, J. L., “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, del Chapitre II “La reconnaissance progressive des droits du travail”, en Lerouge, L. (Dir.), *Risques psychosociaux au travail. Étude comparée Espagne, France, Grèce, Italie, Portugal*, Paris, L’Harmattan, Paris, pp. 128 ss., y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, en Mella, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 159 ss.

<sup>400</sup> Di Martino, V., Hoel, H. y Cooper, C. L., *Preventing violence and harassment in the workplace*, Dublin, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin, p. 5.

<sup>401</sup> En mi opinión, la buena fe es un principio constitucional implícito, por tratarse de un principio immanente a las relaciones de coordinación, un principio de la *iusstitia protectiva* en las relaciones de poder y, en suma, un principio constitutivo e indispensable del Estado de derecho: cfr. Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 144 ss. Ha aceptado esta tesis Conde, E., *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, Madrid, La Ley, 2007, pp. 237, 238, 327, 345 y 352.

### 3. Buena fe y deber de salvaguardia de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador.

El principio general de la buena fe obliga al empresario a salvaguardar los intereses de la contraparte<sup>402</sup> y, en particular, la dignidad y los derechos

---

También la recoge Eckl, C., *Treu und Glauben im spanischen Vertragsrecht*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 183, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 5, 155, 180 y 181.

<sup>402</sup> La idea del respeto a los intereses a la contraparte puede deducirse de la buena fe. En la ejecución del contrato y de la relación obligatoria, la buena fe exige un deber de salvaguardia de los intereses de la contraparte. Ha acentuado esta dimensión del principio Bianca, M., "La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale", *Rivista di Diritto Civile*, 1983, I, Padova, pp. 209 y 210. La buena fe impone a las partes un comportamiento que preserve los intereses de la contraparte, más allá de las obligaciones contractuales específicas y del deber extracontractual del *neminem laedere*. Tal deber halla su límite en el interés propio. El sujeto está obligado a salvaguardar el derecho ajeno, pero no hasta el punto de sufrir un sacrificio personal o económico apreciable. En definitiva, en cuanto deber de salvaguardia, la buena fe puede identificarse como el deber de cada parte de salvaguardar la utilidad de la otra, sin que ello suponga un sacrificio apreciable a su cargo. La jurisprudencia y la doctrina italianas han aceptado también la propuesta de Bianca: cfr. Carbone, V., "L'affaire Fiuggi", nota a Cassazione civile, sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, *Il Corriere Giuridico*, 5/1994, Milanofiori Assago (MI), pp. 574 y 575, y Castelvetti, L., "L'obbligo di correttezza come limite esterno alle prerogative imprenditoriali e alla gestione collettiva degli interessi dei lavoratori", *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1995, 4, pp. 467 ss. El deber de tomar en consideración los intereses de la contraparte aparece también, como un corolario de la buena fe, en los derechos alemán, holandés, griego y francés: cfr. Stammer, R., *Tratado de filosofía del derecho*, traducción de la segunda edición alemana por Roces, W., 1ª edición, Editorial Reus, 1930, p. 397; Coing, H., *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, traducción castellana de Mauri, J. M., con el título de *Fundamentos de filosofía del derecho*, Barcelona, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, pp. 158 y 192; Larenz, K., *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, traducción al castellano y presentación de Díez-Picazo, L., con el título de *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, Madrid, 1985, p. 98; Hesselink, M., "Good Faith", in Hartkamp, A.; Hesselink, M.; Hondius, E.; Joustra, C.; Du Peron, E. (Eds.), *Towards a European Civil Code*, Second Revised and Expanded Edition, Nijmegen-The Hague y otras ciudades, Ars Aequi Libri and Kluwer Law International, p. 288, nota 4; Stathopoulos, M.P., *Contract Law in Hellas*, The Hague y otras ciudades y Athens, Kluwer Law International-Sakkoulas, 1995, p. 59; Le Tourneau, P., "Bonne foi", *Recueil Dalloz*, V, *Contrats et obligations*, octubre 1995, Paris, p. 7, y Mazeaud, D., "Constats sur le contrat, sa vie, son droit", in *Le contrat: liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94e Congrès des notaires de France, Lyon, 17-20 mai 1998, *Les Petites Affiches*, 6 mai 1998, 54, p. 13, y "Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?", en *L'avenir du droit: Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, 1999, pp. 617 ss. Asimismo, el artículo 1: 201 de los *Principles of European Contract Law* impone a los contratantes un deber de mutua consideración: cfr. Lando, O. y Beale, H. (Eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II Combined and Revised*, Prepared by the Commission on European Contract Law,

fundamentales del trabajador<sup>403</sup>. El empresario tiene un deber positivo de salvaguardia y prevención, derivado de la buena fe, que va más allá del deber de neutralidad y de abstenerse de toda conducta que suponga un menoscabo de tales derechos. En definitiva, el principio general de la buena fe obliga al empresario a prevenir el menoscabo de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador (3.1), a acomodar razonablemente la organización productiva (3.2) y a ejercer de forma obligada los poderes empresariales para proteger los derechos fundamentales del trabajador (3.3).

### 3.1. Prevención del menoscabo de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador

Ante todo, el principio de la buena fe obliga al empresario a prevenir el menoscabo de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador<sup>404</sup>.

---

Chairman: Professor Ole Lando, The Hague y otras ciudades, Kluwer Law International, 2000, p. 115. En el contrato de trabajo, la buena fe obliga al empresario a proteger los intereses del trabajador en la mayor medida posible. Aun así, el deber de salvaguardia no impide al empresario que defienda sus intereses legítimos – y, en especial, los de la empresa – por todos los medios lícitos, aunque sea a costa del trabajador: Hueck, A. y Nipperdey, H. C., *Compendio de derecho del trabajo*, versión castellana a cargo de Rodríguez-Piñero, M. y Villa, L. E. de la, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 158. Para mayores detalles, cfr. Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 227 ss.

<sup>403</sup> Cfr., al respecto, Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 230 ss.; “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, *Aranzadi Social*, 13, 2003, Cizur Menor; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 133 ss., y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 167 ss.; Sagardoy, J.A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Cizur Menor, Civitas, 2005, pp. 42 ss, y Sagardoy, J. A. y Gil, J. L., “El acoso psicológico en el trabajo”, *op. cit.*, pp. 822 ss.

<sup>404</sup> En el derecho suizo, el artículo 328 del Código de las obligaciones establece el deber de respeto y protección de la personalidad del trabajador. Bajo la rúbrica “Protection de la personnalité du travailleur”, el precepto dispone, en el apartado primero: “L’employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu’ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes”. Y añade, en el apartado segundo: “Il prend, pour protéger la vie, la santé et l’intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l’expérience, applicables en l’état de la technique, et adaptées aux conditions de l’exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l’exiger de lui”. El texto puede consultarse en <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/index.html#a328>. Cfr. Aubert, G., “Les sources du droit du travail en Suisse”, en Teyssié, B. (Dir.), *Les sources du droit du travail*, Paris, PUF, 1998, pp. 109 y 110, aun cuando la Constitución, la

Más importante que la represión de conductas como el acoso, es la prevención de las mismas en la empresa. En la lucha contra los riesgos psicosociales, el derecho puede ser más útil por medio de la prevención que de la sanción<sup>405</sup>. El artículo 26 de la Carta Social Europea, adoptada en Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996, pone de relieve la necesidad de promover la sensibilización, la información y la prevención en materia de acoso sexual y, asimismo, de 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, y a adoptar todas las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra dichas conductas<sup>406</sup>. Asimismo, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, y los acuerdos marcos europeos sobre el estrés y sobre la violencia en el trabajo subrayan la importancia de la prevención<sup>407</sup>. Además de atentar contra la dignidad de la persona, los riesgos psicosociales repercuten en el rendimiento del trabajador y en su salud física y psíquica, y pueden producir una baja laboral, u obligar al trabajador a solicitar la extinción del contrato. Asimismo, degradan el ambiente de trabajo. Pese a su importancia capital, el aspecto preventivo no ha merecido aún la atención necesaria por parte de la jurisprudencia. La prevención consiste, ante todo, en impedir que se desarrollen situaciones de riesgo en la empresa<sup>408</sup>.

---

jurisprudencia y la doctrina suizas solo admiten la *Drittwirkung* indirecta de los derechos fundamentales.

<sup>405</sup> Con respecto al *mobbing*, cfr. Däubler, W., *Arbeitsrecht. Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium*, fünfte Auflage, Frankfurt am Main, Bund-Verlag, 2004, p. 205.

<sup>406</sup> Sobre el precepto, cfr. Arany Tóth, M., *op. cit.* España ha firmado, pero no ratificado, la Carta Social Europea (revisada) de 1996. Tan solo ha ratificado la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961.

<sup>407</sup> El considerando séptimo de la Directiva 2006/54/CE afirma: “En este contexto, debe alentarse a los empresarios y a los responsables de la formación profesional a tomar medidas para combatir toda clase de discriminación por razón de sexo y, en particular, a tomar medidas preventivas contra el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo y en el acceso al empleo, a la formación profesional y a la promoción, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales”. Cfr. el acuerdo marco europeo sobre el estrés, puntos 2, 4 y 6, y el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo, puntos 2 y 4.

<sup>408</sup> En suma, la prevención de los riesgos psicosociales corresponde, ante todo, al empresario, que ha de evaluar los riesgos y planificar la actividad preventiva. Si el empresario conociera una situación de riesgo psicosocial y no adoptara medida alguna para evaluarlas y evitarlas, incurriría en responsabilidad por incumplimiento de lo previsto en el artículo 16 LPRL y los artículos 3 y siguientes del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención de Riesgos Laborales. En la prevención, pueden participar también otros actores, en especial los representantes de los trabajadores y los delegados de prevención. Así, debe tenerse en

Con carácter general, el deber de prevención del riesgo se fundamenta en la buena fe del empresario, y se concreta en el deber legal de protección de la seguridad y salud laboral, que desarrollan los principios de la acción preventiva (art. 15 LPRL)<sup>409</sup>. En efecto, la ley impone al empresario un

---

cuenta que el acoso horizontal puede adoptar la forma de prácticas a menudo subterráneas, no conocidas por el empresario o sus representantes. En este sentido, el artículo 48.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece que los representantes de los trabajadores deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuviesen conocimiento y que pudieran propiciarlos.

<sup>409</sup> Desde un punto de vista contractual, la buena fe es el fundamento de ese deber de protección del empresario: Gil, J.L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 204 y 205; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 135 ss, y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 167 ss; Acepta la idea Jurado, A., *op. cit.*, pp. 244 ss. Gutiérrez-Solar, B., *op. cit.*, pp. 143 ss, niega, sin embargo, a la buena fe el carácter de fundamento del deber empresarial de seguridad y salud en el trabajo. En su opinión, tal fundamento radica en el deber de protección. La autora contrapone el deber de buena fe, como técnica de origen estrictamente contractual, y el deber de protección del empresario (*Fürsorgepflicht*), como correlación de la dependencia personal del trabajador (p. 144). A su juicio, la buena fe impone tan solo al empresario un deber de orientación negativa, consistente en evitar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales al trabajador. Por el contrario, el deber de protección impone al empresario deberes positivos, encaminados a potenciar la salud del trabajador. Posee, pues, un contenido más extenso e intenso que el derivado del deber de buena fe (pp. 147 y 148). Por otro lado, mientras que la lógica patrimonial que domina la buena fe justifica, en virtud de la ponderación de los intereses contrapuestos, el carácter limitado de los deberes de protección que se fundamentan en ella, la lógica extrapatrimonial que inspira el deber de protección del empresario excluye, en virtud de la subordinación de los intereses patrimoniales a los extrapatrimoniales, la limitación de los deberes de protección en que se concreta, siempre que así lo aconseje la protección de los intereses extrapatrimoniales (p. 148). La autora añade otro argumento. De acuerdo con una interpretación literal del artículo 20 ET, la buena fe es tan solo una fuente de deberes instrumentales de la obligación básica contractual, y modaliza la realización de esta última, circunscribiendo su actuación a la esfera patrimonial de la relación laboral. Sin embargo, el deber de protección del empresario se concreta en diferentes deberes autónomos respecto de la obligación principal de contenido económico, dirigidos a tutelar los intereses extrapatrimoniales del trabajador, por lo que se configura como el eje de la esfera estatutaria de la relación laboral (pp. 149 y 150).

Conviene hacer unas breves observaciones a la tesis de la autora citada. En primer lugar, la buena fe no solo impone deberes de carácter negativo, sino que obliga a cooperar y a salvaguardar los intereses de la contraparte. La buena fe genera, pues, deberes accesorios, de carácter positivo. Entre ellos, se encuentra un deber de protección, cuya intensidad es proporcional a la duración y a la implicación de las partes en el desarrollo de la relación jurídica. En el ámbito laboral, la buena fe fundamenta un deber de protección del

conjunto de deberes accesorios en materia de protección de la seguridad y salud laboral, como el principio de adaptación del trabajo a la persona del trabajador<sup>410</sup> o la protección de los trabajadores sensibles a determinados riesgos<sup>411</sup>, que pueden servir para prevenir los nuevos riesgos psicosociales

---

empresario, más intenso que en otras relaciones jurídicas, como consecuencia del tracto sucesivo y el carácter personal de la prestación del trabajador. En el derecho español, no hay base legal para configurar un deber autónomo de protección del empresario, con los caracteres que atribuye a este Gutiérrez-Solar, B., *op. cit.*, pp. 143 ss. El deber de protección no es sino un corolario del principio general de la buena fe. En este sentido, se ha puesto de relieve que, en el derecho italiano, y a diferencia de cuanto sucede en Alemania, la teoría de los deberes de protección halla su fundamento dogmático en las normas que configuran la relación jurídica como una relación compleja, cuyo fin de tutela comprende, además del interés de prestación (art. 1174 Cc), el interés de protección que contempla el artículo 1175 del Código civil italiano, cuando impone un deber de corrección a las partes; así, los deberes de protección no reciben su sentido del deber genérico del *neminem laedere*, como en Alemania, sino de la relación específica en que surgen: cfr. Mengoni, L., “La parte generale delle obbligazioni”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 3, settembre 1984, Napoli, pp. 512 y 513. Iguales consideraciones podrían hacerse en el derecho español. Como destacó Federico de Castro en sus obras, no siempre pueden trasladarse a nuestro derecho las doctrinas alemanas. En fin, según he tratado de demostrar, la buena fe es un instrumento adecuado para proteger los intereses extrapatrimoniales del trabajador: cfr. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.* Sea como fuere, cfr., por todos, en el derecho alemán, Kollmer, N., *op. cit.*, pp. 51 ss), acerca de los *Fürsorge-, Rücksichtnahme- und Treuepflichten*, derivados de los parágrafos 241 y 242 del BGB, como fundamento del deber de protección contra el acoso psicológico.

<sup>410</sup> En la prevención del estrés, resulta de gran utilidad el principio de adaptación del trabajo a la persona, especialmente de cara a atenuar el trabajo monótono y repetitivo, y que ha de tenerse en cuenta particularmente en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, y a la hora de determinar los periodos de descanso durante la jornada de trabajo. Recogen el principio: el artículo 6.2 d) de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio; el artículo 13 de la Directiva 2003/88/CE, de 4 de noviembre; el artículo 15.1, d), de la LPRL, y el artículo 36.5 ET. El principio de adecuación del trabajo a la persona es una concreción del principio general de la buena fe: cfr. Sagardoy, J.A. Valle, J.M. del y Gil, J.L. *op. cit.*, p. 244. En suma, la buena fe impone al empresario el deber accesorio de adaptar el trabajo a la persona del trabajador, para proteger su seguridad y salud laboral. Un elemental sentido de la justicia quiere que la ejecución del contrato de trabajo no ponga en peligro la vida, la seguridad y la salud del trabajador. En la medida de lo posible, el empresario debe cooperar con el trabajador, para salvaguardar esos bienes constitucionalmente protegidos: cfr. Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, p. 311, nota 567. Pues bien, junto con los mecanismos tradicionales del contrato, como la diligencia y el rendimiento mínimo, o los descansos, los permisos retribuidos y las vacaciones, el deber de adaptación del trabajo a la persona puede ser un instrumento eficaz para la prevención del cansancio, la monotonía y el estrés en el trabajo.

