

EL ACOSO LABORAL EN LA UNIVERSIDAD: CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y GESTIÓN DE CONFLICTOS*

EDUARDO GAMERO CASADO

Catedrático de Derecho Administrativo. Defensor Universitario
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: Acoso laboral, empleados públicos, Universidades, riesgos psico-sociales, protocolos

Los datos disponibles muestran que las cifras de acoso laboral son mayores en el sector público que en el privado, y superiores en la Universidad que en el resto del sector público. Esto puede deberse a los rasgos específicos que presentan las relaciones laborales en el sector público en general, y en la Universidad en particular. Este trabajo pretende orientar a los gestores universitarios acerca de la gestión de expedientes por acoso, exponiendo sucintamente las consecuencias jurídicas derivadas de esta conducta (para comprender de mejor manera la posición en que se sitúa cada una de las partes), y explicando el modo de afrontar el problema, con especial referencia a la Defensoría Universitaria. El instrumento más adecuado para gestionar estos asuntos es un Protocolo de Riesgos Psico-sociales, negociado con las centrales y órganos sindicales, y aprobado por el Consejo de Gobierno de la Universidad a fin de conferirle carácter vinculante.

ABSTRACT

Key Words: Mobbing, public employees, Universities, psycho-social risk, protocols

The data available show us that mobbing figures are higher in the public sector than in the private sector, and specifically that these are higher in Universities than in the public sector. This may happen because of the specific type of labour relations in the public sector in general, and in Universities in particular. This piece of work intends to orient university's managers in the management of the mobbing dossier, to expose judicial consequences derived from this behaviour (to understand more the position in each part) and explain the way to confront the problem while making special reference to the University Ombudsman. The most adequate instrument to manage this problem would be a Protocol on Psico-social risks which should be agreed with the central trade union, and approved by the University Government Council to make it work.

* Este trabajo tiene su origen en una ponencia presentada en el XIII Encuentro Estatal de Defensores Universitarios, celebrado en la Universidad de Barcelona los días 28 y 29 de octubre de 2010, en el marco de la Conferencia Estatal de Defensores Universitarios.

INDICE:

1. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SU CONEXIÓN CON EL ACOSO LABORAL
 2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACOSO. INCIDENCIA DEL ACOSO EN EL EMPLEO PÚBLICO
 3. EL DERECHO ANTE EL ACOSO LABORAL
 - 3.1. La recepción multiforme del acoso laboral en el escenario jurídico
 - 3.2. Tratamiento del acoso en el específico régimen laboral del sector público
 - 3.2.1. El acoso en la relación estatutaria de los funcionarios públicos: anulación de sanciones disciplinarias impuestas como expresión de acoso, e imposición de sanciones disciplinarias a funcionarios acosadores
 - 3.2.2. El acoso en las relaciones laborales de régimen general: la extinción unilateral del contrato de trabajo y la imposición de sanciones a la empresa y a los empleados por no impedir el acoso
 - 3.2.3. El nuevo régimen derivado del Estatuto Básico del empleado Público (EBEP) y sus carencias
 - 3.3. Otras consecuencias (comunes) del acoso laboral
 - 3.3.1. La responsabilidad patrimonial de la Administración por acoso laboral
 - 3.3.2. El acoso laboral como delito. Su reciente incorporación expresa al Código penal
 - 3.3.3. Restitución de funciones o en el puesto de trabajo
 - 3.3.4. La tutela del acoso laboral mediante los procesos especiales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales
 - 3.3.5. La protección sanitaria y por el sistema de la Seguridad Social
 - 3.4. Las dificultades probatorias en el acoso laboral
 4. LOS PROTOCOLOS INSTITUCIONALES COMO REMEDIO IDÓNEO PARA LA GESTIÓN DEL ACOSO
 5. LA DEFENSORÍA UNIVERSITARIA ANTE EL ACOSO LABORAL
 - 5.1. Dilemas y dificultades iniciales
 - 5.2. ¿Qué espera el acosado de la Defensoría? Primeras determinaciones para la protección de sus derechos
 - 5.3. Tramitación de expedientes por acoso en la Defensoría Universitaria
 - 5.4. Resultados de los expedientes
 6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS
- BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SU CONEXIÓN CON EL ACOSO LABORAL

Cuando hablamos de acoso nos referimos a una conducta que afecta esencialmente a la dignidad de la persona. La dignidad constituye un derecho natural, esto es, un atributo inherente a cada individuo por el sólo hecho de ser persona, como advirtió por primera vez Francisco de Vitoria en el siglo XVI, dando con ello origen al Derecho de Gentes, en uno de los capítulos más brillantes y universales de nuestras aportaciones jurídicas.

El énfasis que nuestro sistema jurídico aplica a su protección se traduce en las mayores expresiones posibles, dando lugar a declaraciones solemnes como la que se contiene en el art.10.1 de la Constitución española: “La dignidad de

la persona, los derechos inviolables que le son inherentes (...) el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social”. Y también, a su calificación como derecho fundamental con arreglo al art.15.1 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*”.

Quien padece acoso sufre una lesión incuestionable en su dignidad, que afecta al contenido esencial de ese derecho (SSTC 224/1999 y concordantes). Esta conclusión confiere al acosado el máximo grado de protección jurídica, pues se considera vulnerado un derecho fundamental. Es preciso colocar esta primera y elemental percepción en el pórtico mismo de cualquier reflexión dirigida a analizar el acoso y sus instrumentos de gestión.

A fin de poner en escena cualquier estrategia en un caso de acoso laboral, conviene conocer el marco jurídico de referencia para ser conscientes de su tratamiento normativo. Pero esto no significa que la solución al problema planteado pueda o deba venir necesariamente de la mano del Derecho. Por ello, es preciso también reflexionar sobre las estrategias a desplegar por las Universidades para afrontar los asuntos relativos al acoso laboral, y plantearse la viabilidad de fórmulas de resolución extrajudicial del conflicto; en especial, de la mediación. En este trabajo se pretenden abordar los dos planos, exponiendo, en primer término, las consecuencias jurídicas asociadas al acoso en nuestro sistema jurídico (para lo cual se ofrece previamente una aproximación al concepto de acoso y una serie de datos sobre su impacto en el empleo público), y procediéndose en un segundo momento a desplegar los instrumentos o estrategias de gestión más idóneos que puede erigir la institución universitaria para afrontar este fenómeno.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ACOSO. INCIDENCIA DEL ACOSO EN EL EMPLEO PÚBLICO

El acoso es un hecho. Existe en todas las organizaciones sociales. En el sector público, con mayor intensidad aún, como consecuencia de su estructura fuertemente jerarquizada y del privilegio de inamovilidad de los funcionarios públicos (Marcos y Molina, 2007: 40 ss.; Conde, 2009: 85 ss.), que conforman un campo particularmente abonado para el ejercicio de presiones, a las que se ha llegado a calificar de “dominación burocrática” (Lorenzo de Mombiela, 2007) y “poder domesticador” (González Navarro, 2009: 130 ss.). En la Universidad, probablemente, más todavía, debido a las peculiaridades que presentan las estructuras académicas, sometidas al enorme peso de la tradición y exponentes de relaciones de intensa dependencia (Caro y Bonachera, 2010:

233 ss., con argumentos adicionales y comentarios fuertemente críticos; asimismo, Justicia, Benítez, y Fernández, 2006: 293 ss.).

No es misión de este trabajo adentrarse en el concepto de acoso, materia sobre la que existe una amplia literatura, y en la que existen, por otra parte, aproximaciones muy distintas, pues además de existir diferentes posturas acerca del concepto *psicológico* del acoso, éste no coincide estrictamente con el que se ha conformado por el sistema jurídico. Y además, dentro del mundo del Derecho, el concepto difiere según la rama del ordenamiento que se aproxime al fenómeno (penal, administrativa, social...), como hemos de ver en su lugar. Así pues, se ofrece aquí un mero enunciado ilustrativo, sin afán categorizador, y algunos de cuyos matices se irán abordando a lo largo de la exposición.

A tal efecto, parece oportuno acudir a la definición de Leyman (1990), por tratarse de la más extendida en el ámbito de la psicología, describiendo al acoso como “Situación en la que una persona ejerce una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (al menos una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (al menos durante seis meses) sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo” (para profundizar en el concepto, Velasco, 2010: 20 ss.; Einarsen y Hauge, 2006: 251 ss.; Serrano, 2005: 19 ss.; Navarro, 2007: 26 ss.; Escudero y Poyatos, 2005: 72 ss.; Conde, 2009: 52 ss.; etc.).

En cuanto a los datos sobre la incidencia del fenómeno, el interés por el fenómeno del acoso laboral es reciente (apenas data de una docena de años), pero ha crecido de manera exponencial, contándose a día de hoy con un amplio aparato bibliográfico en la materia (v. relación adjunta). No obstante, existen pocos estudios estadísticos sobre el impacto del acoso laboral en general, y del acoso en el sector público en particular. Entre los datos disponibles conviene destacar el Barómetro CISNEROS (Cuestionario Individual sobre Sicoterror, Negación, Estigmatización y Rechazo en Organizaciones Sociales), que dispone de dos estudios de nuestro interés. En primer lugar, el Informe CISNEROS V (2004), que efectúa un estudio del nivel de recurrencia del acoso en la Administración pública, si bien centrado en dos concretas instituciones (la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la Inspección General de la Administración del Estado), con una muestra de 7.000 empleados públicos; los resultados son demoledores (Piñuel y Zabala, 2004: 16):

- 1 de cada 3 (más del 32 %) de los funcionarios encuestados están en una situación de alto riesgo laboral psicosocial.

- 1 de 5 de los funcionarios encuestados (el 22 %) presenta una situación técnica de acoso laboral:
 - × Uno o más de los comportamientos de hostigamiento
 - × Continuidad por más de 6 meses del comportamiento
 - × Frecuencia por lo menos semanal (semanal o a diario)
- Presentan como promedio más de 6 comportamientos de hostigamiento a diario.
- De ellos más de la mitad (53 %) refiere secuelas psicológicas o físicas.

