

EL MOBBING DESDE LA PERSPECTIVA SOCIAL, PENAL, MILITAR Y ADMINISTRATIVA

Ángel Juanes Peces

Vicepresidente del Tribunal Supremo

Curso: “Delitos de Acoso”

Fecha: 12 al 14 de marzo de 2018

Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

RESUMEN	3
1. CONSIDERACIONES GENERALES. CONCEPTO DE MOBBING: DEFINICIONES PSIQUIÁTRICAS Y ACADÉMICAS	4
2. EL MOBBING DESDE LA PERSPECTIVA LABORAL. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA	8
3. EL MOBBING EN EL DERECHO PENAL: CONDUCTAS DELICTIVAS. ANÁLISIS DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL: PROBLEMÁTICA DEL ACOSO SEXUAL VERTICAL.....	9
4. ACOSO MORAL EN EL ÁMBITO LABORAL. CONCEPTO Y REQUISITOS.....	14
5. EL MOBBING EN EL ÁMBITO CASTRENSE. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES VIGENTES: ARTS. 47 Y 48 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR	17
6. CONCLUSIONES.....	19
BIBLIOGRAFÍA.....	20



Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN

Esta ponencia tiene el objeto principal de analizar el mobbing desde sus muy variadas perspectivas.

En primer lugar, llevaremos a cabo una primera aproximación al tema y expondremos unas consideraciones generales sobre el mobbing como fenómeno. Así, se analizarán los conceptos social, vulgar y jurídico y se hará una referencia a la inexistencia de definición legal al respecto. También se enumerarán y describirán brevemente las diferentes formas de mobbing y tipologías de conductas.

En segundo lugar, nos referiremos al mobbing en el ámbito laboral: su concepto, notas comunes y el tratamiento jurisprudencial del mismo, haciendo especial hincapié en la diferenciación entre la infracción disciplinaria laboral y el ilícito penal

A continuación, profundizaremos en el Derecho penal y el fenómeno del mobbing en sus diferentes modalidades: acoso laboral, acoso sexual, acoso inmobiliario y bulling. Así, analizaremos el delito de acoso laboral, tipificado en el art. 173.1.2 CP, y los requisitos exigidos por la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo y, más en concreto, a la problemática de su consideración como delito de actividad o de resultado. También trataremos el delito de acoso sexual, reflejado en el art. 184 CP: su concepto así como las especialidades del mismo en el ámbito funcional.

Por último, nos referiremos al mobbing en el ámbito castrense, haciendo un balance del estado actual de la cuestión y detallando su regulación actual contenida en el Código penal militar de 2015, a cuyo objeto analizaremos el art. 47 de dicho texto legal.

El estudio del mobbing desde las diferentes perspectivas mencionadas nos llevará a concluir que se trata éste de un fenómeno social que va en aumento y que requiere para su erradicación una respuesta jurídica y, sobre todo, de prevención en el ámbito educativo y muy especialmente en el campo empresarial a través de los programas de cumplimiento.

1. CONSIDERACIONES GENERALES. CONCEPTO DE MOBBING: DEFINICIONES PSIQUIÁTRICAS Y ACADÉMICAS

Algunas expresiones encierran, al margen o por encima de su significado descriptivo, una connotación emotiva, porque al emplearlas provocan ciertas reacciones en sus destinatarios, en la medida que evocan un sentimiento ligado a un efecto o consecuencia.

Tal ocurre con la palabra “mobbing”, que se ha generalizado en el lenguaje ciudadano común no con un significado técnico, ni siquiera descriptivo, sino sobre todo emotivo.

Cuando hacemos uso de este término, en seguida lo asociamos con una situación de abuso, rodeada de connotaciones desfavorables: coacción, asedio, prepotencia, humillación, acoso, presión... en definitiva, persecución y arbitrariedad.

En el lenguaje coloquial se habla de *mobbing* ante situaciones de abuso en el ámbito laboral, en el colegio, en las relaciones de vecindad, término que, desligado de cualquier tecnicismo persigue despertar una emoción, que se mueve entre la empatía con quien sufre el acoso y el reproche contra quien lo impulsa, promueve o realiza.

En este escenario enseguida se comprende que la generalización del vocablo en contextos tan diferentes comporta el riesgo de que por abarcar con él tantas cosas acabe por perder su significado técnico, se banalice y diluya en un repertorio de vaguedades.

Por eso, conscientemente me he referido campo de los sentimientos, pero lo he hecho, precisamente, para reflexionar a continuación sobre la necesidad de que los juristas trascendamos ese contexto genérico, impreciso y emocional en que se utiliza habitualmente el término y tratemos de incardinarlo en una acepción técnica, objetiva y jurídicamente rigurosa.

De ello, dependerá la utilidad de la respuesta del derecho frente a un gran número de situaciones absolutamente execrables.

La primera dificultad que entraña la aproximación a este fenómeno es la ausencia de una definición transversal que pueda ser empleada, desde el punto de vista jurídico, en distintos ámbitos o disciplinas del derecho. Carecemos, pues, de una definición general y omnicomprendiva y, de hecho, muchas de las acotaciones que se han sugerido casi siempre se formulan conforme a enunciados abiertos.

Tampoco el argumento etimológico clarifica las cosas. En efecto, como es sabido, la palabra “mobbing” proviene del inglés, concretamente de la palabra “mob”, que alude a una multitud

exasperada y violenta o, en fin, a una “turba” o “muchedumbre de gente confusa y desordenada”

De este modo, el origen etimológico de la palabra que nos ocupa hace referencia a una actuación de índole colectiva o grupal dirigida a presionar o amedrentar. Ahora bien, ello no se corresponde totalmente con el lenguaje jurídico, pues si bien la palabra “mobbing”, básicamente se refiere a una modalidad de acoso, es sabido que no tiene por qué ser tumultuario, al ejercerse y padecerse en muchas ocasiones de forma aislada e individual, es decir, por una sola persona o un grupo reducido de ellas, aprovechando una situación de prevalencia, que hace eficaz la presión coactiva sobre el acosado.

