

De la construcción jurídica del acoso moral laboral en Brasil*

Rocco Antonio Rangel Rosso NELSON**
Walkyria de Oliveira Rocha TEIXEIRA***
RVLJ, N.º 13, 2020, pp. 323-349.

SUMARIO

Introducción 1. De las clasificaciones en cuanto al acoso moral
1.1. De la clasificación en cuanto al grado jerárquico
1.2. De la clasificación en cuanto al grado del daño
1.3. De la clasificación en cuanto a la motivación
2. De las fuentes del Derecho en cuanto al acoso moral
3. De los elementos normativos estructurantes del acoso moral
3.1. Del contexto laboral
3.2. De la práctica reiterada y sistémica
3.3. Del resultado dañino
3.4. De la conducta dolosa
3.5. De la intensidad de la violencia
4. De las consecuencias jurídicas del acoso moral en el marco del contrato de trabajo
5. De la distinción entre acoso moral y acoso sexual
5.1. De la propuesta de Ley N.º 5971/01
Consideraciones finales

* Artículo elaborado a partir de un estudio desarrollado en la línea de investigación «Democracia, ciudadanía y derechos fundamentales», inscrito en el Grupo de Estudio e Investigación sobre Extensión y Responsabilidad Social del Instituto Federal de Río Grande del Norte-IFRN, Brasil.

** **Universidade Federal do Rio Grande do Norte**, Master en Derecho Constitucional. **Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte**, Especialista en Ministerio Público, Derecho y Ciudadanía. **Universidade Potiguar**, Especialista en Derecho Penal y Criminología. **Centro Universitário FACEX**, ex-profesor de Derecho. **Instituto Federal do Rio Grande do Norte**, profesor de Derecho. roccnelson@hotmail.com.

*** **Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte**, cursando Maestría en Educación. **Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte**, Especialista en Jurisdicción y Derecho Privado y en Ministerio Público, Derecho y Ciudadanía. walkyria.teixeira@ifrn.edu.br.

Introducción

El acoso moral posee diversas denominaciones en el Derecho comparado: «acoso moral», en España; *mobbing*, en Italia o Alemania; *ijime*, en Japón; *bullying*, en Inglaterra; *hostilmente*, en los Estados Unidos; *harcèlement moral*, en Francia, y en Brasil *assédio moral*. También es común la terminología de «psicoterror»¹.

El llamado «acoso moral laboral» en verdad es fruto de la apropiación de la terminología *mobbing* utilizada en la ciencia que estudia el comportamiento animal (etología) el cual está relacionado con la acción colectiva de animales practicando un comportamiento hostil con el desiderato de prohibir a uno de sus miembros la convivencia de la banda.

El *mobbing* en el contexto laboral solo fue utilizado en la década de ochenta por el psicólogo del trabajo Heinz LEYMANN. La referida terminología y el asunto, en sí, gana destaque e importancia en su estudio a partir de 1998 con la obra de la psicoanalista francesa Marie-France HIRIGOYEN (*Harcèlement moral: démêler le vrai du faux*)².

LEYMANN fue el primero en definir el *mobbing* laboral, presentando el tema de la siguiente manera:

Psychical terror or mobbing in working life means hostile and unethical communication which is directed in a systematic way by one or a number of persons mainly toward one individual. There are also cases where such mobbing is mutual until one of the participants becomes the underdog. These actions take place often (almost every day) and over a long period (at least for six months) and, because of this frequency and

¹ Vid. PRÓ-RÍSQUEZ, Juan Carlos: *Hostigamiento psicológico laboral: el mobbing y su incorporación en la legislación laboral venezolana*. Editorial RVLJ. Caracas, 2019, *passim* [nota del editor].

² Cfr. CASTRO, Cláudio Roberto Carneiro de: *O que você precisa saber sobre o assédio moral nas relações de emprego*. 2.ª, LTR. São Paulo, 2014, pp. 20 y 21.

*duration, result in considerable psychic, psychosomatic and social misery. This definition eliminates temporary conflicts and focuses on the transition zone where the psychosocial situation starts to result in psychiatric and/or psychosomatic pathological states*³.

En su *best-seller*, HIRIGOYEN presenta la siguiente definición sobre el tema:

Por hostigamiento en un lugar de trabajo, debemos comprender toda conducta abusiva, que se manifiesta principalmente por comportamientos, palabras, actos, gestos, escritos que pueden dañar la personalidad, la dignidad o la integridad física o mental de una persona, por ejemplo, poner en peligro su empleo o degradar el entorno laboral⁴.

PAMPLONA FILHO, LAGO JUNIOR y BRAGA definen el acoso moral y observan en cuanto a su concepto generalista:

El hostigamiento puede conceptualizarse como una conducta abusiva, de naturaleza psicológica, que socava repetidamente la dignidad psíquica del individuo, lo que resulta en el sentimiento de exclusión del medio ambiente y la vida social. Este concepto nuestro busca un sentido de generalidad, ya que el acoso escolar no es un «privilegio» de la relación laboral, y se puede practicar en cualquier entorno donde haya una comunidad, como escuelas, comunidades eclesíásticas, corporaciones militares, entre otros⁵.

En cuanto al asunto, así se posiciona el profesor DELGADO: «... conducta repetida seguida por el sujeto activo para erosionar el equilibrio emocional del

³ LEYMANN, Heinz: «*Mobbing and psychological terror at workplaces*». En: *Violence and Victims*. N.º 5-2. Nueva York, 1990, p. 120, [http://www.mobbingportal.com/LeymannV&V1990\(3\).pdf](http://www.mobbingportal.com/LeymannV&V1990(3).pdf).

⁴ HIRIGOYEN, Marie-France: *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. 5.ª, Bertrand. Trad. M. H. KÜHNER. Rio de Janeiro, 2002, p. 65, [trad. del equipo editorial].

⁵ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LAGO JUNIOR, Antônio y BRAGA, Paula Sarno: «Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego». En: *Direito da UNIFACS. Debate Virtual*. N.º 190. Salvador, 2016, p. 8, <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4229/2884> [trad. del equipo editorial].

sujeto pasivo a través de actos significativos, palabras, gestos y silencios destinados a debilitar y disminuir la autoestima de la víctima u otra forma de tensión emocional severa o desequilibrio...»⁶.

Es lapidar la definición de CASTRO, en la cual busca presentar todas las características del acoso moral:

Violencia moral intensa por parte de un agente –o más–, por lo general, del empleador o superior jerárquico –acoso moral «vertical descendiente»–, puede llevarse a cabo por subordinado –acoso moral «ascendente»–, por un compañero de trabajo –acoso moral horizontal– o por un tercero no vinculado a la jerarquía corporativa. Los actos ofensivos deben ser intencionales o simplemente causar daños no deseados a la dignidad o integridad moral de una o muchas víctimas en el trabajo y ocurrir a través de una serie de acciones, cada una de las cuales aparece aisladamente como legal; o ilícito, aunque en realidad es simplemente una fracción del acto total, unido por la sistematización de las circunstancias que se repiten durante un periodo –generalmente de duración larga, lenta y gradual–, que, en su conjunto, constituyen, por ficción, un hecho unitario, unidad legal, para todos los fines jurídicos⁷.