El segundo estudio que nos interesa es específico del acoso en la Universidad, aunque referido a un espectro muy concreto: se trata del Informe CISNEROS IV (2003), encargado por la Junta de PDI de la Universidad de Alcalá de Henares para conocer la incidencia del acoso, y cuyos resultados son más preocupantes aún: concluye afirmando que el 51% del profesorado está sometido a acoso, y como consecuencia del mismo, más del 30% de los profesores afectados padece daños físicos o psíquicos graves o muy graves, como trastornos de ansiedad, estrés postraumático y cuadros que pueden llegar confundirse con paranoia; por otra parte, según el autor del informe, estos datos son homologables a los disponibles de otras universidades europeas (Piñuel, 2003).

Otros datos estadísticos son referidos por Peñasco (2005), quien expone una experiencia personal de acoso en la Universidad sufrido en primera persona, enriqueciéndola con otra serie de testimonios y datos; y Caro y Bonachera (2010: 231 ss.), que ofrecen las cifras siguientes:

- En un estudio realizado por la Universidad de Murcia en 2003, y coordinado por el prof. Buendía, aplicando el barómetro Cisneros un 44,36% del personal se declaró acosado.
- Ese mismo año la prof^a. López Cobarco dirigió un estudio sobre acoso en las tres universidades gallegas, que dio como resultado las siguientes cifras: En A Coruña era hostigado psicológicamente un 23% del personal docente e investigador (PDI) y un 7% del PAS; en Santiago, un 11 y un 10%, respectivamente; y en Vigo, un 17 y 10%.

Ignorar estos hechos es dar la espalda a la realidad. Consentir abusos. Tolerar la conculcación de derechos fundamentales. No podemos apartar el problema haciendo como si no existiera. Es preciso afrontarlo, combatirlo y erradicarlo. El hecho de que no abunden las quejas sobre situaciones de acoso no significa que no existan tales situaciones (los datos son tozudos), sino que, por los propios rasgos de la patología, quienes las padecen no acostumbran a quejarse. En eso consiste, precisamente, una parte del problema.

3. EL DERECHO ANTE EL ACOSO LABORAL

3.1. La recepción multiforme del acoso laboral en el escenario jurídico

A pesar de la abyección e indignidad que representa esta conducta, la percepción social y la individualización científica del acoso laboral son relativamente recientes. Siendo el Derecho un instrumento para la ordenación de la convivencia y la resolución de conflictos, es inevitable que su atención por el acoso se haya iniciado todavía más tarde, una vez evidenciada y reconocida socialmente su existencia. De hecho, es muy largo el recorrido que le espera a esta cuestión en el ámbito jurídico, todavía balbuciente y poco pertrechado para afrontar el problema.

Lo primero que debe notarse es que la noción jurídica del acoso laboral no tiene por qué coincidir linealmente con su formulación en el ámbito de la ciencia médica o en el de la psicología. El origen jurídico de la categoría ha sido jurisprudencial, acuñándose mediante sentencias judiciales que han forzado su inclusión en proposiciones normativas preexistentes que no contenían al acoso en su supuesto de hecho originario, pero cuya interpretación ha permitido subsumir la conducta en razón de la generalidad del texto, lo cual ha supuesto la progresiva incorporación de matices y variaciones a medida que se consolidaban sus linderos.

Por otra parte, el Derecho dispone de vertientes muy distintas para afrontar las mismas realidades sociales, y esto se traduce en la existencia de diferentes ámbitos de ordenación provistos de reglas y principios propios. Esto sucede igualmente con el acoso laboral, materia que ha sido abordada desde diferentes disciplinas jurídicas, cada una de las cuales concede sus respuestas y reacciones al problema: el Derecho del trabajo, el Derecho administrativo, el Derecho penal, el Derecho constitucional y hasta el Derecho civil asocian ya consecuencias jurídicas al fenómeno del acoso. Existe una tendencia a uniformar la noción, expresada en la Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo art.28 acuña una definición general del término “acoso” (aplicable tanto al sector público como al privado), definiéndolo como: “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”.

Sin embargo, no existe una fórmula jurídica unitaria para definir el acoso *laboral*, cuya noción no coincide plenamente en todas las ramas jurídicas: por ejemplo, la conducta típica de acoso criminalizada (tipificada como delito en el Código penal), no equivale a la jurídico-administrativa (tipificada como infracción en el Estatuto Básico del Empleado Público). En la misma línea, se

debe destacar que los análisis más autorizados determinan una menor tasa de éxito de las pretensiones deducidas en vía contencioso-administrativa que en vía laboral (Molina, 2007: 39 ss.), lo cual supondría un tratamiento jurídico más reduccionista del acoso en el sector público, dadas las mayores tasas de prevalencia de las conductas de acoso que evidencian los datos suministrados *supra* (§ 2). Por ello, conviene exponer separadamente las diferentes nociones y consecuencias del acoso laboral en las correspondientes ramas jurídicas.

En otro orden de consideraciones, las medidas erigibles frente al acoso suelen clasificarse en tres categorías diferentes (Rogers y Chappell, 2004: 77 ss.; Serrano, 2005: 105 ss.; Carrasco et al., 2007: 41 ss.; Navarro, 2007: 77 ss.). Se trata de un criterio muy pedagógico, y dado que la sistemática seguida en este trabajo no se acomoda a esa clasificación, conviene apuntarlo someramente:

- *Preventivas*: las que persiguen evitar que llegue a materializarse el acoso. Entre este tipo de remedios se encuentra la implantación de planes de prevención de riesgos psicosociales, la aprobación de planes de igualdad y la promoción de códigos éticos de conducta. Este tipo de medidas son de indudable interés, pero no caen normalmente bajo la órbita de los asuntos que se tramitan en la Defensoría Universitaria, por lo que no serán expuestos aquí detalladamente (para abundar en el tema, v. principalmente Gimeno et al., 2009: *passim*; Velasco, 2010: 85 ss.).
- *Reactivas*: las que pretenden afrontar una situación de acoso que ya se ha materializado, actuando sobre las partes (acosador y/o acosado) para acabar con el acoso. En este apartado se encuadran los principales instrumentos de carácter jurídico: la imposición de sanciones administrativas o de condenas penales y la adopción de medidas consiguientes como la separación del servicio, la remoción del puesto de trabajo o el pago de multas. Pero también radican en este grupo las vías extraprocesales de resolución de conflictos, como los protocolos de riesgos psicosociales o la mediación, que pueden resultar especialmente idóneas para afrontar los expedientes de acoso.
- *Reparadoras*: las que se articulan una vez superada la situación de acoso a fin de indemnizar o compensar a la víctima por los daños morales y económicos padecidos. Aquí se sitúan medidas como la indemnización por despido improcedente (imputable a acoso), o el ejercicio de acciones de responsabilidad patrimonial.

De otro lado, es preciso resaltar desde ahora que, hasta fechas muy recientes, las disposiciones legales vigentes no regulaban el acoso en relaciones horizontales, como a veces se plantean en la Universidad: estudiantes que se acosan entre sí, o personal docente o de administración y servicios que hacen lo propio sin encontrarse en relaciones de supremacía jerárquica. Los tipos

manejados (al menos en el Derecho positivo) son de acoso vertical, infligido por los superiores jerárquicos sobre los empleados subordinados. El Estatuto Básico del empleado Público cambia sustancialmente este orden de cosas, pero no así la reciente reforma del Código Penal, que sigue restringiendo el acoso a las conductas desplegadas en relaciones de carácter jerárquico.

3.2. Tratamiento del acoso en el específico régimen laboral del sector público

Como premisa de este apartado debe notarse que los empleados públicos pueden encontrarse en diferentes relaciones jurídicas. Simplificando mucho, podrían reducirse a dos grandes tipologías: los funcionarios públicos y los empleados laborales. Actualmente existe una norma de cabecera para todos ellos, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), aprobado mediante la Ley 7/2007, de 12 de abril, que establece normas comunes a todos los tipos de empleados. A partir de esa disposición se abren dos grupos normativos que regulan las especialidades de cada uno de ellos. También difieren las vías judiciales ante las que deducir sus derechos: el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el orden social. Esto determina que el régimen del acoso no sea completamente homogéneo en todo el empleo público, así como que difiera la tutela judicial que se ha dispensado al fenómeno en cada caso.

En este apartado se explican, en dos epígrafes sucesivos, los antecedentes en materia de acoso en cada uno de estos grandes grupos de empleados públicos, exponiendo las diferentes vías que se han ido articulando para afrontar el fenómeno; y, con ocasión de un tercer epígrafe final, se expone la situación derivada de la aprobación del EBEP. Se procede al somero enunciado de las consecuencias o vías de reacción frente al acoso, sin profundizar en los diferentes aspectos concernidos en cada caso; para hacerlo puede acudir a la bibliografía reseñada al final del trabajo (por lo que se refiere al análisis de la jurisprudencia serán especialmente útiles Caro y Bonachera, 2010: 237 ss.; Del Valle et al., 2005: 8 ss.; y Navarro, 2007: *passim*, con amplio aparato jurisprudencial).

En lo que se refiere al concepto de acoso que juega en este ámbito jurídico, puede resumirse con la STSJ CyL 302/2009, de 6 de febrero, que sintetiza sus componentes del siguiente modo:

“La doctrina ha venido configurando como elementos que se requieren para que se produzca *mobbing*, los siguientes:

- a) Un elemento material consistente en la conducta de persecución u hostigamiento, sistemático y planificado, injustificados de un sujeto activo (compañero de trabajo, superior o subordinado) a un sujeto pasivo en el marco de una relación laboral o funciona-

- rial;
- b) Un elemento temporal o de habitualidad. La conducta hostil debe ser sistemática y reiterada en el tiempo. Aunque los hechos sean leves aisladamente considerados, adquieren gravedad con la reiteración. Se excluyen los hechos esporádicos; y
- c) Un elemento intencional. La conducta hostil debe ser intencionada o maliciosa. Se excluyen los hechos imprudentes o casuales”.

3.2.1. El acoso en la relación estatutaria de los funcionarios públicos: anulación de sanciones disciplinarias impuestas como expresión de acoso, e imposición de sanciones disciplinarias a funcionarios acosadores.