La Real Academia de la Lengua -aunque el término acoso sexual ya estaba reconocido- no introdujo el término “acoso laboral” hasta el año 2005, definiéndolo como “práctica ejercida en el ámbito del trabajo y consistente en someter a un empleado a presión psicológica para provocar su marginación.”

Dicho lo anterior dado que en esta ponencia he de abordar el tratamiento jurídico de este fenómeno desde una perspectiva poliédrica, penal, militar, administrativa y social, a continuación intentaré desgranar algunas notas comunes que caracterizan al mobbing en las distintas regulaciones que existen.

Y en este sentido, dos aspectos fundamentales parecen evidenciarse desde prácticamente todas las perspectivas del ordenamiento jurídico que abordan esta cuestión. Por un lado, se observa coincidencia en la duración y la reiteración en el tiempo de los actos de abuso y, por otro lado, en la mayor parte de las ocasiones existe una asimetría en la relación entre acosador y acosado.

En efecto, el acoso típico del mobbing no se produce entre iguales, al contrario, la persona víctima del mismo se sitúa en posición de inferioridad, *de iure* o *de facto*, respecto del acosador.

Ahora bien, aun cuando por lo general el acosador se ubica en un nivel de la estructura superior al del acosado (acoso descendente), no cabe descartar la posibilidad de un *mobbing* ascendente, por ejemplo, cuando varios subordinados se conciertan para denigrar a su superior.

También el ataque puede proceder de los propios compañeros de trabajo (acoso horizontal).

En todo caso, lo que importa es que como consecuencia de esa situación de prevalencia se produzca el efecto pretendido de forzar el alejamiento, primero, y el abandono, después, del puesto de trabajo de la víctima del mismo.

Desde la perspectiva teleológica o del móvil que lleva al acosador a actuar así, hay que distinguir el verdadero *mobbing* de otras conductas en las que se ejerce un abuso pero no se pretende la expulsión del afectado del grupo profesional, como es, por ejemplo, el caso del llamado acoso sexual, sin perjuicio de que este pueda derivar posteriormente en un auténtico *mobbing*, por ejemplo, por causa de la frustración del acosador sexual que no ha conseguido sus propósitos.

Por eso, a la hora de valorar la existencia de un *mobbing* no hemos de fijarnos tanto en la motivación o intención última causante del acoso como, más bien, en el efecto real pretendido a través del mismo.

Un acoso laboral o funcionarial puede responder a motivaciones íntimas muy diversas, por ejemplo, la necesidad estratégica de reducir personal en tiempos de crisis económica, el deseo de quitar de en medio a empleados incómodos por su actitud reivindicativa, como censura a quienes se consideren pocos productivos (como pudiera ser, v.gr., una mujer embarazada o madre de familia numerosa), el afán por expulsar al empleado eludiendo la tramitación de un expediente disciplinario cuyo resultado se prevé incierto, el apartamiento de quien se niega a colaborar en comportamientos ilegales o, más rudamente, la pura perversidad moral del acosador al margen de condicionamientos organizativos o estratégicos.

Los móviles últimos pueden ser, pues, muchos y diferentes, pero forman parte de la esfera íntima del acosador y no son fáciles de aprehender.

Lo que importa, porque es lo que se puede verificar y fiscalizar, es, *primero*, el objetivo práctico directamente pretendido, que es la *irracionalidad* (utiliza este término la propia Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo) de aislar y apartar al acosado al margen de cualquier racionalidad ética y jurídica, y *segundo*, los medios que se emplean a tal efecto.

Lógicamente, el Ordenamiento Jurídico no contempla con indiferencia una actuación de tal índole, al contrario, la desapruueba, fundamentalmente desde el prisma del Derecho sancionador -que a estos efectos, no lo olvidemos, aglutina la perspectiva penal, administrativa y social-, aunque últimamente se va abriendo paso la perspectiva complementaria de la prevención del riesgo, como se infiere de la Carta Social Europea de 3 de mayo de 1996 que pretende “*promover la sensibilización, información y prevención en materia de actos condenados explícitamente hostiles u ofensivos dirigidos de un modo repetido contra todo asalariado en el lugar de trabajo y adoptar las medidas apropiadas para proteger a los trabajadores contra tales comportamientos*”.

En fin, podemos citar también el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el lugar de trabajo, de diciembre de 2006, en el que representantes de los empresarios y de los trabajadores reconocen que las empresas deben tener una declaración clara e inequívoca de que el acoso y la violencia en el trabajo no serán tolerados, en la que se especifiquen los procedimientos a seguir cuando se presenten los casos.

En el plano nacional, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, introdujo una serie de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, y en su artículo 28.1.d) contempló expresamente el “acoso”, estableciendo que por tal se entiende *“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”*.

Más adelante, la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, tipificó en su artículo 95, punto 2, como falta disciplinaria de carácter muy grave, el acoso laboral (artículo 95.2, letra o), aunque no llega a definir qué entiende por tal.

Existe, pues, una falta de definición concreta y exacta de lo que se entiende por mobbing, no sólo ya en el ámbito interno sino también desde la perspectiva del Derecho comparado en donde solo en algunos países se tipifica como delito los supuestos de mobbing, ya que la mayoría se remiten a normas de carácter laboral o administrativo y últimamente, como veremos, de carácter preventivo.

En el ámbito de la psicología que en su día analizaron este fenómeno, se define el mobbing como “comunicación hostil y desprovista de ética dirigida de manera sistemática por una persona o grupo de personas principalmente contra un único individuo, quien a consecuencia de ello es arrojado a una situación de soledad e indefensión, prolongada a base de acciones de hostigamiento frecuentes y persistentes que dan lugar a un enorme suplicio psicológico, psicosomático y social, bien entendido que la definición, y ello conviene subrayarlo, excluye los conflictos temporales y focaliza un punto en el tiempo donde la situación psicológica comienza a traducirse en lenguaje psiquiátrico en condiciones patógenas.