<sup>411</sup> Posee también una gran relevancia el deber de protección de los trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos. El empresario debe garantizar de manera específica la protección de los trabajadores que, por sus propias características personales

y, en particular, el estrés y el acoso. El deber de seguridad y salud laboral posee hoy una indudable autonomía, y ha conocido un desarrollo normativo importante, en el derecho de la Unión Europea e interno. Con el paso del tiempo, ha evolucionado hacia un deber independiente, de naturaleza especial. Con todo, no debe perderse de vista la conexión de tales obligaciones accesorias con el deber general de buena fe. Por muy detalladas que sean, las reglas legales y convencionales no agotan ni anulan las potencialidades futuras del principio de la buena fe. La buena fe no solo es el fundamento de ciertos deberes accesorios que prevén la ley y el convenio colectivo, sino la fuente con que, en caso de insuficiencia de la ley, la jurisprudencia ha de afrontar las nuevas necesidades de limitación y control de los poderes del empresario.

Así, la buena fe impone al empresario la obligación de prevenir el acoso sexual y por razón de sexo en los lugares de trabajo y de mantener un ambiente de trabajo adecuado. Tal obligación de medios se descompone en los siguientes deberes accesorios<sup>412</sup>: mantener unas instalaciones seguras en

---

o estado psicológico conocido, incluidos aquellos que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberá tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptará las medidas preventivas y de protección necesarias. El trabajador tiene derecho a no ser empleado en aquellos puestos de trabajo para los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo Cfr. el artículo 25 LPRL. Asimismo, el artículo 189 de la anterior LGSS, aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que conserva valor reglamentario, dispone: “Sin perjuicio de las normas específicas sobre trabajos prohibidos a mujeres y menores, las personas que sufran defectos o dolencias físicas, tales como epilepsia, calambres, vértigos, sordera, vista defectuosa o cualquier otra debilidad o enfermedad de efectos análogos, no serán empleadas en máquinas o trabajos en los cuales, a causa de dichos defectos o dolencias puedan, ellas o sus compañeros de trabajo, ponerse en especial peligro”. Los preceptos citados dan cumplimiento al artículo 15 de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, a cuyo tenor los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica. De este modo, en los supuestos de disminución de la capacidad física, el trabajador tiene derecho a un cambio de puesto de trabajo y a ser empleado en otro compatible con su estado. Cfr. una aplicación del precepto en la sentencia del TSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de abril de 2006 (Ar. 1155). Así pues, antes de llevar a cabo un despido objetivo por ineptitud, el empresario debe agotar las posibilidades de darle ocupación en un puesto adecuado a su capacidad: cfr. Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 308 ss.

<sup>412</sup> Kawaguchi, M., “Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail en droit japonais”, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, Comptresec, Université Montesquieu-Bordeaux

la empresa o centro de trabajo, en particular en los lavabos, vestuarios o lugares de reposo; garantizar la seguridad durante el trayecto o la ejecución del trabajo, en especial con respecto a los trabajadores que realizan turnos de noche; garantizar la vigilancia y educación del personal, a fin de prevenir el acoso sexual; adoptar todas las medidas contra los comportamientos de acoso sexual, o proteger la vida privada de los trabajadores que han sido víctimas del acoso. El empresario puede incurrir en responsabilidad contractual, si incumple el deber de prevención y el trabajador sufre daños y perjuicios. El deber ha hallado una concreción en el artículo 26 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)<sup>413</sup>, y en el artículo 48.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>414</sup>. De igual modo, en virtud del principio de la buena fe, el empresario debe adoptar todas las medidas necesarias para prevenir el acoso psicológico a los trabajadores, o la modalidad del acoso discriminatorio, por motivos tales como la religión o la discapacidad<sup>415</sup>.

---

IV, 2000, p. 75.

<sup>413</sup> Bajo la rúbrica “prevención de la discriminación”, el artículo preceptúa: “los Estados miembros, de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, alentarán a los empresarios y a los responsables del acceso a la formación a adoptar medidas eficaces para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo y, en particular, el acoso y el acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en el acceso al empleo, en la formación profesional y en la promoción”. El precepto procede del artículo 2.5 de la Directiva 76/2007/CEE, de 9 de febrero, en la redacción dada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre.

<sup>414</sup> El precepto dispone que las empresas deberán promover las 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. A tal fin, podrán establecerse medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación. Cfr. Vicente, F., “Artículo 48. Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”, en García Ninet, J. I. (Dir.) y Garrigues, M<sup>a</sup> A. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, CISS, 2007, pp. 381-395 y, asimismo, acerca del tratamiento de los riesgos psicosociales y del acoso en la negociación colectiva, Martínez Abascal, V. A., “La protección extrajudicial frente al acoso moral en el trabajo”, *Temas Laborales*, n<sup>o</sup> 92, 2007, Sevilla, pp. 31-118 y Meléndez, L. y Pérez Campos, A. I., “Tratamiento de los riesgos psicosociales en la negociación colectiva”, en Sánchez Trigueros, C. (Dir.) y González Díaz, F.A. y Hierro, F.J. (Coords.), *Los riesgos psicosociales: Teoría y práctica*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 163-184.

<sup>415</sup> La Ley francesa de modernización social, de 17 de enero de 2002, ha impuesto este deber al empresario en el nuevo artículo L. 1152-4 del *Code du travail*. Además, según el

La información es uno de los medios más eficaces para hacer frente a los riesgos psicosociales<sup>416</sup>. El empresario debería informar a los trabajadores, mediante los medios de publicidad adecuados, de que las conductas de acoso se hallan prohibidas, y de cuáles son los procedimientos de prevención y los cauces de reclamación en la empresa. También posee una gran importancia la formación de los mandos y directivos de la empresa, que pueden recibir información acerca del acoso, así como consejos prácticos sobre el modo de hacer frente al mismo<sup>417</sup>. En este sentido, el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo contempla la necesidad de que las empresas indiquen, de forma clara, que no tolerarán tales situaciones<sup>418</sup>. En especial, la prevención de los conflictos relativos al acoso puede dar lugar al establecimiento de sistemas de mediación, previos al recurso a la jurisdicción social<sup>419</sup>. Al respecto, el acuerdo marco europeo sobre el acoso y la violencia en el trabajo indica que la declaración de las empresas de que no tolerarán el acoso y la violencia, especificará los procedimientos que deben seguirse cuando se presenten los casos. El acuerdo prevé una serie de aspectos orientativos en los que podría basarse un procedimiento

---

nuevo artículo L. 1221-2 del *Code du travail*, “le contrat est exécuté de bonne foi”. El legislador francés ha querido dar un nuevo alcance al deber de buena fe, que debería servir de apoyo a la prohibición del acoso psicológico: cfr. en Lapérou-Scheneider, B., *op. cit.*, p. 316, las referencias a los debates en la Asamblea Nacional. En nuestro país, mencionan el principio de la buena fe, al analizar supuestos de acoso, las SSTSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2002 (Ar. 2457) y de 6 de julio de 2004 (Ar. 2059), Madrid de 21 de enero de 2008 (Ar. 947) y Andalucía (Sevilla) de 20 de octubre de 2008 (Ar. 1684).

<sup>416</sup> En Francia, el artículo L. 1321-2 del *Code du travail* establece que, junto a las disposiciones relativas al derecho de defensa de los trabajadores y al abuso de autoridad en materia sexual, debe figurar en el reglamento de régimen interior la prohibición de toda práctica de acoso moral. Cfr., en la doctrina, Lapérou-Scheneider, B., *op. cit.*, p. 316.

<sup>417</sup> Lapérou-Scheneider, B., *op. cit.*, pp. 316 y 317.

<sup>418</sup> Tal y como se ha destacado, más allá de las medidas de conciliación, formación y afirmación de tolerancia cero contra el acoso y la violencia a que apunta el acuerdo, como herramientas de prevención, no queda recogida entre ellas una eventual aplicación a estos casos de los instrumentos preventivos en materia de seguridad y salud laboral que estén previstos legal o convencionalmente en cada ámbito. En este tema, el acuerdo recoge una mención, en su parte introductoria, a que las normas de la Unión Europea y nacionales definen la obligación del empresario de proteger a los trabajadores contra el acoso y la violencia en el lugar de trabajo. En nota a pie de página, sin ánimo exhaustivo, el acuerdo recoge las Directivas sobre la aplicación del principio de igualdad y la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio, sobre medidas para fomentar la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo: cfr. Consejo Económico y Social, “Acuerdos europeos sobre el acoso laboral”, *Cances*, Cuadernos del Consejo Económico y Social, 1, verano 2007, julio, agosto, septiembre, Madrid, pp. 26 y 27.

<sup>419</sup> Cfr., en el derecho francés, el artículo L. 1152-6 del *Code du travail* y, en la doctrina, Lapérou-Scheneider, B., *op. cit.*, pp. 317 y 318. Cfr. Martínez Abascal, V.A., *op. cit.*, acerca de la protección extrajudicial frente al acoso psicológico en el trabajo.

adecuado, tales como la discreción y la confidencialidad, la diligencia en la investigación de las quejas, los principios de audiencia, imparcialidad y trato correcto hacia las personas involucradas, o la necesidad de que las quejas deban apoyarse en una información detallada. Señala también que las falsas acusaciones no deben tolerarse, y pueden dar lugar a acciones disciplinarias. Indica que puede resultar útil la asistencia externa, y que los procedimientos podrán incluir una etapa informal, en la que una persona de confianza del empresario y de los trabajadores esté disponible para dar consejo y ayuda. En fin, para proteger al trabajador que denuncia, también es importante la garantía de indemnidad, elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que recoge hoy el artículo 17.1, *in fine*, del ET, con respecto al principio de igualdad de trato y no discriminación<sup>420</sup>.

### 3.2. Acomodación razonable de la organización productiva

En segundo término, el principio de la buena fe obliga al empresario a acomodar la organización productiva para tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador<sup>421</sup>. El principio de neutralidad del empresario,

<sup>420</sup> El precepto dispone: “Serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”. El Tribunal Constitucional ha invocado la garantía de indemnidad para rechazar los despidos por represalia Sentó esta doctrina en la sentencia 14/1993, de 18 de enero, y ha ido perfilando su alcance en las sentencias 54/1995, de 24 de enero; 197/1998, de 13 de octubre; 140/1999, de 22 de julio; 168/1999, de 27 de septiembre; 101/2000, de 10 de abril; 196/2000 y 199/2000, ambas de 24 de julio; 198/2001, de 4 de octubre; 5/2003, de 20 de enero; 55/2004, de 19 de abril; 87/2004, de 10 de mayo; 38/2005, de 28 de febrero; 144/2005, de 6 de junio; 171/22005, de 20 de junio; 298/2005, de 21 de noviembre; 3/2006, de 16 de enero; 16/2006, de 19 de enero; 44/2006, de 13 de febrero; 65/2006, de 27 de febrero; 120/2006, de 24 de abril; 138/2006, de 8 de mayo; 277/2006, de 17 de julio; 257/2007, de 17 de diciembre; 125/2008, de 20 de octubre; 75 y 76/2010, ambas de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, todas ellas de 16 de noviembre. Cfr., en la doctrina, Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 307 y 308 y Gil, J. L. y Sagardoy, Í., *La protección contra el despido disciplinario*, Madrid, Ediciones Cinca, 2007, pp. 126 ss.

<sup>421</sup> Cfr. Fernández López, M<sup>a</sup> F., “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *Relaciones Laborales*, 1985, II, Madrid, pp. 429 y 430; Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, M<sup>a</sup> F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, pp. 220 ss.; Rey, S. del, “Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en Alarcón, R. (Coord.), *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991. (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 45 ss.; Calvo, F. J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica*.

que aparece en la jurisprudencia constitucional, sirve para excluir que éste tenga el deber de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador<sup>422</sup>. Tal doctrina se ha aplicado a derechos fundamentales como la libertad religiosa y el derecho a la educación<sup>423</sup>. Es criticable, en la medida en que no impone al empresario un deber mínimo de acomodar la organización del trabajo al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. En el derecho norteamericano, la *Civil Rights Act* obliga a una acomodación razonable de la organización productiva, para tratar de compaginar las exigencias de esta con el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. De igual modo en el derecho español, debe existir un punto intermedio entre el deber de garantizar la realización plena de los derechos fundamentales, que no corresponde al empresario, y la obligación de este último de no menoscabarlos. El principio de la buena fe sirve para fundamentar, desde una nueva perspectiva, el deber de acomodación razonable de la organización del trabajo al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador<sup>424</sup>. Si cabe discutir la existencia de ese deber en nuestro derecho, como una simple derivación de los derechos fundamentales que el ordenamiento reconoce al trabajador<sup>425</sup>, la vigencia del

---

*Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1995, pp. 173 ss. y 248 ss., y Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 230 ss.; “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, *op. cit.*; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 134 y 135, y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 170 ss.

<sup>422</sup> El Tribunal Constitucional ha recalcado que el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del trabajador no puede implicar una modificación unilateral de las obligaciones asumidas en el contrato. Como indica la STC 6/1988, de 21 de enero, el trabajador no podrá invocar las libertades constitucionales para “romper el marco normativo y contractual de las relaciones jurídico-privadas”. Para el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales “no constituyen por sí mismos cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales” (STC 129/1989, de 17 de julio).

<sup>423</sup> SSTC 19/1985, de 13 de febrero, y 129/1989, de 17 de julio. A la vista de tal jurisprudencia, Valdés (1992: 46) ha mantenido que “no hay en la jurisdicción laboral una cultura garantizadora de los derechos fundamentales del trabajador o, por expresar la idea con mayor precisión, los derechos fundamentales – los individuales, me refiero – quedan disueltos o envueltos en una lógica contractual que mantiene, al menos en parte, residuos ideológicos de una concepción comunitaria del contrato de trabajo”. Al estudiar el poder directivo del empresario, Román (1992: 318) abunda en iguales observaciones críticas.

<sup>424</sup> Gil, J.L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 230 ss.; “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, *op. cit.*; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 134 y 135, y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 170 ss.

<sup>425</sup> Aun así, Rey, S. del, *op. cit.*, p. 56, fundamenta el deber de acomodación razonable en el rango constitucional del derecho implicado. En general, la obligación de realizar o

deber no ofrece dudas en cuanto concreción del principio de la buena fe<sup>426</sup>.

garantizar los derechos fundamentales recae tan solo en el Estado, y no en los particulares. Para analizar la vinculación del Estado y los particulares a los derechos fundamentales, puede ser útil seguir la tipología de obligaciones de los Estados que prevé el derecho internacional, y que han elaborado los órganos de vigilancia de los tratados internacionales y los organismos regionales encargados de hacer cumplir los derechos humanos: cfr., por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general n° 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 1990, y “El derecho al trabajo”, Observación general n. 18, aprobada el 24 de noviembre de 2005, Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35° período de sesiones, Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005, Tema 3 de programa provisional, GE.06-40316 (S) 010306 020306, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006, apartados 22 ss.; Naciones Unidas, *Las obligaciones del Estado y de los particulares frente a los derechos humanos*, Intervención de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el acto de celebración del quincuagésimo cuarto aniversario del Centro Universitario de formación policial de la Policía Nacional de Colombia en Manizales, 8 de mayo de 2006, Naciones Unidas, Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Oficina en Colombia, pp. 6 ss.; Amnistía Internacional, *Derechos humanos para la dignidad humana. Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 2005, pp. 40 ss. Madrid, 91 pp. Cfr. también, acerca de los efectos y las funciones de protección de los derechos fundamentales, Hufen, F., *Staatsrecht II. Grundrechte*, München, Verlag C.H. Beck, 2007, pp. 50 ss., y sobre la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales, Abramovich, V.; Curtis, Ch., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp. 65 ss., y Escobar, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE) y Trama Editorial, 2005, pp. 75 ss. Cabe distinguir entre las obligaciones de respeto, protección y garantía o realización. Las de respeto y protección son de carácter defensivo; la de realizar o garantizar afecta a la vertiente prestacional del derecho. En primer lugar, el empresario debe respetar el derecho fundamental. Debe abstenerse de interferir, directa o indirectamente, en el disfrute del derecho. De carácter inmediato, la obligación incluye el respeto por los esfuerzos que puedan realizar las propias personas para ejercer el derecho. En segundo lugar, el empresario debe proteger el derecho fundamental. Debe adoptar medidas tales como una organización adecuada, para impedir a terceros que interfieran en el disfrute del derecho. Así pues, el empresario debe proteger al trabajador contra los actos del personal directivo, los compañeros de trabajo o los clientes que supongan una injerencia en el ejercicio del derecho. Por el contrario, la obligación de realizar o garantizar los derechos fundamentales – esto es, de protegerlos en todo tiempo para asegurar su plena vigencia – atañe exclusivamente a esa estructura institucionalizada de poder que llamamos Estado. Es, en consecuencia, una obligación privativa de las personas físicas que ejercen los poderes públicos. En síntesis, mientras el deber de respetar los derechos fundamentales vincula tanto al Estado como a los particulares, el deber de asegurar la realización o de garantizarlos recae tan solo en las autoridades públicas.

