

EL CIBERACOSO EN EL TRABAJO COMO CATEGORÍA JURÍDICA*

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras clave: Ciberacoso, acoso en el trabajo, acoso sexual, TICs

Este estudio se ocupa de analizar críticamente la relevancia práctica que puede desplegar la categoría “ciberacoso en el trabajo” en los campos doctrinal, judicial, empresarial o normativo. Para ello, examina las principales especificidades derivadas del uso de tecnologías de información y comunicación respecto a la identificación, prevención y acreditación de los distintos tipos de acoso, así como en relación con la imputación de responsabilidades a la empresa. Finalmente, se defiende que el “ciberacoso en el trabajo” no tiene entidad suficiente como para configurarse como un tipo de acoso, pero sí que puede operar como una técnica para detectar determinados problemas interpretativos o aplicativos, lo cual resulta particularmente útil en lo que refiere a la prevención y a la imputación de responsabilidades.

ABSTRACT

Keywords: Cyberbullying, workplace bullying, sexual harassment, ICTs

This study analyzes the usefulness of the category “cyberbullying at work” in the doctrinal, judicial, business or regulatory fields. To do this, it examines the influence of communication technologies on the identification, prevention, evidence-gathering and liability of bullying or harassment. In conclusion, it is argued that “cyberbullying at work” cannot be considered a specific type of harassment or bullying, but nevertheless, this category can be useful in order to identify certain issues, especially in regard to liability or occupational health and safety.

* Este texto recoge la comunicación presentada al Seminario Internacional “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía”, celebrado online en la Universidad de Sevilla los días 4 y 5 de febrero de 2021. El estudio se ha realizado en el marco del Subproyecto de la Universidad de Sevilla DER2017-83488-C4-1-R “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía” en el marco del proyecto coordinado “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la economía digital”.

ÍNDICE

1. LA POSIBLE ESPECIFICIDAD DEL CIBERACOSO EN EL TRABAJO ENTRE LOS TIPOS DE ACOSO
2. ESPECIALIDADES RELATIVAS A LA IDENTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA Y A SU GRAVEDAD
3. EL DEBER DE PREVENCIÓN DEL ACOSO CIBERNÉTICO
4. LA DIFUMINACIÓN DEL TIEMPO Y EL ESPACIO Y LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA EMPRESA
5. PARTICULARIDADES EN TORNO A LA PRUEBA EN LOS PROCESOS JUDICIALES O EN LOS
6. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS O DISCIPLINARIOS
7. CONCLUSIONES

1. LA POSIBLE ESPECIFICIDAD DEL CIBERACOSO EN EL TRABAJO ENTRE LOS TIPOS DE ACOSO

En términos generales, podríamos definir el “acoso” como una forma de violencia psicológica que consiste en generar un entorno humillante o degradante para las personas que la sufren. Normalmente, el acoso se produce a través de la acumulación o reiteración de una pluralidad de comportamientos sistemáticamente relacionados entre sí. Ciertamente, la repetición o sistematicidad no se configura en todos los casos como un requisito absolutamente necesario para determinar la concurrencia de acoso, pero, en todo caso, a menudo es un dato relevante, dado que una de las principales funcionalidades de esta categoría analítica es que permite relacionar entre sí diversas conductas aparentemente aisladas para obtener una percepción más adecuada de su intensidad y de su gravedad reales, a partir de una visión de conjunto de sus efectos globales sobre la víctima.

Posiblemente, el término “acoso”, sin más adjetivos, resulte excesivamente abstracto como para resultar operativo, de modo que normalmente es necesario introducir una categoría más precisa que se refiera a alguna de sus modalidades. A este respecto, podríamos plantearnos en qué medida el “ciberacoso” constituye legítimamente una categoría específica y relativamente autónoma dentro de las variedades de acoso. Esta no es una cuestión ontológica, sino de orden práctico, dado que los tipos de acoso son simplemente herramientas que se utilizan para satisfacer determinados propósitos, ya sea científicos, preventivos, sancionadores o reparadores.

Una primera clasificación distingue las variedades de acoso en relación con el ámbito o contexto social en el que se producen los comportamientos, lo que puede ser relevante a la hora de identificar la etiología de la conducta, las circunstancias de su producción o sus consecuencias, a efectos de prohibir, prevenir o sancionar las conductas controvertidas. De este modo, han adquirido relevancia los términos de “acoso escolar”, “acoso en el trabajo”, “acoso callejero” o incluso “acoso telefónico”.