Las primeras construcciones del acoso laboral en el sector público han sido obra de la jurisprudencia, toda vez que los textos normativos no contemplaban expresamente esta conducta. En 2001 se dictan las primeras sentencias relativas al acoso, entre las que suele destacarse la STS 23 de julio de 2001 (RJA. 8027). En este asunto, el Tribunal Supremo anuló una sanción disciplinaria impuesta a un funcionario público por considerarla una expresión de acoso laboral. En efecto, uno de los modos en que se expresa el acoso es mediante la imposición de sanciones disciplinarias. Y la vía de protección frente a semejante actuación es recurriendo la sanción, revelando su improcedencia, y poniendo de relieve su conexión con el acoso que se padece, para reforzar la falta de fundamento jurídico de la sanción.

En relación con los supuestos de sanción disciplinaria, los asuntos traen causa de la actuación de Administraciones públicas que han detectado acosos y han sancionado a los acosadores. Se sirven para ello de tipos generales de infracción contenidos en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (aplicable además con carácter supletorio a las administraciones que carezcan de normativa específica propia en la materia), en los que de manera sobrevenida se entendió incluido el acoso. Es el caso del art.7.1, que califica como faltas muy graves:

- ñ) El atentado grave a la dignidad de los funcionarios o de la Administración.
- o) La grave falta de consideración con los administrados.

El acoso laboral también era susceptible de promover la incoación de expedientes disciplinarios en aplicación de normas sectoriales, como es el caso del art.72 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, que establece las faltas disciplinarias concurrentes en ese ámbito, entre las que se tipifica expresamente el acoso sexual.

Siendo ésta una vía evidente de actuación frente al acoso laboral en el empleo público, que todos los autores señalan además sin excepción, no he encontrado en las bases de datos de jurisprudencia un sólo precedente judicial relativo a sanciones disciplinarias impuestas a funcionarios públicos acosadores, más allá de uno relativo en realidad a la legitimación activa para instar la incoación del procedimiento, sobre el que me detengo más tarde. Esta ausencia de precedentes judiciales no significa necesariamente que no se haya impuesto sanción alguna: es posible que el acosador sancionado se haya abstenido de recurrir la sanción. Pero parece un dato revelador del escaso número de supuestos en que se ha ejercido esta vía, y por tanto, también es decepcionante en la medida que evidenciaría una actitud escasamente comprometida por parte de las autoridades administrativas en orden a la represión de estas conductas. Sobre todo, si tenemos presente que, como veremos un poco después, existen precedentes de condena por responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de los daños padecidos por empleados públicos acosados, y que tales asuntos debían haber suscitado la tramitación de los correspondientes expedientes disciplinarios contra los sujetos acosadores.

De todos es conocida la existencia de dificultades estructurales que mediatizan el ejercicio de la potestad disciplinaria sobre los empleados públicos, circunstancias que se acusan en comunidades pequeñas, como es el caso de la universitaria. Esto puede explicar (que no justificar) la inexistencia de precedentes. Y, sin negar la necesidad de ejercer la potestad disciplinaria en los casos tipificados por la Ley, que para eso están, constituye en cualquier caso un argumento de refuerzo de las estrategias que promueven otro tipo de soluciones en materia de acoso, como es el caso de los protocolos (sobre los que volveremos más tarde) o la intervención de la Defensoría Universitaria.

Pero estas previsiones normativas (tanto las del reglamento disciplinario general como las específicas del personal de los servicios de salud) se han visto superadas actualmente por la expresa incorporación del acoso como falta disciplinaria en el Estatuto Básico del Empleado Público, a cuyo examen se dedica más tarde un apartado específico.

3.2.2. El acoso en las relaciones laborales de régimen general: la extinción unilateral del contrato de trabajo y la imposición de sanciones a la empresa o a los empleados por no impedir el acoso.

El Derecho del trabajo fue el primero en aproximarse al problema del acoso, si bien por obra de la jurisprudencia y encuadrando la conducta en otras previsiones normativas de carácter genérico. Al igual que sucedió en el ámbito del empleo público, la verbalización del acoso en las normas laborales tuvo lugar mediante la incorporación de estas conductas en normas preexistentes, cuyos supuestos de hecho podían ser interpretados para dar acogida al acoso.

Las diferentes vías articuladas al respecto se describen a continuación.

En primer lugar, el art.50 del Estatuto de los Trabajadores (ET) establece una serie de supuestos de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador que le reconocen excepcionalmente las indemnizaciones aplicables al despido improcedente. En este sentido, “Existe coincidencia en estimar el acoso moral laboral como un incumplimiento grave y culpable del empresario encajable entre los supuestos causales del art.50 ET. En suplicación se observa que, aunque la norma no lo recoja expresamente, las conductas de acoso moral se incluyen dentro de los supuestos de incumplimiento susceptibles de extinción” (cfr. Navarro, 2007: 168). De tal forma que el trabajador afectado por acoso moral podrá solicitar unilateralmente la rescisión de su contrato, en el plazo de un año desde que acontece la situación; el plazo no prescribe en tanto persista la conducta, incluso por causa de baja laboral derivada de la misma (Navarro, 2007: 169 ss.).

Por otra parte, cuando la empresa incumple sus obligaciones respecto de los trabajadores se expone a la imposición de sanciones administrativas, que vienen estipuladas en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto. En particular, el art.8.13 bis LISOS (introducido por la Ley 62/2003, citada; y modificado por la Ley Orgánica 3/2007), tipifica la siguiente conducta como infracción muy grave: “El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo”.

Dos elementos centran nuestra atención. El primero, el hecho de que el precepto en examen contrae el concepto de acoso al denominado como “acoso discriminatorio”, sin admitir el acoso laboral que no se encuentre cualificado por ese concreto fin, lo que ha sido duramente reprochado por la doctrina (Serrano, 2005: 254; Navarro, 2007: 109 ss.). El segundo, que el sujeto pasivo de la sanción administrativa es el empresario negligente en la evitación del acoso infligido por unos trabajadores a otros. Cambia pues, una vez más, la conceptualización de la figura, tanto en más (incorpora el acoso horizontal y el ascendente), como en menos (sólo el que tenga intención discriminatoria). Para evitar que el empresario oponga su desconocimiento como motivo de exoneración de responsabilidad, se recomienda unánimemente la presentación por parte del sujeto acosado de una denuncia formal (Escudero y Poyatos, 2005: 210 ss.; Caro y Bonachera, 2009: 220; entre otros). Aunque la omisión de esta denuncia no implique de suyo que el empresario desconozca los hechos, siempre será más fácil probar el conocimiento una vez que se le denuncia la situación for-

malmente. La sanción se impone a la empresa como persona jurídica.

Además de la disposición comentada, el art.8.11 LISOS también califica como muy grave la siguiente infracción: “Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores”. En este caso, el propio empresario sería el acosador. Se trata de un supuesto escasamente operativo en el sector público, dada la naturaleza jurídica del empleador.

Con arreglo al art.40.1.c) LISOS, a las infracciones muy graves les corresponden sanciones de multa, de 6.251 a 187.515 euros. Además, el art.46 bis LISOS contempla sanciones accesorias para las conductas tipificadas en el art.8.13 bis: la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo.

Otro mecanismo de prevención y reacción ante el acoso en las relaciones laborales generales es la imposición de sanciones por parte de la empresa a los empleados acosadores. Para articular esta fórmula debe acudir a la negociación colectiva. De hecho, el convenio colectivo es un instrumento idóneo para afrontar la regulación del acoso en la empresa, como ha sido especialmente resaltado por Ballester (2005: 53 ss.), con especial mención de las faltas y sanciones, destacando las deficiencias que se aprecian en los textos disponibles, y la particular adecuación de este instrumento para afrontar el problema del acoso (ibídem, 90 ss.).

Por lo demás, y como se desprende de la ubicación sistemática de este apartado, las infracciones en comentario no operan en las relaciones estatutarias de los funcionarios públicos, siendo únicamente de aplicación a las relaciones laborales generales entabladas por empleadores del sector público.

3.2.3. *El nuevo régimen derivado del Estatuto Básico del empleado Público (EBEP) y sus carencias*

El acoso laboral en el sector público no ha tenido reflejo normativo expreso hasta fechas muy cercanas. El EBEP, dictado en 2007, es la primera disposición que contiene determinaciones específicas en relación con el acoso. En primer lugar, reconociendo el derecho de los empleados públicos “Al respeto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral” –art.14 h) EBEP–. Pero además (y esto constituye un factor de extraordinaria importancia), calificando el acoso como una infracción administrativa, que describe del siguiente modo: “Toda actuación que suponga discriminación por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad,

edad u orientación sexual y el acoso moral, sexual y por razón de sexo” (art.95 EBEP).

Se debe notar, en primer término, que el precepto relaciona tres tipologías distintas del acoso (moral, sexual y por razón de sexo), sin especificar la noción subyacente en cada una de ellas. La conducta infractora se tipifica por tanto mediante conceptos jurídicos indeterminados que remiten a ciencias metajurídicas. Y esto plantea el problema de su desigual recepción en la práctica jurisprudencial (un específico reproche a esta carencia del EBEP en Marcos y Molina, 2007: 69). Por otra parte, conviene resaltar que la definición de la conducta establecida en el EBEP permite acoger en el concepto de acoso también el que se produce en relaciones horizontales, sin circunscribirlo a las verticales como sucedía en la práctica anterior, que lo restringía a las relaciones jerárquicas. En la misma línea, debe ponerse el acento en que la conducta definida como acoso carece del elemento cualificado de la discriminación, como también se apreciaba anteriormente, de tal manera que la conducta acosadora no tiene por qué perseguir esa finalidad discriminatoria, bastando con que se produzcan los hechos constitutivos del acoso.

Calificado el acoso como falta muy grave, quien incurra en esta conducta se expone a las siguientes sanciones:

- a) Separación del servicio de los funcionarios, que en el caso de los funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves.
- b) Despido disciplinario del personal laboral, que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban.
- c) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral, con una duración máxima de 6 años.
- d) Traslado forzoso, con o sin cambio de localidad de residencia, por el período que en cada caso se establezca.
- e) Demérito, que consistirá en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria.
- f) Apercibimiento.
- g) Cualquier otra que se establezca por Ley.