<sup>426</sup> Fundamentan el deber de adecuación en la buena fe: Fernández López, M<sup>a</sup> F., *op. cit.*, pp. 429 y 430; Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, M<sup>a</sup> F., *op. cit.*, pp. 221 y 222; *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, Madrid, Editorial Trotta, 1992, Madrid, pp. 93, 94 y 97; Calvo, F. J., *op. cit.*, pp. 173 ss. y 247 ss.; “La regulación actual de la buena fe en la figura del empresario”, *Aranzadi Social*, 22, marzo 2001, Cizur Menor, pp. 67 y

El empresario no solo debe evitar el menoscabo de los derechos fundamentales del trabajador. Aunque no tiene el deber de promocionar tales derechos, el principio de la buena fe le obliga a salvaguardarlos, siempre que eso no suponga un sacrificio apreciable de sus intereses, que derivan del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE). En suma, el principio de la buena fe sirve para reforzar la aplicación de los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral. Aunque no sitúa al empresario en el mismo plano que los poderes públicos, la buena fe le obliga a tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador en la organización del trabajo, siempre que ello no ponga en peligro el buen funcionamiento de la empresa. La libertad religiosa ofrece un buen ejemplo para comprender el alcance de este deber. Vinculado por el principio de la buena fe, el empresario debe tener en cuenta los derechos fundamentales del trabajador en la organización del trabajo. Cuando el trabajador alega una incompatibilidad entre sus obligaciones laborales y sus creencias u obligaciones religiosas, ha de cooperar con el empresario para procurar resolverla sin forzar un cambio<sup>427</sup>. Si persiste la incompatibilidad, recae sobre el empresario el deber de realizar una acomodación razonable del sistema organizativo, a fin de removerla. En realidad, el empresario debe efectuar una acomodación mínima. No tiene, pues, que soportar un gravamen excesivo o indebido (*undue hardship*). Para que exista tal gravamen, no se requiere ni la violación del convenio colectivo, ni la de derechos individuales de los demás trabajadores. El perjuicio puede medirse tanto en términos económicos como no económicos; pero ha de ser real, y no previsible o hipotético. No basta con aducir que la acomodación podría motivar la protesta de los demás trabajadores. Al empresario le basta con realizar una propuesta razonable, aunque el trabajador no la prefiera. Con todo, si conduce a un sacrificio excesivo de los intereses del trabajador, el empresario debe justificar su procedencia, sobre todo si existen alternativas menos perjudiciales para este. En definitiva, el principio de la buena fe impone al empresario el deber de acomodar razonablemente el sistema productivo, para facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales

---

68; Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 230 ss.; “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, *op. cit.*; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 134 y 135, y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 170 ss.; Sagardoy, J. A., *op. cit.*, pp. 42 ss.; García Jiménez, M., “El principio ergonómico y el derecho a la adaptación razonable: Adecuación del puesto de trabajo (turno) por disminución de la capacidad de la empleada pública”, *Aranzadi Social*, 2005 (BIB 2005/1754), Cizur Menor, en <http://www.westlaw.es>, p. 6; Jurado, Á., *op. cit.*, pp. 240 ss. y, en el derecho francés, Savatier, J., “Note à Cour de Cassation (Chambre sociale), 24 mars 1998, *M. Azad c/ Chamsidine M'Zel*”, *Droit Social*, 6, juin 1998, Paris, pp. 240 ss.

<sup>427</sup> A partir de ahora, resumo las indicaciones de Rey, S. del, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

del trabajador. Así, el empresario no puede llevar a cabo exigencias contrarias a la moral del trabajador, a través de órdenes evitables, que pueden dirigirse a otros trabajadores<sup>428</sup>. En general, el empresario no debe imponer al trabajador que realice tareas contrarias a sus convicciones, o en determinados periodos de tiempo incompatibles con sus creencias religiosas, sin hacer lo posible para acomodar la organización del trabajo al ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador. Del mismo modo, el empresario no puede exigir al médico católico que realice un aborto, si la orden puede evitarse, al haber otros médicos dispuestos a realizarlo<sup>429</sup>. En fin, para hacer frente a los riesgos psicosociales, el empresario debe acomodar razonablemente la organización productiva, lo que puede traducirse, por ejemplo, en un cambio de funciones para evitar el trabajo estresante, o del lugar de prestación de servicios del acosador para que no pueda hostigar a la víctima, o de esta para alejarla de aquel.

En el derecho contemporáneo, se ha abierto paso la idea de que la buena fe impone un deber de renegociar el contrato, en los supuestos de excesiva onerosidad, derivados de un cambio de circunstancias (*hardship*). Cabe mencionar, al respecto, el artículo 6.2.3 de los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y el artículo 6:111 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos<sup>430</sup>. En ocasiones, la buena fe obliga también al empresario a renegociar el contrato de trabajo, con vistas a su adaptación. Así sucede, en particular, cuando el trabajador cambia de creencias o convicciones éticas, y eso produce una excesiva onerosidad en la prestación laboral. Del mismo modo, situaciones de riesgo psicosocial como el estrés o el acoso psicológico pueden solventarse, en ciertas hipótesis, renegociando el contrato de trabajo. Un cambio de funciones, el paso a otra sección, el traslado a otro centro, pueden servir para atajar el estrés o el

---

<sup>428</sup> Sigo a Valle, J.M. del, “Los límites a los poderes del empresario en el estado de derecho”, en Borrajo, E. (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, Actualidad Editorial, S.A., 1993, p. 198. Vid., al respecto, la STSJ de Madrid de 27 de octubre de 1997 (Ar. 3751).

<sup>429</sup> La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, reconoce el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios. En su apartado II, el Preámbulo de la ley señala: “Asimismo se recoge la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo, que será articulado (sic) en un desarrollo futuro de la Ley”. De la cuestión se ocupa el artículo 19.2, apartados segundo y tercero, de la Ley Orgánica, bajo la rúbrica “Medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud”. Cfr. Sagardoy, J. A. y Gil, J. L., “La objeción de conciencia al aborto de los profesionales sanitarios”, en Martínez-Torrón, J.; Meseguer Velasco, S.; Palomino Lozano, R. (Coords.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Vals, Volumen I, Religión y Derecho*, Madrid, Iustel, 2013, pp. 1119-1149.

<sup>430</sup> Cfr., para mayores detalles, Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 308 ss.

acoso. Así, la autonomía de la voluntad puede coadyuvar a la protección de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador. El deber de renegociar el contrato va más allá del simple deber de salvaguardia, y constituye uno de los grupos de casos que ilustran la función limitativa de la buena fe<sup>431</sup>.

### 3.3. Ejercicio obligado de los poderes empresariales

En tercer lugar, la buena fe puede obligar al empresario a ejercer los poderes empresariales para proteger los derechos fundamentales del trabajador. El ordenamiento reconoce al empresario ciertos poderes, a fin de que defienda sus propios intereses, incluso mediante actos de autotutela privada<sup>432</sup>. El empresario ejerce, pues, sus poderes de forma discrecional. ¿Qué sucede, aun así, cuando los terceros respecto a la relación de trabajo individualmente considerada tienen un interés digno de tutela en que el empresario ejerza sus poderes? ¿Goza en tales casos el empresario de un poder discrecional, o el mismo ha de considerarse de uso obligado<sup>433</sup>? En particular, el problema se plantea en las hipótesis de comportamientos contrarios a la dignidad e intimidad del trabajador. Cuando se produce un acoso en la empresa, ¿puede permanecer inactivo el empresario, pese a las quejas del agraviado? Parece razonable sostener que, si un trabajador acosa a otro, el empresario ha de ejercer los poderes que le reconoce el ordenamiento jurídico. La duda puede tener una solución más fácil si la ley o el convenio colectivo prevé el despido disciplinario del trabajador que vulnere los derechos fundamentales de un subordinado o compañero, como, por ejemplo, en los casos de atentado a la dignidad, intimidad, libertades públicas o individuales, o acoso psicológico o discriminatorio. En tales hipótesis, la norma tiene como destinatarios naturales a todos los trabajadores de la plantilla, y el empresario asume el papel de garante de la efectividad de la misma. De ahí que la doctrina haya discutido si la protección de tales valores no transforma en un poder de uso obligado lo que normalmente es una facultad discrecional, y si, más que un

<sup>431</sup> Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 308 ss., y “El deber del empresario de renegociar el contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 19, octubre de 2004, Madrid, pp. 51-81.

<sup>432</sup> Gil, J. L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, *op. cit.*

<sup>433</sup> Vid. un análisis del ejercicio obligado de los poderes empresariales en Gil, J. L., “Les pouvoirs de l'employeur”, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, Université Bordeaux I, Faculté de Droit, des Sciences Sociales et Politiques, pp. 14 ss.; *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 236 ss.; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 139 ss., y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 173 ss.

deber negativo de no atentar él mismo contra los derechos fundamentales del trabajador, la norma legal o convencional no impone un deber de actuar e impedir el ataque a esos derechos a través del ejercicio del poder disciplinario. Por eso, ha llegado a aceptarse, con matices, la posibilidad de un uso obligado de los poderes empresariales para proteger la violación de los derechos fundamentales de un trabajador por parte de sus superiores, compañeros, clientes o usuarios<sup>434</sup>.

El principio de la buena fe condena la inactividad del empresario, en presencia de un acoso que llegue a su conocimiento. En los supuestos de atentado a un derecho fundamental del trabajador, el empresario pierde la discrecionalidad sancionadora y ha de hacer un uso obligado de un poder que se ha concebido tradicionalmente para la defensa exclusiva de su propio interés. En definitiva, el empresario se halla investido de una misión de prevención, pero también de represión, a fin de proteger los derechos de la persona en la empresa. Debe asegurarla por medio del poder disciplinario o, en su caso, mediante el ejercicio de la movilidad funcional o geográfica. No actúa según las exigencias de la buena fe el empresario que no ejercita sus poderes, para hacer cesar los comportamientos de acoso. En resumen: en este terreno, el principio de la buena fe obliga al empresario a salvaguardar la dignidad y los derechos fundamentales de los trabajadores. Debe, pues, ejercitar los poderes que le reconoce el ordenamiento. En particular, el empresario debe ejercitar el poder disciplinario, para evitar una responsabilidad por omisión que, de otro modo, podría exigírsele<sup>435</sup>. El empresario puede – y aun debe – sancionar o

---

<sup>434</sup> Fernández López, M<sup>a</sup> F., *op. cit.*, pp. 220 ss); Gil, J.L., “Les pouvoirs de l’employeur”, *op. cit.*, pp. 15 y 16; *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 236 ss.; “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, *op. cit.*, pp. 139 ss., y “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 173 ss.; Gutiérrez-Solar, B., *op. cit.*, pp. 194 ss.; Mazeaud, A., “Harcèlement entre salariés: apport de la loi de modernisation”, *Droit Social*, 3, mars 2002, Paris, p. 323, y Cos, M., *op. cit.* Por el contrario, en el derecho francés, algún autor se limitó a constatar que el antiguo artículo L. 122-47 del *Code du travail* no obligaba al empresario a imponer una sanción al trabajador que realizaba un acoso sexual: Martin-Serf, A.L., “Sur le harcèlement sexuel. Huit années d’application des articles L. 122-46 à L. 122-48 du Code du travail”, *Droit Social*, 6, juin 2001, Paris, p. 623.

<sup>435</sup> He recogido el parecer de Rodríguez-Piñero, M., “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1996, I, Madrid, pp. 115. Alonso Olea, M. y Casas, M<sup>a</sup> E., *op. cit.*, p. 521, observan también que, “sin perjuicio de la responsabilidad directa de los sujetos activos del comportamiento discriminatorio y lesivo de los derechos de los trabajadores al empresario toca, en tal caso, proceder contra los culpables usando de sus poderes, incluido, en su caso, el despido disciplinario del trabajador acosador [art. 54.2 g) ET], respondiendo, en caso contrario, frente al trabajador por aquel comportamiento lesivo con base en sus deberes de protección, además de incurrir en las infracciones administrativas vistas”. Cfr., asimismo, Navarro (2010: 10) y, en el derecho alemán,

despedir al trabajador que acosa a otro<sup>436</sup>. En este sentido, el acoso psicológico supone un incumplimiento contractual, grave y culpable, sancionable con despido disciplinario, ya constituya una indisciplina o desobediencia en el trabajo [art. 52.2 b) ET], una ofensa verbal o física [art. 54.2 c) ET], una transgresión de la buena fe contractual [art. 54.2 d) ET] o un acoso discriminatorio [art. 54.2 g) ET]<sup>437</sup>. Las sanciones disciplinarias deben ser proporcionadas a la gravedad de las faltas. En general, el despido debe considerarse como una *ultima ratio*, a la que recurrirá el empresario cuando no sean posibles otras alternativas menos drásticas<sup>438</sup>. Junto al ejercicio del poder disciplinario y del poder de despido, el empresario puede adoptar otras medidas, como el cambio de funciones o el traslado de uno u otro trabajador<sup>439</sup>.

Desde esa perspectiva, ¿podría el trabajador solicitar del juez o tribunal la condena del empresario, para que este despidiera o sancionara al superior o compañero que ha violado el derecho fundamental?<sup>440</sup>. Alguna sentencia lo

---

Kollmer, N., *op. cit.*, pp. 56 ss, acerca del *Anspruch auf Disziplinierung des Mobbers*. El acuerdo marco europeo indica que, si se produce una situación de acoso o violencia, se tomarán las medidas apropiadas contra sus autores, que irán de la sanción disciplinaria al despido. Asimismo, el acuerdo prevé el apoyo y, si es preciso, la ayuda para la reincorporación de la víctima, y añade que los empresarios establecerán, revisarán y controlarán tales procedimientos, en consulta con los trabajadores o sus representantes, a fin de asegurar que resultan efectivos tanto para evitar problemas, como para tratarlos cuando surjan.

<sup>436</sup> Las SSTSJ de Madrid de 21 de enero y 29 de febrero de 2008 (Ar. 947 y 1123), 9 de abril de 2010 (Ar. 1602) y 18 de marzo y 14 de abril de 2011 (JUR 167094 y 198375) señalan que, “en los supuestos de acoso moral horizontal, el empresario puede y debe ejercer el procedimiento disciplinario contra el acosador”. El mismo criterio puede mantenerse en los supuestos en que un trabajador lleva a cabo un acoso vertical ascendente o descendente. Tal y como indica la STSJ de Madrid de 9 de abril de 2010 (Ar. 1602), “una máxima ética elemental, común a cualquier civilización, exige tratar a los demás como nosotros mismos queremos que nos traten. Naturalmente, la empresa, a la que incumbe la obligación de velar por la salud de sus operarios, debe reaccionar disciplinariamente ante esta situación de acoso y maltrato a sus empleados, si no se quiere hacer ella misma responsable de la situación, haciendo frente a las consecuencias sancionadoras y resarcitorias que tal conculcación de derechos fundamentales conlleva”.

<sup>437</sup> Cfr., por ejemplo, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de enero de 2010 (JUR. 114288) para un supuesto de despido procedente de acoso por razón de sexo a una compañera de trabajo.

<sup>438</sup> Kollmer, N., *op. cit.*, pp. 58 ss.

