

LA TUTELA PENAL FRENTE AL ACOSO MORAL EN EL TRABAJO: VENTAJAS E INCONVENIENTES DE UNA ESTRATEGIA DE DEFENSA POSIBLE

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Jaén

ABSTRACT

■ *Tan erróneo como creer que no existe en el Estado español una legislación penal adecuada para reprimir el acoso moral en el trabajo sería creer que sólo la penal es la forma eficaz de luchar contra esta lacra socio-organizativa. En consecuencia, procede conocer las ventajas pero también los inconvenientes que tiene esta singular estrategia de defensa jurídica contra el acoso moral. Éste es el objetivo del trabajo aquí realizado.*

■ *Estatu espainiarrean laneko jazarpen morala zigortzen duen legeria penal egokirik ez denik bezain uste okerra izango litzateke gizartearen antolakuntzan ageri den gaitz horren aurkako borrokarako era bakarra zigorraren bidezkoa dela pentsatzea. Ondorioz, bidezkoa gertatzean da jazarpen moralaren aurkako defentsa juridikoaren estrategia bitxi horrek dituen abantailak eta desabantailak zein diren jakitea. Horixe da hemen egin den lanaren helburua.*

■ *It is not true that spanish Crimminal Law doesn't have a convenient regulation for repressing the mobbing at workplace but, at the same time, it is nor the better neither the only one. This article try to explain the advantages and disadvantages of this strategie for avoiding and penalizing this social scourge of XXI century.*

1. Introducción

Entre los muchos tópicos o lugares comunes, buena parte de ellos completamente falsos y que tanto la investigación como la experiencia deberían erradicar en el menor tiempo posible, que pueblan los análisis jurídicos —y no jurídicos— sobre el acoso moral en el trabajo dos me han llamado especialmente la atención desde hace tiempo. Uno de ellos, el más peligroso sin duda, es el que cree poder derivar de un hecho o dato objetivo, la inexistencia de una legislación «específica» que tutele frente a estos comportamientos tan degradantes de la condición humana, sea del autor o autores de la conducta, sea de sus cómplices, activos o silentes, sea de la persona o personas afectadas (víctimas), otro dato aparentemente no menos incontrovertible, como es la ausencia en el Estado español de una *tutela jurídica adecuada* para reaccionar frente al acoso desde el Derecho vigente.

El otro se concreta en la difundida convicción según la cual, de existir tal tutela específica, bien de *lege ferenda* —vía reforma legislativa— bien de *lege data* —vía interpretativa— su ámbito más adecuado debería ser el penal, por cuanto un comportamiento tan ofensivo para las más elementales bases del Estado de Derecho sólo puede ser correctamente tratado, al menos en la gran mayoría de los comportamientos realmente constitutivos de «acoso moral en el trabajo», desde el Derecho Penal. La eficacia de la tutela pasaría pues, como regla general, por la activación del entero entramado normativo e institucional que delimita y pone en marcha el *ius puniendi* del Estado, pero no ya en su dimensión administrativa —Derecho Administrativo Sancionador—, en la que, con mayor o menor razón, las personas víctimas de acoso poco o nada, o cada vez menos, creen, sino en la más auténtica de sus manifestaciones: la penal. Si el Derecho Penal se muestra no ya sólo como el «mínimo ético» de una sociedad civilizada, sino como una suerte de «Derecho Constitucional negativo», la prohibición de los procesos de violencia psicológica en el trabajo que encierran las situaciones de acoso moral en el trabajo deberían tener su ámbito «natural» de tipificación en el Código Penal.

De la conjunción de ambos tópicos o lugares comunes surgiría un tercero, a mi juicio no menos pernicioso y equivocado, según el cual en el Derecho positivo o actual no encontramos tipos penales que de forma específica y eficaz ofrezcan esa ansiada, inexcusable y urgente tutela frente al acoso moral en el trabajo. Los mismos principios peculiares y restrictivos que caracterizan, desde antaño, el

Derecho Penal, a comenzar por los principios de legalidad y de intervención mínima, militarían en contra de una interpretación «extensiva» de los vigentes tipos para punir o sancionar penalmente tales conductas. En consecuencia, se echaría particularmente de menos en el Código Penal, no obstante su «modernidad» y las innumerables reformas introducidas en él en los últimos años —las hoy proyectadas son un ejemplo claro de esta movilidad normativa—, una tipificación expresa del acoso moral en el trabajo, a diferencia de lo que sucede con su modalidad sexista: el acoso sexual (art.184 C.p.), especie de un género más amplio.