En la actualidad, una parte muy importante de la vida social de las personas se desarrolla en “escenarios digitales” o “virtuales”, donde tienen lugar todo tipo de interacciones sociales (educativas, profesionales, económicas, sexuales, personales, lúdicas, etc.)¹. Por ello, es posible plantearse que las formas de violencia psicológica que aparecen en estos nuevos contextos -o, al menos, algunas de ellas-, adquieren una cierta especificidad que aconseje la creación de una categoría autónoma. Así, por ejemplo, el “acoso en las redes” puede producirse sin ninguna conexión con la pertenencia a una organización, distinguiéndose así del acoso laboral o escolar y diferenciándose también del acoso sexual callejero por las particularidades del medio en el que se manifiesta. No obstante, esta categorización es discutible, dado que las nuevas tecnologías han penetrado prácticamente en todos los ámbitos de la vida, de manera que los “escenarios digitales” no solo pueden contemplarse como un contexto particular para la violencia psicológica, sino que también se integran en cada uno de los espacios sociales relevantes que resultan concebibles. Así, por ejemplo, un acoso laboral o un acoso escolar pueden producirse a través de las nuevas tecnologías de información y comunicación o llevarse a cabo en escenarios digitales.

Nuestro estudio se enfoca precisamente en los supuestos, que pueden considerarse al mismo tiempo “acoso en el trabajo” y “ciberacoso” o en los que la adscripción a una u otra categoría resulta problemática. A grandes rasgos, el ciberacoso en el trabajo sería la violencia psicológica producida a través de las tecnologías de información y comunicación que genera un ambiente de trabajo humillante o degradante para las personas que prestan servicios en el seno una organización, sea cual sea la naturaleza jurídica del vínculo que los una a esta.

Los trabajos académicos relativos al “ciberacoso” en el ámbito escolar son muy abundantes, pero, en cambio, no existen muchos estudios relativos al contexto de las relaciones de trabajo². De hecho, estos trabajos a menudo toman el ciberacoso como punto de partida para analizar problemas que están también presentes en otras formas de acoso. Por otra parte, la figura no aparece expresamente recogida en la legislación española. Ciertamente, el Convenio 190 de la OIT -todavía pendiente de ratificación por España- toma en consideración la posibilidad de que el acoso se lleve a cabo a través de tecnologías de información y comunicación [art. 3.2 d)], pero

¹ Con carácter general, nos hemos ocupado de este fenómeno en Álvarez del Cuervo, A., “La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales”, *Temas Laborales*, nº 151, 2020, p. 279. La situación provocada por la pandemia de la Covid-19 no ha hecho sino incrementar estas interacciones “virtuales” en todo tipo de contextos.

² Subrayan esta relativa escasez de estudios West. B., Foster. M., Levin, A., Edmison, J., Robibero, D., “Cyberbullying at Work: In Search of Effective Guidance”, *Laws*, nº 3, 2014, pp. 598-599; de Stefano, Durri, Stylogiannis y Wouters, “*Actualización de las necesidades del sistema*”: *mejora de la protección frente al ciberacoso y la a violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC*, Documento de Trabajo de la OIT 1, Ginebra, OIT, 2020, p. 3.

no por ello establece una categoría específica. Asimismo, el examen preliminar de las bases de datos más utilizadas permite inferir que este término prácticamente no aparece en la negociación colectiva ni en las resoluciones judiciales relacionadas con el contexto laboral u organizativo (se utiliza, en cambio, en los delitos de abuso sexual de menores de edad). A este respecto, cabe preguntarse si es posible u oportuno construir a efectos doctrinales, jurisprudenciales e incluso normativos, una categoría específica de “ciberacoso en el trabajo”.

Desde la perspectiva jurídica, las modalidades de “acoso en el trabajo” se refieren fundamentalmente a la determinación de los bienes jurídicos, derechos o intereses que se ven afectados particularmente en cada caso³. Ciertamente, todas las formas de acoso vulneran el derecho a la integridad moral -dado que se caracterizan como conductas humillantes o degradantes-, pero generalmente también afectan a otros derechos fundamentales como la integridad física, el derecho al honor, el derecho a la intimidad o la prohibición de discriminación, en función de sus manifestaciones concretas. En particular, la construcción histórica de los distintos conceptos de acoso ha estado muy vinculada a la relevancia que se ha atribuido a la tutela antidiscriminatoria en el derecho norteamericano y, posteriormente -bajo su influjo jurídico y cultural-, en el derecho de la Unión Europea. En efecto, en el ámbito norteamericano, donde, como es sabido, la regulación federal de la relación individual del trabajo es poco intensa, la prohibición de discriminación se configura como el límite más claro y contundente al poder privado del empresario a partir de la promulgación de la *Civil Rights Act* de 1964. Asimismo, en el contexto de la Unión Europea, el principio de igualdad de trato constituye uno de los campos de intervención temprana de la política social en un espacio político constituido en un principio con una finalidad fundamentalmente económica.