Esta previsión normativa está abocada a desempeñar un papel nuclear en la lucha contra el acoso en el sector público. Revela un cambio radical de tendencia respecto de la situación preexistente, en cuanto que la falta de regulación normativa creaba una situación rayana en la impunidad. Pero el impacto del precepto no residirá tanto en el hecho de que llegue a aplicarse masivamente, sino por su indudable carácter disuasorio (preventivo) del hostigamiento.

Además de prever la tipificación específica de las conductas de acoso, es de notar que este precepto agrava sus consecuencias, toda vez que el Reglamento de régimen disciplinario no contemplaba la sanción de separación del servicio para los supuestos genéricos que acogieron las conductas de acoso laboral.

También es importante notar que existe una relevante particularidad en materia de *legitimación activa para instar la incoación del expediente disciplinario*. En el Derecho administrativo general, y salvo supuestos expresamente previstos de acción popular, la ciudadanía carece de legitimación para promover la iniciación de procedimientos sancionadores: a lo más que puede pretender es a formular una denuncia de los hechos, pero la incoación del procedimiento queda a criterio de la autoridad competente, careciendo incluso de acciones frente a la omisión de actuación o inactividad administrativa. Por el contrario, en materia de acoso laboral, la jurisprudencia ha reconocido legitimación activa en el sujeto acosado, sustentándola en los criterios generales aplicables al contencioso-administrativo, y en particular, en la posibilidad de obtener un beneficio como consecuencia de la resolución que se dicte: entiende que, de aplicarse la sanción por acoso, el sujeto acosado podría lograr la eliminación de la situación que padece, lo cual le confiere legitimación para instar la incoación del procedimiento, así como para impugnar judicialmente la inactividad de la Administración (STSJ C. Valenciana 298/2004, de 3 de marzo).

Por otra parte, para apoyar la incoación del procedimiento presenta gran utilidad la actitud de órganos terceros: los competentes en materia de prevención de riesgos laborales, las centrales sindicales, y, por lo que particularmente respecta a las Universidades, la Defensoría Universitaria, que puede influir crucialmente en la cuestión si ha conocido previamente del asunto y avala la incoación del expediente disciplinario.

De otro lado, resulta muy oportuna la *expresa consideración de la sanción de traslado forzoso que se puede imponer al acosador*, por cuanto que, para restituir el derecho fundamental conculcado, resulta más atinado incidir sobre la esfera del acosador obligándole a cambiar de puesto, que sobre la del acosado, a quien la movilidad forzosa o voluntaria para distanciarse del acosador le puede suponer un perjuicio añadido.

En cualquier caso, una vez declarado el acoso laboral, se debería reconocer a la persona acosada un derecho a la movilidad en el puesto de trabajo, y en el caso de que fuera inviable por las características singularísimas del puesto, a la excedencia con reserva del puesto. Las previsiones del EBEP en este punto todavía son insuficientes, a pesar de las reivindicaciones doctrinales (Conde, 2009b: 651 ss.).

3.3. Otras consecuencias (comunes) del acoso laboral

3.3.1. La responsabilidad patrimonial de la Administración por acoso laboral

En este aspecto es en el que existe un acervo jurisprudencial más amplio en relación con el acoso laboral en el empleo público (a mayor abundamiento, véase la bibliografía citada). Consiste en la posibilidad de reclamar a la Administración por los daños y perjuicios soportados como consecuencia de acoso. Los motivos que dan origen a la responsabilidad son muy variados, y todos ellos han sido conocidos y apreciados por la jurisprudencia: por la incapacidad laboral derivada del acoso; por el abandono del puesto de trabajo; por el daño moral soportado al imponerse sanciones que eran expresión de acoso; etc.

La acción de responsabilidad patrimonial debe iniciarse y tramitarse conforme a lo previsto en el art.142 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Su plazo de ejercicio es de un año desde la completa determinación de las secuelas. No obstante, además de su ejercicio autónomo conforme a lo anteriormente expuesto, también se puede deducir la pretensión de indemnización por daños asociada a otra acción principal distinta (por ejemplo, la anulación de un despido improcedente, la restitución de funciones o en el puesto de trabajo, etc.), en cuyo caso, de prosperar la acción principal, se podría conceder igualmente la indemnización accesoria siempre que se acrediten los daños padecidos.

3.3.2. El acoso laboral como delito. Su reciente incorporación expresa al Código penal

Existen asimismo antecedentes de imputación de delitos como consecuencia de acoso laboral, subsumiendo la conducta en los tipos penales generales, si bien en casos especialmente cualificados y de extrema gravedad, de acoso severo o devastador (Auto AP Barcelona 15/09/03, JUR.Ar. 257.588/2003). Los tipos penales mayoritariamente invocados son los relativos a delitos contra los derechos de los trabajadores (arts.311 ss. CP), así como delitos contra la integridad moral (arts.173 ss. CP).

Los querellantes suelen invocar una acumulación de tipos penales como soporte de su pretensión (así, Auto AP Barcelona 17/09/04, Ar.P. 667; y 02/06/05, JUR.Ar. 177.131; SAP Albacete 12/05/05, JUR.Ar.141.138). La acción penal puede dirigirse tanto contra el acosador, como contra el empresario o administradores que, conociendo la situación y pudiendo remediarla, no hubieran actuado para hacerlo (art.318 CP).

Es evidente la tendencia a la criminalización de la vida contemporánea: se diría que todo lo que no aparece en el Código penal se encuentra admitido, cuando existe un amplio aparato sancionador que cubre tales conductas

y permanece en muchos casos inactivo o aletargado (sanciones urbanísticas, medioambientales...), dando lugar a la incorporación de los tipos correspondientes en el Código penal, lo que pone en cuestión su carácter de *ultima ratio*. El acoso laboral, por el contrario, constituye una conducta que merece sin duda alguna sanción penal, en cuanto que supone un grave atentado contra la dignidad humana y una lesión de un derecho fundamental. Tanto más, cuanto que la vía penal, además de su consecuencia inmediata o directa (la imposición de la pena), añade “el valor estigmatizante del proceso y la condena penal [que] tiene también un efecto disuasorio por sí mismo” (Navarro, 2007: 115).

En atención a estos argumentos, una reciente modificación normativa acuña por primera vez un delito específico de acoso laboral: se trata de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (que entra en vigor el 23 de diciembre de 2010), añade un segundo y un tercer párrafo al apartado 1 del artículo 173 (delitos contra la integridad moral), que adquiere con ello la siguiente redacción:

“El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, 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”.

Como se observa, el tipo delictivo restringe la conducta a relaciones jerárquicas (a diferencia de lo que hemos visto en relación con el EBEP), por lo que nuevamente quedan excluidas de sanción las modalidades de acoso horizontal y ascendente, que sólo podrán perseguirse en la medida que encajen en los tipos penales generales ya expuestos. Pero el hecho de tipificar la conducta, y el de someterla además a una pena relativamente grave (mínimo de seis meses de prisión), suponen un gran avance en la lucha contra el acoso, y constituyen argumentos de peso para disuadir a los acosadores de su conducta.

En el caso de funcionarios públicos, son de específica aplicación los arts.175 y 176 CP:

Artículo 175.

La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior [relativo a la tortura], atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

Artículo 176.

Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos.

La jurisprudencia recaída en aplicación de estos últimos preceptos tiene mayoritariamente que ver con actividades de las fuerzas y cuerpos de seguridad, sin que todavía se haya generalizado aún la conexión entre su contenido material y las conductas de acoso laboral, si bien puede citarse alguna excepción (así, Autos de la AP León 48/2008, de 17 de marzo, y 36/2005, de 15 de febrero; SAP Albacete 61/2005, de 12 de mayo; SAP Ávila 16/2005, de 4 de febrero; todos los pronunciamientos son desfavorables a las pretensiones del presunto acosado). Por otra parte, se debe reparar en la asimetría que presentan el art.173 CP, por un lado, y los arts.175 y 176 CP, por el otro, pues las penas previstas en estos últimos son comparativamente más gravosas en ambas franjas de la horquilla (de seis meses a dos años como mínimo, y de dos a cuatro años como máximo).

3.3.3. Restitución de funciones o en el puesto de trabajo.

Otra vía para reaccionar contra manifestaciones de acoso es la posibilidad de que el empleado público reclame la restitución de las funciones de las que ha sido despojado en ejercicio de técnicas de hostigamiento, así como la reasignación al puesto de trabajo del que fue removido como expresión de acoso laboral.

En cuanto a la restitución de funciones o en el puesto de trabajo tras haber sido removido un *funcionario público* soportando acoso laboral, puede citarse la SJCA nº 2 Valladolid 398/2007, de 11 de octubre.

En cuanto a los *empleados laborales*, la misma consecuencia se ha establecido por la jurisprudencia, como puede comprobarse en la SJS Vigo de 13 de octubre de 2006, relativa a una empleada de la Universidad de Vigo.

3.3.4. La tutela del acoso laboral mediante los procesos especiales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales

Como ya se apuntó anteriormente (§ 1), el acoso constituye la vulneración de un derecho fundamental de la persona (v. especialmente Navarro, 2007: 57 ss.; Correa y Valdés, 2007: 223 ss.; Serrano, 2005: 91 ss.; González Navarro, 2009). El Tribunal Constitucional ha dictado ya varias sentencias en las que se estima la concurrencia de acoso y se califica la conducta como infracción del derecho fundamental a la dignidad personal (SSTC 224/1999, 74/2007, 250/2007 y concordantes), y lo propio puede decirse del Tribunal Supremo (SSTS 03/07/01, AS 7799/2001; 17/05/06, rec.4372/2004 y concordantes).

Esta caracterización del acoso concede a quien la padece ciertos beneficios de orden procesal. En primer lugar, le habilita a ejercer una vía judicial preferente y sumaria para la tramitación de los asuntos en que se ventile una pretendida vulneración de un derecho constitucional. Estos procesos especiales se sustancian en cada orden jurisdiccional, y no alteran los criterios de reparto anteriormente enunciados en relación con cada ámbito material en que se sustancie el acoso. Así, los funcionarios públicos podrán interponer este recurso especial en la vía contencioso-administrativa para deducir las mismas pretensiones ya apuntadas (anulación de una sanción disciplinaria que estime impuesta por acoso; exigencia de responsabilidad patrimonial derivada de los daños padecidos como consecuencia del acoso; etc.), en tanto que los empleados laborales podrán presentar este recurso especial en el orden jurisdiccional social.

