

EL DERECHO PENAL ANTE EL ACOSO EN EL TRABAJO: EL PROYECTO DE REFORMA PENAL DE 2009

ESTHER POMARES CINTAS

Profesora Doctora de Derecho Penal
Miembro del Observatorio vasco sobre el Acoso moral
Universidad de Jaén

EXTRACTO

Palabras Clave: Acoso laboral o *mobbing*, delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la integridad moral

La importancia de las manifestaciones más graves de acoso laboral nos sitúa en el campo del derecho penal y, por tanto, abre el debate sobre si es necesario crear un tipo penal para tales situaciones.

La doctrina mayoritaria no considera imprescindible introducir en el Código penal un delito específico para regular el *mobbing*. Sin embargo, las últimas propuestas de reforma penal de 2007 y 2009 han decidido tipificarlo expresamente como delito contra la integridad moral de las personas, incluyéndolo dentro del artículo 173.1 del Código Penal. En consecuencia, se hace necesario plantear las ventajas e inconvenientes de crear un delito específico relativo al *mobbing*, junto al ya existente delito de acoso sexual en el ámbito laboral.

ABSTRACT

Key words: Mobbing, Worker's human dignity. Offence against workers' rights. Offences against human dignity

The importance of the most serious expressions of *mobbing* puts us in the field of criminal law, starting a debate about if it is necessary to create a specific offence for those situations.

The majority of the doctrine does not consider as something essential the introduction of a specific offence in the Spanish Criminal Code in order to regulate *mobbing*. However, the last proposals of a penal reform of 2007 and 2009 have decided to expressly include it as an offence against human dignity, pursuant to article 173.1 of the Spanish Criminal Code. In short, it is necessary to state the points in favour and against of creating a specific offence related to *mobbing*, together with the already existing sexual harassment offence in the workplace.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL ACOSO EN EL TRABAJO
2. SOLUCIONES SEGÚN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE
3. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA PENAL DE 2007 Y 2009 EN MATERIA DE ACOSO EN EL TRABAJO
 - 3.1. Consideraciones previas
 - 3.2. El delito de acoso en el trabajo según el proyecto de 2007
 - 3.3. El delito de acoso en el trabajo según el proyecto de 2009
 - 3.3.1. Excesiva amplitud de los términos empleados en la tipificación
 - 3.3.2. El delito de acoso laboral, ¿una nueva categoría de atentado a la integridad moral?
 - 3.3.3. ¿Acoso laboral horizontal?
4. PROBLEMAS COMUNES QUE PLANTEAN LAS PROPUESTAS DE REFORMA EN MATERIA DE ACOSO EN EL TRABAJO
 - 4.1. Singularidades del acoso laboral en la Administración Pública
 - 4.2. Problemas de acreditación del acoso laboral como construcción jurídica
 - 4.3. Las situaciones de acoso basadas en la alteración ilícita de condiciones de prestación de la actividad laboral y la tutela penal específica de los derechos de los trabajadores
 - 4.4. El acoso sexual, ¿modalidad atenuada de acoso en el trabajo?

1. INTRODUCCIÓN. CARACTERÍSTICAS ESENCIALES DEL ACOSO EN EL TRABAJO

Desde que el fenómeno *mobbing* ha sido conocido como tal, como un problema que puede ser combatido desde diferentes instancias jurídicas, se ha desarrollado un intenso debate sobre la necesidad de introducir en el Código penal un delito que contemple expresamente estas prácticas abusivas en el lugar de trabajo.

La discusión que ha suscitado la relevancia penal del acoso en el ámbito laboral no se puede entender sin establecer previamente las principales características que lo definen. Como punto de partida, comparte los rasgos esenciales de todo acoso moral: un proceso de hostigamiento consistente en el ejercicio reiterado o sistemático de violencia física o psíquica idóneo, en su conjunto, para humillar, degradar, o reducir a la condición de objeto a la persona sometida a tales conductas de maltrato¹. Las notas de reiteración o habitualidad de

¹ Cfr. Carmona Salgado, C., “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo (*mobbing*)”, Estudios Penales en recuerdo del profesor Ruíz Antón, 2004, págs. 188-189; Pérez Machío, A.I., *Mobbing y Derecho penal*, Tirant lo blanch, 2007, págs. 41 y ss.; Purcalla Bonilla, M.A., “Tratamiento jurídico del *mobbing* y de otros riesgos psicosociales”, *Mobbing-Opinión.com*, Estudios Jurídicos, 2004 (mobbing.nu); Villegas Fernández, J. M., “Teoría penal del acoso moral: «*mobbing*», «*bullying*», «*blockbusting*» (I)”, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1997, 2005, pág. 10; del mismo autor, “Presente y futuro del delito de acoso laboral (Comentario a la sentencia de 27 de septiembre del año 2006 del juzgado de lo penal número uno de Jaén.)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 731, 2007; Ragués I Vallés, R., “El acoso (*mobbing*) inmobiliario: respuestas jurídicas”, *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, 2007, págs. 344, 347; Morales García, O., “*Mobbing*: ¿un hecho penalmente relevante o un delito específico?”, *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, 2007, pág. 408; Xiol Ríos, J.A., “El *mobbing* (acoso psicológico) en la función pública”, *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, 2007, págs. 378-379; Juanes Peces, A., “El fenómeno del *mobbing* en el ámbito castrense”, *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, 2007, pág. 263; Mir Puig, C., “El acoso moral en el trabajo (*mobbing*) y en la escuela (*bullying*) y el derecho penal”, *El mobbing desde la perspectiva social, penal y administrativa*, 2007, pág. 187; Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil; Pomares Cintas, E., “El acoso en el trabajo basado en la alteración de condiciones de prestación de la actividad laboral. Análisis de los planteamientos prelegislativos, jurisprudenciales y doctrinales sobre su regulación penal”, Cuadernos de Política Criminal, núm. 97, 2009, págs. 73 y ss.

la violencia deben expresar la creación de un entorno degradante o humillante para la víctima² capaz de erosionar su integridad moral, un efecto de cosificación que no se puede confundir con el posible –y frecuente– menoscabo de la integridad física o salud psíquica que pueda sufrir³. Tampoco es intrínseco al concepto de acoso su orientación hacia una concreta finalidad o móvil –se puede perseguir aislar a la víctima, estigmatizarla, provocar el abandono del puesto de trabajo, “hacerle la vida imposible”, etc.⁴.

Por otra parte, la modalidad de acoso que se analiza se desenvuelve en el marco laboral, público o privado, que, como otros espacios de convivencia, crea condiciones propicias para desarrollar situaciones de desequilibrio de po-

² Cfr. Molina Navarrete, C., “Cuando el “lugar de convivencia” es un “campo de batalla”, (J.I. Marcos González, coord.), La Tutela frente al Acoso Moral: Laboral, Escolar, Familiar e Inmobiliario. Aranzadi, 2006, pág. 20; Villegas Fernández, J.M./Lafont Nicuesa, L., “Acoso moral”, (J.I. Marcos González, coord.), La Tutela frente al Acoso Moral: Laboral, Escolar, Familiar e Inmobiliario. Aranzadi, 2006, págs. 73, 93, 104, 149; Villegas Fernández, J. M., “Teoría penal del acoso moral...”, cit., pág. 10; del mismo autor, “Esperanzas y recelos ante el futuro delito de acoso moral”, *Mobbing-Opinión.com*, Estudios Jurídicos, 2006 (mobbing.nu); Mir Puig, C., “El acoso moral en el trabajo (*mobbing*)...”, cit., pág. 185; expone en este sentido el criterio mayoritario, STSJ País Vasco, Sala de lo social, de 25-1-2005 (rec. núm. 2794/2004). Asimismo, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, coincide en la necesidad de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo para la dignidad de la persona. Véase también el art. 28.1 d) de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y el art. 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

³ Bien jurídico que se sitúa en un plano valorativo distinto. Cfr. Villegas Fernández, J.M./Lafont Nicuesa, L., “Acoso moral”, cit., págs. 92, 93, 120, 124; Villegas Fernández, J. M., “Esperanzas y recelos ante el futuro delito de acoso moral”, cit.; Mir Puig, C., “El acoso moral en el trabajo...”, cit., págs. 177, 187; Instrucción 10/2005 de la Fiscalía general del Estado sobre el tratamiento del acoso escolar. En cambio, en la sede de lo social, parece exigirse el menoscabo de la salud de la víctima acosada, así se desprende de la STSJ País Vasco, Sala de lo social, de 25-1-2005 (rec. núm. 2794/2004). Trasladan igualmente al plano penal el concepto de acoso elaborado por la jurisprudencia laboral, SAP Lleida de 20-10-2008 (núm. 360), SAP Ourense de 7-11-2005 (núm. 67), Auto AP Cáceres de 29-12-2005 (núm. 278), Auto AP Barcelona de 15-9-2003 (Rec. núm. 188).

⁴ Mir Puig, C., “El acoso moral en el trabajo...”, cit., págs. 182, 185; Pérez Machío, A.I., *Mobbing y Derecho penal*, cit., pág. 57; Villegas Fernández, J.M./Lafont Nicuesa, L., “Acoso moral”, cit., pág. 113; Marcos González, J.I., “Panorama actual del acoso moral en el trabajo y respuesta administrativa y judicial ante este fenómeno. En especial, la respuesta penal”, (J.I. Marcos González, coord.), *La Tutela frente al Acoso Moral: Laboral, Escolar, Familiar e Inmobiliario*. Aranzadi, 2006, pág. 41; De la Cuesta Aguado, P., “Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud”, *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008, pág. 88. El art. 3 de la Orden de 4 de octubre de 2006, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, que regula las medidas de prevención y el procedimiento de actuación en casos de acoso moral y sexual en el trabajo en el ámbito de la Administración General y sus Organismos Autónomos, alude al “fin” de destruir a la víctima “personal o profesionalmente”; asimismo, la Proposición de Ley 122/000157, de 23 de noviembre de 2001, sobre el Derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo, señala la finalidad –amplia– de “dificultar su trabajo o hacerle sufrir un daño en la forma en que su labor se desempeña”.

der o relaciones de dominación/sumisión⁵, una característica consustancial a la noción de acoso que, asimismo, puede predicarse del acoso horizontal. Por ello, cobra aquí especial relieve la situación de vulnerabilidad o de desamparo de la víctima.