Para algunos autores, acoso laboral es el comportamiento violento que aflora de la intención de causar angustia física o emocional. Einarsen define el mobbing como “la repetición de prácticas y acciones dirigidas a uno o más trabajadores, que pueden ser realizadas de manera deliberada o inconsciente, pero que no son queridas por la víctima, tendentes a causar una humillación, ofensa o angustia que puede interferir en el desarrollo de su trabajo.

En la comunidad científica española es conocida la definición de Piñuel, conforme a la cual “el mobbing constituye el continuo y deliberado maltrato verbal y modal que recibe un trabajador por parte de unos u otros, que se comportan con él cruelmente, con el objeto de lograr su destrucción psicológica y conseguir así su salida de la organización a través de diferentes procedimientos ilegales, ilícitos, en todo caso ajenos a un trato respetuoso o

humanitario que atentan, y ello conviene destacarlo por las razones que diré, a la dignidad humana.

2. EL MOBBING DESDE LA PERSPECTIVA LABORAL. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Desde el punto de vista jurídico, como también veremos, no existe una definición legal ni en nuestro ordenamiento jurídico ni en el ámbito de la Unión Europea, a diferencia de lo que ocurre con el acoso sexual, no obstante existir normas comunitarias a las que nos referiremos posteriormente en donde se previene sobre el acoso moral.

A falta de una definición legal habremos de atenernos a las definiciones contenidas en la jurisprudencia, sobre todo la social, que es la que en realidad ha marcado los límites del llamado acoso laboral. A este respecto citaremos entre otras la Sentencia del TSJ de Valencia de 25 de septiembre de 2001, del de Cataluña de 11 de abril de 2005 y finalmente la Sentencia del TSJ de Castilla la Mancha de 9 de marzo de 2006.

En la primera de las Sentencias citadas se define el acoso moral, como la conducta abusiva o violencia psicológica a la que se somete de forma sistemática a una persona en el ámbito laboral, manifestada principalmente a través de determinados comportamientos, palabras que lesionan la integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo. Actitudes de hostigamiento que conducen al aislamiento del interesado en el marco laboral, produciendo ansiedad, estrés, pérdida de autoestima y alteraciones psicósomáticas, determinando en ocasiones el abandono de su empleo por resultar insostenible la situación en la que se encuentra sometido. En parecidos términos se expresa la Sentencia del TSJ de Cataluña del 11 de abril de 2005, donde se define el acoso laboral como la situación donde se ejerce una violencia psicológica a través de una conducta de persecución y hostigamiento a un trabajador frente al que de forma sistemática y recurrente se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores, causándole alteraciones psicósomáticas de ansiedad y lograr finalmente que esa persona que no puede soportar el estrés al que se encuentra sometida acabe abandonando el trabajo.

De lo expuesto puede deducirse que constituyen elementos del acoso moral en el ámbito laboral:

- El constituir un patrón de conducta, un conjunto de incidentes que vistos individualmente pueden parecer inocuos, pero cuyo potencial destructor se evidencia relacionándolos con otros
- La persistencia, conformada por la frecuencia y la duración
- Producidos en el marco de una relación laboral, concurriendo una situación de desequilibrio de poder

Las conductas integrantes del patrón conductual expresado abarcan tipologías muy variadas, que citaremos sin ánimo exhaustivo, destacándose entre ellas:

1. Cambiar las tareas que debe efectuar la víctima o hacerlas más dificultosas

2. Aislamiento social
3. Ataques personales o a la vida de la víctima, ridiculizar, cotillear, efectuar comentarios insultantes
4. Ataques verbales, como efectuar críticas en público, gritar o someter a la víctima a humillaciones similares
5. Ataques físicos o amenazas de esta naturaleza

3. EL MOBBING EN EL DERECHO PENAL: CONDUCTAS DELICTIVAS. ANÁLISIS DEL DELITO DE ACOSO SEXUAL: PROBLEMÁTICA DEL ACOSO SEXUAL VERTICAL

Hechas las consideraciones anteriores, examinaré a continuación las distintas figuras de mobbing constitutivas de delito son las siguientes:

- a) El acoso sexual
- b) El mobbing laboral
- c) El inmobiliario
- d) La modalidad de mobbing conocida como stalking

A) El acoso sexual

Hasta la incriminación del acoso laboral en el CP (año 2010), la única manifestación del género acoso que preveía el CP era el acoso sexual. Se prevé este tipo en el art. 184 CP, lo que ya de por sí debe ser objeto de reflexión, pues se integra dentro de los delitos contra la libertad sexual y no contra la integridad moral.

Inicialmente el acoso sexual solo contemplaba el llamado acoso vertical. Es decir, el realizado por los superiores (de ahí la llamada denominación vertical), pero no el horizontal, que fue incluido por la LO 11/1999, incorporando así a nuestro Derecho interno la Recomendación de 27 de noviembre de 1991 de la Comisión Europea relativa a la protección de la dignidad de la mujer y el hombre en el trabajo. En consecuencia, desde 1999, tal como hemos dicho, el delito de acoso sexual contempla el llamado acoso horizontal así como el vertical.

Examinaré estas dos modalidades de forma diferenciada:

- Acoso horizontal

Para que exista este delito se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- a- Solicitud de favores sexuales para sí o para un tercero. Dicha solicitud ha de ser seria y verosímil, planteándose la duda de si además debe ser explícita. A este respecto la STS del caso Nevenka (STS 1460/2003) o la STS 324/2012, de 27 de abril, admiten las llamadas demandas implícitas o tácitas de comportamientos futuros de contenido sexual. En suma, no integrarán el delito de acoso sexual los simples comentarios de esta naturaleza o simples rozamientos que no impliquen de por sí requerimientos, si bien los favores solicitados deben ser de contenido sexual, incluidos no solo el abuso o agresión sexual sino cualquier comportamiento de esta naturaleza.
- b- La solicitud debe hacerse en un ámbito concreto, el de una relación laboral, docente o de prestación de servicios.