Otra ventaja adicional a los procesos en que se invoque la infracción de un derecho fundamental es que, una vez agotadas todas las instancias en la jurisdicción ordinaria, puede acudirse en amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 161.1.b CE).

No obstante, alguna doctrina desaconseja seguir este camino en razón de la interpretación restrictiva de que es objeto el proceso especial en los precedentes judiciales (Molina, 2007: 48 ss.). Por otra parte, si se vale de los recursos ordinarios, el interesado, además de la vulneración del derecho constitucional, puede deducir otra serie de motivos de legalidad ordinaria con sus correspondientes pretensiones de condena (algo a tener especialmente en cuenta cuando el asunto versa sobre la anulación de una sanción improcedente por constituir acoso).

3.3.5. La protección sanitaria y por el sistema de la Seguridad Social

Un último aspecto sobre el que resulta preciso detenerse es la protección que se puede dispensar al empleado público por parte del sistema sanitario y de Seguridad Social.

Como premisa del análisis es preciso detenerse sobre el calificativo que recibe la patología en el sistema de protección de la Seguridad Social. El acoso laboral no figura relacionado como enfermedad profesional en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social. Dado lo reciente de la promulgación de la norma, dictada en un momento en el que el conocimiento de la patología se encontraba ya suficientemente consolidado, la doctrina mayoritaria tiende a pensar que esa omisión es deliberada o consciente, y en ella subyace la intención de que el acoso laboral sea calificado como accidente profesional y no como enfermedad, a fin de obtener un trato más beneficioso para el sujeto pasivo del acoso (por todos, v. los completos análisis de Navarro, 2007: 213 ss.; Conde, 2009: 158 ss.; y Jurado, 2009: 651 ss.).

Visto esto, la cuestión es determinar el camino por el que el sujeto pasivo del acoso puede recibir un diagnóstico. Se trata de un problema central en todo este asunto, pues como se verá un poco más tarde, la prueba del acoso es uno de sus principales caballos de batalla. Cada empleado público habrá de acudir en este sentido al profesional correspondiente según la cobertura sanitaria que le corresponda a su relación de trabajo: el régimen general de la Seguridad Social, la Mutua, una compañía aseguradora concertada con MUFACE, etc. En este punto se plantean dos complicaciones:

- A veces los profesionales médicos no llegan a diagnosticar acoso laboral, por tratarse de una apreciación externa a su ámbito de percepción sobre la que no puede emitir un juicio clínico debidamente fundamentado. En tal caso, es perfectamente posible (y muy extendida) la práctica de diagnosticar los *efectos psicológicos* del acoso (estrés, ansiedad, trastorno adaptativo, depresión), pero no sus *causas* (el acoso mismo).
- Una vez obtenido el diagnóstico, lo habitual será recibir un parte de baja por contingencias comunes. En tal caso, y como recomiendan los autores (Caro y Bonachera, 2010: 220 ss.; Cano, 2009: 161; etc.), el sujeto pasivo del acoso deberá promover el correspondiente expediente administrativo para modificar la baja laboral, a efectos de cambiar la contingencia de enfermedad común por la de accidente laboral. Según se ha podido notar, en el sector público resulta mucho más complicado obtener este cambio de contingencia ante el orden contencioso-administrativo si se manifiesta rechazo por parte de la entidad mutualista (Molina, 2007: 46 ss.).

3.4. Las dificultades probatorias en el acoso

Uno de los problemas más graves que plantean los expedientes de acoso es la prueba de los hechos. En primer lugar, por la dificultad que entraña disponer de instrumentos probatorios de las conductas de acoso: a menudo son infligidas sin testigos y sin rastro documental de los sucesos. En segundo lugar, por el carácter subjetivo de la conducta (la intencionalidad del agresor) y de sus efectos (el trastorno psicológico que repercute sobre el acosado), que exige valoraciones (periciales) extraordinariamente difíciles de emprender, lo cual lleva en muchos casos a que se omita por parte del especialista un calificativo sobre la conducta, limitándose a diagnosticar únicamente sus efectos: como ya se ha dicho, no es raro que, en lugar de dictaminar la existencia de acoso, el dictamen médico consigne tan sólo que el paciente soporta un cuadro de estrés, ansiedad, trastorno adaptativo, depresión, etc. Y en tercer lugar, por la doctrina jurisprudencial ante los asuntos de acoso, claramente restrictiva

en lo referente a la apreciación de las pruebas (v. especialmente la detallada exposición de Navarro, 2007: 152 ss.; y Lafuente, 2008: 237 ss.), una actitud particularmente acusada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En este último sentido, se ha demostrado que el porcentaje de sentencias estimatorias de acoso es sensiblemente inferior en el contencioso-administrativo que en la jurisdicción social (Molina, 2007: 40 ss.), entre otros factores, por inaplicación de la técnica de las pruebas indiciarias; la situación ha llegado a calificarse peyorativamente como “prejuicio judicial sobre la pericial médica” (Lorenzo de Membiela, 2007: 47 ss.).

En el mismo orden de consideraciones, conviene reseñar los resultados del análisis de jurisprudencia emprendido por Caro y Bonachera (2010: 237 ss.), sobre los pronunciamientos relativos a acoso que se han producido en las universidades españolas. Mediante consulta girada a los servicios jurídicos de las universidades, hasta 2008 se contabilizaron un total de 33 pronunciamientos judiciales (22 del orden social, 10 de lo contencioso-administrativo y 1 de lo penal), de los cuales, 8 se fallaron de manera favorable al demandante (esto es, confirmando una situación subyacente de acoso laboral); es decir, que el porcentaje de éxito de las demandas por acoso es del 24%.

La consecuencia que deriva de ello es la necesidad de prevenir sobre esta situación a quienes alegan padecer acoso. Cualquier pretensión de declaración del acoso debe venir respaldada por pruebas suficientes; el acosado debe saberlo, y disponer de tales pruebas, antes de emprender cualquier acción. Esto plantea problemas a la hora de tramitar los expedientes en el seno de las organizaciones, como en su momento se verá.

4. LOS PROTOCOLOS INSTITUCIONALES COMO REMEDIO IDÓNEO PARA LA GESTIÓN DEL ACOSO LABORAL

Para concluir con la exposición del espectro de medidas erigidas para afrontar el acoso laboral conviene detenerse muy especialmente en la implantación de procedimientos preestablecidos que permiten a las organizaciones sociales tramitar los expedientes de acoso de acuerdo con pautas suficientemente rigurosas, transparentes y eficaces. En la doctrina se hace especial hincapié en la idoneidad de las fórmulas extraprocesales para resolver los conflictos de acoso laboral (Martínez Abascal, 2008: *passim*; Conde, 2009: 142 ss.; Gimeno et al., 2009: 21 ss.; yo mismo había insistido en la idea en Gamero, 2006: 339 ss.). Los protocolos en comentario, y la intervención de instituciones mediadoras (como la Defensoría Universitaria), constituyen magníficos exponentes de estas fórmulas de resolución del conflicto, aunque no siempre consigan concluir con soluciones extrajudiciales.

La implantación de estos protocolos en las organizaciones es voluntaria, con una sola excepción: el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, materia en la que el art.48 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, dispone:

Artículo 48. Medidas específicas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo.

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

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.

2. 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 tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos.

En particular, por lo que se refiere a las Administraciones públicas, la Ley Orgánica 3/2007 establece el siguiente contenido para el referido protocolo:

Artículo 62: Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

Para la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, *las Administraciones públicas negociarán con la representación legal de las trabajadoras y trabajadores, un protocolo de actuación que comprenderá, al menos, los siguientes principios:*

- a) El compromiso de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella de prevenir y no tolerar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo.
- b) La instrucción a todo el personal de su deber de respetar la dignidad de las personas y su derecho a la intimidad, así como la igualdad de trato entre mujeres y hombres.
- c) El tratamiento reservado de las denuncias de hechos que pudieran ser constitutivos de acoso sexual o de acoso por razón de sexo, sin perjuicio de lo establecido en la normativa de régimen disciplinario.
- d) La identificación de las personas responsables de atender a quienes formulen una queja o denuncia.

Son ya varias las universidades que han aprobado protocolos en materia de acoso (laboral y/o sexual), o más genéricamente, protocolos de prevención y gestión de riesgos laborales o psicosociales. Durante la elaboración de este trabajo, y por diferentes vías, he conocido de la existencia de, al menos, los siguientes:

- Universidad del País Vasco: Acuerdo entre la UPV/EHU y las organizaciones sindicales representativas sobre prevención y solución de quejas en materia de acoso (2003).
- Universidad de Jaén: Protocolo de actuación sobre la violencia psicológica en el trabajo, aprobado en Consejo de Gobierno de fecha 23 de septiembre de 2004.
- Universidad de Santiago de Compostela: Protocolo de prevención e resolución de procesos de acoso psicológico nas relacións laborais, aprobado por el Consello de Goberno da USC el 20 de diciembre de 2004.
- Universidad Autónoma de Madrid: Protocolo para la Prevención de situaciones de riesgo psicosocial en el entorno laboral de la UAM, aprobado por el Consejo de Gobierno el 22 de abril de 2005.
- Universidad nacional de Educación a Distancia: Protocolo de actuación en materia de acoso, firmado el 29 de septiembre de 2006 por el Rector de la Universidad nacional de Educación a Distancia y las Secciones Sindicales en la UNED de CC.OO., UGT y USIF-CSIF.
- Universidad de Sevilla: Procedimiento para la evaluación de los riesgos psicosociales, de 2006.
- Universidad Pontificia de Comillas: Protocolo Antimobbing, propuesto por la Oficina de Prevención de Riesgos Laborales y aprobado por el Vicerrector de Asuntos Económicos el 3 de diciembre de 2007, previa firma de los representantes de los trabajadores.
- Universidad de Illes Balears: Plan de actuación de riesgo psicosocial, aprobado por el Consejo de Dirección el 26 de febrero de 2008.
- Universidad de Alicante: Procedimiento para la resolución de situaciones de riesgo psicosocial, aprobado el 18 de marzo de 2008.
- Otras universidades de las que se tiene noticia, sin disponer del texto del protocolo y de su fecha de aprobación al momento de redactar este trabajo, pero de las que se conoce al menos la constitución de grupos de trabajo dirigidos a adoptar un texto: Universidad de Córdoba, Universidad de Cádiz, Universidad Politécnica de Cataluña, Universidad de Valladolid y Universidad Pablo de Olavide.

