

ESPERANZAS Y RECELOS ANTE EL FUTURO DELITO DE ACOSO MORAL

Jesús Manuel Villegas Fernández

(Magistrado del juzgado de instrucción número dos de Vizcaya)

SUMARIO: I. Expectativas ante el anteproyecto de reforma del Código Penal. II. Definición jurisprudencial de acoso moral. III. Críticas a la técnica legislativa del anteproyecto. IV. Sugerencias *de lege ferenda*. V. Bibliografía.

SÍNTESIS: La regulación del acoso moral, tal como se contiene en el anteproyecto de reforma de Código Penal, es una noticia esperanzadora para articular una eficaz respuesta penal ante este problema social. Sin embargo, la redacción filtrada por la prensa muestra tantas deficiencias de técnica legislativa que hay motivos para dudar de su utilidad práctica si algún día se convierte en texto positivo.

I. Expectativas frente al anteproyecto de reforma del Código Penal.

Fácil es criticar al Legislador. Cada vez que nuestro ordenamiento produce algún nuevo fruto, una legión inmisericorde de críticos cierra filas para despedazar el texto neonato. Resulta cómodo cebarse sobre los tiernos retoños legislativos desde la comodidad del espectador. Aportar soluciones útiles no lo es tanto.

Es de temer algo semejante con la futura regulación del acoso moral. Hemos presenciado en el estío del año 2006 la filtración periodística de algunos fragmentos del anteproyecto de una vasta reforma del Código Penal. Entre los artículos que se nos han dado a conocer se halla la inclusión, por primera vez en nuestra patria, de la tipificación de lo que se conoce bárbaramente como *mobbing* (También, con más elegancia lingüística y rigor jurídico, se ha denominado “presión laboral tendenciosa”- LAHOZ-).

Es una buena noticia. El Ejecutivo ha optado por disciplinar criminalmente una disciplina que tradicionalmente ha estado más en manos de psicólogos que de juristas. Al menos desde el punto de vista penal, pues ya se ha ido consolidando una cierta doctrina legal en el sector laboralista. Pero han sido mayormente los tribunales los que han ido colmando el hueco de la regulación positiva. Por eso, de entrada, no está de más que formalice legislativamente una materia que acaso esté siendo despachada con excesiva imprecisión para el alto listón que marca el principio de legalidad. No olvidemos que el

nuestro no es el Derecho anglosajón; de ahí que a los jueces no toque hacerles los deberes a los representantes de la soberanía nacional.

Mejor noticia todavía es la orientación dogmática. Se dejan a un lado las tentativas de avvicinar el nuevo tipo entre los delitos contra los derechos de los trabajadores. En cambio, en consonancia con las propuestas doctrinales más certeras, aparece ubicado en la tutela de la integridad moral. Sólo eso basta para ganarse un aprobado

No todo son buenas nuevas, empero. El acierto radica más en la iniciativa en sí que en su técnica jurídica. Si nos enfocamos en este último aspecto, el anteproyecto da grima. De hecho, es tan intrincadamente farragoso que, a la postre, deviene inútil. Apenas sirve para otra cosa que no sea la satisfacción de los anhelos invasivos de un hipertrofiado derecho penal que, cual metástasis, permea hasta la más íntima fibra del cuerpo social. He aquí otra manifestación de esa reverencia quasi-mágica que la ciudadanía occidental rinde a la norma escrita.

Sería una lástima que la dureza de este juicio se confundiera con alguna animadversión. Al contrario, lo que se pretende es aportar un grano de arena al proceso de conformación de la feliz idea del pre-Legislator. Las leyes no nacen de golpe. Se gestan a través de un proceso prolongado, desde los primeros borradores hasta la solemne sanción regia. Múltiples voces contribuyen a perfeccionar gradualmente la redacción inicial. El boceto que la prensa ha revelado es un mero balbuceo. A partir de ahora se abre un debate que ayudará a que la bruta materia prima se transforme en una sofisticada manufactura de la mayor calidad jurídica. En eso estamos.