Llegados a este punto se plantean varios problemas:

En primer lugar, se trata de determinar el alcance de la expresión “prestación de servicios” y en concreto si bajo tal denominación cabe incluir supuestos de acoso producidos en el ámbito del empleo por cuenta propia y los producidos por o contra los trabajadores de una empresa por clientes o proveedores, siempre que por exigencias del tipo, estos sean habituales y continuos, lo que deja fuera del ámbito de este delito la solicitud de favores sexuales a los aspirantes a un puesto de trabajo.

Por otro lado, es objeto de discusión si esta modalidad de acoso es extensible a los producidos en el ámbito funcional. A este respecto, cabe citar dos Sentencias, como son la STS 1460/2003, de 7 de noviembre de 2003, y la 349/2012, de 27 de abril, según las cuales junto al acoso producido en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios hay que añadir la producida en el ámbito funcional tal como ocurre, como veremos, en el acoso laboral.

Finalmente, la conducta ha de provocar en la víctima una situación intimidatoria, hostil o humillante. Para determinar si una situación de humillación es grave, habremos de estar, no a las circunstancias personales de la víctima, que también, sino como punto de referencia al hombre medio colocado en la situación de la víctima. Por otra parte, la mayor o menor gravedad del acoso será el criterio determinante para incardinar tal conducta en el ámbito disciplinario-laboral o administrativo o, por el contrario, alcanzar relevancia penal.

Se discute también si el art. 184 CP en la forma en que está redactado constituye un delito de actividad o de resultado, inclinándose la mayoría de la doctrina, y en particular el propio TS (caso Nevenka) por considerarlo un delito de resultado, en virtud del cual es exigible la percepción de una relación causal entre la petición de favores sexuales y la causación a la víctima de una situación objetiva y gravemente intimidatoria.

Junto al tipo básico examinado, el art. 184 contempla una modalidad agravada, que es la que se conoce como acoso sexual vertical, en el que, como requisito básico, además de los que han de concurrir también en el acoso horizontal se requiere que haya de existir prevalimiento.

En síntesis, según la doctrina de la Sala II TS contenida entre otras en la STS 1460/2003, para que se produzca el delito de acoso sexual se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a- La acción típica está constituida por la solicitud de favores sexuales
- b- Tales favores deben solicitarse tanto para el propio agente delictivo como para un tercero
- c- El ámbito en el cual se soliciten dichos favores ha de ser en el seno de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual (aquí habría que añadir la producida en el ámbito funcional)
- d- Con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil y humillante
- e- Entre la acción que despliegue el agente y el resultado exhibido por la norma penal debe existir un adecuado enlace de causalidad

- f- El autor tiene que obrar con dolo, no permitiendo la ley formas dependientes en su comisión

Con respecto al primer requisito, se exige como elemento nuclear del mismo, una petición de favores sexuales. Esta Sala casacional ha declarado que tal requisito queda cumplido cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente seria e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado, de tal modo que dicha conducta resulte indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre.

En efecto, basta con la mera solicitud, la cual podrá realizarse de forma explícita o implícita, pero en todo caso deberá realizarse de manera inequívoca. Tampoco naturalmente es preciso que se traduzca en acto de abuso o agresión sexual, pues de concurrir con el acoso sexual nos encontraríamos ante un concurso de normas que se resolvería por el principio de consunción.

Desde esta perspectiva el acoso sexual es algo previo que persigue el abuso o la agresión sexual pero que adquiere rasgos propios delictivos, en función de la protección penal que se dispensa a la víctima cuando se produce en el ámbito concreto donde se penaliza.

El ámbito donde debe producirse la acción nuclear del tipo es un elemento sustancial al delito y es la causa de su incorporación como tipo penal a partir del CP 1995, encontrándose fuertemente matizado tras la reforma de 1999, al punto que la doctrina científica ha entendido que se ha tipificado como tipo básico en denominado acoso ambiental, y no propiamente el ya constitutivo de abuso de superioridad, que pasa ahora a ser considerado como un subtipo agravado, junto al acoso sexual causal (esto es, con el anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de dicha relación).

El cuarto requisito exige que tal comportamiento ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. La ley penal se refiere a un doble requisito: de un lado, una situación objetiva, pues no bastan meras impresiones al modo de una mera caracterización personal de la víctima y de otro, como resultado delictivo que indiscutiblemente requiere el tipo penal. No es este, en consecuencia, un tipo de mera actividad, pues se exige que se provoque en la víctima una situación claramente intimidatoria, hostil o humillante. El adverbio gravemente se predica tanto de la situación intimidatoria como de la hostil o humillante, servirá en consecuencia para delimitar cuándo las características de la acción desbordan las previsiones protectoras del ordenamiento civil o del laboral y se adentran en el comportamiento desplegado en el ámbito de lo penal.

b) el mobbing laboral

Se prevé en el art. 173. 1 párrafo 2. Dice este artículo lo siguiente: serán castigados con una pena de 6 meses a 2 años “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”.

Dicho precepto plantea una serie de problemas, a los que me referiré con posterioridad. No obstante, es necesario previamente dejar constancia de cuál es el bien jurídico protegido y su

carácter residual. A estos efectos dice la STS de 6 de abril de 2000, en lo que aquí interesa, lo siguiente: “Al margen de las críticas y desde la perspectiva de una ortodoxa técnica legislativa, merece la sistemática, epigrafiado y contenido del Título VI CP en el que se ubica el art. 175, es cierto que falta una precisa definición jurisprudencial del concepto indeterminado de integridad moral. Sin embargo, los convenios, convenciones y declaraciones internacionales sobre derechos humanos y en el art. 15 CE permiten acotar sin quebranto para la seguridad jurídica y el principio de taxatividad la esencia del bien jurídico protegido bajo el título de integridad moral, dado que ésta comprende tanto las facetas de la personalidad como de la identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano, de suerte que cualquier conducta arbitraria de agresión o ataque ejecutado por funcionario público abusando de su cargo que sin causar lesión y por las circunstancias que lo rodean de cierta intensidad causa humillación, quebranto degradante de tales componentes personales, a través de dichos efectos y con finalidades distintas de los comprendidos en el art. 173 encajaría en el precepto cuestionado.