Por su parte, en el seno de la CRUE se promovió la organización de una Mesa de trabajo sobre riesgos psicosociales que se desarrolló en Málaga, los días 9 y 10 de octubre de 2006; entre sus principales conclusiones se encuentra la siguiente: “La Universidad debe convertir en un objetivo prioritario la lucha

contra el acoso laboral, por ello, es recomendable la asunción por las Universidades de políticas o protocolos de actuación frente al estrés o acoso laboral”.

La principal utilidad que presentan los protocolos es la de ofrecer, de manera sencilla, transparente y estructurada, un cauce para la resolución de los conflictos en materia de acoso. Quedan claros y preestablecidos los actores del proceso (sobre todo, los responsables de su tramitación), sus diferentes fases y trámites, y las consecuencias derivadas de las resoluciones que se adopten.

En este sentido, los protocolos examinados diferencian claramente dos escenarios:

- *Un procedimiento informal*, mediante el que se promueve realmente un cauce extrajudicial de resolución de un conflicto interpersonal. Responde a grandes rasgos a una mediación, en la que no se busca en realidad la formulación de un diagnóstico al que se asocien consecuencias legales, sino alcanzar un acuerdo entre las partes que ponga fin a la situación de conflicto denunciada por una de ellas. En este caso, el protocolo se convierte en sí mismo en una vía de resolución del conflicto.
- *Un procedimiento formal*, normalmente promovido tras un intento infructuoso de tramitación del informal, que pretende esclarecer la situación, determinar mediante diagnósticos periciales si existe o no acoso, y adoptar las determinaciones legales correspondientes. En este caso, la tramitación de los extremos previstos en el protocolo no culmina la resolución del conflicto, debiéndose iniciar posteriormente otros procedimientos que apliquen las correspondientes consecuencias: sanción disciplinaria, remoción del puesto de trabajo, etc.

En ambos casos, la instrucción del expediente se confía a órganos o personas predeterminadas, que reciben diferentes calificativos. En el caso del procedimiento informal suele tratarse de una persona individual (instructor), y en el procedimiento formal un órgano colegiado específico (comisión o comité). La adecuada selección de estas personas constituye una pieza medular para el buen fin de los procesos: deben ser neutrales y expertos en la materia (tanto en el plano médico como en el jurídico), gozando de confianza por parte de los sujetos pasivos del expediente.

Los resultados de estos sistemas no siempre han sido exitosos, sobre todo, cuando su modo de terminación no contempla resoluciones de carácter vinculante dictadas por órganos de naturaleza ejecutiva.

Debemos entender que *el modelo deseable debería disponer de los siguientes elementos*:

- Un primer procedimiento informal, ante el que se intente alcanzar un acuerdo entre las partes utilizando técnicas de mediación. Debe encomendarse a personas individuales de perfil técnico especializa-

do. Entre los compromisos adoptados por las partes, además de la cesación de la conducta, sería objetivamente oportuno establecer que el acosador solicitará traslado de su puesto de trabajo en la primera ocasión que se presente.

- Un procedimiento formal, que pueda instarse con carácter consecutivo o alternativo al anterior, tramitado ante una comisión de perfil técnico y carácter independiente, que dictamine la existencia o no de acoso y proponga a los órganos ejecutivos la adopción de las medidas procedentes. En particular, la incoación de procedimientos disciplinarios, la adopción de medidas cautelares, etc.

La implantación de estos protocolos constituye actualmente una de las más útiles contribuciones que se pueden aportar para mejorar la atención de los expedientes de acoso laboral. Además de la adecuación intrínseca de estos procedimientos en orden a gestionar los expedientes de acoso que se susciten, debe recordarse la dificultad asociada a la tramitación de expedientes disciplinarios (que ha deparado la práctica inexistencia de sanciones por acoso laboral), de tal manera que, si el único cauce previsto para afrontar estos asuntos es la incoación de expedientes disciplinarios (incluso con fase previa de información reservada), es bastante probable que se desate un gran escrutinio público sobre el caso y que finalmente se frustre el buen fin de la operación. Por el contrario, con la gestión ordenada que prevén estos protocolos, en el caso de ponerse de manifiesto la situación de acoso, siempre podrá asociarse un procedimiento disciplinario ulterior, sobre todo cuando el acosado descarte el procedimiento informal (más proclive a acuerdos entre las partes que a otro tipo de fórmulas de terminación) y desee promover el formal, a cuya conclusión puede asociarse posteriormente el expediente disciplinario.

En orden a conocer casos de éxito o modelos de referencia, además del amplio acervo reunido ya por las propias universidades y resumido en el catálogo anterior, existen publicaciones especializadas que señalan cómo construir y aplicar estos protocolos (i.e., Gimeno et al., 2009; Velasco et al., 2010: 141 ss.; etc.). Por lo demás, la aprobación de estos protocolos ha recibido un importante respaldo mediante el Acuerdo Marco Comunitario para la gestión del acoso y violencia en el trabajo de 15 de diciembre de 2006 (v. su texto en inglés, y una traducción no oficial, en <http://www.cepyme.es/docu/acosoynyviolencia.pdf>, visitada el 11 de octubre de 2010), uno de los escasos acuerdos intersectoriales existentes a nivel europeo entre las centrales sindicales y las organizaciones de empresarios, y que apuesta decididamente por los protocolos en examen como cauce de gestión de estos conflictos (un detenido comentario al acuerdo marco en Molina, 2008).

Un tema nada menor en este punto es *el instrumento jurídico mediante el que aprobar el protocolo*. En orden a la redacción del texto, parece oportuno

confiarlo a una comisión encuadrada entre los órganos de seguridad e higiene laboral. No debe descartarse una fase consecutiva de negociación con las centrales y órganos sindicales (Junta de Personal y Comité de Empresa) para consensuar el contenido del protocolo e incorporarle las modificaciones y mejoras que se pacten entre ambas partes. Y si, finalmente, contiene determinaciones de carácter imperativo para los empleados y empleadas públicos, se le debe conferir naturaleza normativa, mediante dos instrumentos jurídicos paralelos: su aprobación formal por el correspondiente órgano de gobierno (que, en el caso de las Universidades, será normalmente el Consejo de Gobierno), a fin de que resulte vinculante para los funcionarios públicos en el marco de su relación estatutaria; y su incorporación al correspondiente convenio colectivo, al objeto de que sea aplicado a los empleados laborales (recordemos una vez más la importancia que se concede a la negociación colectiva en materia de acoso laboral; v. especialmente Ballester, 2006: 53 ss.).

Por otra parte, *la existencia de un protocolo no es la panacea que remedia todos los males*. El acoso laboral en el sector público presenta unos problemas estructurales de movilidad que se intensifican particularmente en el ámbito universitario, como ya se adelantó: el privilegio de la inamovilidad de los empleados públicos (especialmente, los funcionarios), y en el caso de las universidades, sus dimensiones generalmente modestas, que dificultan más aún la articulación de soluciones que pongan distancia (organizativa, geográfica e incluso intelectual) entre acosador y acosado. Por ejemplo, cuando el acoso tiene lugar entre profesores funcionarios de un mismo área de conocimiento. Esta situación dificulta sobremanera las soluciones operativas para el acoso, pues resulta complicado articular fórmulas que permitan distanciar al acosador del acosado, más allá de la sanción de separación del servicio. En cualquier caso, de cara a su éxito, es primordial la aprobación del protocolo mediante los instrumentos normativos adecuados (indicados en el párrafo anterior), así como la neutralidad, profesionalidad e implicación real de los responsables de gestionar el procedimiento.

5. LA DEFENSORÍA UNIVERSITARIA ANTE EL ACOSO LABORAL

Conforme a la Ley Orgánica Universidades, se crea la defensoría universitaria “Para velar por el respeto a los derechos y las libertades de los profesores, estudiantes y personal de administración y servicios”. La erradicación del acoso se incardina, pues, en la médula misma de la labor que corresponde desempeñar a esta institución. En este sentido, la Defensoría Universitaria constituye una instancia idónea para atender los supuestos de acoso laboral y contribuir a su resolución (del Valle et al., 2005). Para obrar de la mejor forma

posible es oportuno establecer unas pautas o estrategias generales, que nos auxilien a afrontar los controvertidos problemas que concurren en estos delicados expedientes. Quizá por ello, los defensores universitarios se han ocupado del acoso en diferentes ocasiones. Cabe destacar la Mesa de trabajo sobre acoso en la Universidad que se desarrolló con ocasión del IX Encuentro Estatal de Defensores Universitarios en Oviedo (v. Isidro et al., 2008), así como los encuentros de las defensorías andaluzas organizados para tratar específicamente este tema por la Defensora de la Universidad de Córdoba el 17 de febrero de 2010, y por el Defensor de la Universidad de Jaén el 18 de noviembre del mismo año, además de la sesión plenaria sobre el acoso celebrada con ocasión del XIII Encuentro Estatal de Barcelona el 28 de octubre de 2010, en cuyo marco se inserta la presente aportación.

5.1. Dilemas y dificultades iniciales

Debido a la situación extrema en que se encuentra, el hecho de que una persona acosada acuda a otra en busca de ayuda tiene un valor extraordinario. Supone un gesto de enorme confianza, siendo posible que no haya llegado a hablar nunca con nadie del tema por la anulación de su personalidad a la que viene siendo expuesto, por miedo a las habladurías y al revuelo que podría provocar el inicio de cualquier cauce formalizado de resolución del conflicto, etc. En esta tesitura, resulta vital acogerlo con cierto apego o calor humano, evitando que se pierda esa confianza y que desista de plantear el problema.