II. Definición jurisprudencial de acoso moral.

La jurisprudencia criminal ha ido creando un corpus que, si bien no es muy copioso, ha alcanzado tal madurez que contamos ya con respuestas para la mayoría de las cuestiones más controvertidas. Pero lo que interesa ahora no es demorarnos en detalles técnicos, sino extraer el principio regulador que da coherencia a todo el sistema. Es una idea muy simple: el artículo 173.1 del Código Penal es el instrumento normativo para la represión penal del acoso moral (recordemos su tenor literal: “el que inflingiera a otra persona un trato degradante, quebrantando gravemente su integridad moral...”). A fin de comprender este planteamiento conviene fijarnos en dos elementos de la teoría del delito. Uno de ellos es el bien jurídico; el otro, los actos que lo quebrantan.

Con respecto al primero, las sentencias coinciden en señalar que el acoso daña la integridad moral, la cual se muestra como emanación directa de la dignidad humana (artículos 15 y 10 de la Constitución, respectivamente). Éste es el bien jurídico lesionado. El auto de 15 de febrero del año 2005

de la Audiencia Provincial de León (ponente Ilustrísimo Sr. don Manuel García Prada) así lo reconoce. Al mismo tiempo, parafraseando al Tribunal Supremo, define la integridad moral como:

“Un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo, esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto” (fundamento jurídico segundo).

No profundizaremos en esta categoría dogmática. Ahora sólo ensayaremos una aproximación sumaria. Quien lo desee, consulte el sucinto anexo bibliográfico. Lo que sí reclama nuestra atención es la aparente vaguedad del concepto. Son conocidos los calificativos del grupo parlamentario vasco el cual, durante la tramitación en Cortes, motejó de *vaporoso* y *ectoplásmico* al artículo 173.1 del Código Penal. Si semejantes inectivas contuvieron en su día un gramo de razón, en la actualidad están completamente fuera de lugar. Veamos por qué.

La mejor manera de aclarar qué sea la integridad moral pasa por saber cuáles son los actos que la comprometen. Esto nos conduce al segundo de los puntos de nuestro programa.

Desde una perspectiva estrictamente práctica los requisitos de la vulneración del mentado precepto han sido sentados sin ambigüedades. Consiste en la producción de un doble efecto en la víctima: 1) El quebranto de su voluntad; y 2) La creación de una sensación de humillación. Lo leemos en el auto de nueve de marzo del año del año 2005 (ponente Ilustrísimo don Guillermo Castelló Guilabert, fundamento jurídico segundo). Según sus palabras, el ataque a la integridad moral de cualquier persona lo constituye la conducta que “la humille y la obligue a actuar en contra de su voluntad”. Ese es el significado de la locución “trato degradante”.

Obviamente, la conducta en sí misma considerada es susceptible de entenderse como una coacción (auto de la Audiencia Provincial de La Rioja de 14 de abril del año 2005, ponente Ilustrísimo Sr. don Alfonso Santiesteban Ruiz). Pero no por ello pierde autonomía. Y es que hay un “plus”. No es solo el doblegamiento de la voluntad, también está el sentimiento de degradación al que se somete al sujeto pasivo. La combinación de ambos elementos configura el artículo 173.

Más allá de las estériles polémicas doctrinales, la jurisprudencia ha precisado de forma sencilla una noción operativa de integridad moral. Su violación encarna la acción típica del artículo 173.1 del Código Penal. Sin más complicaciones, el “acoso” es el “trato degradante” mencionado en el referido precepto. Consecuentemente, no hay que perder el tiempo imaginando un listado de hipotéticas

conductas aptas para llenar el tipo. Lo serán todas aquellas que valgan para humillar coactivamente a la víctima. Los medios son abiertos. Pero, como decíamos, aceptadas estas premisas, no hay sitio para los reproches que motejan de inconcreta a esta normal penal. Pues, si a simple vista pareciera un tanto evanescente, basta articularla en torno a criterios nítidos para que se disipe toda imprecisión. Ese ha sido el mérito de los tribunales. El resultado no es un delicuescente fantasma, sino una construcción intelectual tangible.