A la vista de esta sentencia y de otras posteriores y de la ubicación del delito de acoso sexual en los delitos contra la integridad moral es claro que el bien jurídico protegido por dicho precepto y la razón de llevarlo a este Título de CP es la de proteger la integridad moral de los trabajadores o funcionarios.

Como hemos dicho al principio este precepto suscita problemas interpretativos. Examinaremos algunos de ellos:

- a- Se trata de determinar si el delito de acoso laboral incluye solo, como así parece indicar el precepto, el denominado acoso vertical pero no así el horizontal o el realizado por los inferiores respecto a su superior. Si nos atenemos a la dicción literal del precepto habría que concluir que el acoso laboral solo se castiga penalmente pero no así por vía administrativa o laboral si se realiza valiéndose de superioridad. Ahora bien, dado que el precepto solo se refiere a la superioridad sin mayor concreción, cabría interpretar, según un sector de la doctrina, que el concepto de superioridad no es el estricto de superioridad jerárquica sino que recoge un concepto de superioridad material, de suerte que a estos efectos se consideraría como superiores a aquellos trabajadores y funcionarios que sin serlo en sentido estricto, sin embargo, bien por actuar en grupo o por ejercer una notable influencia moral o psicológica respecto a la víctima puedan considerarse desde un punto de vista informal como superiores en cuyo supuesto, de seguirse este criterio resultaría que cabría incluir también, con las matizaciones dichas dentro del acoso laboral el horizontal, pero de forma restringida.

Otra cuestión es la relativa al significado de la expresión “sin que el acoso constituya trato inhumano o degradante”. Aquí la cuestión a dilucidar es el de la relación entre este delito y el de tratos inhumanos o degradantes, habida cuenta de que ambos delitos están castigados con la misma pena. Sobre esta temática la doctrina está dividida. No obstante, se considera mayoritariamente que la diferencia entre uno y otro delito radica en la gravedad de los actos integrantes de acoso, de manera que en síntesis si una conducta concreta de acoso es muy grave, aunque no fuera reiterada, podría ser llevada al delito de tratos inhumanos y degradantes, ya que por exigencias del tipo para que se produzca el delito de acoso sexual se requiere que los actos de acoso sean reiterados. Es decir, no bastando con uno solo, de manera que lo decisivo es captar el plan de autor o el patrón de conducta con sujeción al cual cobran significado actos individuales a priori sin relevancia penal.

Respecto a la necesidad de reiteración de las conductas abusivas, se plantea una vez más el problema de cuándo se producirá reiteración, dada la indefinición legal al respecto.

Sobre esta cuestión existen interpretaciones plurales, que van desde aquellas que consideran que basta con que hayan tenido lugar en dos ocasiones o si nos atenemos al derecho comparado deberían ser tres.

Por otra parte, estas conductas han de ser reiteradas en el tiempo. En definitiva, no basta con que se produzcan actos hostiles o de humillación, sino que estos tienen que ser reiterados. Ahora bien, para que el delito tenga lugar se requiere además que el acoso sea grave, expresamente dice el art. 173.1 párrafo 2 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. La cuestión problemática es si esta expresión debe dar lugar a la configuración de este delito como de resultado o de actividad. La Sala II TS a este respecto es clara: el legislador configura el delito de acoso laboral como un delito de resultado, que exige una adecuada relación causal entre los actos humillantes u hostiles y la situación objetiva de humillación, para lo cual debemos de atenernos a lo que considera una persona de sensibilidad media colocada en la situación de la víctima. En definitiva, el acoso ha de ser grave. Precisamente el requisito de la gravedad del acoso es el que nos va a permitir diferenciar el delito de infracciones de otra naturaleza, como puedan ser la laboral o disciplinaria.

A efectos interpretativos conviene traer a colación el contenido del Protocolo laboral en el marco de la Administración General conforme al cual serían actos humillantes u hostiles los siguientes:

- Dejar al trabajador de forma continuada sin ocupación efectiva o incomunicada sin causa alguna que lo justifique
- Dictar órdenes de imposible cumplimiento con los medios que al trabajador se le asignan
- Ocupación en tareas inútiles o carentes de valor productivo
- Acciones de represalias frente a trabajadores que han planteado quejas, denuncias o demandas frente a la organización
- Insultar o menospreciar repetidamente a un trabajador
- Reprenderlo reiteradamente delante de otras personas
- Difundir rumores falsos sobre su trabajo o vida privada

Estos criterios nos servirán de pauta para determinar cuándo nos encontramos o no ante actos humillantes u hostiles.

Dejando la perspectiva criminal de estos comportamientos, en el estricto ámbito funcional, cabe citar la Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de 6 de abril de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado, protocolo que es de extrema utilidad por cuanto incorpora un listado de conductas que se entienden como acoso laboral (por ejemplo *dictar órdenes de imposible cumplimiento con los medios que al trabajador se le asignan*), por contraste dialéctico con las que no se tienen por tales (por

ejemplo, ofensas puntuales y sucesivas dirigidas por varios sujetos sin coordinación entre ellos).

También en el ámbito específico del Poder Judicial se ha contemplado el problema del acoso laboral. El Acuerdo de 28 de enero de 2016 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 17 de febrero de 2016) recoge el Protocolo de actuación frente al acoso sexual, el acoso por razón de sexo, el acoso discriminatorio y frente a todas las formas de acoso y violencia en la Carrera Judicial.