2. SOLUCIONES SEGÚN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

Desde hace algunos años, se viene señalando la falta de necesidad de un delito que sancione expresa y genéricamente el acoso en el trabajo, pues su ausencia no es obstáculo para reprimirlo conforme al Código penal vigente, que cuenta ya con un delito de acoso sexual⁶. Por otro lado, tampoco se puede afirmar hoy que exista una absoluta falta de concienciación sobre la trascendencia jurídico-penal de unos hechos susceptibles de ser resueltos por el derecho laboral sancionador. En este sentido, se observa la tendencia de los jueces y tribunales de lo penal que se han pronunciado en esta materia a utilizar en sus resoluciones el término “acoso laboral”, aunque no exista una infracción penal relativa a esta modalidad de maltrato. Es un dato que no cabe ignorar: dicha alusión terminológica posee un significativo valor instrumental, no sólo sirve para identificar una situación penalmente insoportable, también es vehículo portador de esa toma de conciencia del fenómeno y la posibilidad de ser resuelto por la vía penal⁷. Incluso el Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo reconoce una labor principal de la ITSS a la

⁵ Cfr. Molina Navarrete, C., “Cuando el “lugar de convivencia”...”, cit., págs. 15, 16, refiriéndose singularmente a la “violencia en las organizaciones pretendidamente socializadoras”, pág. 19; el autor subraya, además, el “carácter cerrado y alienador del escenario”. Cfr. “Violencia moral” en el trabajo: conducta prohibida y formas de tutela en los derechos europeos”, Mobbing-Opinión.com, Estudios Jurídicos, 2003 (mobbing.nu); Vid. también, Villegas Fernández, J.M./Lafont Nicuesa, L., “Acoso moral”, cit., págs. 102, 108, 117; Villegas Fernández, J. M., “Presente y futuro del delito de acoso laboral...”, cit.; Pérez Machío, A., “Concreción del concepto jurídico de “mobbing”, bien jurídico lesionado y su tutela jurídico-penal”, Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, 2004, pág. 50; Carmona Salgado, C., “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo...”, cit., pág. 184; Purculla Bonilla, M.A., “Tratamiento jurídico del mobbing...”, cit.; Pomares Cintas, E., “Caso núm. 18. Delitos contra la integridad moral”, J.M. Zugaldía Espinar/E. Marín de Espinosa Ceballos (dir.), Derecho Penal, Parte Especial. Un estudio a través del sistema de casos. Tomo I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, 2008, pág. 216. Vid. subrayando este elemento intrínseco al acoso, Primer Informe del Observatorio vasco sobre acoso moral en el trabajo-mobbing-; Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento del acoso escolar; Informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006.

⁶ La primera iniciativa penal encaminada a perseguir las hipótesis de acoso en el entorno laboral se materializó con la incorporación en el Código penal de 1995 del delito de acoso sexual (artículo 184).

⁷ Vid., al respecto, Pomares Cintas, E., “¿Existe dificultad de encontrar un acomodo típico-penal para el acoso laboral? Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida (sección 1ª), de 20-10- 2008, núm. 360/2008”, Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 780, 2009.

hora de promover la persecución penal del acoso: el Inspector debe comunicar al Ministerio Fiscal el contenido del acta de infracción “en el caso de que el Jefe de Inspección apreciase la posible concurrencia de hechos delictivos”. Al mismo tiempo, dicho Criterio Técnico ha querido orientar esa tarea planteando un abanico de tipos penales aplicables en el que encuadrar una situación de acoso en el trabajo.

En efecto, el Código Penal vigente ofrece varias alternativas de resolución que no se agotan en una simple valoración aislada de las conductas que integran la situación de acoso. Ante todo, la respuesta penal más adecuada dependerá de la forma en que se manifieste el hostigamiento, esto es, según afecte predominante e ilegítimamente al ejercicio, contenido o forma de desempeño de la prestación laboral, o bien, a la esfera más personal del trabajador, mediante comportamientos que se proyectan contra su reputación, por ejemplo, a través de reiterados comentarios injuriosos o despreciativos⁸.

Las soluciones que se han destacado especialmente por abarcar las vertientes más significativas y graves de las modalidades de acoso apuntadas giran en torno al delito previsto en el artículo 311, apartados 1º y 3º -imposición de condiciones laborales ilícitas mediante violencia o intimidación que perjudica derechos laborales-, o al delito de trato degradante contenido en el artículo 173.1 CP, que tutela la integridad moral de las personas.

El Código penal ofrece también otras herramientas que permiten responder a la problemática de este fenómeno: atendiendo a la gravedad de los hechos, es posible aplicar la pena accesoria de suspensión de empleo o cargo público o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, “si estos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación” (art. 56. 1, 1º y 3º CP). Ello implica poder alejar al acosador (o la acosadora) respecto de la víctima, y no al revés, como es habitual, pues es la víctima la que acaba abandonando o trasladándose de puesto de trabajo.

Entre las vías plausibles, el criterio más extendido se ha centrado en el delito de trato degradante, capaz de responder a las características de unas situaciones que, en todo caso, afectan a la integridad moral de la persona del trabajador, bien jurídico que aportaría la “visión de conjunto” que requiere este

⁸ Vid. Auto AP Tarragona de 6-5-2004, núm. 201/2004; Sentencia del Juzgado de lo penal núm. 2 de Lleida de 13-2-2008; SAP Lleida de 20-10-2008, núm. 360/2008. El Criterio Técnico 69/2009 en materia de acoso en el trabajo se ha referido, de un lado, al basado en un “ejercicio abusivo de facultades de dirección u organización”, y, de otro, al “trato vejatorio” seguido frente al trabajador. Vid. sobre las distintas modalidades de acoso moral en el trabajo, Pomares Cintas, E., “El acoso en el trabajo basado en la alteración de condiciones de prestación de la actividad laboral...”, cit., págs. 69 y ss.

tipo de conductas⁹. El mencionado delito castiga con la pena de prisión de 6 meses a 2 años al “que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral” (art. 173.1 CP). Se señala que su versatilidad permite englobar y, por tanto, unificar, cualquier modalidad (grave) de acoso, es decir, siempre que implique (y se acredite) una grave lesión de la integridad moral de la víctima.

Con todo, es cierto que estos argumentos no han sido suficientes para disuadir de la necesidad de reformar el Código penal. En relación con el recurso más extendido, el 173.1, y desde la perspectiva práctica, se ha expresado la dificultad de reconducir las conductas de acoso en el trabajo al concepto de trato degradante. Los problemas de indeterminación que acompañan a este delito no han favorecido la persecución de estas conductas¹⁰, de modo que el desconcierto que parece provocar la ubicación penal del acoso es patente¹¹. Son, desde luego, escasas las sentencias condenatorias¹², y las existentes, que han

⁹ Pérez Machío, A.I. *Mobbing y Derecho penal*, cit., págs. 144 y ss.; de la misma autora, “Concreción del concepto jurídico de “mobbing”...”, cit., págs. 14 y ss.; Villegas Fernández, J.M./Lafont Nicuesa, L., “Acoso moral”, cit., págs. 55 y ss., 98, 105 y ss.; Villegas Fernández, J. M., “Teoría penal del acoso moral...”, cit., págs. 5 y ss., pág. 12; Lafont Nicuesa, L. *El delito de acoso moral en el trabajo*. Tirant lo Blanch, 2008; Blanco Barea, M^a J./López Parada, J., “La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral en el trabajo”, *Diario La Ley*, núm. 5509, 2002, pág. 16; Escudero Moratalla, J. F./Poyatos i Matas, G., *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*. 2^a ed., Bosch, 2005, pág. 338; Molina Navarrete, C., “Cuando el “lugar de convivencia”...”, cit., págs. 17, 21, 28, 34; Carmona Salgado, C., “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo...”, cit., págs. 234 y ss.; de la misma autora, “Tutela jurídica del acoso laboral en el ámbito de las empresas y de las Administraciones públicas. Su disfuncional regulación en el proyecto de reforma del CP de 15 de enero de 2007”, *Revista Penal*, núm. 21, 2008, págs. 80, 90; Marcos González, J.I., “Panorama actual del acoso moral en el trabajo...”, cit., págs. 47 y ss.; Rebollo Vargas, R “Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código penal”, En, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 60, 2007, págs. 205 y ss.; Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento del acoso escolar; Informes del Consejo General del Poder Judicial a los Anteproyectos de reforma del Código penal de 2006 y 2008. Apunta el 173. 1 como vía posible, Pomares Cintas, E., En, (J.I. Marcos/M. Velázquez, Coord.), *Casos reales de Violencia y Acoso en el Trabajo*. Observatorio Vasco sobre el Acoso Moral. Ed. Lettera, 2010, págs. 409 y ss.

¹⁰ Está compuesto exclusivamente de conceptos indeterminados, extremo que ha denunciado el Consejo General del Poder Judicial en el informe sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2008. En este sentido, han planteado dificultades de aplicar el delito de trato degradante al acoso laboral, entre otras, las siguientes resoluciones: SAP Castellón de 5-7-2007 (núm. 306/07), SAP Toledo de 23-4-2007 (núm. 29/2007), SAP Ourense de 7-11-2005 (núm. 67/2005), Auto AP Madrid de 19-6-2003 (núm. 209/2003), Auto AP La Rioja de 23-5-2003 (núm. 111/2003), Auto AP Barcelona de 15-9-2003 (rec. núm. 188/2003), Auto AP Guipúzcoa de 22-12-2004 (núm. 228/2004), Auto AP Guipúzcoa de 16-6-2005 (núm. 136/2005), Auto AP Cáceres de 29-12-2005 (núm. 278/2005).