III. Críticas a la técnica legislativa del anteproyecto.

Hasta aquí hemos expuesto el panorama actual. Si la iniciativa gubernamental prospera el acoso dejará de ser una figura atípica. Analizaremos, pues, el contenido del futuro precepto. Antes de nada, transcribámoslo:

“Artículo 173.1. El que inflingiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados lo 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 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”.

El pre-Legislator ha acertado al colocar el acoso dentro de los delitos contra la integridad moral. Esta es la esencia de la conducta proscrita. Ni que decir tiene que a la víctima de acoso, muy probablemente, se le irroguen otros perjuicios como el detrimento de su salud física o psíquica. En esos casos gozará del derecho la reparación de los otros daños sufridos, sean de la naturaleza que fuere. Y, si alguno de los ataques es de la suficiente entidad para encarnar en sí mismo otra infracción penal, se castigará separadamente, sin merma de la sanción que ya procedía en virtud del artículo 173.1. Las reglas concursales (ora las del artículo 177 del C.P., ora las genéricas) garantizan la punición conjunta. Sea como fuere, lo que no hemos de perder de vista es que el respeto a la integridad moral es distinto a la defensa de la salud, el patrimonio o cualesquiera otros bienes. De lo que se ocupa este precepto penal de asegurar a la persona la incolumidad de su capacidad de autodeterminación y de su sentimiento de dignidad. Lo demás va aparte.

También es encomiable la amplitud de miras que no ciñe la represión penal al restringido círculo laboral, sino que lo expande a cualquier otra “relación contractual”. De este modo, el acoso moral se despliega en toda su dimensión, lo que permite incluir dentro de este precepto los supuestos de “acoso inmobiliario”. En realidad, todos los acosos, inclusive los que todavía no se conocen en la opinión pública

con ese nombre. Así, el maltrato a ancianos en residencias, a los menores en las escuelas, etc. La prensa usa un concepto muy amplio de acoso y, merced a esta redacción legal tan ambiciosa, el Legislador está a la altura de las exigencias de la sociedad. Afortunadamente, se minimiza el riesgo de impunidad.

El acoso es siempre el mismo, lo que cambian son los escenarios. Como no es factible saber de antemano donde se producirán los venideros ataques contra la integridad moral, lo más sensato es dejar la puerta abierta. Ahora bien, esta línea de argumentación genera un interrogante que empieza a destapar los graves defectos que aquejan al anteproyecto. ¿Para qué tipificar expresamente el acoso si ya disponemos del artículo 173.1?

En teoría, para captar algún disvalor que el tipo básico no recogía. Una cosa es humillar sin más; otra hacerlo en un contexto especial como, por ejemplo, el lugar de trabajo. Nótese que esa ha sido la decisión del Legislador en los otros apartados del artículo 173 (los relativos a la violencia doméstica y a las torturas). Se ha considerado que las particularidades de tales agresiones exigían una tipificación propia que modulara la respuesta penal, sin que por ello se pierda de vista que el objeto primario de protección sigue siendo la integridad moral.

Lo enigmático de la propuesta es que la sanción penal es la misma tanto en el tipo básico como en el específico. No se comprende, entonces, el por qué de la reforma. El nuevo precepto aparece poco más que como una pieza de ornato jurídico, un aderezo para decorar el Código. Quizás lo que se busque sea una misión simbólica, la función docente de una legislación paternalista diseñada sólo para que los súbitos no se olviden de que el acoso no sale gratis.

El problema es que se amontonan en cascada una retahíla de requisitos para definir lo que, al fin y al cabo, no es más que el trato degradante que ya conocíamos. ¿Qué ocurre si en un supuesto determinado falta alguno de ellos? Pongamos, "la alteración sensible de las condiciones de disfrute". Está claro que, ante una eventualidad tal, habría que acudir al tipo básico. Pero, como la punición es idéntica, sólo hemos dado un rodeo y llegado al mismo sitio. Para ese viaje no hacen falta alforjas.