<sup>439</sup> Así, en el derecho japonés, la jurisprudencia y la doctrina exigen que el empresario adopte todas las medidas adecuadas contra los comportamientos de acoso sexual y, entre ellas, los cambios de funciones o traslados y las sanciones disciplinarias. Cfr. Kawaguchi, M., *op. cit.*, pp. 73 y 75.

<sup>440</sup> Apuntan esta posibilidad, que critica Jurado, Á., *op. cit.*, p. 349, Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, p. 237; “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, *op. cit.*, pp. 174 y 175, y Sagardoy, J. A. y Gil, J. L., *op. cit.*, p. 828.

descanta; otras lo admiten, en pronunciamientos *obiter dicta*<sup>441</sup>. En el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas a que puede recurrirse en los supuestos de acoso, el artículo 182 c) de la LRJS admite, como un contenido posible de la sentencia, que el juez ordene “la obligación de realizar una actividad omitida”, cuando resulte exigible según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados. Cabría pensar que el precepto ampara la pretensión del trabajador, relativa al ejercicio obligado de los poderes por parte del empresario. Utilizaríamos así una norma adjetiva o procesal para solventar una controversia de índole sustantiva, doctrinal o dogmática. No sería la primera vez que se sigue ese modo de proceder. Por poner un ejemplo, ni la CE ni las leyes laborales establecen con carácter general, salvo en el caso del principio de no discriminación o de la libertad sindical y el derecho de huelga, la *Drittwirkung* o aplicación horizontal de derechos fundamentales en la relación laboral. El Tribunal Constitucional parece haber acogido la doctrina de la *Drittwirkung* horizontal directa, que se ha descartado en países como Alemania o Suiza<sup>442</sup>. Pues bien, la ley procesal, y no la sustantiva, ha extraído las consecuencias de esa doctrina en lo que hace a la distribución de la carga de la prueba, para exigir al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad<sup>443</sup>. Pero, dejando a un lado ahora el problema de si es correcto dirimir una controversia doctrinal con una norma adjetiva o procesal, y volviendo al

---

<sup>441</sup> Para la STSJ de Galicia de 3 de julio de 2009 (Ar. 2308), el juez o tribunal no puede acordar que varíe la dependencia jerárquica o se condene a la empresa a ejercer el procedimiento disciplinario, pues no puede inmiscuirse en la esfera del poder de dirección y organización de la estructura empresarial. Sin embargo, las sentencias citadas en la nota número 72 indican que el empresario puede y debe ejercer el procedimiento disciplinario.

<sup>442</sup> Para mayores detalles, cfr. Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, *op. cit.*, pp. 94 ss. y 227 ss.

<sup>443</sup> El artículo 179.2 LPL establecía ya esa distribución de la carga de la prueba. En la actualidad, el artículo 96.1 LRJS preceptúa que, “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” y, en la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, el artículo 181.2 LRJSS prevé que, “en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

supuesto que nos interesa, cabe preguntarse si resultaría fundada, por ejemplo, la pretensión de que el empresario despida, en todo caso, al acosador. Tal petición eliminaría la discrecionalidad en el ejercicio de los poderes del empresario. No es lo mismo controlar el ejercicio irrazonable o arbitrario del poder, que imponer una de las varias posibilidades de ejercicio razonable del poder. Dicho de otro modo, el empresario puede y debe ejercer los poderes que le otorga el ordenamiento jurídico para proteger los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Pero, si caben varias alternativas, como el cambio de funciones, el traslado, la sanción o el despido del trabajador que acosa, debe disponer de un margen de discrecionalidad para elegir la que considere más adecuada, para preservar el equilibrio entre el interés organizativo que deriva de la libertad de empresa y la protección de los derechos y libertades públicas del trabajador que sufre el acoso. No parece que la víctima pueda seleccionar una sola de las alternativas, como pretensión de la demanda, y el juez imponerla, en todo caso, al empresario. Sea como fuere, desde un punto de vista práctico, una condena al empresario para que sancione o despida al trabajador que acosa choca con la dificultad para ejecutar, en sus propios términos, las obligaciones de hacer. En este supuesto, el ordenamiento jurídico no establece medios eficaces, como las multas, para disuadir al empresario condenado a una obligación de hacer. Y, por eso, en general, la negativa del empresario a ejercer de forma obligada los poderes directivo y disciplinario se traducirá, o en una imputación de responsabilidad, sea penal, administrativa o contractual, o bien en la condena al cese inmediato de la conducta, el 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, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que proceda. En suma, el trabajador tiene derecho a que el empresario ejerza sus poderes de forma obligada para prevenir o para reaccionar contra los riesgos psicosociales en el trabajo. Pero, si el empresario no los ejerce, incurrirá en una responsabilidad por omisión.

El empresario tiene una razón de peso para prevenir y hacer frente al acoso, mediante el ejercicio de sus poderes directivo o disciplinario. En efecto, en el terreno de la responsabilidad administrativa, según el artículo 8, apartado 13 bis, de la LISOS, entre los requisitos que deben concurrir para que exista una infracción laboral muy grave, como consecuencia de un acoso discriminatorio en el trabajo, se encuentra el de que el empresario no haya adoptado las medidas necesarias para impedirlo, en

caso de conocerlo<sup>444</sup>. Entre tales medidas, se halla la sanción o el despido disciplinario, aunque caben otras, como el cambio de funciones o el traslado a otro centro de trabajo. De ese modo, se refuerza la idea de que el principio de la buena fe impone al empresario el deber de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador, y prevenir y hacer frente a las situaciones de acoso en la empresa.

#### 4. Conclusiones

En el tratamiento de los riesgos psicosociales, el centro de gravedad se ha desplazado desde las áreas tradicionales de la seguridad y la salud y la calidad en el trabajo, hacia el terreno de la lucha contra la discriminación y de la protección de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, y desde la lógica de la reparación a la de la prevención. En la actualidad, prevalece un enfoque basado en los derechos. El trabajador, como titular de derechos fundamentales, tiene derecho a que el empresario prevenga los riesgos psicosociales y, si sobrevienen, repare las consecuencias ilícitas que ocasionen.

Por eso, el derecho del trabajo ha de lograr un difícil equilibrio entre la protección de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador, por un lado, y el respeto de la libertad de empresa, por otro. En la materia, posee una gran relevancia la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, que ha elaborado el Tribunal Constitucional y ha codificado, en parte, la LRJS. También es importante el papel que se asigne a la buena fe en el contrato de trabajo. Aunque el empresario no tiene el deber de garantizar la realización plena de los derechos fundamentales del trabajador, el principio de la buena fe le obliga a salvaguardarlos, siempre que eso no suponga un sacrificio apreciable de sus intereses, que derivan del derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE). Desde luego, el cumplimiento del deber de salvaguardia de los derechos fundamentales del trabajador resulta más fácil en las empresas de unas ciertas dimensiones o en las administraciones públicas. En las pequeñas y medianas empresas, puede

---

<sup>444</sup> La STC 74/2007, de 16 de abril, considera que la resolución judicial recurrida en amparo ofrece una respuesta motivada, razonable y no manifiestamente errónea o arbitraria, que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), incluso desde la exigencia de motivación reforzada que implica la existencia de un derecho sustantivo fundamental afectado: el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). La sentencia recurrida había excluido la responsabilidad del empresario, por falta de conocimiento de los hechos, en un supuesto de acoso psicológico llevado a cabo por un compañero de la víctima.

ser complicado llevar a cabo, por ejemplo, una acomodación razonable. El empresario puede incurrir en responsabilidad, si incumple el deber de prevención y el trabajador sufre daños y perjuicios. La responsabilidad es contractual, aunque el sujeto sea un tercero, si el riesgo psicosocial adviene en el ámbito de organización y dirección del empresario, es decir, en el lugar de trabajo o en conexión con el mismo. Si bien la prevención es más importante que la reparación, una tutela efectiva contra riesgos psicosociales como el acoso exige que la cuantía de las indemnizaciones sea adecuada. Para objetivar el perjuicio, la jurisprudencia aplica varios criterios, como la valoración de los daños y perjuicios ocasionados en los accidentes de circulación<sup>445</sup>, o las cuantías de las sanciones administrativas<sup>446</sup>. De gran relevancia es la posibilidad, reconocida primero por los tribunales y codificada luego por el legislador, de compatibilizar las indemnizaciones tasadas en la ley con una indemnización adicional por daños y perjuicios, en los supuestos de violación de un derecho fundamental o una libertad pública. Con todo, en la práctica, la cuantía de la indemnización no siempre es proporcionada a la gravedad de la lesión

---

<sup>445</sup> Cfr., entre otras, la STS de 20 de septiembre de 2007 (Ar. 8304) y las SSTTS del País Vasco de 25 de enero de 2005 (JUR 77335) y 19 de enero y 21 de diciembre de 2010 (Ar. 921 y 1697/2011), que aplican el baremo contenido en el anexo del Real Decreto-ley 8/2004, en los casos de accidentes de circulación. Con cita de abundantes sentencias, las SSTTS del País Vasco de 25 de enero de 2005 (JUR 77335) y 19 de enero y 21 de diciembre de 2010 (Ar. 921 y 1697/2011) indican que se han sentado algunos criterios, en la aplicación de esta forma de fijación de los daños y perjuicios: se toman los valores correspondientes al momento en que se fija la indemnización; la situación de baja laboral se indemniza con el importe asignado a los días de baja no impeditiva, ya que la parte estrictamente reparadora de la pérdida de salario queda compensada con la prestación de seguridad social, que en el caso de los que fueron con ingreso hospitalario se incrementan con la diferencia prevista en el Anexo entre la baja hospitalaria y la baja laboral no hospitalaria; no es obligado fijar cantidad alguna por el factor de corrección correspondiente a perjuicios económicos cuando la tabla correspondiente no establece un porcentaje mínimo de incremento; la forma de compensar la prestación básica de seguridad social por el reconocimiento de un grado de invalidez permanente a consecuencia de las secuelas sufridas es no dando cantidad alguna como factor de corrección por tal concepto; las mejoras de seguridad social derivadas del accidente se descuentan íntegramente; no se compensa lo que el trabajador perciba por recargo debido a falta de medidas de seguridad; la culpa del trabajador en el accidente se valora con arreglo a los propios criterios previstos en esa normativa específica, por lo que el derecho al resarcimiento a cargo del empresario incumplidor del deber preventivo se reduce en la parte correspondiente a la participación del accidentado.

<sup>446</sup> Respecto de la prueba y cuantificación de los daños morales, se ha entendido aplicable la doctrina de la STC 247/2006, de 24 de julio, que los fija, una vez acreditados, de acuerdo con las cuantías fijadas para las sanciones administrativas. Cfr., por ejemplo, la STS de 15 de diciembre de 2008 (Ar. 388/2009), a la que alude la STS de Madrid de 12 de junio de 2009 (Ar. 1125/2010).

del derecho.

## 5. Bibliografía

- Abramovich, V., Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, España, Trotta, 2002.
- Alonso Olea, M., Casas B., *Derecho del trabajo*, España, Civitas, 27ava edición, 2009.
- Amnistía Internacional Derechos humanos para la dignidad humana, *Una introducción a los derechos económicos, sociales y culturales*, España, Amnistía Internacional, 2005.
- Arany Tóth, M., “The right to dignity at work: Reflections on Article 26 of the Revised European Social Charter”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 29, 3, 2008.
- Aubert, G., “Les sources du droit du travail en Suisse”, en Teyssié, B. (Dir.), *Les sources du droit du travail*, France, Presses Universitaires de France, 1998.
- Bianca, M., “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, *Rivista di Diritto Civile*, I, 1983.
- Buoncristiano, M., *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Italia Padova, Cedam, 1986.
- Calvo, F. J., *Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia*, España, Consejo Económico y Social, 1995.
- Carbone, V., “L’affaire Fiuggi”, nota a Cassazione civile, sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775, *Il Corriere Giuridico*, 5/1994.
- Castán, J., *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1993.
- Castelvetri, L., “L’obbligo di correttezza come limite esterno alle prerogative imprenditoriali e alla gestione collettiva degli interessi dei Lavoratori”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 4, 1995.
- Castro, F. de, *Derecho civil de España*, Parte General, Tomo I, España, Instituto de Estudios Políticos, 1995.
- Castro, F. de, *Compendio de derecho civil. Introducción y derecho de la persona*, quinta edición, Madrid, 1970.
- Coing, H., *Fundamentos de filosofía del derecho*, España, Ediciones Ariel, 1961.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990.

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “El derecho al trabajo”, Observación general n. 18, aprobada el 24 de noviembre de 2005, Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 35º período de sesiones, Ginebra, 7 a 25 de noviembre de 2005, Tema 3 de programa provisional, GE.06-40316 (S) 010306 020306, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006.
- Conde, E., *La buena fe en el contrato de trabajo. Un estudio de la buena fe como elemento de integración del contrato de trabajo*, España, La ley, 2007
- Consejo Económico y Social, “Acuerdos europeos sobre el acoso laboral”, *Cauces, Cuadernos del Consejo Económico y Social*, 1, julio, agosto, septiembre, 2007.
- Cos, M., *El poder de dirección del empresario como medida de protección frente a los riesgos psicosociales*, comunicación al Congreso internacional Violencia, salud y trabajo en tiempo de crisis. Violencia de género, psicológica y sexual en el Derecho del Trabajo, Universidad de Santiago, 15, 16 y 17 de julio de 2013.
- Cremades, B. M., *La sanción disciplinaria en la empresa* (Estudio de la responsabilidad disciplinaria del trabajador), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1969.
- Däubler, W., *Arbeitsrecht. Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium, fünfte Auflage, Bund-Verlag*, Frankfurt am Main, 2004.
- Di Majo, A., “Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa”, *Rivista Giuridica del Lavoro*, 1983.
- Di Majo, A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1987.
- Di Majo, A., *Delle obbligazioni in generale* (Art. 1173-1176), en Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1988.
- Di Martino, V., Hoel, H., Cooper, C. L., *Preventing violence and harassment in the workplace*, Dublin, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2003.
- Eckl, C., *Treu und Glauben im spanischen Vertragsrecht*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, n. 183, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.
- Escande-Varniol, M.-C., “La Cour de Cassation et l'intérêt de l'entreprise”, *RJS*, 4/2000.
- Escobar, G., *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo, 2007.
- Favennec-Héry, F., Verkindt, P.-Y., *Droit du travail*, Francia, LGDJ, 2007.

- Fernández López, M. F., “Libertad ideológica y prestación de servicios”, *Relaciones Laborales*, II, 1985.
- Fernández López, M. F., *El poder disciplinario en la empresa*, España, Civitas, 1991.
- Galgano, F., *Diritto civile e commerciale*, Volume primo. Le categorie generali. Le persone. La proprietà, Padova, Cedam, 1990.
- García De Enterría, E., *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1992.
- García Fernández-Lomana, M., “La dignidad del trabajador en la relación de trabajo”, en Martínez-Calcerrada, L. (Coord.), *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, Vol. 3, España, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.
- García Jiménez, M., “El principio ergonómico y el derecho a la adaptación razonable: Adecuación del puesto de trabajo (turno) por disminución de la capacidad de la empleada pública”, España, *Aranzadi Social*, 2005.
- García Viña, J., “La regulación actual de la buena fe en la figura del empresario”, España, *Aranzadi Social*, 22, marzo 2001.
- Gil, J. L., *La prescripción de las faltas laborales*, España, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo, Madrid, 1993.
- Gil, J. L., “Les pouvoirs de l'employeur”, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, Francia, Université Bordeaux I, Faculté de Droit, des Sciences Sociales et Politiques, 1993.
- Gil, J. L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, España, Ministerio de Justicia, 1994.
- Gil, J. L., “La buena fe en el contrato de trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, octubre de 2006.
- Gil, J. L., *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, España, Comares, 2000.
- Gil, J. L., *Principio de la buena fe y poderes del empresario*, España, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2003.
- Gil, J. L., “El deber del empresario de salvaguardar los derechos fundamentales del trabajador”, *Aranzadi Social*, 13, 2003.
- Gil, J. L., “El deber del empresario de renegociar el contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 19, octubre de 2004.
- Gil, J. L., “La dynamique de prise en compte par le droit espagnol”, del Chapitre II “La reconnaissance progressive des droits du travail”, en Lerouge, Loïc (dir.), *Risques psychosociaux au travail. Étude comparée Espagne, France, Grèce, Italie, Portugal, Francia*, L'Harmattan, 2009.