Pues bien, en mi opinión, como ya he adelantado, ninguna de estas convicciones, todavía hoy demasiado difundidas aunque afortunadamente cada vez más en regresión, responden a la auténtica realidad de nuestro Derecho, tanto en su dimensión estrictamente normativa como práctica. Puesto que no me compete en este lugar el análisis de la primera, aquí me centraré en analizar con cierto detenimiento las otras dos.

Esta doble tarea desmitificadora se concretaría en las siguientes aserciones o tesis. Por un lado, *si existen tipos penales adecuados a los que reconducir el acoso moral en el trabajo*, sin que para tal aseveración sea en modo alguno obstáculo la ausencia de una referencia expresa. Por lo tanto es un grave error dirigir los esfuerzos del movimiento *antimobbing* preeminentemente a conseguir una reforma del Código Penal que incluya expresamente el acoso moral, como sucediera en su momento con el acoso sexual. En este sentido, si en abstracto puedo coincidir con quienes consideran conveniente tal tipificación específica conviene saber igualmente que ni es estrictamente necesaria ni está exenta de dificultades y riesgos, como ilustran otras legislaciones y experiencias jurídicas comparadas, en las que se ha actualizado el dicho popular —«es peor el remedio que la enfermedad»—, concretado técnicamente en lo que se denomina «victimización secundaria» o *victimización institucional*.

Por otro lado, conviene igualmente saber que en determinados casos la tutela penal es la más adecuada, y en esta vía hay que concentrar, si no todos, si la mayor parte de los esfuerzos de una estrategia jurídica de defensa eficaz. Pero me parece igualmente oportuno tener bien presente que ni en todos los casos la vía penal es posible, ni siempre que es posible es la más recomendable en el plano práctico, especialmente para los intereses de la persona afectada, que es lo que realmente cuenta. De ahí que, en mi condición de iuslaboralista —que ni quiero ni puedo ocultar—, me haya parecido especialmente oportuno aceptar el reto o desafío que supone analizar tanto los pros —ventajas o beneficios— como los contras —costes o inconvenientes— de un ámbito de tutela tan singular. El elevado riesgo de incomprensión y crítica que tal opción pueda suscitar, especialmente entre aquellos fervientes partidarios de la tutela penal —entre los que no milito—, quedaría plenamente compensado para mí si con este trabajo puedo aportar nuevos elementos tanto para la discusión como, sobre todo, para la

acción o práctica. En cuanto al discurso analítico acompaño mi propia experiencia de asesor, aunque informal, en diversos asuntos reconducidos por esta vía, incluido un Recurso de Amparo contra un Auto de la Audiencia Provincial de Granada que inadmite una querrela por acoso moral, pendiente de trámite ante el TCo.

2. El acoso moral en el trabajo como ilícito tipificado en el Código Penal vigente

Ciertamente son pocas las legislaciones europeas que cuentan con una regulación específica para afrontar el acoso moral en el trabajo, al tiempo que se revelan equívocas las indicaciones provenientes de las instituciones comunitarias, que parecen haber renunciado a un instrumento normativo comunitario específico. Pero no menos cierto es que, en mi opinión, las opciones de política jurídica que triunfarán, a medio o largo plazo, será la de aquellos países que han afrontado el problema de la regulación desde una perspectiva integral y, por tanto, pluriofensiva contra el acoso moral —ej. Suecia, Francia, Bélgica... De este modo, en coherencia con la propia complejidad de la conducta, no ya en el ámbito extrajurídico, sino también en el jurídico, se tiende a suministrar una tutela que abarque tanto aspectos preventivos —el acoso como riesgo profesional— cuanto retributivos, incluido el castigo penal —el acoso como delito de violencia psicológica.