¹¹ Vid., por ejemplo, SAP Lleida de 20-10- 2008 (núm. 360/2008), Auto AP Madrid de 18-2-2009 (núm. 54/2009).

¹² Vid. aplicando el delito de trato degradante a situaciones de acoso en el trabajo, Sentencia del Juzgado de lo Penal Jaén de 27-9-2006 (núm. 330/2006), Sentencia del Juzgado de lo Penal Valencia de 21-4-2005 (núm. 151/2005), SAP Teruel de 22-5-2001 (núm. 25/2001).

tendido a aplicar la mínima pena, no han previsto la pena accesoria de inhabilitación como modo de alejar al acosador de la víctima. Un resultado insatisfactorio que contrasta con el silencio de la Exposición de motivos del Proyecto de reforma penal de 2009, que sólo pone de relieve tales problemas cuando alude al acoso inmobiliario y que explica por “la ausencia hasta el momento de una específica regulación penal de este fenómeno”.

Supongo que la influencia mediática del fenómeno mobbing y el valor pedagógico que se suele asociar a la tarea de tipificar delitos han logrado que la cuestión trascienda hasta el punto de generar un debate legislativo sobre la regulación penal expresa del acoso en el trabajo como solución más adecuada.

3. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS PROPUESTAS DE REFORMA PENAL DE 2007 Y 2009 EN MATERIA DE ACOSO EN EL TRABAJO

3.1. Consideraciones previas

Si el propósito es el de crear un delito de acoso en el entorno laboral, se plantea entonces cómo afrontar esa tipificación, con qué términos y qué comportamientos debe abarcar.

En ámbitos extrapenales no se ha optado por definir esta noción de acoso moral, se han limitado a incorporarla, incluso con un alcance específico. Así, el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de 24 de marzo de 1995, no contempla una categoría genérica de acoso en el trabajo, sólo tipifica el que obedece a concretos factores discriminatorios en sintonía con la política de la Unión Europea centrada en la aplicación del principio de igualdad de trato¹³. El artículo 4.2. e) incluye, como derecho laboral básico comprendido en el genérico derecho a la consideración debida a la dignidad del trabajador, la protección frente al acoso sexual, acoso por razón de sexo, y acoso por otras razones discriminatorias: origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. En cambio, el artículo 14. h) de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, de 12 de abril de 2007, engloba cualquier manifestación de acoso en el trabajo: reconoce el derecho “a la dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral”, categorías que tampoco define.

Pues bien, el primer intento –frustrado– de crear un precepto penal que atendiera genéricamente al acoso en el trabajo proviene de la Proposición de

¹³ Vid. Directivas 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; 2002/73/CE, de 23 de septiembre; 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Ley Orgánica núm. 122/000158, de 23 de noviembre de 2001, promovida por el Grupo Parlamentario Socialista. Se encuadraba dentro de los delitos contra los derechos de los trabajadores en calidad de delito de discriminación laboral. Sin embargo, esa iniciativa de regulación expresa no llega a consolidarse hasta el Proyecto de reforma del Código Penal de 15 de enero de 2007 (núm. 121/000119), que toma la decisión de incorporar esta clase de comportamientos dentro de los delitos contra la integridad moral. Se adhiere así al criterio mayoritario que, como se ha indicado, estimaba aquí adecuado el recurso al delito de trato degradante del artículo 173.1 CP. El Proyecto sugería añadir un párrafo a dicho precepto para concebir el acoso en el ámbito laboral como delito con arreglo a la siguiente redacción: “*Con la misma pena serán castigados los que, en el marco de una relación laboral, realicen contra otro de forma reiterada actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación...*”¹⁴.

Aunque esta propuesta finalmente no prosperó, no tardó en ser rescatada en un Proyecto posterior, el actual, con fecha de 27 de noviembre de 2009 (núm. 121/000052), que elabora una diferente tipificación del acoso en el trabajo, también dirigida a sancionar los supuestos más graves, manteniendo idéntica ubicación sistemática (un párrafo adicional al art. 173.1 CP): “*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*”¹⁵. Antes de entrar a valorar el alcance de la nueva redacción en contraste con la anterior, me parece imprescindible mencionar, a la hora de encontrar alguna explicación, cuáles fueron los precedentes más inmediatos de este Proyecto: el Anteproyecto de reforma del CP de 14 de noviembre de 2008 supuso una prórroga del Proyecto de 2007, se limitó a reproducir su redacción, ampliando únicamente el escenario del acoso, es decir, sustituyó “*el marco de una relación laboral*” por “*el marco de cualquier actividad laboral*”. Probablemente, fue la influencia de los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ, en adelante) y la Fiscalía General del Estado (Consejo Fiscal) que planteaban una serie de objeciones al texto del Anteproyecto, lo que condujo a practicar, el 23 de julio de 2009, una sustancial modificación en la forma que presenta hoy el Proyecto de noviembre de 2009.

En cualquier caso, esta sucesión de Proyectos brinda una valiosa ocasión para examinar comparativamente, y desde el punto de vista político-criminal,

¹⁴ En el mismo párrafo, y a renglón seguido, pretendía regular el acoso inmobiliario: “(...) y los que, en el marco de cualquier otra relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma”.

¹⁵ En el Proyecto de 2009, la regulación del acoso inmobiliario ocupa otro párrafo dentro del mismo art. 173.1 CP.

las respectivas propuestas de un tipo penal que prevea específicamente el acoso en el marco de la relación de trabajo.

Como denominador común, sendos Proyectos de 2007 y 2009 han articulado esta modalidad de maltrato a través de su valoración como delito contra la integridad moral de las personas, dentro del delito de trato degradante –un párrafo adicional- y con la misma pena (art. 173.1 CP). Sin embargo, presentan importantes diferencias.

3.2. El delito de acoso en el trabajo según el Proyecto de 2007

Con la pretensión de garantizar el principio de intervención mínima (como expresa la Exposición de Motivos del Proyecto de 2007¹⁶), el tipo penal de acoso en el marco de la relación de trabajo debe dirigirse a sancionar los supuestos más graves. Así, se propone castigar con la misma pena del art. 173.1 CP a “*los que, en el marco de una relación laboral, realicen contra otro de forma reiterada actos de grave acoso psicológico u hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación*”.

Cierto es que se encamina a introducir los elementos esenciales de toda situación de acoso moral¹⁷, no son afortunados, sin embargo, los términos utilizados cuando exige la realización de “*actos de grave acoso psicológico u hostilidad*”. Probablemente, la gravedad irá unida al resultado del proceso de hostigamiento en que consiste el acoso, porque, de no ser así, el tipo estaría requiriendo una pluralidad de acosos graves, o bien esa intensidad va referida a los actos individuales que lo componen¹⁸. Si es éste último el sentido, quedarían entonces excluidas del concepto penal de acoso laboral las hipótesis cuya severidad se infiera de la reiteración de actos hostiles no graves en sí¹⁹.

De otro lado, se acude a una expresión que se inspira en la noción de acoso laboral construida por la jurisprudencia social: acoso psicológico²⁰. Podría

¹⁶ Referencia que omite el Proyecto posterior en esta materia.

¹⁷ Vid. Apartado I de estos comentarios.

¹⁸ Vid. en esta dirección, STSJ País Vasco, Sala de lo Social, de 25-1-2005 (rec. núm. 2794/2004), que requiere en las “*variadas conductas que constituirían el acoso moral, (...) severidad o gravedad en las mismas*”. El informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de 2008 ha interpretado que se exige expresamente “*la gravedad por separado*” de los actos de acoso.

¹⁹ Todas las interpretaciones quedan abiertas. Subrayan la escasa claridad de la redacción del tipo propuesto, Xiol Ríos, J.A., “*El mobbing (acoso psicológico) en la función pública*”, cit., pág. 403; Villegas Fernández, J. M., “*Presente y futuro del delito de acoso laboral...*”, cit.

²⁰ La Proposición de Ley Orgánica núm. 122/000158, de 23 de noviembre de 2001, utiliza la expresión “*reiterado acoso moral o psicológico*” en la tipificación del delito de acoso laboral en ella contenido. Emplea como sinónimos acoso moral y psicológico, Mir Puig, C., “*El acoso moral en el trabajo...*”, cit., págs. 179, 183, 216. Por otra parte, es dudoso si los términos “*acoso psicológico*”/“*hostilidad*” se deben entender equivalentes –así, Mir Puig, C., op. cit., pág. 222-, o de lo contrario, pretenden significar modalidades de acción diferenciadas, como sostiene Villegas Fernández, J. M., “*Esperanzas y recelos ante el futuro delito de acoso moral*”, cit.

interpretarse, en principio, que el término equivale estrictamente al ejercicio de violencia psicológica sistemática; algunas resoluciones judiciales en materia penal han compartido este criterio limitado a las “*actitudes de violencia psicológica de forma prolongada*”, exigiendo incluso la producción de “*alteraciones psicosomáticas de ansiedad*”²¹. Sin embargo, también es posible interpretar que la expresión acoso psicológico u hostilidad alude, en puridad, al resultado del proceso de hostigamiento y no a la naturaleza de los actos en que se constituye, y, en esa medida, confunda el efecto “psicológico” de degradación o humillación, o incluso el riesgo de afectar a la salud psíquica del trabajador, con los medios o modos de conducta tendentes a provocarlo, siendo idóneas para ello tanto la violencia psíquica como la física²².

Por último, es particularmente novedoso –y llamativo– exigir que los actos de grave acoso psicológico u hostilidad provoquen a la víctima “*naturalmente*” “*sentimientos de humillación*”, un requisito que no se incluye en la tipificación –vigente– de otra modalidad de acoso moral que se regula en el art. 173 CP, en el segundo apartado: la violencia habitual en el ámbito familiar o asimilado. Constituye un elemento tan abierto y enigmático como el resto de la redacción.