Esta primera percepción plantea un grave dilema ético, pues resulta perfectamente posible que las acusaciones de acoso sean falsas e injustas, lo cual, a su vez, supondría socavar los derechos de otra persona: el presunto acosador, cuyo honor y dignidad pueden verse resentidos por una falsa acusación. En este sentido, ha llegado a decirse que “acusar falsamente de acoso puede llegar a convertirse a su vez en arma efectiva de acoso” (Conde, 2009: 9)

Para agravar esa situación, las primeras gestiones que se lleven a cabo en expedientes de acoso deben de ser absolutamente discrecionales y no pasan, en línea de principio, por convocar al presunto acosador a fin de ponerle al corriente del asunto. Esa actuación podría arruinar completamente el procedimiento, pues, como ya hemos visto, para probar el acoso es crucial reunir el suficiente número de evidencias, y si la situación se desvela plenamente desde el principio podría frustrarse completamente la acumulación de ese acervo probatorio. Conviene pues conceder al presunto acosado un margen de tiempo prudencial para aportar a las pruebas o indicios que acrediten la situación, antes de realizar otras gestiones.

Otro importante dilema que se plantea a es la eventual omisión de un deber de denunciar los hechos que recae sobre quien conozca la comisión de faltas o delitos. En este sentido, el art.93.3 EBEP dispone que “Incurrirán en res-

ponsabilidad los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas graves o muy graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos”. Evidentemente, no es lo mismo encubrir (conducta tipificada) que omitir una comunicación de los hechos a la instancia oportuna para que incoe procedimiento sancionador (denuncia), por lo que en este sentido no parece que existan problemas. Por otra parte, con arreglo al art.101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la acción penal es pública, pudiendo ejercerla cualquier ciudadano; pero esto no significa que la Defensoría Universitaria deba necesariamente denunciar en vía penal el acoso del que ha tenido conocimiento en el ejercicio de su labor, si bien podría llegar a activar esa vía si, en conciencia, llega a entenderlo necesario. Para formarse ese juicio debe ponderar no sólo la situación (riesgos que padece el sujeto pasivo), sino además, y especialmente, el deseo personal del presunto acosado, aspecto que analizamos seguidamente.

5.2. ¿Qué espera el acosado de la Defensoría? Primeras determinaciones para la protección de sus derechos

Probablemente, el primer objetivo del acosado es encontrar a alguien que le escuche, alguien en quien descargar el inmenso peso que recae sobre sí mismo, alguien en quien confiar y con quien desahogarse, contar lo que le sucede y contrastar su opinión para conocer si verdaderamente está viéndose sometido a acoso. Al mismo tiempo (Isidro et al., 2008):

“Ha de tenerse en cuenta que a la víctima de acoso psicológico denunciar formalmente la situación no le resulta, en absoluto, fácil. En general, presenta grandes dificultades para expresarse, verbalizar el problema y confiárselo a personas “extrañas”, y, junto a los sentimientos de vergüenza y culpabilidad, puede pensar que no va a tener credibilidad por la falta de pruebas que aportar o de testigos que avalen su testimonio. A esto hemos de añadir que, habitualmente, la víctima no se cree capaz de poder enfrentarse al procedimiento que desencadenaría la denuncia, unido esto al miedo a sufrir represalias y a que la situación empeore aún más. De esta manera, puede seguir aguantando el acoso, sin denunciarlo, mientras intenta pensar que, quizá, el tiempo lo paliará o que, a fin de cuentas, las cosas siempre podrían estar aún peor. Por lo que, involuntariamente, está contribuyendo a alimentar el problema”.

Es bastante probable que el presunto acosado acuda a la Defensoría Universitaria precisamente por estos problemas subyacentes, lo que explica que no desee emprender otro tipo de actuaciones. Por ello, lo que debemos hacer ante todo es informarle de sus derechos y de las diferentes alternativas que ofrece el sistema jurídico, para que conozca las vías entre las que puede optar.

Es perfectamente esperable que, si ha acudido a la Defensoría, no quiera verse sometido al escrutinio público que supone la tramitación de expedientes formalizados, y desee resolver la situación por otros cauces. De cualquier modo, en este punto, y sea cual sea el camino por el que opte el afectado, es crucial orientarle acerca de las cautelas y determinaciones personales que debe tomar para afrontar la situación y prevenir que se siga socavando su dignidad.

Hemos de recordar, por otra parte, las dificultades probatorias inherentes al acoso laboral. La primera consecuencia que deriva de ello es la necesidad de prevenir sobre esta situación a quienes acuden a la Defensoría Universitaria alegando padecer acoso. Cualquier pretensión de declaración del acoso debe venir respaldada por pruebas suficientes; el acosado debe saberlo, y disponer de tales pruebas antes de emprender cualquier acción.

La segunda consecuencia es que, en tanto que no se aporten tales pruebas a la propia Defensoría Universitaria, debemos ser extremadamente cautelosos. No debemos prejuzgar en ningún concreto sentido, pero desde luego, en defecto de diagnóstico clínico, documentos, testimonios, u otros elementos de juicio que evidencien el acoso, hemos de tener muy presente la protección de los derechos constitucionales del presunto acosador, evitando toda afectación a su derecho al honor. El problema asociado que deriva de esta circunstancia es cómo obtener tal prueba.

5.3. Tramitación de expedientes por acoso en la Defensoría Universitaria

En mi opinión, se presentan dos escenarios posibles:

- Si existe un protocolo de prevención de riesgos psico-sociales en la Universidad, y sus resultados han sido apreciados positivamente por la comunidad universitaria, se debe invitar al presunto acosado a acudir a ese procedimiento, y hacer un seguimiento de su desenlace, a efectos de confirmar que ha visto atendido su caso y recibido una respuesta.
- Si no existe el protocolo, o se ha implantado uno infructuoso, necesitamos un diagnóstico de acoso emitido por un experto para poder continuar adelante. Hemos de invitar al presunto acosado a que acuda a un profesional. En este punto se abren infinidad de variables.
- Puede ocurrir que la Universidad disponga de un servicio de asistencia psicológica que pueda atender el caso y emitir un diagnóstico.
- Puede ocurrir que el interesado no desee acudir al especialista. En tal caso, entiendo que no debemos continuar el procedimiento por falta de evidencias. Otra alternativa sería someter al interesado a alguno/s de los cuestionarios que se han elaborado para evaluar la existencia de acoso laboral; el más extendido mundialmente es obra de Leymann (45 ítems), aunque, como ya es sabido, en España se ha usado a menudo el Barómetro CIS-NEROS (47 ítems). Sin embargo, sólo sería recomendable esta estrategia en el caso de que el Defensor Universitario disponga de conocimientos en

la materia, o pueda asesorarse por un experto que le ayude a plantear el cuestionario y a evaluar las respuestas.

- Puede ocurrir que el interesado acuda al servicio de asistencia sanitaria que le corresponda, y que se le prescriba una baja. Normalmente consignará cuadros de ansiedad y otros trastornos psicológicos, sin declarar patologías, sino reflejando tan sólo sintomatologías. Este escenario puede ser útil porque, en el caso de que exista efectivamente acoso, logramos extraer al acosado del entorno y evitar que siga viendo vejada su dignidad. Pero resulta insuficiente en orden a probar suficientemente el acoso, si tenemos a la vista la jurisprudencia en la materia. El afectado debe obtener consulta con un especialista que afine más el diagnóstico. Cada vez es más frecuente encontrarse con este tipo de pronunciamientos, pero no siempre acontecen. Una vez más, sería preciso contar con expertos que auxilien en el análisis del caso, lo cual no es fácil cuando la Universidad carece de servicio de asistencia psicológica.
- Puede ocurrir que el interesado acuda al servicio de asistencia sanitaria que le corresponda, pero que no le prescriba la baja. Es el escenario menos deseable y más complicado de todos, porque, en el caso de existir acoso, el acosado seguirá acudiendo cada día a su trabajo y sometiéndose a vejaciones. No obstante, en las actuales circunstancias de prestaciones sanitarias parece difícil que esto pueda llegar realmente a suceder. Si ocurriera, lo lógico sería proceder al archivo del expediente e invitar al presunto acosado a ejercer las acciones legales que estime oportunas, salvo que tengamos elementos de juicio que nos inviten a pensar que efectivamente pueda existir acoso, en cuyo caso, una vez más, será preciso que articulemos fórmulas para obtener un dictamen pericial.

El conjunto de lo expuesto en relación con la tramitación de expedientes por acoso puede resumirse con la siguiente figura:



5.4. Resultados de los expedientes

En el caso de que exista y se tramite el protocolo, la intervención de la Defensoría deberá ceñirse a verificar su correcta tramitación, preservando todas las garantías formales y materiales del procedimiento. En línea de principio parece que, si todas ellas se han respetado, la Defensoría Universitaria debería dar por buenas las conclusiones del expediente.

En el caso de que no exista el protocolo la posición de la Defensoría Universitaria resulta mucho más complicada. Una vez instruido el expediente conforme a las pautas expuestas en el apartado anterior, la Defensoría deberá emitir una resolución formal que declare i) la existencia de indicios evidentes de acoso laboral, ii) la ausencia de tales indicios o iii) la imposibilidad de emitir un juicio sobre la cuestión (en el caso de que no se haya podido disponer de dictámenes periciales). En el primer caso (evidencias de acoso laboral), la Defensoría Universitaria debería:

- Proponer, en el marco de sus atribuciones legales y estatutarias, la adopción de medidas que afronten la situación de acoso y permitan subvenir el problema: incoación de expediente disciplinario al empleado público acosador, facilitación de la movilidad del acosado, etc.
- Invitar al sujeto pasivo del acoso a que emprenda por sus propios medios las acciones legales a su alcance, anteriormente expuestas: indemnización por daños, restitución en el puesto, etc. Según las circunstancias del caso, esta invitación podría reservarse para un segundo momento, concediendo a la Administración universitaria un plazo razonable de tiempo para proceder a la ejecución de las recomendaciones formuladas por la Defensoría.

Las soluciones que pasan por articular fórmulas de movilidad en el empleo tienen grandes dificultades operativas en el escenario universitario, dado que se trata de comunidades humanas relativamente pequeñas. El problema se acusa en el caso del PDI, fuertemente especializado en sus perfiles, haciendo inviable en la práctica la movilidad en el puesto de trabajo. Tan sólo serían articulables fórmulas de alejamiento geográfico o espacial consistentes en la reasignación de espacios al acosador: despacho, laboratorios, aulas, etc., distanciados de los que utilice el acosado. Más difícilmente puede orquestarse un alejamiento funcional: inasistencia a Consejos de Departamento y otras comisiones, segmentación de encargos docentes, etc. Las defensorías universitarias pueden trabajar con soluciones de movilidad en la medida que lo acuerden las partes con ocasión de procedimientos extrajudiciales de resolución del conflicto. En su defecto, la Defensoría Universitaria puede sugerir a los órganos ejecutivos la iniciación de expedientes disciplinarios dirigidos a remover en el

empleo a la persona acosadora, e incluso instar la medida cautelar equivalente durante la instrucción del procedimiento.