Hay más, empero. La adición de condicionamientos típicos siempre supone un recorte del campo de actuación del precepto. Imaginemos que, ante frente a un caso real, algún intérprete estimase inadecuado el retorno al tipo básico por la inexistencia fáctica de alguno de los aditamentos del tipo especial. El resultado no sería otro que la impunidad. Semejante perspectiva implicaría que el anteproyecto acarrearía un retroceso en la tutela de la integridad moral. En términos más llanos, sería más difícil castigar al acosador en el seno de una relación contractual que en cualesquiera otros ámbitos. Ese es nuestro recelo.

Además, tampoco aparece la razón por la que se requieren unas exigencias diferentes en función de que el acoso se desarrolle en “una relación laboral” o en “otra relación contractual”. En el primero de los supuestos se prevé la causación de “sentimientos de humillación”. En el segundo, el quiebro de la “dignidad moral”. ¿A santo de qué la distinción? Sobre todo cuando el corpus jurisprudencial ha clarificado exactamente en qué consiste la vulneración de la integridad moral. Es el doblegamiento de la voluntad de la víctima mediante la producción de sensaciones humillantes. A estos efectos da lo mismo que el ataque se verifique en una fábrica, en un colegio, en una vivienda, o donde sea. Lo que cuenta es el núcleo del daño al bien jurídico, que es igual siempre. Con todo, el asunto de torna más incomprensible cuando comprobamos que la pena sigue sin variar en ambos casos. ¿Para qué entonces tan aparatoso entramado jurídico?

Asusta anticipar las interminables discusiones doctrinales que una redacción tan deficiente será capaz de suscitar. Los términos modales “naturalmente” y “sensible” son tan superfluos como indescifrables. Por otro lado, no se define qué sea el acoso. Tan sólo se incrusta la expresión “acoso psicológico”, con lo que se cae en la tautología. Lo correcto habría sido una fórmula que principiara de esta manera: “Cometen acoso los que...”. Pero el redactor no se toma la molestia. Parece preferir dejarlo para la doctrina, vaya a ser que nos aburramos. Por si fuera poco, se introduce la noción de “hostilidad” como algo distinto de “acoso”. ¿El acoso no era siempre hostil? A lo mejor estaban pensando en alguien que acosara cariñosamente.

Sin ánimo de incurrir en “hostilidad” alguna, decepciona que ni siquiera el artículo se atenga a las más mínimas pautas de elegancia lingüística. Si hubieran leído a Lázaro Carreter sabrían que en castellano “provocar” no es sinónimo de “causar” (se trata de un galicismo, rechazable por empobrecedor). Como tampoco son de buen gusto las coletillas al estilo de “la misma”, colofón con el que se remata tan fatigoso galimatías.

Es una pena que el tropiezo de un texto que con tan buen pié había echado a andar. Esperemos que se enmiende en el curso del largo camino que le aguarda.

IV. Sugerencias de lege ferenda.

El juicio tan desfavorable que se acaba de dictar no debe tomarse como una falta de confianza en las dotes del Legislador, sino como la desilusión ante una oportunidad que parece a punto de escaparse. Vaya por delante el respeto por los sinceros esfuerzos de acomodar nuestra legislación a las necesidades sociales más acuciantes. Pero la técnica jurídica no ha de sacrificarse, so pena de que sea peor el remedio que la enfermedad.

Al principio de este comentario se adelantaba que es más fácil la crítica destructiva que la constructiva. Intentemos, por tanto, ofrecer alguna aportación positiva. Eso sí, con toda la modestia de quien no osa desairar a los sabios doctores de la Ley.