3.3. El delito de acoso en el trabajo según el Proyecto de 2009

Como se ha comentado, el Proyecto de 27 de noviembre de 2009 ha modificado sustancialmente la redacción del anterior, que se mantuvo prácticamente igual en el Anteproyecto de 14 de noviembre de 2008. Ahora, con idéntica ubicación sistemática (un párrafo adicional al art. 173.1 CP), se propone castigar con la misma pena a “*los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciendo de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir*

²¹ Posición que se sintetiza en la STSJ País Vasco, Sala de lo Social, de 25-1-2005 (rec. núm. 2794/2004). Vid., en materia penal, SAP Ourense de 7-11-2005 (núm. 67/2005); Auto AP Cáceres de 29-12-2005 (núm. 278/2005), que traslada el criterio mantenido por la STSJ de Cataluña de 11-4-2005; Auto AP Barcelona de 15-9-2003 (Rec. Apelación núm. 188/2003); SAP Lleida de 20-10-2008 (núm. 360/2008). Exige una violencia “psicológica extrema”, Molina Navarrete, C., “Violencia moral en el trabajo...”, cit.

²² Vid. Villegas Fernández, J.M./Lafont Nicuesa, L., “Acoso moral”, cit., pág. 81, págs. 99, 100, 116-117. En este sentido, la Proposición de Ley núm. 122/000157, sobre el Derecho a no sufrir acoso moral en el trabajo, no restringe las modalidades de comportamiento en que consista el acoso laboral, lo importante es que estén “dirigidas a causar un profundo malestar psicológico y personal en el trabajador afectado”. Aunque son predominantes en el entorno laboral las formas de violencia psicológica, admiten igualmente prácticas de violencia física, Xiol Ríos, J.A., op. cit., págs. 376-377, pág. 379; Pérez Machío, A.I., *Mobbing y Derecho penal*, cit., págs. 39, 61; SAP Ourense de 7-11-2005 (núm. 67/2005); el Auto AP Madrid de 11-10-2005 (núm. 929/2005) señala que “lo importante es la idea de continuidad en la violencia, ordenada a (...) la destrucción psicológica o moral del trabajador”.

trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”.

Tan sorprendente cambio literal del precepto sobre el mobbing debe tener alguna explicación. Sólo a partir del análisis de los preceptivos informes del CGPJ y del Consejo Fiscal que planteaban varias e importantes objeciones al texto del Anteproyecto de 2008, se podrán extraer datos suficientes para valorar ese cambio y la significación de las correcciones de las que ha sido objeto el texto original.

3.3.1. Excesiva amplitud de los términos empleados en la tipificación

La redacción del Anteproyecto de 2008, prácticamente idéntica a la del Proyecto de 2007, reproduce los problemas de indeterminación del delito de trato degradante del que deriva precisamente la propuesta de tipificación del acoso en el trabajo (es un párrafo del art. 173.1 CP), de tal modo que no resuelve los inconvenientes que han surgido con dicho precepto a la hora de su aplicación a esta modalidad de maltrato²³. En principio, la nueva propuesta de tipificación suprime términos de la anterior que resultaban excesivamente amplios²⁴, pero no logra la dosis de taxatividad que supongo buscaba: incluye en la definición de acoso laboral el término que se pretende definir -“*acoso*”-, y que no define. Por otro lado, sustituye la naturaleza psicológica del acoso por el carácter “*hostil o humillante*” de los actos que lo constituyen, no requiere la causación natural de sentimientos de humillación, sino un “*acoso grave*” fruto de la reiteración de aquellos actos, requisitos también esencialmente valorativos.

Se observa, sin embargo, que la Exposición de motivos del Proyecto de 2009, que sirve como criterio de interpretación de las reformas penales, no se corresponde con la nueva redacción del precepto. Explica que, dentro de los delitos contra la integridad moral, “se incrimina la conducta denominada de acoso laboral entendiendo por tal el hostigamiento psicológico u hostil en el marco de cualquier actividad laboral o funcional, que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad”²⁵. Puede pensarse que dicha explicación del prelegislador no se ha adaptado todavía a las nuevas modificaciones, o bien que el sentido de éstas es puramente formal, o las dos cosas.

La propuesta de tipificación del acoso laboral del Proyecto de 2009 manifiesta, como la anterior, la tendencia a confundir el efecto de degradación o humillación (efecto de cosificación) con los medios o modos de conducta idó-

²³ Vid. Apartado 2 de estos comentarios.

²⁴ El Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2008 considera su redacción “excesivamente *abierta*”.

²⁵ Además, la expresión “imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad”, que se utilizaba por la redacción anterior para tipificar el acoso inmobiliario, ya no consta en el texto actual.

neos para provocarlo. Se observa que los calificativos “hostil”/”humillante” van anudados a los comportamientos que conforman el acoso, términos que son excesivamente amplios²⁶, ausentes en la tipificación de fenómenos de maltrato paralelos, como el delito de violencia habitual familiar (art. 173.2 CP) o el delito de acoso sexual (art. 184 CP). No se trata de requerir que las conductas que constituyan el acoso sean en sí mismas -individualmente consideradas- humillantes u hostiles, sino que cualquiera que sea la naturaleza, modalidad o entidad de las mismas, debe ser su carácter sistemático y prolongado en el tiempo lo que puede lograr cercenar la capacidad de autodeterminación de la persona en el entorno laboral de que se trate, crearle un clima gravemente intimidatorio, degradante u hostil, reduciéndola a la condición de objeto. En otras palabras: a propósito del acoso sexual, el solicitar una conducta sexual no es en sí un comportamiento humillante u hostil, lo importante es que su realización continuada sea capaz de provocar a la víctima una situación humillante (art. 184.1 CP).

Este problema interpretativo que genera la redacción del tipo penal propuesto de acoso laboral se puede explicar a través del siguiente supuesto valorado por la Sentencia del Juzgado de lo Penal de Jaén de 27-9-2006 (núm. 330/2006), una suerte de comportamientos activos y omisivos que recaen sobre una trabajadora y que se originan a partir de su readmisión tras un despido improcedente. Es posible, como señala Villegas Fernández, que actitudes tendentes a provocar el aislamiento laboral de la víctima como la de encomendar un puesto de trabajo apartado del resto de la plantilla, o relevar de funciones, no sean en sí, individualmente consideradas, humillantes²⁷, y, por tanto, no serían susceptibles de encuadrarse en el tipo propuesto, no constituirían acoso laboral desde el punto de vista penal.

Asimismo, de la expresión “actos” podría inferirse la exigencia de realización de conductas activas, de modo que no dé cabida, sino con dificultad, a los comportamientos omisivos. Este problema se resolvería recurriendo a otros términos: si, como se ha señalado, el acoso moral en el trabajo es conceptualmente el resultado del ejercicio continuado, habitual o prolongado de *violencia física o psíquica*²⁸ contra una persona en el ámbito de una relación laboral o funciona-

²⁶ “noción vacía que apenas significa”, J. M. Villegas Fernández, “La impotencia de un legislador bienintencionado: el futuro delito de acoso inmobiliario”, En, Noticias. Jurídicas. com, 2010.

²⁷ “Hay que agregarlos todos para que surja la dimensión humillante”, Villegas Fernández, J. M. “Presente y futuro del delito de acoso laboral (Comentario a la sentencia de 27 de septiembre del año 2006 del juzgado de lo penal número uno de Jaén.)”, cit.

²⁸ Aunque son predominantes en el entorno laboral las formas de violencia psicológica, se admite mayoritariamente cualquier modalidad de violencia. Vid. Xiol Ríos, J.A., “El *mobbing* (acoso psicológico) en la función pública”, El *mobbing* desde la perspectiva social, penal y administrativa, 2007, págs. 376-377, pág. 379. Pérez Machío, A.I., *Mobbing y Derecho penal*, cit., págs. 39, 61; Villegas Fernández, J.M./Lafont Nicuesa, L. “Acoso moral”, cit., págs. 99, 100. Vid. Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento del acoso escolar; SAP Ourense de 7-11-2005 (núm. 67/2005); Auto AP Madrid de 11-10-2005 (núm. 929/2005).

rial, no existiría inconveniente alguno para utilizar la expresión “violencia”²⁹, que, además, cuenta ya con un bagaje interpretativo doctrinal y jurisprudencial en relación con el delito de violencia habitual en el ámbito familiar (art. 173.2 CP).

En síntesis, siguen siendo imprecisos y eminentemente valorativos los elementos que componen el tipo penal propuesto, hasta el punto de poder dificultar extraordinariamente su aplicación. No se olvide que, desde la perspectiva jurídico-penal, no sólo deben ser acreditados los elementos objetivos del tipo —un *acoso grave* atribuido objetivamente a la reiteración de *actos hostiles o humillantes*—, también, y necesariamente, éstos deben ser abarcados por el dolo del autor, que exige el conocimiento actual (en el momento de los hechos) de tales elementos y la tendencia a vincular cada uno de esos actos a la situación de grave acoso. Una doble dificultad que vaticina su inaplicación práctica.

3.3.2. *El delito de acoso laboral, ¿una nueva categoría de atentado a la integridad moral?*

Las propuestas de tipificación del acoso laboral como delito contra la integridad moral manifiestan la necesidad de concretar la grave imprecisión del delito de trato degradante, una tendencia que se inicia ya con el delito de violencia habitual en el ámbito familiar o asimilado, incorporado a este grupo de delitos a partir de la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre. Sin embargo, frente a la regulación de este delito, la que se propone en el Proyecto de 2009 para el acoso laboral plantea especiales interrogantes.