- Gil, J. L., “Violencia de género y acoso por razón de sexo”, en Mella, L. (Dir.), *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, España, La Ley, 2012.
- Gutiérrez-Solar Calvo, B., *El deber de seguridad y salud en el trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica*, España, CES, 1999.
- Hesselink, M., “Good Faith”, in Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., Joustra, C., Du Peron, E. (Eds.), *Towards a European Civil Code*, Second Revised and Expanded Edition, Ars Aequi Libri and Kluwer Law International, Nijmegen-The Hague y otras ciudades, 1998.
- Hueck, A., Nipperdey, H. C., “Compendio de derecho del trabajo”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 2000.
- Hufen, F., *Staatsrecht II. Grundrechte*, Verlag C.H. Beck, München, 2007.
- Jurado, Á., *Acoso moral en el trabajo: Análisis jurídico-laboral*, España, La Ley, 2008.
- Kawaguchi, M., “Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail en droit japonais”, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, Comptresec, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2000.
- Kollmer, N., *Mobbing im Arbeitsverhältnis. Was Arbeitgeber dagegen tun können – und sollten*, 4. Auflage, Rehm, 2007.
- Lapérou-Schneider, B., “Les mesures de lutte contre le harcèlement moral”, *Droit Social*, 3, mars 2002.
- Larenz, K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, Alemania, Larenz, Karl, 1978.
- Larenz, K., *Ichtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, España, Civitas, 1985.
- Le Tourneau, P., “Bonne foi”, *Recueil Dalloz*, V, Contrats et obligations, octobre 1995.
- Lyon-Caen, A., “Adapter et reclasser: quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation”, *Semaine Social Lamy*, 21 avril 1992.
- Lyon-Caen, A., *Note a Cassation sociale 25 février 1992*, Dalloz, Sommaires commentés, 1992.
- Martin-Serf, A. L., “Sur le harcèlement sexuel. Huit années d'application des articles L. 122-46 à L. 122-48 du Code du travail”, *Droit Social*, 6, juin 2001.
- Martínez Abascal, V. A., “La protección extrajudicial frente al acoso moral en el trabajo”, *Temas Laborales*, 92, 2007.
- Mazeaud, A., “Harcèlement entre salariés: apport de la loi de modernisation”, *Droit Social*, 3, mars 2002.
- Mazeaud, A., *Droit du travail*, Montchrestien, Paris, 2010.

- Mazeaud, D., “Constats sur le contrat, sa vie, son droit”, in *Le contrat: liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94e Congrès des notaires de France, Lyon, Les Petites Affiches, 54, 1998.
- Mazeaud, D., “Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?”, en *L'avenir du droit: Mélanges en hommage à François Terré*, PUF, Paris, 1999.
- Meléndez, L., Pérez Campos, A. I., “Tratamiento de los riesgos psicosociales en la negociación colectiva”, en Sánchez Trigueros, C. (Dir.) y González Díaz, F. A., Hierro, F. J. (Coords.), *Los riesgos psicosociales: Teoría y práctica*, España, Aranzadi, Cizur Menor, 1999.
- Mengoni, L., “La parte generale delle obbligazioni”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, 3, settembre 1984.
- Montoya, A., *El poder de dirección del empresario*, España, Instituto de Estudios Políticos, 1965.
- Montoya, A., “Artículo 20. Dirección de la actividad laboral”, en Borrajo, E. (Dir.), *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo V (artículos 19 a 25), Derechos y deberes contractuales, España, Edersa, 1985.
- Montoya, A., “El poder de dirección del empresario (art. 20)”, en “El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, Fascículo 1, 2000.
- Montuschi, L., “L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro”, *Lavoro e Diritto*, 1, inverno 1996.
- Montuschi, L., “Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 3, 1999.
- Navarro, F., “Impulsos y resistencias judiciales en la tutela frente al acoso moral”, *Aranzadi Social*, 21, 2010.
- ONU, *Las obligaciones del Estado y de los particulares frente a los derechos humanos*, Naciones Unidas, Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Oficina en Colombia, 2006.
- Pacheco, L., *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2007
- Pedrajas, A., *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*, España, Editorial Trotta, 1992.
- Persiani, M., “Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro”, *Il Diritto del Lavoro*, 1995.
- Rey, S. del, “Contrato de trabajo y derechos fundamentales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en Alarcón Caracuel, R. (coord.), *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991. (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

- Ripert, G., *Les forces créatrices du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1995.
- Rivero, J., *Limitación de los poderes empresariales y democracia industrial*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1986.
- Rodríguez-Piñero, M., Fernández López, M. F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.
- Rodríguez-Piñero, M., “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1996.
- Rodríguez-Piñero, M., “Derecho, trabajo y despido”, *Relaciones Laborales*, 1, Quincena del 1 al 15 de enero, 1997.
- Rodríguez-Piñero, M., “Control judicial y despido”, *Relaciones Laborales*, 10, Quincena del 23 de mayo al 8 de junio, 2010.
- Román, M. D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, España, Ediciones Grapheus, 1992.
- Sagardoy, J. A., Gil, J. L., “Los derechos laborales del empresario”, en Sempere Navarro, A. V. (Dir.) y Martín Jiménez, R. (Coord.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.
- Sagardoy, J. A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, España, Civitas, Cicur Menor, 2005.
- Sagardoy, J. A., Gil, J. L., “El acoso psicológico en el trabajo”, en Casas, M. E., Durán, F., Cruz, J. (Coords.), *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, España, La Ley, 2006.
- Sagardoy, J. A., Valle, J. M., Gil, J. L., *Prontuario de Derecho del Trabajo*, España, Civitas, Madrid, 2006.
- Sagardoy, J. A., Gil, J. L., “La objeción de conciencia al aborto de los profesionales sanitarios”, en Martínez-Torrón, J., Meseguer Velasco, S., Palomino Lozano, R. (Coords.), *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Vals*, Volumen I, Religión y Derecho, España, Madrid, 2013.
- Savatier, J., “Note à Cour de Cassation (Chambre sociale), 24 mars 1998, M. Azad c/ Chamsidine M'Ze”, *Droit Social*, 6, juin 1998.
- Sinzheimer, H., *La esencia del derecho del trabajo*, en Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo, España, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1927.
- Sinzheimer, H., *El hombre en el derecho del trabajo*, en Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del

- derecho del trabajo, España, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1930.
- Sinzheimer, H., *El problema del hombre en el derecho*, en Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo, España, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1933.
- Stammler, R., *Tratado de filosofía del derecho*, España, Editorial Reus, 1930.
- Stathopoulos, M. P., *Contract Law in Hellas*, La Haya, Kluwer Law International-Sakkoulas, 1995.
- Valdés, F., “Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador”, en Aparicio, J. Y., Baylos, A. (Coords.), *Autoridad y democracia en la empresa*, España, Editorial Trotta, 1992.
- Valle, J. M. del, “Los límites a los poderes del empresario en el estado de derecho”, en Borrajo, E. (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, España, Actualidad Editorial, S.A., 1993.
- Vicente, F. de, “Artículo 48. Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”, en García Ninet, J. I. (Dir.) y Garrigues, M. A. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Igualdad*, CISS, Valencia, 2007.

## El acoso moral en España y su impugnación por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales: algunos puntos de interés\*

Lourdes MELLA MÉNDEZ\*\*

---

**RESUMEN:** Este trabajo aborda algunos aspectos generales del acoso moral en el Derecho del Trabajo español. A pesar de no existir una definición legal sobre esta figura, tanto la doctrina científica como los tribunales laborales españoles llevan más de dos décadas resolviendo los problemas jurídicos que aquella plantea. Aspectos de interés aquí tratados son la configuración del acoso moral (rasgos característicos y distinción de otras figuras similares) y su protección a través del proceso especial de vulneración de derechos fundamentales, con especial examen de la indemnización de daños y perjuicios.

*Palabras clave:* Acoso moral, derechos fundamentales, proceso especial, indemnización.

**SUMARIO:** 1. El acoso moral en el Derecho español. 1.1. Introducción. 1.2. Configuración y distinción de figuras afines. 2. El proceso especial de vulneración de derechos fundamentales e indemnización del daño causado. 2.1. Ideas generales. 2.2. La indemnización de daños. 2.2.1. Finalidad y daños indemnizables. 2.2.2. Cuantificación. 3. Bibliografía.

---

\*Este trabajo es fruto del proyecto de investigación “La violencia de género como problema social y cultural: puntos críticos desde el Derecho del Trabajo”, de la convocatoria: Programas sectoriales de investigación aplicada, PEME I+D e I+D Suma del Plan Gallego de Investigación (*Consellería de Economía e Industria, Xunta de Galicia*). Código: 2010/PX118.

\*\* Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela (Galicia, España).

## 1. El acoso moral en el Derecho español<sup>447</sup>

### 1.1. Introducción

Uno de los problemas que más ha suscitado la atención de la doctrina científica y de los Tribunales laborales en el Derecho del Trabajo en España durante los últimos años y, especialmente, la última década ha sido el del acoso laboral. Un problema de protagonismo reciente, pero de larga historia, pues el hacer la vida imposible a alguien con un fin determinado es tan viejo como la propia relación laboral entre empresario y trabajador. El interés por este tipo de conducta se debe a su espectacular incremento durante los últimos tiempos debido, seguramente, a la mayor competitividad y estrés laboral, propio de las sociedades altamente industrializadas y modernas.

Sin embargo, a pesar de este renovado protagonismo, el acoso no ha recibido la misma atención por parte del legislador español. Muestra de ello es que no existe un concepto legal sobre la figura general del acoso ni tampoco sobre una de sus modalidades más conocidas y mediáticas: el acoso laboral (moral o psicológico). Las únicas intervenciones legislativas expresas sobre la materia tienen carácter parcial y carecen de novedad, pues se limitan a trasponer Directivas comunitarias. Así, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, contienen una regulación específica sobre el acoso discriminatorio por motivos concretos. El art. 37.2 de esta última norma da una nueva redacción al art. 4.2.e) ET, al referirse al derecho del trabajador “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales y físicas de naturaleza sexual y frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. A su vez, el art. 37.5 de la misma norma modifica el art. 54 ET para introducir

---

<sup>447</sup> Abreviaturas: Ar. (Aranzadi); C.c. (Código Civil); ET (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores Estatuto de los Trabajadores); LOI (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres); JUR (Jurisprudencia); LPRL (Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales); LJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social); RJ (repertorio jurídico); ST Const. (Sentencia del Tribunal Constitucional); RTC (Repertorio del Tribunal Constitucional); STS (Sentencia del Tribunal Supremo) y STSJ (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma que, en cada caso, se indique).

una nueva causa de despido, la g), consistente en “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual al empresario o a las personas que trabajan en la empresa”.

Con posterioridad, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, también incluye referencias parciales a algunas modalidades de acoso, en sus arts. 7, 46.2 y 48. Así, el primero define el acoso sexual, discriminatorio y el por razón de sexo; el segundo exige que el contenido de los planes de igualdad incluya, entre otras, las materias de “la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”; y, el tercero, obliga a las empresas a tener un protocolo o procedimiento interno específico para prevenir y tratar el acoso. Dicha obligación es independiente de la de tener un plan de igualdad. Además, interesante también resulta su art. 10.1, que considera nulos y sin efectos los actos discriminatorios por razón de sexo, los cuales darán lugar “a una responsabilidad a través del sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido”.

A la vista de estas parciales referencias normativas a determinados supuestos de acoso, cabe preguntarse sobre la necesidad de una regulación laboral expresa sobre el acoso laboral, a efectos de proteger a la víctima frente a la conducta del agresor (empresario o compañero de trabajo). En mi opinión, con independencia de que un concepto legal de acoso pueda clarificar la conducta y aportar seguridad jurídica, cabe señalar que el mismo no es imprescindible a efectos de conceder tal protección, pues su inexistencia no impidió a los Tribunales laborales dar una adecuada respuesta protectora al acosado desde un primer momento (finales de los años noventa o comienzos del 2000), basándose para ello en el marco normativo entonces vigente (anterior a las primeras reformas de 2003)<sup>448</sup>.

Más claramente, al tratarse de una conducta laboral que vulnera bienes jurídicos esenciales del trabajador como ser humano, la defensa de este ha de subsumirse en preceptos relacionados con los derechos fundamentales, como los arts. 10, 14, 15 y 18 de la Constitución. Precisamente, entre los múltiples derechos que esta conducta puede vulnerar, cabe destacar el genérico de la dignidad, considerado fundamento básico del orden político y la paz social [arts. 10.1, Const. y 4.2.e) ET], y otros más específicos como el de la igualdad y no discriminación [arts. 14 Const. y 4.2.c) ET], el de la integridad física y

---

<sup>448</sup> Cfr. Mella Méndez, L., “El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo español”, *Tribuna Social*, 2003, núm. 145, pp. 13-32.

moral [arts. 15 Const. y 4.2.d) ET], el honor e intimidad personal y familiar y la propia imagen [art. 18.1 Const. y 4.2.e) ET] o, en fin, el de la libertad de expresión y comunicación (art. 20.1 Const.). Como deriva de lo recién expuesto, el acoso moral es una conducta pluriofensiva que vulnera diversos derechos ordinarios y fundamentales a la vez, entre ellos, el de la dignidad del trabajador.

De otro lado, la normativa específica de prevención de riesgos laborales, especialmente la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, ha servido para obligar al empresario a tener en cuenta estos riesgos psíquicos y proteger eficazmente a los trabajadores. Así, resulta claro que “los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz” e integral en materia de seguridad y salud (art. 14.1), que garantice un ambiente de trabajo sano y libre de riesgos profesionales, incluidos los de naturaleza psicológica<sup>449</sup>. En aras al cumplimiento de tal derecho, el empresario debe asegurar dicha seguridad y salud “en todos los aspectos relacionados con el trabajo” (art. 14 2 ibíd.), adoptando las medidas que sean necesarias “con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo” (art. 4.1 ibíd), entendidos estos como la posibilidad de que aquellos sufran “un determinado daño derivado” de la actividad laboral (art. 4.2 ibíd.).

## 1.2. Configuración y distinción de figuras afines

El acoso laboral, genéricamente entendido, ha sido denominado de muchas maneras, como, por ejemplo, acoso moral, psicológico, institucional o medioambiental, intimidación, hostigamiento o, en fin, hasta psicoterror laboral. En España, las expresiones más utilizadas son las de acoso *moral* o *psicológico*; de hecho, estas son aceptadas por el diccionario de la Real Academia Española (en su próxima 23ª edición)<sup>450</sup>, que, a su vez, lo define como una “práctica ejercida en las relaciones personales, especialmente en el ámbito laboral, consistente en un trato vejatorio y descalificador hacia una persona, con el fin de desestabilizarla psíquicamente”.

---

<sup>449</sup> En este sentido, STC 62/2007, de 17 marzo (RTC 62/2007) y STC 160/2007, de 2 julio (RTC 160/2007), que señalan que las obligaciones del empresario previstas en la LPRL son de plena aplicación a los supuestos de riesgo psíquico, motivados por la organización del trabajo que pueda potencialmente padecer el trabajador cuando aquellos sean ciertos y previsibles.

<sup>450</sup> <http://lema.rae.es/drae/?val=acoso%20moral>.

El acoso moral se configura como un comportamiento reiterado de violencia especialmente psíquica ejercido por quien, desde una posición jurídica o social dominante, se considera amenazado en ella por la víctima de su agresión, cuya destrucción pretende con la finalidad de mantener o reforzar su posición de dominio y lograr sus objetivos personales y profesionales. En otras palabras, el acoso laboral es una conducta violenta de amplio contenido, realizada – generalmente – por uno o varios superiores o compañeros de trabajo, de forma recurrente y sistemática y con el fin de destruir al trabajador acosado. Como deriva de lo recién expuesto, esta conducta se caracteriza por<sup>451</sup>:

a) *Ser un comportamiento violento de amplio contenido*, el cual puede consistir en la adopción de diversas medidas organizativas (v. gr., asignar tareas inútiles, humillantes, repetitivas, peligrosas, imposibles de cumplir, inferiores a su categoría profesional o, incluso, no asignar ninguna), de aislamiento social (por ejemplo, impedir las relaciones con los compañeros de trabajo, con el exterior, con clientes o con el propio acosador; asignar un trabajo aislado; prohibir la presencia física de la víctima en reuniones o no avisarle de estas; no hablar con ella; ignorar su presencia, opinión o prestación laboral; retirarle el uso de medios de comunicación, como el teléfono o el fax), de desprestigio personal y profesional (a través de la creación de falsos rumores sobre aspectos de la vida privada, salud física o mental o incompetencia profesional del trabajador; actos de ridiculización de este; crítica injustificada y sistemática a su trabajo o actitud; burlas) o, en fin, de agresión verbal o física (como sucede cuando se producen insultos, injurias, calumnias, coacciones o, incluso, agresiones físicas, leves o graves, que pueden llegar a tener un matiz o contenido sexual).