Así, en un primer momento se identifican el acoso sexual y el acoso sexista como conductas discriminatorias por razón de sexo que dificultan la integración de las mujeres en el mercado de trabajo en condiciones de igualdad y que, por tanto, deben estar expresamente prohibidas por el ordenamiento⁴. Aunque estas formas

³ En este sentido, Molina Navarrete, C., “Delimitación conceptual. ¿Qué sabe la razón jurídica del acoso moral laboral (mobbing)? Los persistentes dilemas sobre su conceptualización y otras formas de tutela”, en AAVV, *Tratamiento integral del acoso*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 1173

⁴ El concepto de acoso sexual -que inicialmente abarcaba también el acoso sexista- aparece a partir de la experiencia compartida de un grupo de mujeres de la Universidad de Cornell en 1974 (a este respecto, *Vid.* Pérez Guardo, R. y Rodríguez Sumaza, C., “Un análisis del concepto de acoso sexual laboral: reflexiones y orientaciones para la investigación y la intervención social”, *Cuadernos De Relaciones Laborales*, 31, 1, 2013, p. 197). Posteriormente, sería utilizado por el activismo feminista en el plano jurídico, de modo que terminó incorporándose a algunas resoluciones judiciales en la segunda mitad de los años 70. La nueva categoría adquirió una notable popularidad a partir de la famosa obra de MacKinnon, C.A., *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University, New Haven y Londres, 1979, en la que se razonaba que estos comportamientos eran discriminatorios conforme al título VII de la *Civil Rights Act* y, por tanto, resultaban ilícitos.

de acoso afectan también a otros derechos fundamentales, su relevancia en el plano normativo está ligada al impulso de la lucha contra la discriminación por razón de sexo/género, que determina su concreción como categorías específicas de acoso, dotadas de un régimen jurídico particular.

Asimismo, en el ordenamiento español, este régimen específico se diferencia significativamente respecto del establecido con carácter general para otras causas de discriminación, debido al particular interés del legislador por abordar el problema de las desigualdades sistemáticas que sufren las mujeres, en tanto que estas afectan a la mitad de la población. Este régimen jurídico particular unifica el tratamiento preventivo y sancionador del acoso sexual y del acoso sexista, no obstante lo cual, en términos analíticos o teóricos, en nuestra cultura jurídica, ambas formas de acoso generalmente se consideran como dos modalidades distintas, diferenciadas entre sí en función de si la conducta controvertida tiene o no un carácter sexual; a nuestro juicio, esta distinción es relevante porque todas las conductas humillantes o degradantes de naturaleza sexual suponen siempre y en todo caso una afectación al derecho a la intimidad, que no necesariamente aparece en otras formas de acoso por razón de sexo, lo que implicaría una importante diferencia respecto a los bienes jurídicos afectados.

Por otra parte, las directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea, no solo prohíben el acoso sexual o sexista, sino que también se preocupan del acoso fundado en el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual⁵. En el ordenamiento español, la regulación de todas estas formas de acoso es idéntica -al contrario de lo que sucede con el acoso sexual y sexista-, por lo que podríamos agruparlas en una única categoría jurídica de “acoso discriminatorio”.

Adicionalmente, aunque no está expresamente regulado en nuestro ordenamiento, no hay inconveniente para identificar una categoría de “acoso antisindical”, que operaría de manera similar a los acosos discriminatorios, pero que habría de combatirse a partir del marco normativo de protección de la libertad sindical.

De manera más tardía, en la Unión Europea, la Recomendación 92/131/CEE establecía un concepto de acoso sexual que abarcaba también comportamientos de carácter sexista; posteriormente, la Directiva 2002/73/CE y luego la Directiva 2006/54/CE distinguirían conceptualmente entre el acoso sexual y el acoso sexista, aunque no establecen diferencias específicas en lo que refiere al tratamiento jurídico. Estos conceptos son recogidos en el ordenamiento español a través de la LOIEMH de 2007, que también proporciona un tratamiento normativo conjunto.

⁵ *Vid.* art. 2.3 de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2000/78/CE. Ambos han sido transpuestos -de manera muy descuidada- por el legislador español en el art. 28 d) de la Ley 62/2003, los arts. 4.2 e) y 54.2 g) ET, el art. 8.13 bis LISOS. Asimismo, el Real Decreto Legislativo 1/2013 se refiere específicamente al acoso por razón de discapacidad.