Desde esta perspectiva, es fácilmente comprensible que distintos Estados miembros de la UE —ej. Italia— que aún no cuentan con una legislación específica, la inmensa mayoría, hayan iniciado diferentes propuestas legislativas para introducir un tipo penal específico que castigue o sancione al acosador o acosadores. Así ha sucedido igualmente en España, si bien al proceder la iniciativa de la Oposición la propuesta fue rechazada por el Congreso de los Diputados. Precisamente, y en términos análogos a como ha entendido recientemente la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social respecto a la legislación preventiva —CT 34/2003—, ciertos sectores de Opinión y determinados investigadores han creído poder concluir, si bien sobre perspectivas y pretensiones bien diferentes, incluso opuestas, que en nuestro ordenamiento jurídico el acoso moral en el trabajo no está tipificado en el Código Penal, por lo que sólo con un gran esfuerzo interpretativo podría reconducirse a algunos de sus ilícitos.

Nuestra discrepancia con esta orientación interpretativa excluyente de la tipicidad penal del acoso moral en el Estado español no puede ser mayor. Desde luego que la prohibición del acoso moral como conducta netamente antijurídica que es no exigiría necesariamente, como antes se señaló, su inclusión en el Código Penal, en la medida en que existen otras vías de tutela, más accesibles a

la vía interpretativa e incluso en ocasiones más eficaces como luego veremos. Los propios principios peculiares que rigen este particular ámbito jurídico —legalidad, intervención mínima, tipicidad, culpa... se oponen clásicamente a cualquier intento de interpretación extensiva y, mucho más analógica, de tales tipos para «forzar» la inclusión del acoso moral en el trabajo. Sin embargo, una lectura no apresurada y no sesgada, esto es, libre de prejuicios, del Código Penal vigente arroja con facilidad, incluso con «naturalidad» nos atreveríamos a decir, una conclusión bien diferente: *el Código Penal español tipifica de forma razonablemente adecuada y correcta el acoso moral en el trabajo, por lo que no precisa ningún tipo específico a tal fin.*

No obstante su rechazo, afortunadamente añadiría sin temor alguno a errar, un mínimo comentario de la Proposición socialista —BOCG, Congreso, 23.11.2001— arrojaría bastante luz de los riesgos de una legislación específica precipitada. En efecto, a tenor de esta fallida, aunque bienintencionada, propuesta se pretendía incluir un nuevo artículo 314 bis:

«1. Los que, mediante reiterado acoso moral o psicológico, degraden o consientan que se degraden las condiciones de trabajo de alguna persona y no cesen o adopten las medidas que eviten el mismo, tras requerimiento o sanción administrativa, serán castigados con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis» (el apartado 2.º doblaba las penas cuando concurriese prevalimiento de una relación de superioridad)

Como puede comprobarse, además de los errores técnicos que acumula la definición del tipo, por cuanto resulta por un lado reiterativo —todo acoso es ya un proceso reiterado— y por otro inespecífico —se deja indefinida la conducta apostando por un resultado extremadamente amplio—, contiene unas penas que más resultan un «incentivo» o estímulo que un castigo mínimamente retributivo del injusto, por supuesto nada disuasorio. Tanto las legislaciones europeas que lo contemplan como la legislación española vigente cuentan ya con penas superiores, por lo que no falta razón a quienes han visto en esta propuesta una auténtica «despenalización» del acoso moral en el trabajo (Blanco, M.J.; López, F.J., 2002).

A la vista de la comprensión que hoy se tiene tanto del concepto de acoso moral en el trabajo —más bien el tipo normativo— cuanto del fundamento de la tutela —protección de la salud laboral y de la integridad moral—, y al margen de las evidentes dificultades para llegar a una definición suficientemente consensuada, parece claro que *el verdadero problema no reside en discernir si está o no tipificado en el Código Penal, sino más bien en determinar cuál de los diversos tipos penales existentes permite aferrar mejor los elementos del proceso de violencia psicológica y moral en que se concreta el acoso laboral y, por tanto, aporta una mejor respuesta para afrontar jurídicamente la defensa contra el mismo.* Aunque la solución no será única o uniforme en todos los casos, pues dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, entiendo que existen algunos tipos que,

en abstracto o *a priori*, resultan más adecuados que otros («muchos son los llamados pero pocos los elegidos»). Haré una breve enumeración de los posibles tipos penales que pueden verse comprometidos con el acoso moral, para centrarme siquiera sucintamente en los dos que a mi juicio resultan más característicos e incluso menos problemáticos desde el punto de vista interpretativo, no obstante las importantes discrepancias doctrinales y judiciales al respecto.