Hay un elemento de la redacción que resulta singularmente llamativo: exige realizar de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, “*sin llegar a constituir trato degradante*”, supongan grave acoso contra la víctima. Un requisito negativo, sin duda, novedoso, al tiempo que controvertido: ¿entiende que no es trato degradante someter a un trabajador de modo habitual o sistemático a actos humillantes u hostiles de modo grave?

Por un lado, es posible que el Proyecto de 2009 haya querido reflejar la pretensión del CGPJ, plasmada en su informe sobre el Anteproyecto de 2008,

²⁹ Es, además, frecuente y expresamente empleada por la doctrina, la jurisprudencia (laboral y penal), la legislación interna y por los instrumentos comunitarios cuando aluden al acoso laboral. Vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre acoso en el lugar de trabajo, de 20 de septiembre de 2001; Villegas Fernández, J.M./Lafont Nicuesa, L., “Acoso moral”, cit., pág. 81, págs. 100, 116-117; Xiol Ríos, J.A. “El mobbing (acoso psicológico) en la función pública”, cit., pág. 379; Pérez Machío, A.I., *Mobbing y Derecho penal*, cit., pág. 39; Molina Navarrete, C. “Violencia moral” en *el trabajo...*”, cit. SAP Ourense de 7-11-2005 (núm. 67/2005), Auto AP Madrid de 11-10-2005 (núm. 929/2005); Vid. también el informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de 2008; Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la ITSS en materia de acoso y violencia en el trabajo. Exige el ejercicio de “violencia (...) sistemática o habitual”, art. 3 de la Orden de 4 de octubre de 2006, de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, que regula las medidas de prevención y el procedimiento de actuación en casos de acoso moral y sexual en el trabajo en el ámbito de la Administración General y sus Organismos Autónomos.

de justificar este delito más allá de su valor pedagógico³⁰. La decisión de concebir el acoso laboral como atentado específico a la integridad moral que reviste la misma gravedad que el delito de trato degradante (se sanciona con la misma pena que éste), obliga a buscar una explicación que legitime materialmente la creación de esta infracción penal, así -según el criterio del CGPJ-, por tener “un ámbito típico propio”: mientras que el vigente delito de trato degradante (art. 173.1) “puede estar constituido por un solo acto, siempre que éste conlleve en sí mismo un menoscabo grave de la integridad moral (...), el acoso laboral requiere en todo caso una reiteración de actos (...), precisamente, (...) la que concede relevancia penal a cada uno de los actos de acoso, cuya gravedad por separado (...) no puede constituir trato degradante, ya que, en tal caso, la conducta entraría en el ámbito típico del vigente artículo 173.1”³¹. Por tanto, la gravedad inherente al delito de trato degradante puede inferirse de un único acto, en cambio, el delito de acoso laboral no podría conceptualmente atender a un episodio aislado. En síntesis, se trata de garantizar una relación de complementariedad entre ambos preceptos, de modo que describan “diferentes formas igualmente graves de lesionar el bien jurídico “integridad moral”. Siguiendo este criterio interpretativo del CGPJ, se aplicará el delito de acoso laboral como modalidad de trato degradante cuando los actos hostiles o humillantes que lo constituyen alcanzan en su conjunto la gravedad requerida; es necesario, por tanto, que ninguno de los actos concretos que integren el acoso revista (individualmente) la gravedad del trato degradante, porque, si es así, se aplicaría el delito genérico.

Frente a este planteamiento, existe otro que explica la necesidad de tipificar expresamente el acoso laboral como atentado a la integridad moral por no poderse encuadrar estrictamente en la categoría de trato degradante. Esta posición, encabezada por C. Mir Puig, sostiene que la situación de hostigamiento/humillación que sufre el trabajador a través del acoso laboral grave no agota el injusto del delito de trato degradante, no alcanza el “nivel mínimo de severidad” de éste³². Es un criterio que se contrapone con la versatilidad del concepto de trato degradante, que niega su naturaleza circunstancial y valorativa. En cualquier caso, rescata una vieja cuestión, recuerda el debate que suscitó la calificación penal del ejercicio de la violencia psíquica habitual en el ámbito familiar, que, como en el laboral, se ha encubierto tanto tiempo. En efecto, se rechazó, en ocasiones, como trato degradante por carecer de la “nota

³⁰ En el anterior informe, el relativo al Anteproyecto de 2006, el CGPJ subrayaba exclusivamente su valor pedagógico.

³¹ La cursiva ha sido añadida.

³² Mir Puig, C., op. cit., págs. 188, 191. Sostiene el autor que “subsumir los supuestos de acoso moral en el trabajo en el art. 173.1 CP –cuando subyace una relación de subordinación como en las relaciones laborales- es forzar el sentido del precepto”, pág. 194. Expresa esta posición, SAP Castellón de 5-7-2007 (núm. 306/07).

de envilecimiento y humillación que corresponde al tipo penal del art. 173” (sentencia del Tribunal Supremo de 2-4-2003, núm. 489); en otras, en cambio, fue considerado como tal: la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, sobre intervención del Ministerio fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, reconocía que el delito de trato degradante bastaba para regular la violencia psíquica habitual doméstica.

Cuesta pensar, por ello, que el Proyecto de 2009 haya tomado partido por un criterio que destierra apriorísticamente el acoso laboral grave de la categoría de trato degradante. Sería, en mi opinión, una forma de despreciar –terminológicamente, y por ende, simbólicamente- la entidad de esta modalidad de maltrato. ¿Cómo se debe llamar entonces a esa clase de cosificación del trabajador? Si es éste el sentido de la nueva redacción del tipo propuesto, asistimos al nacimiento de una tercera categoría de atentado a la integridad moral, junto al trato degradante y las torturas. Y si interpretamos así el concepto penal de acoso laboral, ¿por qué el delito que defiende el Proyecto está sujeto a la misma pena que el delito de trato degradante?

En conclusión, la incorporación del requisito negativo que se comenta ha logrado poner en tela de juicio la calificación del acoso laboral como trato degradante. Añade otra dosis de ambigüedad a su tipificación expresa. Si, en última instancia, el Proyecto ha querido dar cauce al planteamiento del CGPJ que se ha expuesto, la formulación debe aclarar que dicho requisito negativo no va vinculado a la situación de acoso en sí sino a los actos individuales en que ésta se integra, y lo podría hacer de esta forma: realizar “contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir (individualmente) trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima”. De todas maneras, sería una exigencia superflua.

3.3.3. ¿Acoso laboral horizontal?

El Proyecto de 2009 introduce otra novedad no menos controvertida que el requisito anterior. La alusión al prevalimiento de una “relación de superioridad” por quien realiza el acoso parece englobar exclusivamente hipótesis de acoso laboral vertical en las que el autor ocupa una posición de superioridad laboral o jerárquica respecto de la víctima. Es cierto que no señala expresamente que la superioridad sea laboral o jerárquica, pero también es cierto que el término “relación” significa que debe mediar entre el sujeto activo y el pasivo una situación de jerarquía laboral, y, por tanto, apunta directamente a la modalidad de abuso del superior sobre el subordinado. Si esto es así, el nuevo tipo penal de acoso laboral comparte el punto de vista de algunas resoluciones judiciales que, en los supuestos de acoso horizontal, se han pronunciado contrarias a la aplicación del art. 173.1 CP por ausencia de la relación de dependencia o subordinación entre los sujetos implicados en el conflicto (así, SAP Toledo de

23-4-2007, núm. 29/2007). Se ha olvidado, tal vez, de otras resoluciones que han admitido esa posibilidad (así, SAP Teruel de 22-5-2001, núm. 25/2001³³).

Este nuevo requisito crea, desde luego, una situación injusta al expulsar del ámbito de aplicación del delito propuesto el acoso horizontal. Aun cuando pueda constituir una modalidad grave de acoso moral en el trabajo, el Proyecto de 2009 impediría encuadrar en el mismo las situaciones de dominio-sumisión del otro derivadas de una superioridad de hecho en el ámbito de la prestación de trabajo entre personas que ocupan igual posición. El desamparo de la víctima característico de las prácticas de maltrato en los espacios de convivencia también es trasladable aquí, en la medida en que la violencia se entiende como manifestación de una posición de desigualdad³⁴, que puede ser de hecho, dirigida a instrumentalizar a la víctima. Ni el CGPJ ni el Consejo Fiscal, en sus respectivos informes a los Anteproyectos de 2006 y 2008, han planteado objeciones a la inclusión en el tipo penal de acoso laboral el abuso entre iguales. La nueva tipificación propuesta incurre, por tanto, en los defectos del texto original del delito de acoso sexual, que sólo alcanzaba al vertical. Una cuestión que quedó resuelta a partir de la reforma del art. 184 CP por L.O. 11/1999, de 30 de abril. El legislador comprendió entonces que debía abarcar las situaciones de acoso horizontal.

Precisamente, de modo paralelo a la regulación vigente del delito de acoso sexual, el CGPJ, en el informe sobre el Anteproyecto de 2008, ha considerado que el acoso horizontal reviste menor gravedad, proponiendo, por ende, una pena inferior (que no especifica), pero sin pretender excluirlo del ámbito de aplicación del delito de acoso laboral que se comenta. Por eso, probablemente, el Proyecto ha dado un paso más tomando la decisión de suprimir el acoso horizontal de la tipificación propuesta.

3.3.4. Escenario del acoso laboral. Previsión del marco funcional

Falta por mencionar el escenario en que se debe producir la situación de acoso laboral con arreglo al precepto.

En un primer momento, el Proyecto de 2007 aludía al “marco de una relación laboral”, un modo de exigir que el sujeto activo esté “inmerso en una relación de trabajo respecto del sujeto pasivo”³⁵. Este elemento contextual se ha interpretado ampliamente en el sentido de encuadrar las hipótesis en las que media una relación jurídico-laboral entre los sujetos implicados o las que se desenvuelven con ocasión de la prestación laboral de que se trate y, según la Exposición de Motivos del Proyecto de 2007, incluye también la relación estatutaria o de servicio propia de la función pública.