Antes de nada hay que refrenar ese irresistible deseo de legislar a toda costa. El catedrático Cristóbal Molina reconoce que hay ventajas a favor de la creación de un nuevo tipo penal. Pero también alerta contra los riesgos de abandonarse a esta corriente: el desconocimiento sistemático del principio de intervención mínima o el abuso de los tipos de riesgo o en blanco. La ley no es una varita mágica. Menos en esta área, donde ya el artículo 173 del Código Penal se basta para no dejar en la impunidad ninguna conducta de acoso. El Ilustrísimo don Javier Hernández García, actuando como ponente en el auto de seis de abril del año 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona, explica que: "(...) la ausencia de un tipo específico no impide, *prima facie*, la persecución de conductas acosadoras que puedan caer dentro del perímetro de protección de otros tipos legales". Por eso, con lo que ahora mismo tenemos, no estamos inermes ante esta lacra.

Pero sí queremos forjar una nueva arma para combatir el acoso, como quizás sea más respetuoso con el principio de legalidad, no nos embrollemos con complicaciones innecesarias. El auto de 12 de mayo del año 2005 de la Audiencia Provincial de Alicante (ponente, Ilustrísimo Sr. don Antonio Nebot de la Concha, fundamento jurídico primero) se limita proclamar que: "El *mobbing* consiste en infligir un trato degradante menoscabando la integridad moral". ¿Para qué queremos más?

Pues, como se apuntaba, para matizar las singularidades de cada escenario de acoso. Si esta es la tesis que vamos a aceptar, entonces todo es mucho más sencillo. Junto al tipo básico (el artículo 173.1) no habría sino que añadir un apartado (o varios) que rezara algo así como:

"Si el trato degradante se comete en el seno de una relación contractual...".

Quien dice "contractual" dice cualquier otra mención al contexto donde se ejerza el acoso ("en el lugar de trabajo", "en el ámbito de un arrendamiento de vivienda"- o en otro sitio que el Legislador estime como potencialmente riesgoso-). Luego viene el contenido que se le quiera dar: una agravación punitiva, alguna consecuencia accesoria, previsiones en protección de la víctima, etc. Es una opción de política legislativa en la que no entraremos. Ahora bien, debiera añadir algo distinto del tipo básico, pues, en otro caso, sería poco más que un brindis al sol.

No es menester, por consiguiente, la acuñación de neologismos o la introducción de categorías dogmáticas de ardua exégesis. El ideal es la construcción del tipo con los materiales que los tribunales ya han utilizado en la integridad moral. Se trata de trasvasar el rico acervo jurisprudencial del artículo 173.1 al acoso, sin más novedades que las que imponga la adaptación a las peculiaridades del marco donde se

produzca el ataque al bien jurídico. Las florituras sobran. Ojalá el Legislador entienda que la eficacia o está reñida con la simplicidad. Esa es nuestra esperanza.

BIBLIOGRAFÍA.

GIMENO LAHOZ, RAMÓN (2005), “La presión laboral tendenciosa (El mobbing desde la óptica de un juez)”, Editorial Lex Nova.

LÁZARO CARRETER, FERNANDO, (1998), “El dardo en la palabra”, Galaxia Gutemberg.

MOLINA NAVARRETE, CRISTÓBAL, (2002) “La tutela penal frente al acoso moral en el trabajo: ventajas e inconvenientes de una estrategia posible”, Revista de Relaciones Laborales, editada por la universidad del País Vasco.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, JESÚS MANUEL y LAFON NICUESA, LUIS (2006), “El acoso moral”, capítulo publicado en la obra colectiva “La tutela frente al acoso moral: Laboral, escolar, familiar e inmobiliario (Del silencio a la palabra de la Ley Penal)”, colección de estudios coordinada por don Juan Ignacio Marcos González. Editorial Thomson-Aranzadi.

VILLEGAS FERNÁNDEZ, JESÚS MANUEL, (2005), “Teoría penal del acoso moral: mobbing, bullying, blockbusting”, número 1997 del Boletín del Ministerio de Justicia.

Jesús Manuel Villegas Fernández.