4. ACOSO MORAL EN EL ÁMBITO LABORAL. CONCEPTO Y REQUISITOS

Más en general, me referiré a continuación a la labor de delimitación realizada por la jurisdicción social, por cuanto, dado que el acoso moral o mobbing tiene su campo especial de desarrollo -incluso podríamos decir que su origen-, en el ámbito de las relaciones laborales, constituye siempre una referencia para el resto de los sectores del derecho.

Así, por lo que se refiere a los sujetos de la figura del acoso laboral, pronto se estableció que el acoso moral, para que tuviera repercusión laboral, debía producirse respecto del trabajador, siendo que lo habitual era que el acosador fuera el jefe (“bossing”) o el propio empresario.

Sin embargo nada impedía –como ya he anticipado- que pudieran serlo uno o varios compañeros de trabajo (la doctrina distinguió por ello entre el acoso vertical y el horizontal). En esta materia fue muy útil la doctrina jurisprudencial recaída al respecto del acoso sexual, respecto del cual se había afirmado que podría ser sujeto activo del mismo tanto el empleador (en cuanto persona física) como sus representantes (gestores, directores, gerentes, representantes legales) en cuanto persona jurídica, pero también podía ser sujeto activo un compañero de trabajo, o incluso los clientes de la empresa, y la responsabilidad sería atribuible a ésta bien por la culpa “in vigilando” o “in eligendo” o cuando siendo concedora de la situación la tolera o admite.

En este tipo de situaciones, el problema radicaba en que la jurisdicción social era competente para analizar las cuestiones litigiosas que se planteasen entre la empresa y sus trabajadores, pero ¿y si el acosador era un compañero de trabajo? Los diversos Tribunales Superiores de Justicia, extendiendo lo que ya se había hecho respecto del acoso sexual en el trabajo, entendieron mayoritariamente que la competencia de la jurisdicción social era indudable en esos casos aunque la demanda se plantease también contra el acosador compañero de trabajo.

La propia sala Cuarta del Tribunal Supremo en STS 30 de enero de 2008 (R. 2543/2006) abordó esta cuestión señalando que una interpretación literal de los arts 180 y 181 de la entonces vigente LPL avalaba la necesidad de traer al proceso no solo a la empresa, sino también al infractor o causante real, propio y directo del “mobbing” y en general a todas las

personas o entidades, de cualquier clase que sean, que hayan intervenido de una u otra forma en la vulneración del derecho fundamental, máxime si se tiene en cuenta que la sentencia que ponga fin al proceso tiene que contener esas declaraciones y condenas que alcanzan a todas ellas.

La Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social asumió lo que hasta entonces había sido doctrina judicial y jurisprudencia, por ello, el art. 2.f) de la LRJS estableció que los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan “sobre tutela de los derechos de libertad sindical, huelga y demás derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de la discriminación y el acoso, contra el empresario o terceros vinculados a éste por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios”.

Otra de las dificultades que hubo de abordar fue la distinción de figuras afines, tales como el “síndrome del quemado en el trabajo” o “burn out”, que en sus consecuencias puede coincidir con el acoso moral (lesión psíquica del trabajador) pero que en su gestación presenta una diferencia esencial: el síndrome del quemado surge por la dinámica del propio trabajo, no estamos ante un problema “relacional”.

Así mismo, fue también preciso marcar unas fronteras claras entre el acoso moral y el ejercicio abusivo de facultades directivas, o con cualquier incumplimiento contractual del empresario de los recogidos en el art. 50 ET, comportamientos que, por sí solos, no pueden configurar acoso moral si no queremos vaciar de contenido el citado precepto estatuario.

Para ello era preciso la concurrencia de otros factores que ya he anunciado anteriormente, esto es: la continuidad en el incumplimiento (bien porque se sigue un plan de acoso, bien porque la situación se mantiene en el tiempo de forma insistente aunque no exista un objetivo de destruir la trabajador), la existencia de lesión física o psíquica, o la publicidad con que tales incumplimientos y trato desconsiderado se produce.

Ahora bien, por lo que se refiere a si era necesario o no para que existiese una conducta de acoso laboral que se hubiese producido una lesión psíquica o física en el trabajador acosado, numerosas sentencias así lo exigieron, pero no dejaba de ser una cuestión dudosa, en tanto, como señaló la doctrina, era criticable la exigencia de tal requisito por cuanto la lesión del derecho fundamental dependería entonces del equilibrio emocional del acosado: es patente que determinados comportamientos, objetivamente susceptibles de ser calificados como de acoso, pudieran no provocar en la víctima -quizá por su especial aplomo y resistencia- resultado lesivo alguno.

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Social vigente, al regular el contenido indemnizatorio de las sentencias en materia de tutela de derechos fundamentales y de acoso, da a entender que tal lesión física o psíquica puede no haberse producido y, por ende, no tener que ser

indemnizada, al margen del daño moral causado, en tanto establece la obligación del juez de pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización en función, tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados.

No cabe olvidar que, desde otra perspectiva, el acoso laboral, caso de haber generado lesiones en el trabajador acosado, pudiera ser calificado de accidente de trabajo a la luz de las previsiones contenidas en los arts. 156 y ss del TR de la Ley de Seguridad Social y de la jurisprudencia interpretativa de esos preceptos y generar, por ello, las prestaciones correspondientes.

Finalmente, y en cuanto a la prueba del acoso laboral, tanto la Ley de Procedimiento laboral de 1990 como la LRJS de 2011 aportaron los criterios esenciales para determinar esta cuestión, atendiendo a la regla de distribución probatoria propia de la tutela de los derechos fundamentales dimanada de la doctrina constitucional (indicio a cargo del acosado, debiendo entonces la empresa probar que su comportamiento era ajeno a todo propósito discriminatorio).