De otro lado, cuando se trate de empleados laborales, la gestión de estos expedientes por parte de la Defensoría Universitaria, en la medida que haya trascendido a los órganos responsables de la gestión del personal (aplicación del protocolo de acoso, formulación de sugerencias, etc.), debe entenderse suficiente a efectos de poner en conocimiento del empleador la situación de acoso, en lo que se refiere a la eventual imposición de sanciones por aplicación de la LISOS.

Por último, tampoco puede olvidarse la perspectiva del sujeto acusado de acoso cuando la denuncia se revela finalmente falsa. Dado que ello puede afectar igualmente a sus derechos constitucionales y legales, el tratamiento del asunto por la Defensoría debe tomar esta circunstancia en consideración, advirtiendo de ello al denunciante al inicio mismo de la tramitación, y comunicando sus derechos al denunciado una vez que tome contacto con el mismo. La resolución que en su caso declare la inexistencia de acoso debería pronunciarse sobre este particular si durante la tramitación del expediente el acusado manifiesta su deseo de que así sea.

6. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Como síntesis de todo lo anteriormente apuntado, podemos consignar las siguientes conclusiones, que la Conferencia Estatal de Defensores Universitarios puede hacer suyas llegado el caso, a fin de dar traslado de su contenido a las correspondientes autoridades académicas:

1. El acoso laboral inflige una lesión a la dignidad de la persona y, por tanto, supone la violación de un derecho fundamental. Según los datos disponibles, en las universidades se manifiesta el acoso laboral con un nivel de recurrencia superior al resto de los sectores laborales, e incluso superior al resto del empleo público.
2. La grave situación de vejación a que se somete la persona acosada merece la máxima atención por parte de las autoridades académicas; pero también es preciso sensibilizarse ante eventuales acusaciones falsas de acoso, susceptibles de afectar igualmente a derechos constitucionales.
3. El mejor camino para erradicar esta conducta es la prevención, y la existencia de un Protocolo mediante el que gestionar los expedientes de acoso. Se trata de un instrumento de implantación voluntaria con excepción del acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, materia en la que su existencia es preceptiva (art.48 de la Ley Orgánica 3/2007).
4. Para su plena operatividad, el Protocolo debe aprobarse mediante el correspondiente instrumento jurídico: en el caso de las Universidades, acuer-

do del Consejo de Gobierno, por lo que respecta a su aplicación a los funcionarios públicos en el marco de su relación estatutaria; e incorporación al convenio colectivo, por cuanto se refiere a los empleados laborales.

5. La intervención de la Defensoría Universitaria en los expedientes relativos al acoso laboral se centrará en los siguientes aspectos:
 - a. Suministrar a las partes toda la información necesaria para evitar la lesión de sus derechos.
 - b. Ofrecer cauces extraprocesales de resolución del conflicto y promover acciones de mediación cuando las partes convengan en ello.
 - c. Velar por la erradicación de las conductas de acoso, especialmente en los asuntos sometidos a su consideración, adoptando las determinaciones oportunas para evitar la impunidad.
6. La principal dificultad que presentan los expedientes de acoso es la prueba de los hechos. La jurisprudencia es renuente a admitir la prueba indiciaria, pero las instituciones académicas, y en particular la Defensoría Universitaria, no están necesariamente condicionadas por valoraciones reduccionistas del aparato probatorio. La documentación de hechos constitutivos de hostigamiento (con la periodicidad e intensidad características de la conducta de acoso), asociados a un diagnóstico clínico de alteración psicológica significativa en el sujeto pasivo (depresión, ansiedad, trastorno adaptativo...), deberían conducir a la conclusión de que existe acoso, y a la adopción de las medidas correspondientes.
7. Las soluciones dispuestas por el derecho positivo son todavía limitadas e insuficientes. Se basan esencialmente en la imposición de sanciones disciplinarias, pero no articulan medidas adecuadas de movilidad. Aunque el marco legal de referencia es muy limitado, las defensorías universitarias pueden trabajar con esa solución en la medida que lo acuerden las partes con ocasión de procedimientos extrajudiciales de resolución del conflicto. En su defecto, la Defensoría Universitaria puede sugerir a los órganos ejecutivos la iniciación de expedientes disciplinarios dirigidos a remover en el empleo a la persona acosadora, e incluso instar la medida cautelar equivalente durante la instrucción del procedimiento.

Adoptando estas determinaciones quizá no consigamos plenamente el propósito proclamado en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero, en la medida de nuestras posibilidades, habremos contribuido a defender la dignidad de la persona y a mitigar el sufrimiento humano.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALTÉS TÁRREGA, A.J. (2008): *El acoso del trabajador en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (2006): *Guía sobre el acoso moral en el trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.
- CARO MUÑOZ, A.I. y BONACHERA LEDRO, M.I. (2010): “Un análisis práctico sobre el fenómeno del *mobbing* en la Universidad”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 20.
- CARO MUÑOZ, A.I. (2009): “Items de un modelo de protocolo frente al acoso en el ámbito universitario”, 25/09/2009, accesible en <http://www.todalaley.com> (última visita: 5 de octubre de 2010).
- CONDE COLMENERO, P. (2009): *El acoso laboral en el empleo público*, Comares, Granada.
- (2009b) “Propuestas para la mejora del tratamiento del acoso laboral en el EBEP: el reconocimiento de los derechos específicos a la movilidad geográfica y a la excedencia”, *Revista española de Derecho del trabajo*, nº 143, 2009.
- CORREA CARRASCO, M. (Coord.) (2006): *Acoso moral en el trabajo. Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- CORREA CARRASCO, M. y VALDÉS DE LA VEGA, B. (coords) (2007): *Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo*, Comares, Granada.
- DEL VALLE PASCUAL, JM., GÓMEZ-PANTOJA CUMPLIDO, J., NIETO NEIRA, S., y LLANOS ORTIZ ESPADA, M. (2005): *El fin del mobbing*, en VVAA, VI Seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria, Universidad de Málaga, 2005
- EINARSEN, S. y HAUGE, L. J. (2006): “Antecedentes y consecuencias del acoso psicológico en el trabajo: una revisión de la literatura”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, nº 22.
- ESCUADERO MORATALLA, J.F. y POYATOS MATAS, G.: *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*, Bosch, Barcelona.
- GAMERO CASADO, E. (2006): “Apunte sobre la mediación como técnica para la resolución de conflictos en el empleo público”, *Revista de Administración Pública*, nº 170.

- GAMERO CASADO, E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (coords.) (2006): *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones públicas*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla.
- GIMENO NAVARRO, M.A.; MEJÍAS GARCÍA, A.; y CARBONELL VAYÁ, E.J. (2009): *Protocolos sobre acoso laboral. Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2009): *La dignidad del hombre y el acoso psíquico en el trabajo que se presta en una Administración pública*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid.
- ISIDRO DE PEDRO, A.I.; MIRÓ AMETLLER, J. y NAVARRO SOLÉ, J. (2008): “Conclusiones de la Mesa de trabajo sobre acoso psicológico en la Universidad”, presentadas con ocasión del IX Encuentro Estatal de Defensores Universitarios, Oviedo, 12-14/11/2008 (accesible en <http://www.cedu.org> , última visita 05/10/2010).
- JURADO SEGOVIA, A. (2008): *Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid.
- JUSTICIA, F., BENÍTEZ, J. L. Y FERNÁNDEZ, E. (2006): “Caracterización del acoso psicológico en el contexto universitario”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, nº 22.
- LAFUENTE BENACHES, M. (2008): “Las prohibiciones de discriminación y acoso en la función pública”, *Revista española de Derecho administrativo*, nº 138.
- LEYMANN, H. (1990): “Mobbing and psychological terror at workplaces”, *Violence and Victims*, nº 5 (2).
- LORENZO DE MEMBIELA, J.B. (2007): *Mobbing en la Administración. Reflexiones sobre la dominación burocrática*, Bosch Editor, Barcelona.
- MARCOS GONZÁLEZ, J.I. y MOLINA NAVARRETE, C. (coords.) (2007): *El mobbing en las Administraciones públicas: cómo prevenirlo y sancionarlo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- MARTÍNEZ ABASCAL, V.A. (2008): *El acoso moral en el trabajo: claves para su protección extrajudicial*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MOLINA NAVARRETE, C. (2007): *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: de las normas a las prácticas forenses*, Bomarzo, Albacete.

- (2008) *El Acuerdo Marco Comunitario para la gestión del acoso y violencia en el trabajo*, Bomarzo, Albacete.
- NAVARRO NIETO, F. (2007): *La tutela jurídica frente al acoso moral laboral*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- PEÑASCO, R. (2005): *Mobbing en la Universidad*, Ahara Publicaciones, Madrid.
- PIÑUEL Y ZABALA, I. (2004): Informe CISNEROS V. La incidencia del mobbing o acoso psicológico en el trabajo en la Administración (AEAT e IGAE), Madrid (accesible en <http://www.acosomoral.org/pdf/informeCisnerosV.pdf> ; última visita el 5 de octubre de 2010).
- (2003) Reseña sobre el Informe CISNEROS IV, publicada en Mobbing Opinion el 12 de febrero de 2003, y accesible en <http://mobbingopinion.bpweb.net> (última visita: 05/10/2010)
- ROGERS, K.A. y CHAPPELL, D. (2004): *Prevención y respuesta a la violencia en el trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-OIT, Madrid.
- SERRANO OLIVARES, R. (2005): *El acoso moral en el trabajo*, CES, Madrid.
- VELASCO PORTERO, M.T. (dir.) (2010): *Mobbing, acoso laboral y acoso por razón de sexo. Guía para la empresa y las personas trabajadoras*, Tecnos, Madrid.