Respecto a la referida enumeración o mapa de tipos penales a los que reconducir el acoso moral en el trabajo, lo primero que conviene indicar es que todas las posibles opciones interpretativas tienen autorizados valedores, tanto en el plano de la investigación doctrinal cuanto de la experiencia forense, judicial y fiscal. Así, mientras no faltan Fiscales y Jueces que han entendido que la vía más adecuada para exigir la penalización de estos comportamientos es la de los *delitos —o faltas— de coacciones y amenazas* (arts. 169-172 Cp), otros entienden que el canal más apropiado para plantear y obtener el castigo penal es el de los delitos de resultado, como son los *delitos —o faltas— de lesiones y/o daños* previstos en los arts. 147 o 149 C.P., tal y como revelan las informaciones publicadas sobre las Instrucciones ya en curso. Del mismo modo, nos encontramos con Jueces y Fiscales que apuestan claramente por la reconducción del acoso moral por el ámbito de *los delitos contra los derechos de los trabajadores*, tanto en su dimensión estrictamente laboral (art. 311) —SJS n.2 de Girona, 2002— cuanto de seguridad y salud en el trabajo (art. 316-318), mientras que otros apuestan por el recurso a la vía de los *delitos contra la integridad moral de la persona* (art. 173-175), incluso los delitos —o faltas— contra el derecho fundamental al honor, como son los *delitos de injurias* (art. 208)

Quizás pueda sorprender a primera vista el aluvión de tipos penales al que se puede hacer, y se ha hecho, uso para perseguir el acoso moral en el trabajo. Incluso, como luego se destacará, esta diversidad de posibilidades están suponiendo un serio obstáculo en la práctica, por cuanto su frecuente invocación simultánea en buena parte de las querellas presentadas ha servido para justificar una actitud abstencionista por parte de los Jueces, que han basado su incredulidad sobre las alegaciones presentadas en la multiplicidad de conductas delictivas. En mi opinión, y a poco que se repare un poco en el contenido de la conducta de acoso, tal diversidad es perfectamente comprensible atendiendo tanto al concepto de acoso como al fundamento de su tutela jurídica, esto es, atendiendo a los bienes jurídicos a proteger de las lesiones o vulneraciones que supone el acoso moral

En efecto, por un lado, si en algo hay pleno consenso en los análisis sobre acoso moral en el trabajo es que no consiste en un hecho aislado, en un acto puntual, sino en un proceso de denigración profesional y personal del trabajador constituido por una multiplicidad de conductas o comportamientos por parte del agresor o acosador. Así, mientras unos describen hasta 45 tipos de tácticas de acoso (Leymann, 1997; NTP 476/1998), otros elevan esta cantidad a 60 (González de Rivera, 2003). Entre estos comportamientos se incluyen aquellos relati-

vos a un ejercicio abusivo de los recursos y normas que integran la organización del trabajo, los ataques a la vida privada del acosado y a sus propios valores de comportamiento, con el consiguiente deterioro tanto de su reputación personal —difamación— como de sus relaciones sociales, así como diversos actos de intimidación y violencia, tanto verbal como, en ocasiones, física... La creación de un ambiente humillante, intimidatorio y amenazador es consecuencia, pues, de una pluralidad de actuaciones que bien pueden encuadrarse, a menos *prima facie* o a primera vista, en otros tantos tipos penales, bien constitutivos de delito bien de falta. El principal problema será probar que efectivamente tienen todos ellos la suficiente entidad como para encuadrarse en tales tipos, lo que en ocasiones frecuentes es harto difícil, por lo que habrá que seleccionar más concreta y precisamente el tipo o tipos a invocar.