MARTINS se manifiesta en cuanto a la definición de acoso moral así:

El acoso moral es la conducta ilegal del empleador o sus agentes, por acción o comisión, por dolo o culpa, reiterada y generalmente prolongada, de naturaleza psicológica, que ofende la dignidad, la personalidad y la integridad del trabajador. Causa humillación y vergüenza al trabajador. Implica una guerra de nervios contra el trabajador, que es perseguido por alguien. El trabajador está expuesto a situaciones humillantes y embarazosas durante la jornada laboral y en el desempeño de sus funciones⁸.

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho: *Curso do direito do trabalho*. 14.^a, LTR. São Paulo, 2015, p. 698, [trad. del equipo editorial].

⁷ CASTRO: ob. cit., p. 143.

⁸ MARTINS, Sergio Pinto: *Assédio moral no emprego*. 4.^a, Atlas. São Paulo, 2015, p. 17 [trad. del equipo editorial].

En una verdadera interpretación auténtica, la Ley estadual de Rio de Janeiro N.º 3921 del 2002 presenta la siguiente definición de acoso moral:

Artículo 2.- Se considera acoso moral en el trabajo, a los efectos de esta Ley, exponer al funcionario, servidor o empleado a la situación humillante o vergonzosa, o cualquier acción, o gesto verbal, practicado de modo repetitivo y prolongado, durante la jornada de trabajo, por un agente, delegado, jefe o supervisor o cualquier representante que, en el desempeño de sus funciones, abusa de su autoridad, tenga como objeto o efecto afectar la autoestima y la autodeterminación del subordinado, perjudicando el entorno laboral, los servicios prestados al público y al propio sujeto, así como obstaculizando el desarrollo profesional o la estabilidad funcional del servidor restringido [trad. del equipo editorial].

Es importante resaltar que a título de *lege ferenda* hay un Proyecto de Ley N.º 4593/09 del exdiputado federal Nelson GOETTEN que trata específicamente sobre el acoso moral en las relaciones de trabajo, que así presenta la concepción de acoso moral:

Artículo 1.- (...) 1. Entiéndase por acoso moral la reiterada y abusiva sujeción del empleado a condiciones de trabajo humillantes o degradantes, que impliquen una violación de su dignidad humana, por parte del empleador o sus agentes, o grupo de empleados, así como la omisión en la prevención y castigo de la ocurrencia de acoso moral... [trad. del equipo editorial].

En síntesis, se tiene en el *mobbing* laboral un proceso de victimización del trabajador, sea discriminando, inferiorizando, hostilizando, entre otras conductas, de forma habitual y constante, acarreando la marginación del mismo dentro del espacio laboral y pudiendo ocasionar severos efectos psicosomáticos en el espacio el trabajador victimado que acaba por sufrir de ansiedad, depresión, ataques de pánico e, incluso, llegando al punto de tentativa de suicidio.

La práctica de acoso moral laboral es un vilipendio a la dignidad de la persona humana, fundamento esta última de la República Federativa del Brasil

(artículo 1.III de la Constitución Federal) y del valor del trabajo y de los derechos sociales, vector axiológico presente, también, como base de la República (artículo 1.IV) y en el título sobre el orden económico (artículo 170) y en el título del orden social (artículo 193)⁹.

El uso de una metodología de análisis cualitativo, utilizando los métodos de enfoque hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico, adoptando técnica de investigación bibliográfica, tiene por línea de fondo hacer un análisis dogmático, como la construcción normativa de la conducta de acoso moral en el seno del sistema jurídico brasileño, teniendo por vector axiológico, siempre, la búsqueda de la eficacia de los derechos fundamentales esculpidos en la Constitución Federal de 1988.

Se subraya que el efecto jurídico del acoso moral, el cual sería la figura del daño moral, así como la competencia de la justicia del trabajo para analizar el referido daño no son objetos del presente ensayo.

1. De las clasificaciones en cuanto al acoso moral

1.1. De la clasificación en cuanto al grado jerárquico

Esta clasificación es la más utilizada, y tiene por vértice el grado jerárquico del agente acosador, clasificándose en acoso moral vertical descendente; acoso moral vertical ascendente; acoso moral horizontal; y el acoso moral mixto.

En el acoso moral vertical descendente, el acosador es la figura del empleador o persona de nivel jerárquico superior con poder de mandato en relación con el trabajador víctima. Es evidente una relación asimétrica de poder entre las partes. Esta figura también es conocida como *bossing*¹⁰, siendo de todas las más comunes de suceder y de perdurar, visto la subordinación jurídica del contrato de trabajo y la dependencia económica de la víctima¹¹.

⁹ «Artículo 193.- El orden social tiene como base la primacía del trabajo, y como objetivo el bienestar y la justicia social».

¹⁰ *Cfr.* CASTRO: ob. cit., p. 54.

¹¹ «La confirmación de la evidencia en el expediente del caso, la adopción del acusado, en una forma de gestión perjudicial, utilizando la práctica repetida de restricciones

El acoso moral ascendente es de difícil práctica porque ocurre por parte de los subordinados en relación con el superior jerárquico –ejemplo de motivación: el jefe es muy joven y administraba subordinados muchos más viejos, falta de experiencia y seguridad, superior proveniente de otra empresa–. Generalmente, en este caso, se da la asociación por más de un subordinado para perseguir y denigrar la figura del superior jerárquico practicando insubordinaciones, sarcasmos, etc.

El acoso moral horizontal se presenta cuando la práctica del hostigamiento es perpetrada por personas del mismo nivel jerárquico, inexistiendo la superioridad jerárquica, desencadenada, generalmente, por conflictos interpersonales o rivalidades de carácter profesional. En estos casos es común la omisión o falta de interés de la empresa para suprimir tales conductos.

Por último, subsiste el acoso moral mixto o «*mobbing* combinado» que consiste en la reunión del acoso vertical y horizontal para denigrar al trabajador victimado. Se afirma que en esta práctica el acoso comienza por parte de la autoridad superior y deviene por contaminar a los compañeros de trabajo, al autorizar implícitamente que los mismos realicen la referida práctica en relación con el trabajador acosado. El inverso también es válido. La práctica asediante se da en el nivel horizontal, viniendo a configurar el acoso vertical por omisión de los superiores jerárquicos.

morales impuestas por una jerarquía superior –*mobbing* vertical descendiente, o simplemente *bossing*–, es reformar una decisión que rechazó la compensación del trabajador por daños morales resultantes de la degradación del ambiente de trabajo, con manifiesto atentado a la dignidad de los trabajadores y del demandante en particular. No puede considerarse “normal” que los jefes inmediatos humillen a sus subordinados, especialmente cuando se prueban ofensas públicas. Los epítetos peyorativos dirigidos por el gerente al demandante, como mono, dentado, torpe, tonto y cabeza de tomate, entre otros, y la imitación de un simio que lo relaciona con el empleado, tienen una característica notoria, prejuiciosa y discriminatoria, lo que resulta en la deber de indemnizar», TRT de la 2.^a Región, recurso ordinario N.º 691200803702002 SP 00691-2008-037-02-00-2, publicado el 17-04-09 [trad. del equipo editorial].