La Ley reguladora de la Jurisdicción Social mejoró esas previsiones para contemplar expresamente el acoso en general en la regla del art. 96, e incluirlo entre los supuestos que pueden encauzarse por el proceso de tutela de derechos fundamentales (art. 177 LRJS) y sin problemas de legitimación ni competencia, contemplando como medidas cautelares a solicitar con la demanda en materia de acoso la suspensión de la relación o la exoneración de prestación de servicios, el traslado de puesto o de centro de trabajo, la reordenación o reducción del tiempo de trabajo y cuantas otras tiendan a preservar la efectividad de la sentencia que pudiera dictarse, así como la calificación como nulo del despido de la víctima de acoso, con la posibilidad para ésta de poder optar por extinguir la relación laboral (art. 286. 2 LRJS) con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación, a su criterio, eludiendo así a su conveniencia la obligatoria readmisión propia de los despidos nulos.

La jurisdicción social, comprometida desde hace casi dos décadas de construcción jurídica doctrinal y jurisprudencial en la lucha contra el acoso, ha generado un importante cuerpo de doctrina que se irradia a otras jurisdicciones, permitiendo así una mejor comprensión y tratamiento de esta compleja figura, de afiladas aristas y múltiples implicaciones que es el acoso laboral

Sin embargo, la consulta de cualquier base de datos de jurisprudencia permite constatar que son muchas las sentencias que rechazan la alegación de que se haya dado *mobbing* en contra del trabajador.

Este dato da pie a pensar que tal vez se está produciendo un exceso en la invocación de esta figura, y que muchas veces se encubren bajo la alusión emotiva al *mobbing* problemas y conflictos que pueden ser, desde luego, ciertos y tal vez censurables desde otras perspectivas,

pero ajenos al *mobbing* propiamente dicho, que responden más bien a situaciones de inadaptación o conflictividad de los trabajadores que afirman haber sido víctimas del acoso moral sin serlo realmente.

5. EL MOBBING EN EL ÁMBITO CASTRENSE. CONSIDERACIONES GENERALES Y ANÁLISIS DE LOS TIPOS PENALES VIGENTES: ARTS. 47 Y 48 DEL CÓDIGO PENAL MILITAR

Ya para finalizar me referiré muy sucintamente al fenómeno del *mobbing* en el ámbito militar.

A estos efectos hay que distinguir entre la situación legal existente antes del CP militar del año 2015 y con posterioridad al mismo.

Previamente a analizar los respectivos tipos penales en donde se contempla el *mobbing* en el ámbito castrense, haré una serie de consideraciones previas. Estas consideraciones las podemos resumir en dos:

1. Que las denuncias por supuestos de *mobbing* han aumentado en los últimos años
2. Que se han producido casos graves de gran repercusión mediática

En mi opinión el problema radica en determinar cuándo bajo el amparo del mantenimiento de la disciplina se utiliza la misma y con ella el Derecho disciplinario en general para encubrir situaciones de abuso con el fin de doblegar arbitrariamente a la víctima. O dicho de otra manera, precisar si nos encontramos ante supuestos de verdadera insubordinación o ante casos de un verdadero y genuino *mobbing*.

En el CP militar derogado, si bien no se preveía expresamente el delito de *mobbing*, lo cierto es que existían preceptos a través de los que se podía dar respuesta a este fenómeno, pudiéndose citar entre otros los siguientes: arts. 103, 106, 138 y 139. Así, ya el Voto particular añadido a la Sentencia de la Sala V del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2006 afirmaba que “en el ámbito castrense la respuesta penal a algunas de las conductas consideradas constitucionalmente como *mobbing*, se encuentra en algunos preceptos, uno de los cuales es el previsto en el art. 138 CPM, aplicable a supuestos de hostigamiento psicológico realizados por un superior prevaleciéndose de la condición de tal, pues como señalamos al inicio de este voto particular, la disciplina tanto se quebranta por la insubordinación del inferior como por el abuso de autoridad del superior”. Además, existía y sigue existiendo un régimen disciplinario, tanto para las Fuerzas Armadas como para la Guardia Civil, donde el acoso constituye una falta grave.

La situación cambia después de la entrada del CP militar de 2015, en el cual se castiga expresamente el *mobbing* en el ámbito castrense.

En efecto, dentro de los delitos contra la disciplina se castiga el art. 47 al superior que tratare a un subordinado de manera degradante, inhumana o humillante o realizare actos de agresión o abuso sexual, y en el art. 48 se castiga igualmente al superior que respecto a un subordinado realizare actos tanto de tipo sexual y por razón de sexo como profesional.

El art. 48, como hemos dicho, tipifica además del acoso sexual y por razón del sexo, el

profesional, que siguiendo la técnica usada por el legislador, no se define, luego debemos estar al concepto de acoso profesional según el código común.

Antes de analizar el tipo penal se impone una reflexión previa. El acoso profesional en el ámbito castrense, a tenor de lo que preveía el art. 48, solo puede ser cometido por el superior, por lo que el ámbito normativo de dicho precepto se limita al exigirse que el acoso sea realizado por un superior, bien sea jerárquico o funcional. Según la jurisprudencia de la Sala V TS se entiende por superior, a los efectos penales, el superior funcional sino también el jerárquico, tenga o no competencia directa sobre el subordinado objeto de la acusación.

El bien jurídico protegido por este precepto, al igual que en el código penal común, es el de la integridad moral. Sin embargo, conviene hacer una precisión de notable importancia desde la perspectiva castrense, a saber: en el art. 48 CP Militar se protege no solamente la integridad moral del soldado víctima sino también la disciplina militar, por lo que de producirse un acoso habría que castigar el mismo por una parte por suponer la vulneración del deber de disciplina, básico para el funcionamiento de las FFAA, pero también sería castigado por los resultados producidos, en este caso con sujeción a las penas que establece el CP, produciéndose en estos supuestos un concurso que la mayoría de la doctrina califica de concurso ideal.

En síntesis, para la existencia del acoso en el ámbito castrense, de conformidad con el art. 173.1 párrafo 2 en relación con el art. 48 CP Militar, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a- Relación de carácter militar
- b- Prevalimiento de una situación de superioridad, que se utiliza expresamente con tal fin
- c- Reiteración de actos hostiles humillantes. Sin embargo, en el ámbito castrense se considera que la reiteración de la conducta hostil se desdibuja en relación a que los actos de acoso pueden concretarse en un solo acto administrativo de efectos permanentes, por lo que el elemento de la reiteración debe sustituirse en el ámbito militar por la permanencia de sus efectos que deben ser revelaciones de un proceso de hostigamiento.