³³ Tampoco descarta aplicar el delito de trato degradante a un supuesto de acoso laboral horizontal, el Auto AP La Rioja de 23-5-2003 (núm. 111/2003).

³⁴ Vid. *supra*, nota 5.

³⁵ Mir Puig, C., “El acoso moral en el trabajo...”, *op. cit.*, pág. 223.

Sin embargo, respecto del entorno público, se ha cuestionado la seguridad con que dicha declaración de motivos afirma que el término “marco de una relación laboral” abarca el acoso que afecta a funcionarios públicos o personal estatutario en sus centros de trabajo, esto es, el que se desarrolla en el marco de la relación jurídico-pública que tiene por objeto la prestación de servicio en régimen de derecho administrativo. A este respecto, cabe observar que la expresión empleada en la tipificación del delito de acoso sexual -“ámbito de una relación laboral o de prestación de servicios” (art. 184.1 CP)- ha permitido su aplicación a supuestos cometidos en el marco funcional³⁶. En definitiva, se entiende que la sola referencia al marco de la relación laboral no es suficiente, siendo absolutamente aconsejable la previsión expresa en el tipo de acoso laboral del ámbito de la función pública o estatutaria para evitar problemas en la práctica³⁷.

Probablemente, la pretensión del Anteproyecto de 14 de noviembre de 2008 de modificar exclusivamente el escenario del acoso laboral acudiendo a una fórmula más amplia -“el marco de cualquier actividad laboral”- fuera la de aclarar esas dudas³⁸. Pero, por las mismas razones, no ha logrado acallar las críticas. Finalmente, el Proyecto de 2009, que ha preferido emplear el término “ámbito” en lugar de “marco”, recupera la redacción de 2007, pero añade expresamente la relación estatutaria propia de la función pública en estos términos: “en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional”³⁹.

No obstante, son otros los inconvenientes que suscita el acoso en el marco funcional con arreglo al precepto propuesto. La especial organización del trabajo en la función pública, que, sin duda, crea condiciones propicias para la realización de comportamientos abusivos en el lugar de trabajo, plantea algunas peculiaridades. A éstas y a otros problemas se dedicará el apartado siguiente.

4. PROBLEMAS COMUNES QUE PLANTEAN LAS PROPUESTAS DE REFORMA EN MATERIA DE ACOSO EN EL TRABAJO

Salvando las diferencias entre los Proyectos de reforma penal de 2007 y 2009 en relación con el delito de acoso moral en el trabajo, ambas propuestas de tipificación presentan inconvenientes similares.

³⁶ Vid., por ejemplo, el caso Nevenca en la STSJ Burgos, Castilla y León, de 29-5-2002 (núm. 1/2002).

³⁷ Preocupación que ha sido reiterada por el CGPJ y el Consejo Fiscal en sus respectivos informes sobre los Anteproyectos de 2006 y 2008. Vid. también, C. Mir Puig, *op. cit.*, págs. 222, 229.

³⁸ La Exposición de motivos del Anteproyecto de 2008 señala que así “quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico públicas, entendiéndose por estas últimas las producidas en el marco funcional”.

³⁹ La Exposición de Motivos del Proyecto de 2009 reproduce lo dicho en la correspondiente al Anteproyecto de 2008 (véase la nota anterior): “Con ello quedarían incorporadas en el tipo penal todas aquellas conductas de acoso producidas tanto en el ámbito de las relaciones jurídico privadas como en el de las relaciones jurídico públicas”.

4.1. Singularidades del acoso laboral en la Administración pública

Aun cuando se pretenda equiparar el tratamiento penal del acoso laboral cualquiera que sea el entorno en que se produzca, no pasan inadvertidas ciertas particularidades cuando tiene lugar en el seno de la función pública y se basa en estrategias organizativas de la prestación laboral, habida cuenta que el régimen laboral de los funcionarios públicos se modifica generalmente en virtud de resoluciones o actos administrativos⁴⁰. Me refiero a situaciones que no podrían encajar fácilmente en un tipo penal que exige literalmente realizar una pluralidad de “actos” (“de forma reiterada”), así, cuando el clima de grave de hostigamiento que sufre el funcionario en el desempeño de su actividad laboral procede esencialmente de un único acto administrativo, esto es, no se formaliza en reiterados actos (aunque tiene efectos análogos), sin que quepa identificar esta situación con un episodio esporádico.

Por eso considero acertada la observación de Xiol Ríos cuando señala que, en el ámbito de la función pública, “el requisito de la reiteración en el tiempo de la conducta hostil se desdibuja notablemente”⁴¹; por ello, sugiere sustituirlo por “la permanencia de sus efectos”⁴² que sean reveladores de un proceso de grave hostigamiento. Un planteamiento alternativo que comparte expresamente el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2008, recomendando, en este sentido, que “el tipo penal tenga elementos diferentes de los del acoso laboral fuera de las Administraciones Públicas”.

En cualquier caso, si se quiere comprender la condición pública de quien realiza el acoso, es posible alegar la comisión del delito de prevaricación administrativa previsto en el art. 404 CP⁴³, cuando se base en actos o decisiones administrativas manifiestamente carentes de apoyo legal⁴⁴. Además, la pena anudada al delito de prevaricación administrativa, la inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años, no sólo despliega efectos disuasorios, también permite el alejamiento del acosador respecto de la víctima.

⁴⁰ Cfr. Xiol Ríos, J.A., op. cit., pág. 386. Vid. también, Lorenzo De Membiela, J.B., op. cit. Sobre las particularidades del acoso en la Administración pública, vid. Marcos González, J.I., “Panorama actual del acoso moral en el trabajo...”, cit.

⁴¹ Xiol Ríos, J.A., op. cit., págs. 379, 386.

⁴² Op. cit., pág. 386.

⁴³ Castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años a “la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo”.

⁴⁴ Cfr. O. Morales García, op. cit., pág. 429; Xiol Ríos, J.A., op. cit., pág. 394; vid. también, el Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de 2006; Pomares Cintas, E., “¿Existe dificultad de encontrar un acomodo típico-penal para el acoso laboral? ...”, cit. Son sentencias condenatorias por prevaricación en situaciones de acoso laboral en el ámbito de la Administración pública, STS de 12-12-1994 (núm. 2140/1994); STS de 28-6-2007 (núm. 648/2007); Sentencia del Juzgado de lo Penal de Ciudad Real de 13-12-2005 (núm. 365/2005).

4.2. Problemas de acreditación del acoso laboral como construcción jurídica

Precisamente porque se incorpora en un precepto penal el término “acoso”, y con ello, una construcción basada en una pluralidad de actos hostiles o humillantes conectados entre sí, las propuestas de tipificación específica del acoso laboral plantean serios problemas en el terreno probatorio. En otras palabras, habría que acreditar en un proceso penal cada una de las conductas en que se integra el “acoso” (reiteradas y relacionadas entre sí), además de la gravedad del mismo; al tiempo, todos estos elementos deberán ser abarcados por el dolo del autor.

La complejidad probatoria se traslada, asimismo, al entorno laboral público. Como señala Marcos González, “Esto hace que, para que una situación de acoso pueda ser llevada a los tribunales, los diversos actos que sufre el acosado tengan previamente que haber sido notificados a la Administración porque si no, van a ser considerados actos administrativos firmes. La consecuencia es aterradora: si el acoso moral se examina acto a acto normalmente no hay forma de acreditarlo y si se presentan muchos actos que se han sucedido en el transcurso del tiempo en una sola solicitud, se contesta por parte de la Administración que la mayoría ya están prescritos por firmes y consentidos”⁴⁵. El Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de 2008 ha reflejado este estado de cosas, y ha sugerido poder valorar también, a la hora de acreditar una situación grave de acoso, las “resoluciones administrativas consentidas o infracciones no penales prescritas”.

Junto a este evidente problema estructural, pues el mobbing “entraña importantes dosis de dificultad valorativa”⁴⁶, la vaguedad de la descripción típica característica de ambas propuestas puede reproducir los mismos inconvenientes que han servido para impulsar la tipificación penal del acoso laboral: obstaculizará, en la práctica, su aplicación y, por ende, la persecución del acoso laboral en la vía penal⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. “Panorama actual del acoso moral en el trabajo...”, cit., pág. 41.

⁴⁶ Auto AP Tarragona de 6-5-2004 (núm. 201/2004); la SAP Ourense de 7-11-2005 (núm. 67/2005) reconoce que existen “serias y no disimuladas dificultades de estructuración elemental”. En esta dirección, Auto AP Barcelona de 15-9-2003 (rec. núm. 188/2003), Autos AP Guipúzcoa de 22-12-2004 (núm. 228/2004), de 16-6-2005 (núm. 136/2005). Advierten este problema, Morales García, op. cit., págs. 435, 437; Carmona Salgado, C., “Tutela jurídica del acoso laboral en el ámbito de las empresas...”, cit., pág. 91; el Criterio Técnico 69/2009 sobre las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de acoso y violencia en el trabajo destaca la dificultad probatoria del acoso laboral.

⁴⁷ Cfr. Villegas Fernández, J.M., “Esperanzas y recelos ante el futuro delito de acoso moral”, cit.; del mismo autor, “Presente y futuro del delito de acoso laboral...”, cit. Cfr. Morales García, op. cit., págs. 429-430.