Como se aprecia, aunque es fundamentalmente psicológica, la violencia del comportamiento estudiado también puede llegar a manifestarse físicamente. Por lo demás, el acoso no solo consta de actitudes activas, sino también pasivas (omisiones, silencios, falta de aprecio), que incluso pueden hacer más daño psicológico que aquellas.

b) *Su carácter recurrente y sistemático*, pues se está ante una conducta que tiene que producirse durante un cierto tiempo y repetirse con frecuencia. La prolongación de los ataques a lo largo de un determinado período y la reiteración de alguno de los actos típicos de acoso una o varias veces por semana es necesaria para conseguir el fin perseguido por el acosador, que

---

<sup>451</sup> Cfr., por ejemplo, sentencias TSJ Madrid de 6 junio 2012 (RJ 260), Aragón de 13 junio 2012 (RJ 1925) y Galicia de 23 diciembre 2012 (RJ 85). En la doctrina, cfr., entre otros, Correa Carrasco, M., “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en el volumen AA.VV., *Acoso moral en el trabajo* (Navarra, 2006), pp. 41 y ss.

suele requerir un determinado tiempo<sup>452</sup>. Además, estos ataques continuados y prolongados evidencian la existencia de un *plan* preconcebido para destruir a la víctima<sup>453</sup>. Por lo tanto, es necesario valorar los actos particulares de agresión en su conjunto, como aspectos de un mismo comportamiento, pues el análisis individual de cada uno de ellos podría llevar a confusión sobre la calificación de la conducta agresora. En este sentido, alguno de ellos incluso podría valorarse como irrelevante o neutro.

Respecto del período durante el que se debe observar la conducta, en un primer momento se consideró que este debía ser, como mínimo, de un semestre. Con todo, actualmente, dicho período no se considera un criterio constitutivo de la existencia de acoso, sino meramente orientativo, por lo que aquel puede declararse antes de transcurrir el referido período o, por el contrario, puede cumplirse dicho período y la agresión no calificarse de acoso moral<sup>454</sup>.

c) *Su finalidad destructiva*, pues se busca el dañar psicológicamente al trabajador, poniéndole en una situación de sufrimiento psíquico tan insoportable que le lleve a desistir de sus derechos profesionales e, incluso, a abandonar voluntariamente la empresa. Como se ve, hay un fin inmediato y directo (hundimiento psicológico de la víctima) y otro mediato e indirecto (renuncia a derechos laborales o al puesto de trabajo) y este último solo se consigue cuando el primero ya es una realidad. Solo cuando está hundido psicológicamente, el trabajador es capaz de tomar decisiones que suponen la renuncia a sus derechos laborales, con el fin de salir de la situación de dolor que se le infringe. Evidentemente, tal renuncia no es querida por el trabajador, aunque así se intente presentar por el acosador.

Cuando el acosador actúa en orden a conseguir los referidos fines, es claro que sus actos están guiados por la intención o *animus* de dañar otro y, por lo tanto, esta intencionalidad o deseo es inherente al acoso moral<sup>455</sup>. Ahora

---

<sup>452</sup> Así, entre otras, sentencias TSJ Madrid de 31 marzo 2006 (RJ 1694), 23 enero 2007 y 1 abril 2008 (RJ 1963 y 1398), según las que una conducta aislada, por muy grave que sea, no merece el calificativo de acoso. Sin embargo, no falta alguna sentencia que cuestiona la necesidad del requisito temporal, tomando como referencia legislaciones como la de Canadá, en la que un único acto aislado puede considerarse acoso moral (STSJ Castilla y León de 22 diciembre 2010; RJ 209).

<sup>453</sup> Cfr. sentencias TSJ Madrid de 24 abril 2007 (RJ 2280), Cataluña de 6 noviembre 2008 (RJ 374), Extremadura de 8 noviembre 2008 (RJ 493) y Galicia de 23 diciembre 2012, cit.

<sup>454</sup> Cfr., por ejemplo, STSJ Madrid de 10 noviembre 2007 (RJ 2008/1398).

<sup>455</sup> Cfr., entre otras, STSJ Madrid de 2 noviembre 2005 (RJ 2006/76199): no hay acoso moral si no se prueba que la empresa “buscase, expresamente, causar un daño al trabajador socavando su personalidad, es decir, falta el elemento intencional de dañar” a

bien, ello no quiere decir que la víctima tenga que probar expresamente aquel, sino que basta con que el mismo se deduzca de los elementos objetivos que concurren en la actuación del agresor. Los hechos hablarán por sí mismos.

Los efectos del acoso moral se suelen manifestar en un grave deterioro de la salud mental y física de la víctima, concretamente, en problemas de depresión (desmotivación, tristeza), ansiedad (irritabilidad, crisis de pánico previas a la incorporación al puesto de trabajo, angustia), disminución del rendimiento laboral (desinterés por los fines e intereses de la empresa, falta de concentración y agilidad mental) y hasta físicos y psicosomáticos (gástricos, dificultades de respiración, insomnio, mareos). En ocasiones extremas, el acoso moral puede derivar en una enfermedad física o psíquica crónica e irreversible o, incluso, terminar en suicidio; también tiene efectos negativos para la empresa y la sociedad en general.

Ahora bien, el hecho de que en algún caso la víctima sea lo suficientemente fuerte y tal daño psicológico no llegue a materializarse no impide la consideración de la conducta agresora como acoso moral, pues lo importante es la propia existencia de dicha conducta, vulneradora de derechos fundamentales de la víctima (especialmente, la dignidad e integridad moral) y la intencionalidad de la misma. En otras palabras, aun siendo difícil, la víctima puede sentirse moralmente afectada por la violación de sus derechos fundamentales, aunque no acuse un daño psíquico claro y real<sup>456</sup>. Además, de mantener la posición contraria y condicionar la existencia de acoso a la producción real de un daño psíquico se desprotegería a aquellas víctimas más fuertes psicológicamente y más resistentes a los efectos dañinos del acoso<sup>457</sup>. Evidentemente, en tales casos, el problema puede ser la prueba del acoso moral, más fácil si se pueden aportar informes de expertos médicos sobre el daño objetivo (psíquico) causado a la víctima.

Y d) realizarse, generalmente, por *uno o varios superiores* (empresario o trabajadores con poderes) *o compañeros de trabajo e, incluso, conjuntamente entre*

---

este último.

<sup>456</sup> Así, Pérez de los Cobos Orihuel, F., “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”, *Tribuna Social*, 2005, 178, p. 10. En este sentido, debe entenderse superada una primera posición jurisprudencial que condicionó la existencia de acoso moral a la producción de un daño psíquico real (v. gr., STSJ Madrid de 18 junio 2001; RJ 1667), aunque alguna sentencia la siga manteniendo (STSJ Madrid de 6 junio 2012; RJ 2352).

<sup>457</sup> Así, STSJ Madrid de 11 junio 2003 (RJ 2516): “el hecho de que haya un informe psiquiátrico o psicológico es un dato más – importante, pero no determinante –, ya que, de contrario, se haría de peor condición a quien tuviere más resistencia o afrontara de otro modo el mismo conflicto”.

*unos y otros*. En el primer caso se habla de acoso vertical ascendente o *bossing*, pues el acosador está situado en un plano jerárquicamente superior al acosado; en el segundo, de acoso horizontal, en cuanto tanto uno como otro están en un plano de igualdad respecto de los superiores jerárquicos<sup>458</sup>. En ambos casos, se trata de un conflicto asimétrico, pues la parte hostigadora siempre se halla en una posición más fuerte, bien por ser un superior, bien por contar con más recursos o apoyos. En el caso de actuar una sola persona (superior o compañero) las demás suelen intervenir de cómplices pasivos, al silenciar tal comportamiento o no hacer nada para impedirlo, quizá por temor a represalias o, incluso, llegar a ser objeto del mismo. Tal actitud no solo potencia los efectos destructores del acoso moral – haciendo que la víctima se sienta desamparada y abandonada –, sino que permite que este exista como tal, dado que si el resto de compañeros lo denunciase se impediría su prolongación en el tiempo.

Una tercera modalidad de acoso es la denominada vertical descendente, en cuanto los acosadores son uno o varios subordinados de la víctima. Generalmente, es el caso de un alto cargo de la empresa que, tras ser contratado o ascendido, es boicoteado por sus subordinados – en el segundo supuesto antiguos compañeros de trabajo – con el fin de desprestigiarlo ante sus superiores y conseguir su despido. Aparte de menos frecuente, a mi modo de ver, este tipo de acoso es cualitativamente diferente de los otros dos porque el hecho de que el acosado esté en una posición jerárquicamente superior le permite defenderse mejor de los ataques en que la conducta de acoso consiste.

Los motivos que llevan al agresor a infligir este sufrimiento psíquico a otra persona suelen variar según quién sea aquel. Si se trata de compañeros de trabajo, sean o no sus superiores, la causa suelen ser los celos y envidias profesionales. El acosador suele ser una persona mediocre en el plano profesional y envidiosa o frustrada en el personal, que busca imponer su autoridad y sentirse poderoso. En consecuencia, su víctima suele ser un trabajador generalmente cualificado y con perspectivas de ascenso, en aras a apartarle de la posibilidad de este e impedirle que compita o, incluso, desplace al acosador, lo que pondría en evidencia su mediocridad. Por su parte, el empresario suele acosar en orden a forzar la salida voluntaria del trabajador de la empresa, esto es, por la vía de la dimisión o el abandono, con lo que se evitaría el recurso al despido y el consiguiente pago de la indemnización. En estos supuestos, el acoso se convierte en una silenciosa, lenta y gratuita alternativa a aquél.

---

<sup>458</sup> Cfr. STSJ Galicia de 23 diciembre 2012, cit.

En otro orden de cosas, el hecho de que el acoso moral se configure – según opinión doctrinal y judicial reiterada – con los requisitos que acabamos de exponer aporta seguridad jurídica a efectos de distinguir este comportamiento de otros similares, que también pueden suponer un incumplimiento contractual del empresario. Así, cabe distinguir el acoso moral de otros tipos de acoso, como el sexual, el discriminatorio y el “por razón de sexo”. En principio, los cuatro tipos de acoso tienen rasgos comunes, por ejemplo: a) son especies del mismo género: el acoso; b) pueden ser realizados por los mismos agresores; y c) lesionan los mismos bienes jurídicos, cuales son, básicamente, los derechos a la dignidad de la persona trabajadora y a la integridad física y moral e, incluso, a la igualdad y no discriminación.

Sin embargo, no cabe confundir estos diferentes tipos de acoso, pues según el art. 7.1 LOI, “a los efectos de esta Ley, constituye *acoso sexual* cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Así, pues, comparando el acoso moral y el sexual se detectan, al menos, las siguientes diferencias: a) su contenido, pues, aun pudiendo ser plural en ambos casos, mientras que en el acoso moral aquel puede consistir en medidas que no tengan connotación sexual (v. gr., organizativas, de aislamiento social, desprestigio personal y profesional y agresión verbal o física), en el acoso sexual esa finalidad siempre tiene que estar presente. b) Su finalidad, dado que, como se deduce de lo recién expuesto, en el acoso sexual el fin directo o indirecto es atacar la libertad sexual de la víctima, en orden a conseguir, casi siempre, la satisfacción sexual del agresor. Por el contrario, en el acoso psicológico el fin es más ambicioso, pues se busca directamente el destruir psíquicamente a la víctima. Y c) su carácter, dado que el acoso moral siempre consiste en un comportamiento recurrente y sistemático, que tiene que mantenerse durante un cierto tiempo y reiterarse con frecuencia. Sin embargo, el acoso sexual puede consistir en una sola conducta cuando esta es lo suficientemente grave y el trabajador manifiesta su oposición a la misma.

La distinción con el acoso *discriminatorio* también es clara, en cuanto en este último el acoso a la víctima se basa en diferentes razones, como el origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (Leyes 51/2003 y 62/2003, citadas). En todo caso, se considerarán discriminatorios “el acoso sexual y el acoso por razón de sexo” (art. 7.3 LOI).

Por su parte, si el motivo específico para acosar es el sexo de la víctima, el acoso será *por razón de sexo*. Según el art. 7.2. LOI, “constituye acoso por

razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. Repárese en que tanto el acoso sexual, el discriminatorio y el por razón de sexo pueden formar parte (en cuanto conductas concretas y puntuales) del acoso moral o producirse de manera paralela a este.

De otro lado, también cabe diferenciar el acoso moral de otros conflictos, como los originados por el ejercicio (lícito o ilícito) del *poder directivo y organizativo empresarial*. Desde luego, no todo conflicto es calificable de acoso moral, dado que muchos obedecen a simples discrepancias de los trabajadores sobre el ejercicio regular o no del poder directivo empresarial<sup>459</sup>. No cabe, pues, considerar como acoso los conflictos en los que no existen actos de violencia psíquica, ni siquiera aquellos en los que, aun existiendo, estos no se desarrollan de forma sistemática y recurrente, no persiguen la finalidad de destruir al trabajador (v. gr., insultos concretos) o no son realizados por el empresario ni los compañeros de trabajo, sino que derivan de las condiciones del ambiente de trabajo. Esto último es lo que sucede en el denominado *burnt out*, también llamado “síndrome del quemado” o *mobbing* subjetivo o falso, en el que el trabajador se ve superado por la presión y competitividad que sufre en la situación laboral, a raíz de las exigencias de los clientes o usuarios de los servicios de la empresa, lo que le origina un alto nivel de estrés y desgaste profesional<sup>460</sup>. Este tipo especial de estrés es característico de aquellas profesiones en las que los trabajadores realizan su trabajo en contacto con otras personas porque, por sus características, son sujetos de ayuda (profesores, personal sanitario, asistentes sociales, etc.) y surge al ver el profesional defraudadas sus expectativas de modificar la situación laboral y poner en práctica sus ideas con respecto a cómo debe ser realizado su trabajo.

El acoso moral es una manifestación concreta del ejercicio arbitrario del poder directivo empresarial, pero no todo supuesto de ejercicio arbitrario del referido poder es calificable de acoso. Varias son las diferencias que separan a la especie del género, entre ellas, las siguientes: a) el carácter de la conducta, ya que el ejercicio arbitrario del poder de dirección suele

---

<sup>459</sup> Cfr. sentencias TSJ Madrid de 10 noviembre 2004 (RJ 2005/178342) y Aragón de 13 junio 2012 (RJ 1925).

<sup>460</sup> Cfr., por ejemplo, STSJ Cataluña de 10 junio 2005 (RJ 1602): “la reacción que viene determinada” por circunstancias personales de enfrentarse a concretas “situaciones aparentemente de conflicto no debe equipararse a un incumplimiento empresarial, ni determinadas reacciones subjetivas generadas por exigencias de algunos ambientes de trabajo pueden equipararse a situaciones de hostigamiento o acoso”.

concretarse en actos aislados que no revelan una conducta sistemática de destrucción, a diferencia del acoso analizado; b) La finalidad perseguida, pues, mientras que el comportamiento arbitrario solo pretende conseguir – por medios inadecuados, eso sí – un mayor aprovechamiento de la mano de obra imponiendo condiciones de trabajo más favorables a los intereses del empresario, el acoso busca directamente causar un daño al trabajador destruyendo su persona<sup>461</sup>; y c) el perjuicio causado, dado que con el ejercicio arbitrario del poder empresarial quedan afectados los derechos ordinarios sobre lugar, tiempo y contraprestación del trabajo realizado, sin embargo, con el acoso psicológico se incide directamente sobre el derecho a la dignidad y a la integridad física y psíquica, afectándose a la salud mental de los trabajadores.