1.2. De la clasificación en cuanto al grado del daño

Esta clasificación tiene por foco exclusivo a la víctima, siendo esta la razón de su crítica, puesto que la culpa no es del individuo acosado.

En el acoso moral de primer grado, las conductas son absorbidas pasivamente por el trabajador, quien incluso logra desvincularse de la persecución de forma que no acarrea su exclusión del ambiente de trabajo.

El acoso moral de segundo grado ocurre cuando el trabajador no logra desvincularse de las conductas que originan el hostigamiento, habiendo afectación en cuanto a su salud, dificultades en cuanto al regreso al ambiente de trabajo¹².

Por último, en el acoso moral de tercer grado el acosado queda imposibilitado por completo de retornar al ambiente de trabajo, además de la dificultad de rehabilitación del propio trabajador frente a las enfermedades físicas y psiquiátricas desarrolladas.

1.3. De la clasificación en cuanto a la motivación

Esta última clasificación tiene como foco la motivación detrás de la cual se perpetra el acoso moral; se divide en *mobbing* emocional y *mobbing* estratégico¹³.

En el *mobbing* emocional, las conductas asediadas afectan las relaciones interpersonales, donde se desarrollan sentimientos de envidia, competencia, antipatía, discriminación en razón de la raza, el color, el género, etc.

El *mobbing* estratégico se refiere a la planificación y ejecución de artificios con el desiderato de llevar al trabajador indeseado a pedir su dimisión, lo que reduciría los pagos laborales con la rescisión del contrato de trabajo¹⁴.

¹² Cfr. CASTRO: ob. cit., p. 60.

¹³ Cfr. *Ibid.*, p. 61.

¹⁴ «... Ocurre cuando el empleador quiere que un empleado renuncie para no asumir el costo de un despido. Es una forma de deshacerse del empleado con el costo financiero más bajo. A menudo, el empleado es colocado en el “refrigerador” para que renuncie», MARTINS: ob. cit., p. 30 [trad. del equipo editorial].

Exempli gratia de práctica de *mobbing* estratégico fue lo que se percató en el sistema bancario, en un pasado reciente, donde diversos bancos, con el fin de disminuir el cuadro de personal, comenzaron a presionar a los funcionarios a adherirse al «plan de dimisión voluntaria» o por medio de sobrecargos, excesos de trabajo y una constante presión para lograr metas inalcanzables con la intención de que los mismos pidieran dimisión.

2. De las fuentes del Derecho en cuanto al acoso moral

En primer lugar, es primordial señalar la inexistencia de una fuente heterónoma, o sea, de legislación laboral específica sobre el acoso moral, siendo este, como ya se explicó, una construcción normativa derivada de la doctrina y la jurisprudencia.

En la Cámara de Diputados, existen: el Proyecto de Ley N.º 4593/09, el cual dispone sobre el acoso moral en las relaciones de trabajo, y un proyecto, más antiguo, Proyecto de Ley N.º 2369/03, que cambia los dispositivos de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, para disponer sobre la prohibición de la práctica del acoso moral en las relaciones de trabajo.

Consta la existencia de dos leyes federales dispersas que en su síntesis normativa limitan la concesión de préstamos a empresas condenadas por acoso moral.

La Ley N.º 11 514 del 2007, que dispone sobre las directrices para la elaboración y ejecución de la Ley Presupuestaria del 2008 y da otras providencias, prevé la vedación de la concesión o renovación de préstamos o financiamientos por las agencias oficiales a las instituciones condenadas por acoso moral.

Artículo 96.- (...) §1. Se prohíbe la concesión o renovación de cualquier préstamo o financiamiento por parte de agencias financieras oficiales: (...) iv. a instituciones cuyos dirigentes están condenados por acoso moral o sexual, racismo, trabajo infantil o trabajo esclavo... [trad. del equipo editorial].

La Ley N.º 11 948 del 2009 veda, en el mismo sentido, la concesión o renovación de cualesquier préstamos o financiaciones por el Banco Nacional de Desarrollo Nacional a empresas condenadas por acoso moral.

Artículo 4.- Está prohibido otorgar o renovar cualquier préstamo o financiamiento de BNDES a empresas privadas cuyos directores están condenados por acoso moral o sexual, racismo, trabajo infantil, trabajo esclavo o delitos ambientales [trad. del equipo editorial].

En la Norma Reguladora N.º 17, que trata sobre ergonomía, en el anexo II, el cual versa sobre el trabajo en teleatención-telemarketing, se establece en cuanto a la práctica del acoso moral:

5.13. Se prohíbe el uso de métodos que causan intimidación, miedo o vergüenza, tales como: a. estimulación abusiva de la competencia entre trabajadores o grupos de trabajo; b. exigencia de que los trabajadores usen, de manera permanente o temporal, aditamentos, accesorios, disfraces y ropa para castigo, promoción y propaganda; c. exposición pública de las revisiones de desempeño del operador [trad. del equipo editorial].

Por obvias razones, no se contempla la posibilidad de fuente autónoma derivada de acuerdos y convenciones colectivas de trabajo con previsión de cláusulas con la intención de prohibir la práctica del acoso moral.

En este contexto, la existencia de normas específicas que de forma detallada regulen la figura del acoso moral, o simplemente prohíban su práctica, se encuentra en legislaciones estatales y municipales que organizan el régimen propio de sus respectivos servidores o en leyes específicas que prohíben la práctica en el seno de la Administración Pública.

El primer estado en preocuparse por la cuestión del acoso moral fue el de Río de Janeiro, que creó la Ley N.º 3921 del 2002 para disciplinar el asunto. En la esfera municipal, el Municipio de Iracemápolis, del estado

de São Paulo, fue el primero en crear una ley municipal sobre la materia (Ley N.º 1163/00)¹⁵.

No existe previsión legal en cuanto al acoso moral, en particular, en la legislación federal para la Administración Pública como en el caso de las leyes estatales y municipales citadas *supra*.

En el marco de la Ley N.º 8112/90, que establece el régimen jurídico de los funcionarios públicos civiles de la Unión, de los municipios y de las fundaciones públicas federales, la conducta de acoso moral podría subsumirse, en las infracciones disciplinarias en cuanto al deber de mantener una conducta que sea compatible con la moralidad administrativa o el trato urbano, ambos previstos en el artículo 116¹⁶.

En el caso de autos, el acoso moral puede configurar un caso de improbidad administrativa (artículo 11 de la Ley N.º 8429/92¹⁷), que ya había sido reconocido por el Superior Tribunal de Justicia:

¹⁵ «Artículo 1.- Los servidores públicos municipales están sujetos a las siguientes sanciones administrativas en la práctica de acoso moral en el lugar de trabajo: i. Advertencia. ii. Suspensión, que requiere que el empleado participe en un curso de comportamiento profesional. iii. Despido. Párrafo único: a los efectos de esta Ley, el acoso moral se considera cualquier tipo de acción, gesto o palabra que restrinja, por repetición, la autoestima y la seguridad de un individuo, haciéndole dudar de sí mismo y de su competencia, lo que implica un daño al entorno laboral, el desarrollo profesional o la estabilidad de la relación laboral del empleado, como: programar tareas con plazos imposibles, trasladar a alguien de un área de responsabilidad a tareas triviales; tomar crédito por las ideas de otros; ignorar o excluir a un empleado solo dirigiéndose a través de terceros; evadir persistentemente la información; difundir rumores maliciosos; criticar con persistencia; subestimar esfuerzos» [trad. del equipo editorial].