4.3. Las situaciones de acoso basadas en la alteración ilícita de condiciones de prestación de la actividad laboral y la tutela penal específica de los derechos de los trabajadores

Como se ha señalado al principio de estos comentarios, dentro de las diversas situaciones de acoso en el trabajo, destacan aquéllas que se derivan fundamentalmente de acciones u omisiones que perjudican ilícitamente el régimen de derechos y obligaciones que debe caracterizar toda relación de trabajo, sea privada o pública. Sin duda, constituyen casos emblemáticos de acoso laboral que giran en torno a la práctica de estrategias organizativas de la actividad profesional en virtud del ejercicio arbitrario o abusivo de las facultades de dirección/organización: impedir desempeñar la actividad laboral correspondiente –no asignar tarea alguna durante la jornada o asignar otras imposibles de llevar a cabo, inútiles o inferiores a la categoría profesional del trabajador-, privar de los instrumentos de trabajo adecuados para el desarrollo de la concreta actividad, ubicar al trabajador en una dependencia inadecuada o en condiciones deficientes, etc.⁴⁸. Estos comportamientos se originan, a menudo, a partir de actitudes reivindicativas de los trabajadores, por ejemplo, por su actividad sindicalista (SAP Asturias de 9-11-2005, núm. 234/2005), por su readmisión tras un despido improcedente (Sentencia del Juzgado de lo Penal de Jaén de 27-9-2006, núm. 330/2006)⁴⁹, por denunciar irregularidades urbanísticas en el seno del Ayuntamiento (STS de 12-12-1994, núm. 2140/1994)⁵⁰, etc.

Partiendo de las características de estas hipótesis, y en relación con la amplitud con la que se expresa la tipificación del acoso laboral en sendos Proyectos, se hace necesario resolver ciertas interrogantes: habrá que afrontar la posible concurrencia de otros tipos penales (vigentes) que albergan particularidades o elementos específicos significativos que no quedan comprendidos ni se entienden absorbidos en el precepto que se propone.

En efecto, el perfil de esta modalidad de comportamientos abusivos basados, principalmente, en acciones u omisiones carentes de justificación legal que alteran el contenido, funciones o forma de desempeño de la actividad

⁴⁸ Estrategias puestas de relieve por Leymann, H., *Mobbing. La persécution au travail*, 1996, págs. 28-43. Vid. también, Villegas Fernández, J. M., “Presente y futuro del delito de acoso laboral...”, cit.; Mir Puig, C., op. cit., pág. 180; Auto AP Tarragona de 6-5-2004 (núm. 201/2004), SAP Ourense de 7-11-2005 (núm. 67/2005).

⁴⁹ Un supuesto parecido de acoso valora el Auto AP Barcelona (Sección 8ª) de 17-9-2004, que se produce porque el trabajador solicitó “su inclusión en el convenio colectivo para tener derecho a la actualización anual del IPC”.

⁵⁰ Acoso realizado por Alcalde y Teniente de alcalde sobre un aparejador municipal. Merece destacarse también el que se produce sobre una auxiliar de la Administración en represalia por haber denunciado al secretario del Ayuntamiento por delito de agresión sexual -por el que posteriormente fue condenado- (Sentencia del Juzgado de lo Penal de Ciudad Real de 13-12-2005, núm. 365/2005).

laboral puede subsumirse dentro de los contornos del artículo 311 CP -delito de imposición de condiciones ilícitas perjudiciales para los derechos laborales- como específico delito contra los derechos de los trabajadores⁵¹. Artículo 311 CP: “Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses: 1º) Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. (...). 3º) Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado”.

Como reconoce Ortubay Fuentes, sí se encuadraría dentro de este precepto penal la inobservancia reiterada de la normativa reguladora del concreto contexto laboral, o que se prolonga “durante amplios períodos de tiempo”, porque equivale a “hacer soportar a los trabajadores” condiciones ilegales de trabajo o “establecer una relación laboral cuyo contenido es inferior al señalado normativamente”, en definitiva, “una auténtica negación de los derechos de los trabajadores”⁵².

Asimismo, el art. 311 CP puede proteger, bajo el respeto del principio de intervención mínima, la integridad moral del trabajador en el seno de la relación de trabajo frente a comportamientos graves que la menoscaban, y, por tanto, también frente al acoso, en la medida en que el trabajador es utilizado ilegítimamente como instrumento bajo el dominio del autor. No se puede entender de otro modo cuando se adoptan condiciones ilícitas perturbadoras de la prestación laboral abusando de la vulnerabilidad del trabajador o haciéndole soportar una situación que perjudica sus derechos laborales –mediante violen-

⁵¹ Han aplicado en casos como éstos el art. 311 CP, STS de 12-12-1994 (núm. 2140/1994), SAP Asturias de 9-11-2005 (núm. 234/2005). Lo consideran aplicable, Morales García, op. cit., págs. 410, 419; Molina Navarrete, C., “Violencia moral” en el trabajo...”, cit.; Rebollo Vargas, R “Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma del Código penal”, cit.; Lorenzo de Membiela, J.B., op. cit.; Juanes Peces, A., op. cit., pág. 264. Estima que no es “del todo apropiado” por ser incompleto, Carmona Salgado, C., “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo...”, cit., pág. 233; de la misma autora, “Tutela jurídica del acoso laboral en el ámbito de las empresas...”, cit., págs. 82-83. Descartan los delitos contra los derechos de los trabajadores como cauce de resolución del acoso laboral, Pérez Machío, A.I., *Mobbing y Derecho penal*, cit., págs. 136, 140; Escudero Moratalla, J. F./Poyatos i Matas, G., *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*, cit., pág. 338. Vid., detenidamente, Pomares Cintas, E., “El acoso en el trabajo basado en la alteración de condiciones de prestación de la actividad laboral...”, cit., pp. 90 y ss.

⁵² Cfr. Tutela penal de las condiciones de trabajo. Un estudio del artículo 311 del Código penal. Universidad del País Vasco, 2000, págs. 468, 471, 472. Como apunta O. Morales García, el delito del art. 311 puede resolver no sólo los casos de restricción de derechos o condiciones laborales fundamentada “en una decisión puntual”, también la que se deriva de “un conjunto de acciones y omisiones que tienen como resultado la pérdida efectiva de los derechos que la Ley, el Convenio Colectivo o el contrato reconocen al trabajador”. Op. cit., pág. 435.

cia o intimidación (modalidad agravada prevista en el apartado 3º)-, por ejemplo, cuando se le anuncia un mal que repercute sobre sus derechos laborales⁵³. Esa forma de perturbar ilegítimamente la relación de trabajo es idónea para anular la capacidad de autodeterminación del trabajador en dicho contexto. Por tanto, desde esta perspectiva, sí queda comprendida la nota de degradación o instrumentalización que caracteriza los comportamientos de acoso⁵⁴. Una similar valoración ya ha habido sostenido el Consejo Fiscal en el informe sobre el Anteproyecto de 2006, cuando reconoce la posibilidad de reconducir esta clase de acoso al art. 311 CP, sobre todo, al apartado 3º, porque “orbita en la misma zona de ilicitud que la sumisión de la víctima a tratos vejatorios como los que se pretenden atajar en la norma que se pretende reformar”. En suma, se coloca a la víctima en una grave situación de vulnerabilidad y desamparo en el entorno en el que desarrolla su actividad, menoscabando sus derechos laborales, en todo caso, el “derecho a trabajar en condiciones dignas”⁵⁵, la integridad moral del trabajador en el desempeño de sus funciones⁵⁶; en concreto, cabe subrayar que la protección frente al acoso se ha convertido hoy en una manifestación del básico y genérico derecho a la consideración debida a la dignidad del trabajador (art. 4.2.e) Estatuto de los Trabajadores, art. 14 h) Estatuto Básico del Empleado Público).

En consecuencia, como delito contra los derechos de los trabajadores que es, pienso que el art. 311 CP ofrecería una respuesta adecuada a esta clase de supuestos de acoso en virtud de las particularidades que presentan. Es aplicable tanto en el sector privado como en el público⁵⁷, y, respecto de éste, si se dan los requisitos típicos, podría sortear el inconveniente que suscita el acoso en el ámbito de la Administración pública cuando procede de un único acto que modifica ilícitamente el régimen laboral del funcionario público.

Teniendo en cuenta que este precepto protege específicamente los derechos laborales afectados por condiciones ilícitas, y la integridad moral del trabajador lo es - en concreto, la protección frente al acoso según los arts. 4.2.e) ET y 14 h) EEP-, concurriría entonces con el tipo penal de acoso laboral propuesto. Se plantearía así un concurso de normas (no de delitos) que se resuelve a favor del art. 311 porque contempla un mayor injusto (y una pena superior): abarca particularidades que no se incluyen expresamente en la tipificación del delito de acoso laboral formulado por ambos Proyectos: la imposición o adop-

⁵³ Vid. Pomares Cintas, E., “¿Existe dificultad de encontrar un acomodo típico-penal para el acoso laboral?...”, cit.

⁵⁴ Vid. Morales García, op. cit., pág. 420.

⁵⁵ Como afirma M. Ortubay Fuentes, a través del 311.3º, se menoscaba tanto la “libertad del trabajador” como “su derecho a trabajar en condiciones dignas”. Cfr. Tutela penal de las condiciones de trabajo..., cit., pág. 366.

⁵⁶ Vid. en este sentido, O. Morales García, op. cit., pág. 419, págs. 438-439.

⁵⁷ Vid. STS de 12-12-1994 (núm. 2140/1994), Auto AP Lleida de 27-4- 2006 (núm. 193/2006).

ción de condiciones laborales ilícitas, así, a través de la inobservancia reiterada de la normativa laboral (o que se prolonga en el tiempo), que significa hacer soportar condiciones ilegales de trabajo. Es cierto que no se ha integrado en el tipo de acoso laboral la degradación de las condiciones laborales⁵⁸, ni es, a mi juicio, aconsejable hacerlo tanto por razones de coherencia sistemática como de técnica legislativa: el art. 311 CP no puede quedar vacío de contenido en la persecución penal de situaciones graves de acoso laboral como las que se plantean, forma parte esencial de la tutela penal expresa de los derechos de los trabajadores, del estatus jurídico del trabajador, frente a los ataques más graves. Sería, por tanto, sistemáticamente coherente proteger la integridad moral en el trabajo como se protege la vida, la integridad física o psíquica del trabajador frente a los riesgos que implica la actividad laboral.