Especial referencia hemos de hacer a la LO 3/2007, de 22 de marzo, que en su art. 7 apdo.1, define el acoso sexual como cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad y crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.

Por otra parte, y ello conviene subrayarlo por la importancia del tema, producto de la sensibilidad social actual, la Subsecretaría de Defensa aprobó por Resolución 400/199, de 21 de diciembre del año 2015, el Protocolo de Actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en las Fuerzas Armadas (*El Código penal militar de 2015, Reflexiones y Comentarios*, Tirant lo Blanch).

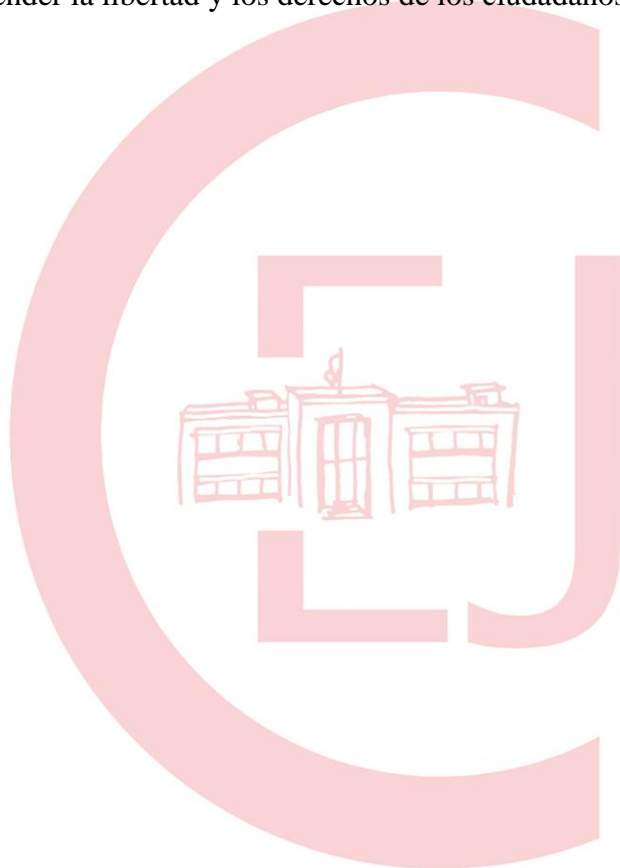
La Sentencia 25/05/2010, de la Sala V del Tribunal Supremo aborda indirectamente la problemática del mobbing en el ámbito castrense, enumerando aquellas conductas o tipologías constitutivas de acoso.

6. CONCLUSIONES

Por mucho que sociólogos, psicólogos y juristas nos esforcemos, lo cierto es que en ocasiones resulta impenetrable el sentimiento de quien ha sufrido acoso.

Decía Fernando Pessoa que “no siente la libertad quien nunca vivió oprimido”. Sólo las víctimas de acoso que, en muchas ocasiones, han padecido situaciones de abuso de forma taimada, sibilina o silente, podrán sentir la libertad que supone librarse de una lacra que no conoce edad, origen o situación social.

Finalizo con mi deseo de que las conclusiones que se obtengan a lo largo de estas jornadas sirvan como llamada de atención a la sociedad en su conjunto y como testimonio del firme compromiso de luchar contra estos comportamientos de quienes tenemos la responsabilidad de defender la libertad y los derechos de los ciudadanos, base última de nuestra convivencia.



Centro de
Estudios
Jurídicos

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *El Código Penal Militar de 2015. Reflexiones y Comentarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BUSTOS RUBIO, M., y GARCÍA DEL BLANCO, V., “El Derecho penal frente al fenómeno del acoso en el lugar de trabajo”, en *Revista General de Derecho Penal* 23 (2015), Iustel.
- CARMONA SALGADO, C., “Tratamiento jurídico-penal de los acosos laboral, sexual, inmobiliario y escolar a raíz de la reforma de la LO 5/2010”, EN *La Ley Penal*, núm. 81, abril 2011, Editorial La Ley.
- DOLZ LAGO, M. J., “El acoso ante el derecho: fronteras interdisciplinarias”, en *Diario La Ley*, núm. 9112, de 5 de enero de 2018, Editorial Wolters Kluwer.
- FRANCO GARCÍA, M., “Los nuevos criterios atributivos de responsabilidad patrimonial en el acoso escolar entre alumnos”, en *Actualidad Administrativa*, abril 2016, editorial La Ley.
- JUANES PECES, A., “El fenómeno del Mobbing en el ámbito castrense”. Colección: *Estudios de Derecho Judicial del CGPJ*. Publicación: El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa. Vol. Núm.: 94/2006
- JUANES PECES, A., “El fenómeno del mobbing: perspectivas de futuro”, *Liber amicorum en homenaje al Profesor D. Antonio González Cuellar García: Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI*, Colex, 2006, págs. 589-612.
- MARTÍNEZ MUÑOZ, C. J., “El nuevo delito de acoso del artículo 172 ter CP”, en *Diario La Ley*, núm. 9006, de 22 de junio de 2017, Wolters Kluwer.
- MONTSERRAT SÁNCHEZ-ESCRIBANO, M. I., “Intervención penal mínima y acoso moral en el trabajo: el mobbing como modalidad de delito contra la integridad moral”, en *Derecho Penal*, núm. 37, septiembre 2012, Lex Nova.
- PÉREZ MARTEL, R., “El bullying (acoso escolar) y el cyberbullying: prevención y soluciones desde la vía judicial y las extrajudiciales”, en *Diario La Ley*, núm. 7978, de 4 de diciembre de 2012, Editorial La Ley.