¹⁶ «Artículo 116.- Los deberes del servidor son: (...) ix. Mantener una conducta compatible con la moral administrativa (...) xi. Tratar a las personas con urbanidad...» [trad. del equipo editorial].

¹⁷ «Artículo 11.- Constituye un acto de mala conducta administrativa que viola los principios de la administración pública cualquier acto u omisión que viole los deberes de honestidad, imparcialidad, legalidad y lealtad a las instituciones...» [trad. del equipo editorial].

... 1. El ilícito previsto en el artículo 11 de la Ley 8249/92 dispensa la prueba de daños, según la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia. 2. No es una ofensa contra los principios de la administración pública (artículo 11 de la LIA) la mera irregularidad, no cubierta por el elemento subjetivo convincente –dolo genérico–. 3. El acoso moral, más que provocaciones en el lugar de trabajo –sarcasmo, crítica, burlas y bromas–, es una campaña de terror psicológico para con el afectado. 4. La práctica del acoso moral encaja en la conducta prevista en el artículo 11, citado, de la Ley de mala conducta administrativa, debido al evidente abuso de poder, desviación de propósito y malversación de la personalidad, cuando se actúa deliberadamente en detrimento de alguien. 5. La Ley 8429/92 tiene como objetivo restringir, sancionar o eliminar de la actividad pública a aquellos agentes que demuestren un carácter incompatible con la naturaleza de la actividad realizada. 6. Este tipo de acto, para configurarse como un acto de inapropiado, requiere la demostración del elemento subjetivo, como el dolo *lato sensu* o genérico, presente en la hipótesis. 7. Recurso especial promovido...¹⁸

3. De los elementos normativos estructurantes del acoso moral

En el Proyecto de Ley N.º 4593/09 se ventilan hipótesis –no taxativas– de conductas que subsumirían la figura del acoso moral:

Artículo 2.- (...) i. la exposición del empleado a situaciones incómodas, prácticas repetidas o prolongadas; ii. tortura psicológica, desprecio y evasión de la información necesaria para el buen desempeño de las funciones del empleado o útil para el desempeño del trabajo; iii. la exposición del empleado, en detrimento de su desarrollo personal y profesional, a críticas repetidas e infundadas que afectan su salud física, mental, honor y dignidad, así como la de sus familias; iv. apropiación del crédito laboral del empleado, con desprecio a la autoría respectiva; vs. la determinación de asignaciones o actividades extrañas incompatibles con el contrato de trabajo o en condiciones y términos inaplicables; vi. obstaculización, por cualquier medio,

¹⁸ STJ, segunda sala, N.º 1286466/RS, publicado el 18-09-13 [trad. del equipo editorial].

de la evolución del empleado en la carrera respectiva; vii. la ocurrencia de supuestos previstos en los literales a, b, d, e y g del artículo 483 de la Consolidación de las leyes laborales, aprobada por el Decreto-Ley N.º 5452 del 1 de mayo de 1943 [trad. del equipo editorial].

El referido dispositivo de proyecto de ley presenta, apenas, las situaciones que conducen al acoso moral. Entonces, se hace la pregunta clave del problema planteado: ¿qué elementos constituirían el fenómeno del acoso moral?

3.1. Del contexto laboral

Para poderse configurar el acoso moral laboral, primero, requiere por requisito que dicha conducta abusiva sucede en el ambiente de trabajo –dependencias del lugar de trabajo– o en función del trabajo.

A pesar de que no hay necesidad de ceñirse, específicamente y tan solo, al espacio físico del trabajo, es fundamental el nexo de causalidad con la realidad social laboral, por tanto incluye la circunscripción del establecimiento empresarial, forma que va más allá del contexto netamente laboral.

3.2. De la práctica reiterada y sistémica

El acoso moral se configura, precisamente, por un conjunto de conductas –diversos actos–, reiteradas, durante cierto lapso de tiempo, que acaba por mancillar dañosamente los derechos de personalidad del trabajador¹⁹.

¹⁹ «El acoso significa someterse sin cesar a pequeños ataques repetidos. Es, por lo tanto, un acto que solo adquiere sentido a través de la insistencia, con el objetivo de afectar la autoestima de la persona. El término moral, a su vez, significa lo que es o no es aceptable en la sociedad, con una valoración de acuerdo con el contexto social. Dada la ausencia de legislación específica sobre el acoso moral dentro del alcance de la relación laboral, y de su concepto, los siguientes elementos emergen como una característica del instituto: a. identificación de sujetos; b. conducta, comportamiento y actos que violen los derechos de la personalidad; c. reiteración y sistematización; y d. conciencia del agente. En la situación actual, al analizar el conjunto probatorio me doy cuenta de que el autor no pudo demostrar satisfactoriamente los hechos que habrían generado el acoso. En este ámbito, debe desestimarse la persecución procesal según los hechos narrados con los rasgos característicos del acoso moral, en

Un acto aislado puede conformarse con una agresión moral con repercusión en la esfera civil, penal y laboral. Sin embargo, no configura el acoso moral en la relación de empleo.

El lapso temporal en que esa suma de actos configuraría el acoso moral es cuantificado matemáticamente por algunos doctrinarios, exigiéndose fracciones de tiempo como seis meses a un año.

No se cree que la obediencia de un marco temporal fijo sea la mejor forma de imputar la subsunción del hecho laboral como acoso moral. En realidad, sería mejor referir caso por caso a partir de las pruebas examinadas y así determinar si se está ante un real acoso moral laboral o acciones de agresión moral aisladas.

Otra forma de pensar sería dejar al descubierto la protección a la dignidad del trabajador en diversas hipótesis. En ese sentido, la jurisprudencia laboral ha vislumbrado el acoso moral en un lapso temporal menor al antes previsto.

3.3. *Del resultado dañino*

La controversia bajo la cual recae el resultado dañino de la práctica del acoso moral laboral versa sobre la necesidad o no de apreciarse clínicamente la lesión en la dimensión de la salud física y psicológica del trabajador acosado²⁰.

En el marco de la doctrina que reconoce la necesidad de la lesión –daño– como imprescindible para la conformación del acoso moral, no configurándose, sin embargo, como esencial la presencia del daño en cuanto a la salud del trabajador. La conducta del *mobbing* puede acarrear daño a un grupo de derechos

detrimento de los elementos capaces de probarlos (...) La homologación de la rescisión operó en una fecha posterior a los plazos previstos en el párrafo 6 del artículo 477 de la Consolidación de las leyes del trabajo por lo que no acarrea la multa establecida en el párrafo 8 del mismo artículo si el demandado depositó oportunamente el monto correspondiente de recuperación de la cuenta bancaria del empleado», TRT, de la 10ª región, 3º turno, RO 1149201110110007, publicado el 30-11-12 [trad. del equipo editorial].