## **2. El proceso especial de vulneración de derechos fundamentales e indemnización del daño causado**

### **2.1. Ideas generales**

Cuando el trabajador sufre una situación de acoso moral, el actual ordenamiento jurídico laboral español es suficientemente protector para dar una adecuada respuesta a aquel. Aparte de la posibilidad de despedir procedentemente al acosador (acoso horizontal) [art. 54.2.g) ET] o sancionar administrativamente al empresario que permite o realiza este tipo de conductas<sup>462</sup>, el ordenamiento jurídico ofrece a la víctima otras soluciones, como solicitar el cese de la conducta agresora y la reparación de los daños causados por la vía del proceso especial de derechos

---

<sup>461</sup> Así, STSJ Galicia de 23 diciembre 2012, cit.: la distinción entre conflicto laboral y acoso laboral no se centra “en lo qué se hace o en cómo se hace, sino en la frecuencia y duración de lo que se hace y, sobre todo, en la intencionalidad de lo que se hace”.

<sup>462</sup> En tal caso, su comportamiento puede ser denunciado ante la Inspección de Trabajo y calificado de falta muy grave, con la correspondiente multa. La Ley de infracciones y sanciones (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto) considera como tales faltas el acoso sexual, el discriminatorio y el por razón de sexo (art. 8.13 y 13 bis). Aun sin referencia expresa al acoso moral, este también puede sancionarse al considerar como falta grave “los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores” (art. 8.11) y, desde luego, aquel acoso lo es. De otro lado, el empresario también puede ser responsable del recargo de prestaciones de seguridad social por incumplir las medidas de prevención de riesgos laborales y no impedir que se produzca el acoso moral (art. 123 LGSS).

fundamentales y libertades públicas (arts. 177 y ss. LJS) o la resolución indemnizada del contrato por la vía del art. 50 ET.

En relación con la primera posibilidad, como ya se apuntó, resulta claro que el acoso moral vulnera derechos fundamentales, como, por ejemplo, el de la dignidad, igualdad y no discriminación, integridad física y psíquica, libertad de expresión u honor. En tales casos, cualquier trabajador que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionado uno de sus derechos fundamentales, “incluida la prohibición de trato discriminatorio y del acoso”, podrá recabar su protección a través del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 177.1 LJS).

El único requisito exigido es el de que “la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios” (art. 177.1 LJS).

La víctima de acoso podrá dirigir pretensiones tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la Ley, “sin que deba ser demandado, necesariamente, con el empresario el posible causante directo de la lesión” (art. 177.4 LJS). Se plasma, así, el criterio judicial anterior que consideraba adecuado el proceso especial de tutela de derechos fundamentales para reclamar al empresario una indemnización por daño moral causado por el acoso de otro trabajador y conocido por aquel<sup>463</sup>. Ahora bien, sí es necesario demandar al agresor (ajeno al empresario) cuando la víctima pretenda su condena o aquel pueda resultar directamente afectado por la resolución que se dictare.

El procedimiento tendrá carácter urgente y preferente respecto de todos los que se sigan en el tribunal o juzgado. Además, el actor podrá solicitar, en el mismo escrito de interposición de la demanda, medidas cautelares, como la suspensión de los efectos del acto impugnado y la suspensión de la relación o la exoneración de la prestación de servicios, el traslado de puesto o centro, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y

---

<sup>463</sup> Véanse, por ejemplo, sentencias TS de 2 febrero 1998 (RJ 1251) y 23 marzo 2000 (RJ 3121) y STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 mayo 2007 (RJ 1987). Esta última sentencia también compartió el criterio judicial de que era innecesario traer al proceso al trabajador a quien se imputaban las acciones de acoso [STS de 3 julio 2001 (RJ 7799) y STSJ Aragón de 30 junio 2003 (RJ 2227)].

cuantas sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia judicial (art. 180.1 y 4 LJS). Tras la celebración del juicio (en el que rige la inversión de la carga de la prueba)<sup>464</sup>, la sentencia se pronunciará, según proceda, sobre la existencia o no de la vulneración del derecho fundamental alegado, y, en su caso, también declarará la nulidad radical de la conducta del agresor, ordenará el cese inmediato de esta y dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho, con reposición en la situación anterior a la lesión y reparación de las consecuencias derivadas de la lesión, incluida la indemnización que proceda (art. 182.1 LJS)<sup>465</sup>. Así, la tutela inhibitoria del acto ilícito y vulnerador del derecho fundamental va acompañada de otra restitutoria de los daños causados a la víctima.

## 2.2. La indemnización de daños

### 2.2.1. Finalidad y daños indemnizables

La indemnización de daños es uno de los elementos centrales y más polémicos de este proceso especial de vulneración de derechos fundamentales por acoso moral. Su regulación legal específica en los arts. 182 y 183 LJS configura un régimen jurídico propio en el Derecho del Trabajo, que lo aparta del previsto en el Derecho Común para la responsabilidad civil contractual (arts. 1.101 y ss. C.c.) y que, supletoriamente, se aplica en muchas indemnizaciones derivadas de incumplimientos laborales que no gozan de una regulación *ad hoc* (por ejemplo, un precontrato). Con todo, algunos aspectos de ese régimen específico son deudores del régimen general civil, como los conceptos sobre los tipos de daños o las exigencias de prueba para los daños materiales. Además, en el supuesto aquí examinado, la responsabilidad del empresario que realiza o tolera casos de acoso moral puede fundarse tanto en la vulneración de derechos fundamentales (dignidad, integridad física y moral) como en el incumplimiento de un deber contractual del

---

<sup>464</sup> El demandante debe aportar indicios de la vulneración del derecho fundamental y el demandado debe una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 181.2 LJS).

<sup>465</sup> Si no se prueba el acoso, no procede la indemnización, así, por ejemplo, sentencias TSJ Madrid de 10 noviembre 2004, Cataluña de 10 junio 2005, citadas, País Vasco de 20 febrero 2007 (RJ 1495), Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 julio 2008 (RJ 2009/124844), Cataluña de 25 enero 2011 (RJ 162910) y Asturias de 25 mayo 2012 (RJ 195961).

empresario, el del deber de protección integral de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 14 LPRL), lo que genera una responsabilidad civil contractual. De hecho, no faltan casos en los que el trabajador acosado reclama, tras su despido, una indemnización de daños y perjuicios en base a la regulación clásica civil<sup>466</sup>. Ahora bien, sea como fuere, el régimen aplicable es el específico ahora comentado, lo que evidencia la importancia que el legislador da a los derechos fundamentales, en cuanto no deja pasar la ocasión sin pronunciarse expresamente sobre la necesaria y concreta reparación de los daños causados.

Según el art. 183.1 LJS, cuando la sentencia declare la existencia de la vulneración de un derecho fundamental, el juez deberá pronunciarse, necesariamente, sobre “la cuantía de la indemnización” que le pueda corresponder a la víctima de tal vulneración o discriminación, y ello en función tanto “del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.

Además, a la hora de tal pronunciamiento, el tribunal tiene que atender a una doble *finalidad*: la primera, el resarcimiento suficiente de la víctima, restableciendo a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión; y la segunda, la contribución a la prevención general del daño (art. 183.2 LJS). La reciente plasmación legal de estas finalidades puede servir de estímulo a los órganos jurisdiccionales para reconocer cuantías indemnizatorias importantes, equiparables a la entidad real del daño causado a la víctima. Ciertamente, la finalidad de resarcir suficientemente a esta y reponerla en la situación anterior obliga a tener en cuenta todos los daños causados a la misma, con independencia de su naturaleza y del momento de su producción. Así las cosas, hay que valorar todos los daños presentes, pasados y hasta futuros, y ya sean patrimoniales (materiales) o extrapatrimoniales (morales).

Por su parte, la finalidad preventiva parece obligar al órgano jurisdiccional a tener en cuenta el carácter *punitivo* de la indemnización a la hora de fijar su cuantía, el cual busca la reparación íntegra del daño causado a la víctima y el convertir aquella en una verdadera sanción a efectos de disuadir o prevenir futuros daños por parte del agresor y terceros. Se acoge, así, el criterio expresado anteriormente por el TS, relativo “al efecto disuasorio de estas indemnizaciones” frente a la vulneración de los derechos fundamentales<sup>467</sup>, así como en la normativa comunitaria. En este sentido, por ejemplo, el art. 18 Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de

<sup>466</sup> Cfr. sentencias TSJ Cantabria de 19 mayo 2005 (RJ 128120) y 2 noviembre 2005, cit.

<sup>467</sup> STS de 20 septiembre 2007 (Ar. 8304).

igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, exige que la indemnización sea “disuasoria y proporcional al perjuicio sufrido”<sup>468</sup>. Para la doctrina, el daño punitivo puede ser reparado con la doble finalidad “de castigo de un acto antijurídico y de prevención frente a conductas similares, que así son disuadidas”. Esta compensación económica adicional busca proteger el valor esencial de la dignidad<sup>469</sup>.

Los daños patrimoniales o *materiales* son los que sufre la víctima en sus bienes y derechos de naturaleza económica, o sea, en su patrimonio material. A su vez, tales daños se clasifican en dos: el daño emergente y el lucro cesante. El primero se identifica con “el valor de la pérdida” sufrida por el demandante, y, el segundo, con “la ganancia que haya dejado de obtener” a raíz del incumplimiento contractual del demandado (art. 1.106 Código civil). En el primer concepto, no cabe incluir el pago de los honorarios de abogado y procurador<sup>470</sup>.

Los daños *extrapatrimoniales* o morales son aquellos que no recaen directamente sobre el patrimonio de la víctima, sino sobre su persona, lesionando sus derechos o bienes de la personalidad y generando un sufrimiento espiritual, interior o psíquico (ansiedad, angustia, depresión). Con estos daños queda afectado el ámbito existencial subjetivo de la persona, sus sentimientos, su identidad y hasta su consideración social. De hecho, este daño moral tiene una vertiente interna y otra externa; la primera se refiere al daño o sufrimiento que internamente padece el trabajador; y la segunda al menoscabo que este sufre en su imagen o consideración social, lo que puede conllevar pérdida de relaciones personales y profesionales y de oportunidades de mejora laboral.

Por lo demás, no existe unanimidad doctrinal sobre la inclusión en estas dos categorías recién comentadas (o su consideración autónoma) de los daños corporales, biológicos o a la salud, que afectan a la vida y a la integridad física y psíquica. Siguiendo a la doctrina italiana, estos daños se clasifican, a su vez, en tres tipos: daños corporales directos, daños psíquicos inmediatos y secuelas físicas o psicológicas de futuro<sup>471</sup>. En

---

<sup>468</sup> Cfr., también, art. 15 Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa al principio de igualdad de trato de las personas, independientemente de su origen racial o étnico.

<sup>469</sup> Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J., *Las indemnizaciones a favor de las empresas y de los trabajadores en el contrato de trabajo* (Valencia, 2013), p. 98.

<sup>470</sup> STS de 16 enero 2008 (Ar. 460).

<sup>471</sup> Cfr. Bonaretti, L., *Danno biologico nel rapporto di lavoro* (Roma, 1996), pp. 29 y ss.; Avio, A., *Il diritto inviolabili nel rapporto di lavoro* (Roma, 2001), pp. 140 y ss. También Fabregat Monfort, G., *La responsabilidad civil por daños en el acoso laboral*, comunicación presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Girona,

principio, en cuanto estos daños pueden producir, de forma simultánea, consecuencias sobre el patrimonio y la persona de la víctima (v. gr., perjuicio económico relacionado con el pago de tratamientos médicos o pérdidas salariales por no poder trabajar y dolor), parece que no hay impedimento en reconducirlos a las dos categorías generales ya comentadas. Además, de valorarse como categoría separada, podría haber cierta confusión entre los denominados daños psíquicos inmediatos (corporales) y los daños morales internos, equivalentes también a un sufrimiento personal. En todo caso, ya de sea de manera autónoma, ya sea integrados en las categorías anteriores, lo importante es la valoración específica y adicional de estos daños corporales.

### 2.2.2. Cuantificación

Aun conociendo los daños y las finalidades a tener en cuenta, *la cuantificación* de la indemnización no resulta fácil. El legislador actual aporta – aun de forma poco clara – nuevos criterios al respecto, estableciendo exigencias de prueba diferentes al demandante según el tipo de daño alegado. Así, según el art. 179.3 LJS, el demandante debe expresar en su demanda, aparte de los requisitos generales (incluidos los hechos constitutivos de la infracción alegada y el derecho vulnerado), “la cuantía de la indemnización pretendida”, con la adecuada especificación de “los diversos daños y perjuicios” sufridos, a efectos de que el órgano jurisdiccional pueda fijar la indemnización. Además, aquel deberá “establecer las circunstancias relevantes para la determinación” de esta última, incluyendo “la gravedad, duración y consecuencias del daño, o las bases del cálculo de los perjuicios estimados”. A ello hay que sumar la necesidad de probar la relación de causalidad entre el daño alegado y la conducta agresora, tal y como deriva de la teoría general de la responsabilidad civil (art. 1.101 y ss. C.c.)<sup>472</sup>.

Estas exigencias de prueba no parecen presentar demasiado problema en el caso de los daños materiales, de fácil acreditación objetiva, tanto en el caso del daño emergente como del lucro cesante. Otro tanto podría decirse de los daños corporales, incluidos los síquicos, que pueden ser objeto de tratamiento y evaluación médica a través de las

---

2013), p. 13. Ejemplar fotocopiado.

<sup>472</sup> Véase, respecto de un caso de acoso moral, STSJ Cantabria de 19 mayo 2005, cit., que deniega la indemnización solicitada al no probarse que el aborto sufrido por la trabajadora deriva de la situación de acoso sufrida. También STSJ Galicia de 27 octubre 2008 (RJ 380929).

correspondientes pruebas objetivas sicométricas. Ahora bien, la conclusión no es la misma en el supuesto de los daños morales, *stricto sensu*, de ahí que el legislador haya añadido – a lo ya dicho – matizaciones específicas para ellos. A efectos de entender mejor estas últimas, conviene repasar, aun someramente, los vaivenes que la prueba del daño moral ha sufrido desde el punto de vista jurisprudencial.

Como es sabido, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional sostuvieron un intenso debate sobre su existencia y prueba en este proceso especial de tutela de los derechos fundamentales. A grandes rasgos, puede hablarse de una larga evolución con diferentes fases. En un primer momento, el TS defendió que de la vulneración de un derecho fundamental (en el caso, el de la libertad sindical) derivaba, por presunción, la existencia de perjuicios indemnizables. Así, en la importante sentencia de 9 de junio de 1993<sup>473</sup>, dicho órgano jurisdiccional estimó que no era necesario probar que se había producido “un perjuicio” para que naciese el derecho al resarcimiento, “sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental” se presumía, automáticamente, “la existencia del daño” moral y debía decretarse “la indemnización correspondiente”<sup>474</sup>.

Con posterioridad, en la conocida sentencia de 22 de julio de 1996<sup>475</sup>, el citado Tribunal cambia su posición sobre la automaticidad del daño al considerar que la indemnización prevista en el art. 180.1 LPL (hoy 183 LJS) no derivaba, automáticamente, de la declaración jurisdiccional de lesión del derecho fundamental, sino de la concurrencia de un *daño real* producido por esta<sup>476</sup>. A partir de ahí, se exigió: 1) que el demandante alegase, adecuadamente, en su demanda “las bases y elementos clave de la indemnización” reclamada, en orden a fundamentar la posible condena empresarial y el reconocimiento de aquella en el caso concreto; y 2) que la cuantía solicitada se amparase en “indicios o puntos de apoyo suficientes en los que asentar una condena de tal clase”. En otras palabras, probada la vulneración del derecho fundamental, el demandante debía acreditar el daño alegado y la indemnización reclamada con datos o elementos de apoyo objetivos<sup>477</sup>. En este sentido, se añade que los daños causados en la

---

<sup>473</sup> RJ 3752.