Por otro lado, parece cada vez más admitido por la doctrina judicial que en el supuesto de acoso moral nos encontramos con un tipo de conducta pluriofensiva, esto es, susceptible de lesionar una pluralidad de bienes jurídicos protegidos, en realidad tantos como comportamientos o estrategias de acoso tenemos. En este sentido, no puede sorprender que las sentencias que acogen el concepto, bien dando la razón a la parte actora bien negándola en el caso concreto, tienden a invocar una amplísima secuencia o gama de preceptos para ejemplificar o ilustrar la extensa tutela que nuestro ordenamiento ofrece frente al acoso moral. En consecuencia, atendiendo a la pluralidad de bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento es igualmente explicable que puedan invocarse, al menos en principio, sendos tipos penales, por cuanto cada uno de ellos está orientado a la tutela de diferentes derechos de los trabajadores: derechos fundamentales como el honor, la intimidad o la integridad moral, incluso la no discriminación, o derechos básicos como la dignidad del trabajador, la salud, física y psíquica del trabajador, el derecho al trabajo, incluida la ocupación efectiva...

Ahora bien, puesto que a falta de un tipo específico que expresamente incluya el acoso moral como delito habrá que acudir a los tipos genéricos dispuestos en el Código Penal, parece claro que la selección de los más adecuados debería realizarse en atención a los *bienes jurídicos más específicamente vulnerados* por el acoso moral en el trabajo. A este respecto, no creo errar cuando identifico una orientación jurisprudencial marcadamente orientada a definir dos ámbitos diferenciados, aunque complementarios plenamente, de tutela. Por un lado, la *protección de la salud laboral*, desde un concepto integral de la misma —equilibrio físico, psíquico y social—, tal y como es recibido en el moderno ordenamiento de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en la LPRL y su bloque normativo, por otro, *la tutela del derecho fundamental a la integridad moral* (art.15 C.E.)¹.

¹ *A título ejemplificador vid. STSJ Canarias/ Santa Cruz de Tenerife, 25.2.2003*

En consecuencia, entiendo que los tipos penales más apropiados, y plenamente compatibles dado el diverso fundamento jurídico de la tutela, para reconducir la protección frente al acoso moral en el trabajo son:

- *Los delitos contra la salud laboral.*
 - a) *Delitos de riesgo:* el delito de peligro para la salud psíquica del trabajador (art. 316-318 C.P.).
 - b) *Delito de resultado:* el delito de lesiones y/o daño a la integridad psicofísica del trabajador (arts. 147 y 149 C.P.).²
- *Los delitos contra la integridad moral.*³
 - a) tipo genérico (art. 173 C.P.).
 - b) tipo cualificado por el sujeto acosador —funcionario público— (art. 175 C.P.)

3. El haber de la estrategia: las ventajas de la tutela penal

Como puede fácilmente desprenderse de lo hasta aquí dicho, parece clara la equivocación de cualquier análisis que parta de un planteamiento radicalmente dicotómico, tan simple como inefectivo: ¿tutela penal sí o tutela penal no? A mi juicio, aceptado ya sin tapujo alguno que el acoso moral en el trabajo está tipificado en el Código penal español, sólo las circunstancias concurrentes en cada caso podrán determinar la corrección y/o oportunidad de seguir o no tal vía. En la medida en que no todos los procesos de acoso moral tienen la misma gravedad, en atención a su *modus operandi* o estrategia de acoso y resultados, habrá que analizar individualizadamente las situaciones para planificar e implementar esta acción jurídica. La persona que decida dar este paso debe tener los datos necesarios para poder prestar un «consentimiento suficientemente informado».

Las ventajas de la eventual acción penal son conocidas y van más allá del indudable «valor simbólico» que una condena de este tipo tiene. En el *plano institucional* supondría contar, en pura teoría pues aparece fuertemente contestado

² Incluso podría pensarse, en los casos más dramáticos y extremos, en el homicidio cuando concurra una «autolesión» fatal o definitiva orientada por el acoso moral («suicidio» provocado o inducido por comportamiento culposo o doloso). Recuérdese que el suicidio ya ha sido calificado como accidente de trabajo. vid. *STSJ Cataluña 30.5.2002*.