²⁰ «El daño psíquico no es, por lo tanto, el elemento que caracteriza el acoso moral», MARTINS: ob. cit., p. 21 [trad. del equipo editorial].

fundamentales del trabajador, como el honor, libertad de expresión, derecho de trato igualitario sin discriminación, entre otros. Es decir, el mero daño moral ya bastaría para la existencia del acoso moral.

En la esfera del Derecho, para su relevancia, se debe lesionar el bien jurídico tutelado, que en el presente se identifica como la integridad moral del trabajador.

El nivel de gravedad del daño en cuanto a la afectación de la salud –daño psíquico– del trabajador tiene importancia en lo que se refiere a la cuantificación de la responsabilidad civil del acoso moral, pero no como elemento central de su constitución²¹.

3.4. *De la conducta dolosa*

Es imprescindible para la configuración del acoso moral laboral la constatación de la conducta dolosa del agente acosador, no siendo adecuado admitir la responsabilidad en virtud de práctica culposa.

El elemento doloso es el calificador del *mobbing*, debido a la necesidad de prácticas reiteradas que hieren la dignidad y la personalidad del trabajador cuyo destino terminante –finalidad especial de actuar– se presenta con la marginación del trabajador del ambiente de trabajo, o la sujeción a condiciones desfavorables de trabajo, entre otros –los supuestos no son exhaustivos–.

En este contexto del acoso moral laboral debe ponderar la conducta dolosa en la misma perspectiva del Derecho Penal, el cual es conceptualizado por ZAFFARONI y PIERANGELI en los siguientes términos: «... es conveniente conceptualizarlo como la voluntad de realización del tipo objetivo, guiado por el conocimiento de sus elementos en el presente caso»²².

²¹ «Se cree, por lo tanto, que jurídicamente el daño psíquico puede tener relevancia a los fines de la fijación de responsabilidad, pero no es esencial para la configuración del *mobbing*», CASTRO: ob. cit., p. 129 [trad. del equipo editorial].

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl y PIERANGELI, José Henrique: *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Vol. I. 6.^a, RT. São Paulo, 2005, pp. 413 y 414 [trad. del equipo editorial].

Dos elementos se atribuyen a la figura del agente: el intelectual (cognitivo) y el volitivo (emocional, intencional). Es decir, el sujeto acosador debe ser consciente de las circunstancias de hecho de la conducta que desea cometer²³, así como la voluntad de querer realizarlo²⁴. En la esfera del Derecho Penal el dolo abarca las siguientes dimensiones:

El conocimiento del dolo incluye la realización de los elementos descriptivos y normativos, el nexa causal y el evento –delitos de lesiones–, la lesión a la propiedad legal de la autoría y la participación de elementos objetivos de circunstancias agravantes y atenuantes que suponen una mayor o menor gravedad de lo injusto –tipo calificado o privilegiado– y los elementos accidentales del tipo objetivo²⁵.

En caso de que se trate de un sistema de gestión de la calidad de la información, no se descarta que conductas culposas –realizadas ante la negligencia, imprudencia e impericia– puedan acarrear daño en la personalidad del trabajador, sin embargo, se desnaturalizará la figura de un acoso moral laboral.

La imprescindibilidad de la conducta dolosa es algo tan evidente que en cuanto a la tipificación penal del crimen de acoso sexual –*infra* explicado–, el cual se constituye en una forma de acosar moralmente al trabajador, solo previó el tipo en su forma dolosa, no haciendo previsión del tipo culposo²⁶.

²³ «La conciencia, es decir, el momento intelectual del dolo, básicamente, se refiere a la situación de hecho en la que se encuentra el agente. El agente debe ser consciente, es decir, debe saber exactamente lo que está haciendo para que el resultado dañino pueda atribuirse a él a título de dolo...», GRECO, Rogério: *Curso de Direito Penal. Parte geral*. Vol. III. 8.ª, Impetus. Río de Janeiro, 2011, p. 183 [trad. del equipo editorial].

²⁴ «... Se compone de un momento intelectual –conocimiento de lo que uno quiere– y un momento volitivo –decisión hacia su realización–...», PRADO, Luiz Regis: *Curso de Direito Penal brasileiro*. Vol. I. 8.ª, Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010, p. 325 [trad. del equipo editorial].

²⁵ *Ibid.*, p. 320 [trad. del equipo editorial].

²⁶ *Vid.* Código Penal «artículo 216-*bis*.- Constreñir a alguien con la intención de obtener ventaja o favorecimiento sexual, prevaleciéndose el agente de su condición de superior jerárquico o ascendencia inherente al ejercicio del empleo, cargo o función. Pena: prisión de uno a dos años...» [trad. del equipo editorial].

Se destaca, además, que en la conducta culposa hay una finalidad –generalmente lícita²⁷; sin embargo, lo que importa en esta conducta es si la elección del medio, por el agente, para alcanzar el fin, viola o no el deber de cuidado, donde el Derecho exigía la previsión del resultado²⁸.

De tal suerte, que la estructura dogmática de la conducta culposa atraviesa exactamente por ser una violación del deber de cuidado, donde la elección de los medios para alcanzar el fin de la conducta es fundamental para atestiguar cuál era el deber de cuidado.

A partir de esa explicación del elemento subjetivo «culpa», que integra la conducta hay que vislumbrar que la misma pudiera componer la práctica sistemática de violación de la dignidad del trabajador con el correspondiente daño moral.

3.5. *De la intensidad de la violencia*

Existe un consenso en lo que se refiere a la necesidad de un cierto grado de intensidad en la violencia perpetrada de forma que no venga a constituir un daño insignificante, fácilmente absorbido por el trabajador, derivado de los embates normales en la dinámicas laborales. En suma se apunta como esencial la gravedad en la violencia hasta el punto de acarrear un daño valorado como no insignificante. En todo caso, ese nivel e intensidad no es analizado en lo que se refiere a cada conducta aisladamente, sino en el conjunto de acciones –en su totalidad– perpetradas por el acosador.

²⁷ «Un tipo culposo no individualiza la conducta por su finalidad, sino porque, en la forma en que se logra este propósito, se viola un deber de cuidado, es decir, como lo dice la ley penal, la persona, por su conducta, causa el resultado de imprudencia, negligencia o mala práctica. El hecho de que el tipo no individualice la conducta culpable por su propio finalidad no significa que la conducta no tenga ningún propósito, como muchos autores parecen haber entendido» ZAFFARONI y PIERANGELI: ob. cit., p. 435 [trad. del equipo editorial].

²⁸ «...El delito culposo es aquel en el que hay una falta de previsión del resultado, cuando la Derecho requiere la previsión del agente, es donde, teniendo la predicción efectiva del resultado, el agente confía en que no se configurará...» BRANDÃO, Cláudio: *Curso de Direito Penal. Parte geral*. 2.^a, Forense. Río de Janeiro, 2010, p. 182 [trad. del equipo editorial].

4. De las consecuencias jurídicas del acoso moral en el marco del contrato de trabajo

Como consecuencia del acoso moral, sea vertical u horizontal, puede darse la extinción del contrato de trabajo.

En la hipótesis de acoso moral vertical, esto acarrearía la rescisión indirecta del contrato de trabajo, resguardando todos los derechos laborales del empleado acosado, conforme a una hipótesis de dimisión sin justa causa.