Por ello, no es un inconveniente que el delito de acoso laboral propuesto (dentro del art. 173.1, en un párrafo adicional) no atienda a todas las situaciones de acoso en el trabajo. Las reglas generales del concurso de normas penales previstas en el art. 8 CP se encargarán de indicar el precepto aplicable al caso, según concurren o no las singularidades del delito del art. 311. De lo contrario, si se entendiera que la propuesta acoge todas las modalidades de acoso laboral, conduciría a un claro e inaceptable agravio punitivo comparativo respecto del marco penal del 311 (más grave)⁵⁹.

Pretendo así responder a una de las preocupaciones apuntadas por el Consejo Fiscal en el informe sobre el Anteproyecto de 2008, que no se limita a admitir la vía del art. 311. 3º por la impronta intimidatoria en la alteración de condiciones laborales, también reivindica el espacio de aplicación de esta figura en materia de acoso laboral. Considera, por ello, que la tipificación del delito de acoso laboral “debería permitir desvincular y distinguir esta conducta de otras más precisamente insertas en el área de los delitos contra los derechos de los trabajadores, como el empleo de violencia o intimidación para imponer condiciones laborales perjudiciales (art. 311) (...)”, de manera que facilite sortear los “consiguientes problemas concursales, que tal vez podrían haberse resuelto deslindando de manera algo más precisa los contornos de la conducta que se pretende perseguir”.

En síntesis, si se dan los elementos del delito del 311 (concretamente, en el apartado 3º), no sólo debe primar este precepto (que protege el derecho a la integridad moral en el trabajo como derecho laboral básico) sobre el genérico

⁵⁸ Sí se incluía, en cambio, en la Proposición de Ley Orgánica núm. 122/000158, de noviembre de 2001, promovida por el Grupo Parlamentario Socialista.

⁵⁹ Puede alcanzar la pena de prisión de 3 a 4 años y 6 meses y multa de 12 a 18 meses (art. 311. 3º CP).

173.1 CP⁶⁰, sino también, por el principio de alternatividad, y por reflejar un mayor injusto, sobre el propuesto tipo penal de acoso moral en el trabajo.

Ahora bien, es posible encontrar hipótesis en las que la situación de humillación alcance tanta intensidad que el atentado a la integridad moral sobre autonomía propia, por su especial gravedad: aquí podría sostenerse un concurso de delitos (ideal o real, según el caso), entre el 311 y el 173.1 CP⁶¹.

Por ejemplo, la STS de 30-6- 2000 (núm. 995/2000) valora, a través del art. 311, un supuesto en el que se hace soportar a la víctima condiciones derivadas de un “contrato de esclavo”. El trabajador, como empleado doméstico, realizaba su actividad sometido a exigencias como la de trabajar sin sueldo, y otras, de modo habitual, como la de servir desnudo, o la de decir “sí amo”, que “aceptó” a cambio de que sus empleadores lograran regularizar su situación de ilegalidad administrativa en España. Hoy se hubiera aplicado el art. 312.2 CP in fine, junto al delito de trato degradante del art. 173.1, porque constituye también un grave atentado contra la integridad moral de la persona.

4.4. El acoso sexual, ¿modalidad atenuada de acoso en el trabajo?

Las propuestas de reforma del Código penal (tanto el Proyecto de 2007 como el de 2009) han querido situar la clave del acoso moral en el ámbito laboral dentro de los atentados contra la integridad moral de las personas y de modo equiparable al delito de trato degradante (con la pena de prisión de 6 meses a 2 años). Sin embargo, aceptar esta iniciativa de regulación supone defender un tratamiento penal inexplicablemente diferente respecto de otras situaciones de acoso moral, así, el acoso sexual en el ámbito laboral, que pertenece, con características estructurales similares, al mismo fenómeno y está desde 1995 previsto en el art. 184 CP.

Artículo 184.

“1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare

⁶⁰ Un planteamiento que considera factible J. M. Villegas Fernández, cuando, en el supuesto concreto, se entienda “que el artículo 311 capta todo el disvalor de la conducta punible”. Cfr. “La impotencia de un legislador bienintencionado: el futuro delito de acoso inmobiliario”, En, Noticias. Jurídicas. com., enero 2010. En relación con esta cuestión, me parece interesante el criterio sustentado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 9-11-2005 (núm. 234) cuando entiende que el 311 debe prevalecer respecto del delito de trato degradante del 173.1, de tal modo que éste se puede concebir como “un tipo general y subsidiario o residual” “que debe ceder ante tipos que, implicando la misma conducta básica, son más complejos o especiales o están más gravemente penados”. Cuando no concurran los requisitos del art. 311, no se puede, ni se debe, descartar el delito de trato degradante o un futuro delito de acoso laboral, siempre que se acrediten sus elementos.

⁶¹ Vid., en este sentido, Villegas Fernández, J.M. “La impotencia de un legislador bienintencionado...”, cit.

a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo”.

Piénsese que el tipo agravado de acoso sexual basado en el abuso de una situación de superioridad laboral o en el denominado chantaje sexual (art. 184.2 CP) lleva aparejada la pena de prisión de 5 a 7 meses o multa de 10 a 14 meses. Un agravio (punitivo) comparativo preocupante, habida cuenta de que la exigencia típica del delito de acoso sexual relativa a la creación de “una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante” para la víctima es valorativamente equiparable a una afección grave a su integridad moral, de tal modo que, más que la libertad sexual, es la integridad moral el bien jurídico principalmente afectado por este delito. En consecuencia, dicha propuesta legislativa significaría convertir inexplicablemente el delito de acoso sexual en un tipo penal de acoso moral en el trabajo manifiestamente atenuado, desprotegiendo, en esa medida, a las víctimas del mismo.

En cambio, en el ámbito laboral y administrativo, la normativa sancionadora equipara la gravedad de las conductas de acoso sexual y el resto de las formas de acoso: son todas infracciones muy graves expresamente conectadas con el derecho a la dignidad en el trabajo (apartados 13 y 13 bis del art. 8 Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, de 4 de agosto de 2000, y apartados b), o) del art. 95. 2 Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, de 12 de abril de 2007).

Por ello, no se entiende la tendencia –que se reitera en el Proyecto de 2009- a fragmentar explícitamente el fenómeno del acoso moral en el ámbito laboral, según atienda a una finalidad sexual o no, un elemento que ni es consustancial al concepto de acoso ni explica suficientemente un tratamiento jurídico diferente –y benévolo- para el acoso sexual: la idea de instrumenta-

lización/humillación del trabajador es aquí igualmente significativa⁶². Como afirman Escudero Moratalla/ Poyatos i Matas, en el acoso sexual “no se trata tanto de obtener favores de naturaleza sexual como de señalar un poder” al convertir a la víctima en un objeto a disposición del autor⁶³. Por ello, considere que la propuesta plantearía problemas concursales de difícil solución.

Estas objeciones, que he mantenido en otras ocasiones⁶⁴, han sido expresamente corroboradas por el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de reforma del código penal de 2008, que ha puesto en tela de juicio la disparidad penológica entre ambos tipos de acoso moral en la relación de trabajo, apuntando, además, la “defectuosa técnica legislativa del delito de acoso sexual” que sugiere resolver⁶⁵.

Por eso, cualquier iniciativa de tipificación del acoso moral en el trabajo debe corregir o tener en cuenta la regulación vigente de lo que es, sin duda, una estrategia más de hostigamiento de similares características respecto de la que pretenden perseguir los Proyectos de 2007 y 2009.

⁶² Cfr. Leymann, H., *Mobbing. La persécution au travail*, cit., pág. 43; Molina Navarrete, C. “La situación actual del tratamiento jurídico-preventivo de los riesgos psicosociales en España: resistencias y avances”, En, *Mobbing-Opinión.com*, Estudios Jurídicos, 2007; Carmona Salgado, C., “Cuestiones generales y aspectos penales del acoso moral en el trabajo...”, cit., pág. 185; Blanco Barea, M^a J./López Parada, J., “La vía penal integrada en el tratamiento de urgencia del acoso moral en el trabajo”, cit., pág. 4; Pomares Cintas, E., “Caso núm. 18...”, cit., pág. 223; Purcalla Bonilla, M.A., op. cit.; Villegas Fernández, J.M./Lafont Nicuesa, L., “Acoso moral”, cit., págs. 125, 126, 127.

⁶³ Aunque opinan que ambos “problemas laborales” deben separarse. Cfr. *Mobbing: análisis multidisciplinar y estrategia legal*, cit., pág. 82, nota 99.

⁶⁴ Vid. Pomares Cintas, E., “Caso núm. 18...”, cit., pág. 224; de la misma, “¿Protección penal específica del derecho a no sufrir acoso en el trabajo?”, F.J. Álvarez García, dir., *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La Política criminal europea*. Tirant lo Blanch, 2009, p. 306; de la misma, “El acoso en el trabajo basado en la alteración de condiciones de prestación de la actividad laboral...”, cit., págs. 87 y ss.; de la misma, “El acoso sexual, una modalidad privilegiada de acoso laboral desde la perspectiva del derecho penal”, En, (J.I. Marcos/M. Velázquez, Coord.), *Casos reales de Violencia y Acoso en el Trabajo*. Observatorio Vasco sobre el Acoso Moral. Ed. Lettera, 2010, págs. 99 y ss.

⁶⁵ En cambio, la Proposición de Ley Orgánica núm. 122/000158, de 23 de noviembre de 2001, promovida por el Grupo Parlamentario Socialista, no crea ese distanciamiento porque ofrece un marco punitivo similar. En contra de esta propuesta, Morales García, op. cit., pág. 439; Mir Puig, C., op. cit., págs. 195, 216; Villegas Fernández, J.M./Lafont Nicuesa, L., “Acoso moral”, cit., pág. 128.