³ Aunque sin compartir enteramente sus apreciaciones -en algunos puntos quizás excesivamente voluntaristas, que bien requerirían a mi juicio un análisis más detenido-, considero que la mejor construcción al respecto está en Blanco Barea, M.J. y López Parada, F.J. «*Argumentos Jurídicos para proteger penalmente a las víctimas del acoso moral (mobbing)*». *La Ley*, 25.3.2002, <http://www.laley.net>

en la práctica, con un amplio y experimentado entramado de recursos materiales y personales orientados a la investigación de la realidad del proceso de acoso y a sostener públicamente, mediante la Fiscalía, la acusación ante un Juez —sin perjuicio de la necesaria cooperación de la persona afectada mediante denuncia y/o querrela. Un conjunto de recursos que, en virtud de la lamentable actualidad de temas análogos como la violencia psicológica en el ámbito familiar o el acoso sexual, estarían experimentando una significativa extensión y renovación (ej. extensión de la tutela cautelar; incremento de la rapidez de los procesos). Las dificultades de prueba, ante el silencio que suele rodear estas situaciones hacen oportuna esta llamada al MF, hoy en tela de juicio por lamentables actuaciones de varios de sus «Jefes», que encontrarían un nuevo ámbito de intervención, si no «especializada» sí específica.

En el plano estrictamente práctico, qué duda cabe que la posibilidad de verse sentado en un «banquillo» y de ser condenado a una «sanción penal» correspondiente a un delito, incluida la propia amenaza de la pena privativa de libertad de varios años —irreal en la actual práctica forense pero normativamente descrita—, puede tener unos *efectos realmente «disuasorios» y de prevención*, tanto particular como general, muy superior a otras condenas, como la indemnización laboral y/o civil. La misma posibilidad de *exigir en el mismo proceso no ya sólo la tutela civil derivada de la penal, que puede ahorrar tiempo y dinero para alcanzar objetivos que de otro modo obligaría a un largo peregrinar de jurisdicciones, sino incluso las denominadas «sanciones penales accesorias»*, como por ejemplo la inhabilitación para el ejercicio de funciones, muy «valoradas» por las personas que han sido víctimas de acoso por funcionarios o cargos públicos, milita claramente a favor de esta estrategia. Como fomenta igualmente esta opción la mayor viabilidad que encuentra la exigencia de otras responsabilidades, como la disciplinaria, especialmente en el ámbito de las AA.PP., cuando previamente ha concurrido una sentencia condenatoria en lo penal.

4. El debe de la estrategia: los inconvenientes

Ahora bien, tan importantes o, a mi juicio, quizás más, son los inconvenientes, o mejor, las dificultades u obstáculos a superar en esta singular vía. El primer grupo son claramente normativas, y se concretan, entre otras en las características técnicas que prestan la especificidad de la técnica penalista, como son los requerimientos exigentes del *principio de legalidad* —presupone un tipo penal claro y preciso que delimite el comportamiento prohibido— y el *principio de intervención mínima* —presupone la autocontención tanto del legislador como, más problemáticamente, del juez a la hora de reconducir una situación antijurídica al Código Penal, por cuanto éste es y deber permanecer una última ratio o vía extrema. A

estos principios hay que sumar el importantísimo derecho que aún hoy sustenta esta rama jurídica: el derecho a la presunción de inocencia ex art.24 C.E.