La base normativa para ello se encuentra en el artículo 483 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo, a saber:

Artículo 483.- El empleado puede considerar rescindido el contrato y reclamar una indemnización debida cuando: a. los servicios requieren un exceso de su fuerza, según lo defiende la ley, contrario a la buenas costumbres o no relacionado con el contrato; b. es tratado por el empleador o sus superiores con excesivo rigor; c. corre peligro manifiesto de daño considerable; d. incumplimiento de las obligaciones del empleador en virtud del contrato; e. practicar el empleador o sus agentes, contra él o los miembros de su familia, un acto lesivo del honor y buena fama; f. el empleador o sus agentes lo ofenden físicamente, salvo en caso de legítima defensa, propia o de terceros; g. el empleador reduce su trabajo, ya sea por pieza o tarea, para afectar significativamente el monto de los salarios [trad. del equipo editorial].

Afirma que el acoso moral, por sí solo, de forma general, ya se sustenta en la hipótesis de «incumplimiento de las obligaciones del empleador en virtud del contrato». Sin embargo, en el caso concreto, se deparará con situaciones enmarcadas en más de una letra del artículo 483 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo como «practicar el empleador o agentes, contra él o los miembros de su familia, un acto lesivo del honor y buena fama»; o «corre peligro manifiesto de daño considerable».

La configuración de la rescisión indirecta derivada del acoso moral es tranquilamente reconocida en el seno de la jurisprudencia:

La terminación indirecta del contrato de trabajo constituye una falta máxima cometida por el empleador, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo sea insostenible. En el presente caso, el acoso moral evidenciado constituye una razón para la terminación indirecta del contrato de trabajo en la forma establecida en el artículo consolidado 483 de 1943²⁹.

De tal suerte que el acoso moral horizontal puede acarrear el despido por justa causa del empleado asediante, ya que el acoso moral podría ser enmarcado como incontinencia de conducta o mal procedimiento; acto de indisciplina; el acto lesivo del honor o de la buena fama practicado en el servicio contra cualquier persona, u ofensas físicas, en las mismas condiciones:

Artículo 482.- Constituyen causa justa para la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador: a. acto de mala conducta; b. inmoderación de conducta o mal proceder; c. negociación habitual en nombre propio o ajeno sin permiso del empleador, y cuando constituya un acto de competencia para la empresa para la que trabaja el empleado, o sea perjudicial para el servicio; d. condena penal del empleado, firme, si no se ha suspendido la ejecución de la sanción; e. falta de desempeño en las respectivas funciones; f. embriaguez habitual o en el servicio; g. violación del secreto de la empresa; h. acto de indisciplina o insubordinación; i. abandono del trabajo; j. actuar en detrimento del honor o la buena fama practicada en el servicio contra cualquier persona, u ofensas físicas, en las mismas condiciones, excepto en caso de legítima defensa, propia o de otros; k. actuar en detrimento del honor o buen nombre u ofensas físicas cometidas contra el empleador y los superiores jerárquicos, excepto en caso de legítima defensa propia o de otros; l. práctica constante de juegos de azar [trad. del equipo editorial].

²⁹ TRT, 2.^a región, 11.º turno, RO 1001734-51.2014.5.02.0501, publicado el 15-03-16 [trad. del equipo editorial].

5. De la distinción entre acoso moral y acoso sexual

A diferencia de lo que sucede con la figura del acoso moral, el acoso sexual posee una tipificación penal que ha sido introducida al Código Penal por medio de la Ley N.º 10 224/01, el tipo penal se encuentra prescrito en el artículo 216-*bis*, citado *supra*.

Se afirma que el núcleo del tipo es la conducta de obligar, sin violencia o grave amenaza, lo que desnaturalizará el crimen de acoso sexual hacia la esfera de otro tipo penal.

El acoso sexual se constituye en una forma de acoso moral laboral, teniendo el elemento sexual como el especial fin de actuar del agresor –sujeto activo del delito–, acarreando repercusiones, no solo en la esfera laboral y civil, sino también en la penal.

Por la prescripción de los elementos del tipo penal, en su parte final: «... prevaleciéndose el agente de su condición de superior jerárquico o ascendencia inherente al ejercicio del empleo, cargo o función», se constata que la única forma de acoso sexual definidor a del delito sería aquella perpetrada de forma descendente –acoso moral vertical descendente–.

Es decir, el acoso sexual, en la modalidad horizontal, practicado por compañeros de trabajo, o en la modalidad ascendente, del subordinado en relación al superior jerárquico, constituyen, como se ha visto anteriormente, en formas de acoso moral, pero no en un tipo penal.

El acoso sexual puede ocurrir tanto en la esfera pública de trabajo como en la empresa privada. La controversia existente, a pesar de no tener repercusiones mucho más prácticas, referente al hecho de que los doctrinarios interpretan que el elemento normativo del tipo «condición de superior jerárquico» aludiría a público «... la ascendencia inherente al ejercicio del empleo, cargo o función» diría respecto a la esfera laboral privada³⁰.

³⁰ «La expresión superior jerárquico indica una relación de Derecho público, es decir, de Derecho Administrativo, sin incluir las relaciones de Derecho privado. Para que

En una breve investigación sobre el asunto, en el seno de la jurisprudencia³¹, se advierte que al elemento superioridad jerárquica abarcaría, también, a la actividad laboral privada y no solo de la Administración Pública³², como en

la máquina administrativa funcione de manera efectiva, debe existir una escala jerárquica entre los que están al mando y sus subordinados (...) Esto significa que no existe una relación jerárquica entre los individuos, como en el caso de un gerente de una sucursal bancaria y sus subordinados, así como no existe tal relación en las hipótesis de temor reverente entre padres e hijos o incluso entre líderes religiosos y fieles. Sin embargo, podría existir la práctica del acoso sexual, por ejemplo, entre un coronel y alguien con una jerarquía menor (...) Finalmente, si observa la relación de Derecho público, sería posible reconocer el acoso sexual», GRECO: ob. cit., p. 518 [trad. del equipo editorial]. «Superior jerárquico: corresponde a una expresión utilizada para designar al funcionario de mayor rango en la misma estructura administrativa pública, civil o militar, que tiene poder de mando sobre los demás. En este contexto, no se acepta la relación de subordinación existente en la esfera civil (...) Ascendencia: significa superioridad o preponderancia. En el presente caso, se refiere al mayor poder de mando, que tiene un individuo, en la relación laboral, en relación con otro. Está vinculado al sector privado (...) No hay posibilidad de acoso sexual cuando se trata de empleados del mismo rango, ni cuando el de menos jerarquía acosa al más poderoso», NUCCI, Guilherme de Souza: *Código Penal comentado*. 15.^a, Forense. São Paulo, 2015, p. 1219 [trad. del equipo editorial]. Cfr. MASSON, Cleber: *Direito Penal esquematizado. Parte especial*. Vol. III. 3.^a, Método. São Paulo, 2013, pp. 47 y 48.

³¹ Esta cuestión no se había ventilado en el Superior Tribunal de Justicia.