<sup>474</sup> Cfr., también, sentencias TS de 14 julio 1993 y 8 mayo 1995 (RJ 5678 y 4553) y STSJ Andalucía (Málaga) de 3 septiembre 1993 (RJ 4033).

<sup>475</sup> RJ 6381.

<sup>476</sup> El citado precepto procesal amparaba tal interpretación con la expresión “en su caso”, que separaba la lesión de la libertad sindical de su reparación, incluida la indemnización pertinente.

<sup>477</sup> En igual sentido, cfr., por ejemplo, las sentencias TS de 20 enero 1997 (RJ 620), 2

esfera mental o subjetiva pueden ser objeto de medición mediante pruebas de psicometría<sup>478</sup>. Por lo tanto, la víctima debía acreditar, al menos, con una mínima base fáctica, el daño moral sufrido<sup>479</sup>.

Siguiendo esta posición, ni siquiera en los casos de despido nulo por lesión de derechos fundamentales el daño moral se presumía, al estimarse que la mera decisión empresarial de despedir no generaba, automáticamente, un daño moral específico<sup>480</sup>. En palabras de la STS de 21 de septiembre de 2009<sup>481</sup>, “el simple sufrimiento emocional producido por un despido injusto no tiene entidad para ser reparado con una indemnización independiente” de la tutela legal resarcitoria establecida en el art. 55.6 ET, requiriéndose para tal indemnización específica la acreditación de un daño “distinto del que es común a todo despido injustificado”<sup>482</sup>. Así, el reconocimiento de la indemnización adicional exigía que la víctima alegase en su demanda “las bases y elementos objetivos determinantes” de tal daño moral, susceptible de generar “perjuicios reales, efectivos y justificados, directamente derivados de la extinción contractual”<sup>483</sup>.

Frente a esta restrictiva doctrina, que impedía el reconocimiento de una concreta indemnización – a pesar de declararse la vulneración de un derecho fundamental – si no se conseguía probar el daño moral, algunas sentencias empiezan a reaccionar estableciendo algunas matizaciones. Así, por ejemplo, la STSJ Cataluña de 9 de enero de 2006<sup>484</sup> parece presumir

---

febrero 1998 (RJ 1251), 28 febrero y 23 marzo 2000 (RJ 2242 y 2131), 21 julio 2003 (RJ 6941), 16 julio 2004 (RJ 5810), 2 octubre y 12 diciembre 2007 (RJ 2008/605 y 2008/3018), 15 diciembre 2008 (RJ 2009/388), 21 septiembre y 30 noviembre 2009 (la primera cit.; la segunda, en RJ 8029) y 12 mayo 2010 (RJ 5254, que casa la del TSJ País Vasco de 21 abril 2009; RJ 1861).

<sup>478</sup> Cfr. sentencias TSJ Madrid de 11 marzo 2003 (JUR 209675), 9 septiembre 2004 (RJ 2638) y 9 mayo 2006 (RJ 1803). Según la primera, “tales daños psíquicos son medibles, no en vano hay pruebas psicológicas objetivas que permiten su valoración (psicometría)”.

<sup>479</sup> Cfr. sentencias TSJ Comunidad Valenciana de 25 septiembre 2002 (RJ 2834) y 14 febrero y 28 mayo 2003 (RJ 918 y 2004/1178).

<sup>480</sup> STSJ Galicia de 21 julio 2008 (RJ 1948).

<sup>481</sup> RJ 6169.

<sup>482</sup> También, entre otras, sentencias TS de 2 octubre 2007 (RJ 2008/695) y 19 noviembre 2009 (RJ 2010/1161), esta última, aunque mayoritariamente desestima el recurso de casación para unificar doctrina entre las sentencias comparadas, contiene un voto particular (Magistrado Martín Valverde) discrepante que, tras apreciar motivo para estimar el recurso, entra en el fondo del asunto y reafirma la doctrina del Alto Tribunal sobre la necesidad de aportar indicios suficientes del daño producido.

<sup>483</sup> STSJ Galicia de 2 junio 2010 (RJ 2125). También, por ejemplo, sentencias TS de 1 octubre 2008 (RJ 7362) y 19 noviembre 2009, cit.

<sup>484</sup> JUR 85068.

que la lesión de un derecho fundamental siempre implica un daño moral, al señalar que “la infracción de los derechos fundamentales ocasiona, *en todo caso*, unos daños morales de difícil evaluación”, por lo que “el alcance económico de estos daños debe ponderarse con arreglo a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso”. Más claramente, al ser el daño moral algo inmaterial y difícilmente mensurable, su valoración económica corresponde al órgano jurisdiccional a la vista del conjunto de circunstancias concurrentes<sup>485</sup>.

Por su parte, la conocida ST Const. 247/2006, de 24 de julio<sup>486</sup>, parece compartir la posición restrictiva, pero también con cierta discrepancia. En efecto, aunque de forma expresa no desautoriza la comentada posición del TS, en cierto modo, se distancia de ella, al establecer que, si de los hechos probados resultan actuaciones contrarias al derecho fundamental del trabajador, el daño (moral) debe considerarse probado y procede la correspondiente indemnización. En otras palabras, las exigencias de alegar adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización reclamada y acreditar indicios o puntos de apoyo suficientes deben entenderse cumplidas cuando se prueba un comportamiento lesivo de carácter particularmente intenso y prolongado en el tiempo, con notoria repercusión en los derechos del trabajador. La sentencia analizada no recupera el inicial automatismo entre lesión del derecho fundamental y daño, pero sí incorpora matices importantes, desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, que reconsideran la tesis más restrictiva del Tribunal Supremo sobre la exigencia probatoria del daño en estos supuestos<sup>487</sup>. Además, a efectos de valorar la cuantía de la indemnización, se toma como criterio de referencia el importe de la sanción administrativa prevista en la Ley de infracciones y sanciones para la conducta lesiva, valorándose adecuada una indemnización de cuantía inferior a la tipificada para tal sanción. A partir de ahí, alguna sentencia del TS también empezó a admitir que, “en el supuesto de daño moral”,

---

<sup>485</sup> Cfr. STSJ Galicia de 7 mayo 2002 (RJ 3541) y sentencias TSJ Madrid de 30 septiembre 2004 y 20 febrero 2006 (JUR 298644 y 127750).

<sup>486</sup> RTC 247/2006.

<sup>487</sup> Según sus propias palabras, “resulta patente que, un trabajador como el recurrente que es sometido a un trato discriminatorio, derivado del ejercicio de funciones sindicales en defensa de sus compañeros de trabajo, de la intensidad y duración en el tiempo del que ha quedado acreditado en el relato de hechos probados, sufre un maltrato o daño psicológico que, con independencia de otras consecuencias (...), se da en todo caso, sin que sea factible, a veces, aportar prueba concreta del perjuicio sufrido y de su cuantificación monetaria, dada su índole” (Fundamento jurídico séptimo).

debía “tenerse en cuenta la peculiaridad del mismo a efectos de evaluación”<sup>488</sup>.

Con la LJS de 2011, el legislador deja clara la especialidad del daño moral, pues la obligación del demandante de especificar la cuantía y los diversos daños alegados, se exceptúa en el caso de “los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental, cuando resulte difícil su estimación detallada” (art. 179.3 LJS). De este modo, el legislador en cuestión parece dejar claro lo siguiente:

1) El daño moral está “unido” – hasta por dos veces se utiliza este término – a la vulneración del derecho fundamental, por lo que aquel es inherente a esta última y, por lo tanto, su existencia parece presumirse *iuris et de iure*. En palabras de algún autor, la norma procesal establece un vínculo de unión entre violación de derecho fundamental y daño moral, lo que proporciona “base legal expresa” a la primitiva doctrina del TS de los años noventa, “que fijaba una presunción de existencia de daños morales por el hecho mismo de la lesión” del citado derecho. Ahora, la LJS establece “una presunción legal” de existencia del daño moral y este daño “básico presunto” se completa con la posibilidad de probar otros daños patrimoniales<sup>489</sup>.

Con todo, no cabe dejar de reconocer que cierto sector de la doctrina es más restrictivo respecto de la presunción de la existencia del daño moral y rechaza la resurrección de la tesis de la automaticidad del daño o que quepa asumir una presunción de daño moral “en cada acto empresarial demandado, puesto que debe haber indicios de impacto en esta esfera”. Se apunta, más bien, hacia la identificación por parte de la LJS de “un daño moral ante conductas que impidan, claramente, un normal desenvolvimiento de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo”<sup>490</sup>.

2) Partiendo aquí de la presunción inicial de existencia del daño moral, cuestión bien diferente es la de su cuantificación. Como regla general, el trabajador también debe aportar, siempre que sea posible, las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización, por

---

<sup>488</sup> Sentencia de 2 octubre 2007, cit. También sentencias TS de 24 junio 2009 (RJ 6061).

<sup>489</sup> Cfr. Folguera Crespo, J. A., “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en el volumen AA.VV., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, 2ª edic. (Valladolid, 2011), p. 689. También Álvarez Alonso, D., *La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los “daños morales”*. Comunicación presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, cit., p. 13. Ejemplar fotocopiado. Con todo, para este autor, la presunción de existencia del daño solo está justificado en el caso del daño moral, entendido *stricto sensu*, o sea, sin los daños biológicos.

<sup>490</sup> Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J., *op. cit.*, p. 94.

ejemplo, debe poner de manifiesto la gravedad, duración y consecuencias del daño sufrido o indicar cuáles son los hechos o criterios seguidos para pedir una concreta cuantía. En este sentido, parece claro que la víctima siempre podrá aportar algún tipo de información relevante a efectos de clarificar el acoso sufrido y la magnitud del daño causado.

Y 3) cuando “la estimación detallada” del daño moral “resulte difícil” (art. 179.3 LJS), es decir, cuando “la prueba de su importe exacto” sea “demasiado difícil o costosa” – lo que será casi siempre –, será el órgano jurisdiccional el que tendrá que determinarlo “prudencialmente” (art. 183.2 LJS). Como se aprecia, a partir de ahora el papel del juez será determinante, pues será él el que tendrá la responsabilidad de concretar la cuantía indemnizatoria. Para ello tendrá que recurrir a determinados criterios, como las propias circunstancias de cada caso concreto, alegadas y probadas por el demandante u otros criterios analógicos. Sin duda, esta indeterminación indemnizatoria aumenta la inseguridad jurídica sobre el resultado final de este tipo de acciones.

De otro lado, el legislador no aclara el *dies a quo* del plazo de la prescripción de la acción, lo que genera dudas en estos casos de conducta continuada de acoso. El art. 179.2 LJS se limita a establecer que la demanda habrá de interponerse “dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública”. Los tribunales laborales han venido entendiendo que el inicio del plazo de prescripción de un año ha de situarse en el momento en que “la acción pudo ser ejercitada” (art. 59.1 y 2 ET y art. 1.968 C.c.), lo que, en el supuesto de un proceso de acoso de tracto sucesivo exige estar a la fecha de la última acción que forma parte de aquel<sup>491</sup>. En otras palabras, “el último de los ataques integrantes del acoso deberá haberse producido dentro del último año natural”<sup>492</sup>. Se sigue así la denominada teoría de la realización, que sitúa el inicio de la prescripción el día en que la acción puede ser ejercitada eficazmente a todos los efectos. Ahora bien, ello determina que si las lesiones se entienden derivadas de un accidente de trabajo, el inicio del plazo de prescripción se sitúa en el momento en que el beneficiario tenga un cabal conocimiento de las secuelas de aquel y de las mermas que estas producen, tanto en su capacidad de ganancia, como en su patrimonio biológico. Tal conocimiento solo se produce al dictarse la correspondiente resolución firme en proceso de invalidez, por lo que el punto de partida para el ejercicio de la acción de daños y perjuicios debe

<sup>491</sup> Cfr. sentencias TSJ Cataluña (dos) de 12 abril y 25 julio 2001 (RJ 2141 y 275542).

<sup>492</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 mayo 2007, cit.

ser “el momento de conocimiento de esta resolución”<sup>493</sup>, por ser entonces los daños cuantificables<sup>494</sup>.

Esta posición viene reforzada por la consideración de que los daños derivados de un accidente de trabajo son únicos, de tal modo que del importe total de los daños han de deducirse las cantidades que, por prestaciones de la Seguridad Social, ya haya podido percibir el beneficiario, y estas no se conocen hasta la firmeza de la resolución que declara la invalidez del beneficiario<sup>495</sup>. Por lo demás, si el accidente de trabajo generase actuación en el ámbito penal, el inicio de la prescripción para reclamar daños y perjuicios se sitúa en el momento final de la causa penal<sup>496</sup>.

Por último, el art. 184 LJS enumera las demandas que, por razón de su objeto, deben tramitarse, inexcusablemente, por su proceso específico (y no por el ahora comentado), entre ellas, las de despido y extinción del contrato, modificación sustancial de condiciones de trabajo o las relativas a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. En tales casos, dichos procesos tendrán carácter preferente y acumularán en ellos las pretensiones de tutela de derechos fundamentales, incluida la referente a la correspondiente indemnización por la vulneración de estos (arts. 26.2 y 178.2 LJS). En tal sentido, el art. 183.3 LJS declara que esta indemnización será compatible, en su caso, con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el ET y demás normas laborales. Este “efecto migratorio” de las reglas especiales de este proceso especial a otros supone la plasmación a nivel legal del reforzamiento de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del contrato de trabajo y de la responsabilidad indemnizatoria del empresario ante su lesión<sup>497</sup>.

---

<sup>493</sup> STSJ Comunidad Valenciana de 9 mayo 2012 (RJ 308549). En el caso de autos, el inicio del plazo de prescripción se sitúa en la fecha en la que finaliza la situación de IT sin declaración de incapacidad permanente.

<sup>494</sup> STS de 23 abril 2012, cit., que, aunque desestima el recurso de casación para unificar doctrina, parece admitir que el *dies a quo* se sitúe en el momento de finalizar la conducta acosadora y sus efectos, en el caso, un proceso de incapacidad temporal (como sostenía la sentencia recurrida del TSJ País Vasco de 21 diciembre 2010; RJ 2011/1697). Sobre esta última, véase Navarro Nieto, F., “Perfiles de actualidad en procesos judiciales de acoso laboral”, *Aranzadi Social*, 2011 (BIB 2011/1532).

<sup>495</sup> Sentencias TS 2 febrero 1998 (RJ 3250) y 17 febrero 1999 (RJ 2598).

<sup>496</sup> STS (Sala General) de 10 diciembre 1998 (recurso 4078/1997).

<sup>497</sup> Ballester Pastor, A., “El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Relaciones Laborales*, 2, 2012 (La Ley 24450/2011), p. 5.

### 3. Bibliografía

- Álvarez Alonso, D., *La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los daños morales*, Comunicación presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Girona, 2013).
- Avio, A., *Il diritto inviolabili nel rapporto di lavoro*, Roma, 2001.
- Ballester Pastor, A., “El procedimiento de tutela de derechos fundamentales y el procedimiento de conciliación de responsabilidades en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social”, *Relaciones Laborales*, 2, 2012, La Ley 24450/2011.
- Bonaretti, L., *Danno biologico nel rapporto di lavoro*, Roma, 1996.
- Correa Carrasco, M., “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV., *Acoso moral en el trabajo*, Navarra, 2006.
- Fabregat Monfort, G., *La responsabilidad civil por daños en el acoso laboral*, comunicación presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Girona, 2013, p. 13. Ejemplar fotocopiado.
- Folguera Crespo, J. A., “De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, 2ª edic., Valladolid, 2011.
- Mella Méndez, L., “El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo español”, *Tribuna Social*, 145, 2003.
- Navarro Nieto, F., *Perfiles de actualidad en procesos judiciales de acoso laboral*, AS, 2011 (BIB 2011/1532).
- Pérez de los Cobos Orihuel, F., “El acoso moral en el trabajo: perfiles jurisprudenciales”, *Tribuna Social*, 178, 2005.
- Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J., *Las indemnizaciones a favor de las empresas y de los trabajadores en el contrato de trabajo*, Valencia, 2013, p. 98.

# Red Internacional de ADAPT



**ADAPT** es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternacional.it](mailto:redaccion@adaptinternacional.it)



**ADAPT**Internacional.it

*Construyendo juntos el futuro del trabajo*