En consecuencia, ni cabe pretender interpretaciones extensivas de tipos penales para aferrar nuevos supuestos de la realidad que no encajen adecuadamente en el tipo, ni parece realista confiar en la tutela penal si no se acredita de forma fehaciente, para los supuestos de acoso moral, un *concreto plan dirigido de modo específico e intencionado a producir un grave maltrato psicológico*. Como la propia SAP de Avila, 3.4.2000, recoge en sus fundamentos, la concurrencia de cualquiera de los supuestos de «maltrato», sea trato inhumano o torturador sea vejatorio o degradante precisa siempre de la prueba de un «plus» de «perversidad y maldad», sin perjuicio de reconocer la diferente entidad o trascendencia de estas conductas. La prueba de un ánimo específico, aun siendo normal no es condición necesaria para obtener la tutela en otros ámbitos, como el laboral, contencioso-administrativo. La paralela exigencia de una cierta gravedad hace que sea muy elevado el riesgo de derivar la situación simplemente hacia una falta, tal y como sucede en la práctica forense actualizándose lamentablemente tal temor, por lo que los efectos de una «victimización secundaria» o derivada de las frustraciones del propio proceso pueden tener efectos agravantes para la ya delicada situación, física, psíquica y anímica de la persona afectada («*aún ganando se puede perder*»).

Precisamente, por la influencia tan «pesada» de esta tradición se puede explicar la disociación que existe entre la actual representación normativa de la legalidad penal y su aplicación práctica: la proliferación de tipos penales en blanco —que remiten a ordenamientos no penales para conocer el tipo, como la prevención de riesgos laborales o el ordenamiento laboral, o el derecho ambiental... y los tipos de peligro o riesgo concreto para bienes fundamentales chocarían con una fuerte resistencia de los intérpretes institucionales, Fiscales y Jueces —también abogados— para reconducir por la vía penal estos comportamientos anti-jurídicos. Desde una auténtica, aunque criticable, perspectiva de «economía de opción», Fiscales y Jueces suelen coincidir en el favor por la tutela contencioso-administrativa o laboral para hacer frente al acoso, reservando para el ámbito penal las situaciones más lacerantes del derecho la integridad moral (vid. SAP Avila en aplicación de la doctrina de las SsTS, Sala 2.^a, 18.1.1999 y Sala 5.^a, 23.3.1993).

Los problemas probatorios no sólo derivan del juego intenso que en esta vía tiene la presunción de inocencia, que exige una importante actividad de cargo para conseguir que la imputación termine en condena concreta de los acosadores, como agresores psicológicos, sino de la misma dificultad de la declaración de la víctima como única prueba de cargo, como por ejemplo sí ha sucedido en conocidas decisiones relativas a acoso sexual —ej. caso Nevenka. En efecto, el deterioro continuado de la relación entre las personas implicadas,

acosador o acosadores y víctima o víctimas (también puede ser un grupo), a lo largo del dilatado proceso de acoso puede hacer en muchas ocasiones difícil, si no imposible, que concurra unos de los presupuestos (credulidad subjetiva por exclusión de un móvil de resentimiento, enemistad o venganza de quien aparece como víctima).

5. Valoración final

No quisiéramos terminar en absoluto con una visión pesimista este trabajo. Al día de hoy existe más de una treintena de causas en tramitación en todo el territorio del Estado español por conductas denunciadas como acoso moral en el trabajo, lo que deja claramente de manifiesto que la tutela penal existe y que, pese a la falta de condenas por delito —sí hay algunas ya por falta—, es plenamente viable. Lo que perseguimos con este trabajo, necesariamente sucinto pero espero que clarificador, es dejar constancia nítida de dos realidades jurídicas, al menos a nuestro juicio. En primer lugar, la viabilidad y eficacia de la tutela penal frente al acoso moral en el trabajo no depende tanto de una reforma del Código, cuanto de una adecuada formación de sus intérpretes y una decidida voluntad aplicativa, por lo que es una cuestión más técnica que política. En segundo lugar, es obligado reconocer, a mi juicio, que ni con la legislación vigente ni con una específica venidera resultara realista, ni útil, pensar en la vía penal como panacea para resolver esta patología socio-organizativa de los ambientes de trabajo.

En consecuencia, entendemos que la vía penal no debe ensayarse a título de experimento o punta de lanza sino como una decisión consciente y realista para aquellas situaciones que evidencian, en atención a las circunstancias, una gravedad digna de sancionarse con el máximo castigo: el penal. Pero sería un error olvidar no ya los «costes» de esta vía de defensa sino los «beneficios» de otras, como las preventivas y las propiamente «reparadoras» que podrían verse perjudicadas por una inadecuado recurso a la vía penal, sin duda posible hoy y exigible