³² «La relación superior-subordinada puede existir en los ámbitos público y privado. En la relación jerárquica hay una escala que demarca posiciones, grados o posiciones ordenadas que configuran una carrera funcional. En la ascendencia, por el contrario, no existe tal organización funcional, sino solo una situación de influencia o dominio respetuoso, e incluso puede alcanzar el nivel de temor reverente. En este sentido, no estamos de acuerdo con la comprensión adoptada por Guilherme NUCCI, según la cual, la superioridad jerárquica retrata una relación laboral en la esfera pública, mientras que la ascendencia refleja la misma relación, pero en la esfera privada, ambas inherentes al ejercicio del empleo, posición o función. De hecho, la ascendencia no está vinculada a ninguna relación laboral, funcional o laboral, ya sea pública o privada, como hemos señalado. Cargo y función se refieren al sector público, regido por el Derecho Administrativo; el empleo expresa la relación laboral en el sector privado. El Código Penal brasileño disciplina la obediencia jerárquica (artículo 22, segunda parte), “que requiere una relación de Derecho público y solo de Derecho público. La jerarquía privada, que es inherente a las relaciones de la empresa privada, no está cubierta por esa disposición”. El subordinado no tiene derecho a discutir la oportunidad o conveniencia de una

el caso del Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur reconoció el acoso sexual de un empleado doméstico:

La acusación de evidencia insuficiente con respecto a la materialidad y autoría del delito de acoso sexual imputado al acusado no prevalece, en vista del conjunto sólido y concluyente de evidencias recopilada en el expediente, destacando el informe de la víctima, que mostró que el acusado, aprovechando su superioridad jerárquica, ya que en el momento en que él era patrón de la ofendida, la agarró contra su voluntad tratando de besarla (...) La acción aplicada se mantuvo, ya que evidenciaba que está en línea con los criterios de necesidad y suficiencia para la reprobación y prevención del delito³³.

En vista de ello, podemos tomar algunas premisas: i. todo acoso sexual se caracteriza necesariamente como un acoso moral; ii. no todo acoso sexual sería crimen, sino solo aquel practicado en una relación vertical descendente.

orden. Teniendo en cuenta que el subordinado debe cumplir con la orden del superior, siempre que esta orden no sea manifiestamente ilegal, se puede concluir que el abuso por parte de un superior malintencionado puede llevarse a cabo cuando, por ejemplo, es tratado con mala conducta, especialmente si es motivado por intereses libidinosos. Aunque la “jerarquía privada” no recibe la misma disciplina en el Código Penal, con la debida precaución, *mutatis mutandis*, los abusos también pueden ser severamente cometidos contra aquellos que se encuentran en una condición de inferioridad en la relación de trabajo o el empleo», BITENCOURT, Cezar Roberto: *Tratado de Direito Penal. Parte especial*. Vol. IV. 4.^a, Saraiva. São Paulo, 2010, p. 81 [trad. del equipo editorial]. «En la situación de superioridad jerárquica, se detecta una relación con respecto a la jerarquía que surge de una organización funcional, que puede ocurrir tanto en las relaciones laborales públicas como privadas: la posición y función son conceptos elementales que conciernen al servicio público, mientras que el empleo se refiere a las relaciones laborales inherentes al sector privado, donde una persona brinda servicios al empleador por un salario bajo el régimen de la Consolidación de las Leyes del Trabajo. La ascendencia presenta otro aspecto no vinculado a ninguna jerarquía, sino a una relación de dominación, influencia o, incluso, temor reverencial, pero que también se refiere a las relaciones laborales, en su sentido amplio», FRANCO, Alberto Silva y STOCO, Rui (coords.): *Código penal e sua interpretação*. 8.^a, RT. São Paulo, 2007, pp. 1061 y 1062 [trad. del equipo editorial].

³³ Tribunal de Justicia de Río Grande, apelación penal N.º 70065105108, 7.^a, Sala Penal, del 11-05-15 [trad. del equipo editorial].

En caso de que se trate de un delito o de un acto de castigo, se trataría de un acto, bajo el principio de intervención mínima³⁴, que configurarían, además, ejemplos de Derecho Penal simbólico, cuya infracción criminal, pragmáticamente, terminará siendo una suspensión condicional del proceso (pena mínima de hasta un año)³⁵, sea con una transacción penal (pena máxima de hasta dos años)³⁶, ello al estar ante un crimen de menor potencial ofensivo.

Es potenciar lo que genera duras críticas del profesor NUCCI en cuanto al tipo penal del acoso sexual:

... Creemos que la creación del delito de acoso sexual en Brasil es totalmente inapropiada e inoportuna. En primer lugar, debe señalarse que hay pocos casos denunciados de acoso grave, en el escenario de las relaciones laborales, que no se han resuelto adecuadamente, de manera justa, en las esferas civil y laboral, o incluso administrativa, al atender a los funcionarios públicos. En segundo lugar, es necesario tener en cuenta que, para el nacimiento de una nueva figura inculminatoria típica, sería indispensable tener en cuenta el concepto material del delito, es decir, el fiel sentimiento popular de que una conducta merece ser sancionada con una pena, que no ocurre. Es un delito de nacimiento sin utilidad pública, que el tiempo eventualmente probará. No es desconocido que el acoso sexual es una realidad en todo el mundo,

³⁴ «Los comportamientos cobardes y repugnantes de este tipo merecen un castigo rígido, pero están fuera de la órbita criminal. Si el legislador ha olvidado el carácter fragmentario del Derecho Penal, creando un delito cuando la ilegalidad fue resuelta por otras ramas del sistema legal, en la práctica el tipo penal apenas se usa, de acuerdo con el principio de subsidiariedad (*ultima ratio*)», MASSON: ob. cit., pp. 45 y 46 [trad. del equipo editorial].

³⁵ Ley N.º 9099/95, «artículo 89.- En los delitos en los que la pena mínima es igual o inferior a un año, esté o no cubierto por esta Ley, el Ministerio Público, al presentar la acusación, puede proponer la suspensión del proceso, por dos a cuatro años, siempre que el acusado no está siendo procesado o no ha sido condenado por otro delito, dados los otros requisitos que permitirían la suspensión condicional de la sentencia (artículo 77 del Código Penal)» [trad. del equipo editorial].

³⁶ Ley N.º 9099/95, «artículo 76.- Si hay representación o en el caso de un delito de acción penal pública incondicional, no se presenta, el Ministerio Público puede proponer la aplicación inmediata de una pena restrictiva de derechos o multas, que se especificará en la propuesta» [trad. del equipo editorial].

merece castigo y es claramente ilegal, antiético e inmoral, pero no es un asunto de Derecho Penal. Podemos insistir en que, en lugar de despenalizar, observemos el fenómeno inverso, que consiste en la aparición del mal como una figura incriminatoria, sin tener en cuenta el hecho de que el Derecho Penal es la *ultima ratio*, es decir, la última carta del legislador para castigar la conducta verdadera, seria y comprometedora de la tranquilidad social. Este no es el caso del acoso sexual, como resultado de la importación de normas de otros sistemas legislativos, que son inapropiadas para la realidad brasileña. Finalmente, hubiera sido mejor haber previsto, si fuera el caso, una mayor rigidez en el castigo de los empleadores y empleados en los ámbitos civil, laboral y administrativo, que haber creado otro tipo penal, cuyo alcance será pequeño, generadora de errores legales considerables, incluso porque la prueba de existencia será extremadamente compleja (...) En resumen, la solución legislativa de los casos de acoso sexual, tipificándolo, no era correcta, en nuestra opinión³⁷.

5.1. De la propuesta de Ley N.º 5971/01

Se destaca el Proyecto de Ley N.º 5971/01 del exdiputado federal Ignacio ARRUDA y otros, con el fin de tipificar la conducta del acoso moral, al añadir el artículo 203-A al Código Penal con el *nome iures* de «coerción moral en el ambiente de trabajo», a saber:

Artículo 203-A.- Coacción moralmente empleada en el lugar de trabajo a través de actos o expresiones destinadas a afligir la dignidad o crear condiciones de trabajo humillantes o degradantes, abusando de la autoridad conferida por la posición jerárquica. Pena: prisión, uno o dos años y multa [trad. del equipo editorial].

Las mismas consideraciones presentadas en cuanto a la criminalización del acoso sexual y el vector normativo de la intervención mínima del Derecho Penal se aplica a la propuesta de criminalización del acoso moral laboral³⁸.

³⁷ NUCCI: ob. cit., pp. 1217 y 1218 [trad. del equipo editorial].

³⁸ A favor de la tesis de criminalización del acoso laboral es la corriente defendida por CARVALHO, Gisele Mendes de y CARVALHO, Érika Mendes de: «*O Assédio moral*

Es importante subrayar, por fin, que, a pesar de no estar de acuerdo con la creación de un tipo penal específico en cuanto al acoso moral, las diversas conductas asediantes acaban entrando en diversos tipos penales ya existentes, como, por ejemplo, la injuria, difamación, amenaza, constreñimiento ilegal, atentado contra la libertad de trabajo, etc.

Consideraciones finales

El acoso moral laboral, a pesar de no ser un fenómeno nuevo, ha destacado su reconocimiento cada vez más constante en el seno de las reclamaciones laborales, tras la Enmienda Constitucional N.º 45/04.

nas relações de trabalho: uma proposta de criminalização». Anais do XV Congresso Nacional organizado pelo Conpedi. Manaus, 2006, pp. 2018 y 2019. www.publica-direito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/05_841.pdf, «Todo lo anterior resalta la necesidad de crear un tipo criminal nuevo y específico en el contexto de los “Delitos contra la Organización del Trabajo” (Título IV del Código Penal) mediante el cual se penaliza la conducta con las características del acoso moral en las relaciones laborales. Ya hemos visto cómo los tipos criminales actuales son insuficientes para suprimir el acoso psicológico en el lugar de trabajo. Solo a través de la creación de esta nueva figura criminal será posible hacer que los acosadores conozcan la conducta prohibida por la norma y su castigo, y los acosados sepan cuándo el acoso excede los límites de lo permitido y poder contar con la protección de la legislación penal. También debería ser apropiado que esta propuesta de criminalización vaya acompañada de la reforma apropiada de la legislación laboral (Consolidación de las Leyes Laborales), que debe incluir explícitamente la prohibición del acoso moral y el derecho de los trabajadores a no sufrirlo, además de la sanción específica para el empleado o empleador que no respeta esta regla (...) Como se señaló anteriormente, el tratamiento actual del acoso moral en las relaciones laborales en el sistema brasileño es extremadamente insatisfactorio, ya que la protección máxima que el trabajador acosado puede obtener en virtud del Derecho Laboral, es la terminación unilateral del contrato de trabajo, lo que conlleva la necesidad de que abandone su trabajo y, lo que es peor, a menudo permite que el acosador o los acosadores queden completamente impunes. Por otro lado, no parece que los delitos penales ya existentes bajo la legislación brasileña –daños corporales, injuria, difamación, acoso sexual, constreñimiento ilegal, amenaza, etc.– puedan contener con precisión el contenido completo de la injusticia específica del acoso moral en el ambiente de trabajo» [trad. del equipo editorial].

La definición del *mobbing* laboral no encuentra respaldo en ninguna fuente heterónoma en el seno del sistema jurídico brasileño, al menos en lo que se refiere a la esfera de las relaciones privadas, lo que ha acarreado diversas divergencias en cuanto a los elementos y límites de la caracterización del acoso moral laboral, lo que pone al referido fenómeno en una cierta inseguridad jurídica.

Entendemos que la figura del acoso moral en el ámbito laboral se configura cuando está presente necesariamente la conducta dolosa, que acarrea un resultado dañino a la dignidad del trabajador, relacionada con el contexto laboral, de forma reiterada y sistémica, perpetrada con una cierta intensidad de violencia en el trabajo.

Ante un acoso moral vertical, esto acarrearía la rescisión indirecta del contrato de trabajo. En cuando el acoso moral horizontal, puede acarrear el despido por justa causa del empleado asediante por ser enmarcado como incontinencia de conducta o mal procedimiento; acto de indisciplina; acto lesivo del honor o de la buena fama practicado en el servicio contra cualquier persona, u ofensas físicas, en las mismas condiciones.

En lo que se refiere a la distinción entre acoso moral y acoso sexual se obtienen las siguientes premisas: no todo acoso sexual implica necesariamente un acoso moral; y no todo acoso sexual sería crimen, sino únicamente aquel practicado en una relación vertical descendente.

En un primer momento, no coincidimos con el Proyecto de Ley que sanciona la conducta del acoso moral como crimen, pues el Derecho Penal es la *ultima ratio*, según los dictados del principio de la intervención mínima, ya indicado.

La actualización de la Consolidación de las Leyes del Trabajo se hace urgente con el fin de crear un capítulo propio en cuanto a la figura del acoso moral para que la inseguridad jurídica existente en torno a esta materia sea sanada, lo que permitiría una mejor base normativa con el desiderato de combatir esa práctica odiosa, inconcebible en un llamado Derecho global que tiene el principio de la dignidad de la persona humana como vector máximo.

* * *

Resumen: El trabajo es una actividad ligada umbilicalmente a todas las esferas de la vida de una persona, puesto que parte significativa del tiempo de vida del ser humano se está trabajando, lo que se refleja en las dimensiones personales, familiares y sociales del trabajador. De tal suerte, un ambiente de trabajo sano es fundamental para el desarrollo de la persona, en todas estas dimensiones. No es por otra razón que los derechos sociales son erigidos con el *status* de derechos humanos. El objetivo del presente ensayo es precisamente evaluar los contornos jurídicos normativos que permiten la subsunción de conductas como forma de acoso moral laboral y, en estos términos, la consecuencia jurídica de dicha práctica. La investigación, haciendo uso de una metodología de análisis cualitativo, usando los métodos de abordaje hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico, adoptando técnica de investigación bibliográfica, tiene por línea de fondo hacer un análisis dogmático en cuanto a la construcción normativa de la conducta de acoso moral en el seno del sistema jurídico brasileño teniendo por vector axiológico, siempre, la búsqueda de la eficacia de los derechos fundamentales esculpidos en la Constitución Federal de 1988.

Palabras clave: Acoso moral, hostigamiento laboral, acoso sexual, *mobbing*. Recibido: 17-07-19. Aprobado: 21-10-19.