Ahora bien, existen otras formas de acoso en el trabajo que no afectan a la prohibición de discriminación ni a la libertad sindical, aunque sí que vulneran la integridad moral y, en algunos casos, otros derechos fundamentales -como la integridad física, la propia imagen o el derecho al honor- y que, por tanto, tampoco pueden admitirse de ningún modo en el seno de las relaciones de trabajo. Estas formas de violencia se agrupan en una sola categoría para la cual se han utilizado diversas denominaciones: acoso moral, acoso laboral, mobbing o bullying; nosotros utilizaremos el término “acoso moral”, que es el que entendemos más preciso.

Al contrario de lo que ha sucedido con el acoso sexual o sexista y con los acosos discriminatorios, la caracterización inicial de esta forma de acoso no proviene del Derecho, sino de la Psiquiatría y la Psicología⁶. Posteriormente, a pesar de que el uso de estas categorías se ha generalizado más allá del ámbito científico en el que nacieron, para extenderse al conjunto de la sociedad, el impulso legislativo por regular estas formas de violencia ha sido muy limitado y, a veces, inexistente⁷. En particular, el legislador español, en lo que refiere al ámbito laboral, solamente ha incorporado algunas referencias oblicuas, pero no una definición normativa apropiada ni un régimen jurídico distinto del que se aplica a cualquier otra vulneración de derechos fundamentales⁸. Sin embargo, el acoso moral -o

⁶ En 1969, el médico sueco Paul Heinemann utilizó el concepto de “mobbing” -inicialmente acuñado por el etólogo Konrad Lórenz- para designar una conducta observada en el ámbito escolar en el que un solo niño o niña era hostigado por un grupo entero, en analogía con el comportamiento de algunas especies animales. Posteriormente, en la segunda mitad de los 80, el psiquiatra alemán-sueco Heinz Leymann lo “rescató” aunque para referirse a una mayor diversidad de conductas de violencia psicológica producidas en el ámbito laboral. A finales de los noventa, la psiquiatra francesa Marie-France Hirigoyen acuñó el término de “acoso moral” (*harcelement moral*) para referirse a este tipo de comportamientos.

⁷ Respecto a la ausencia de regulación específica, *Vid*, por todos, Romero Ródenas, M^a J., *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 13 y 35-36. Resulta de interés la relativización de la importancia práctica de las lagunas normativas que se hace en Molina Navarrete, C., “Delimitación conceptual...”, *Op. Cit.*, pp. 1164, 1167, 1173, 1179-1194 y 1213.

⁸ Así, por ejemplo, diversos preceptos de la LRJS [arts. 2f) 95.3, 96.2, 177.1 y 3, 180.4, 286.3 y 297.2] presuponen la prohibición del acoso moral, aunque esta no se hace explícita en el ET ni en la LISOS, sino que debe deducirse de la consideración de que este comportamiento vulnera de derechos fundamentales. En cambio, la prohibición sí aparece recogida expresamente para los empleados públicos en los art. 14 h) y 95.2 b) del EBEP, si bien sigue sin incorporarse una definición analítica del término. Por último, algunos supuestos de acoso moral podrían ser sancionados desde la óptica penal en base al art. 173 CP, si bien hay que tomar en consideración que, en el ámbito penal, la interpretación de los tipos es restrictiva y que, por tanto, puede haber ilícitos laborales que no constituyan delito. La ausencia de un concepto legal de acoso moral a efectos laborales ha tenido como consecuencia que las resoluciones judiciales hayan tendido a preocuparse de manera excesiva por la aparentemente inútil tarea de delimitar un concepto que no existe en el derecho positivo ni implica consecuencias jurídicas específicas, seguramente

las categorías equivalentes- ha sido tomado en consideración en las resoluciones judiciales, estudiado de manera muy completa por la doctrina académica y, en algunos casos, tipificado en la negociación colectiva. Como consecuencia de todo ello, la noción de “acoso moral” está muy consolidada en la reflexión jurídica, a pesar de las deficiencias presentes en la regulación positiva.

A nuestro juicio, dado que a grandes rasgos no existe un tratamiento normativo específico del “acoso moral”, sino que en estos casos se aplica simplemente el régimen general previsto para las vulneraciones de los derechos fundamentales, no tiene mucho sentido poner el énfasis en la delimitación del concepto a partir de determinados requisitos extraídos de la literatura médica o psicológica -como frecuentemente han hecho los órganos judiciales-, sino que más bien la noción de acoso puede utilizarse en determinados momentos como una estrategia operativa para identificar determinadas vulneraciones de derechos fundamentales, porque sea necesario contemplar de manera conjunta una serie de conductas diferenciadas, pero relacionadas sistemáticamente entre sí, para apreciar la gravedad de una situación determinada. En otros supuestos, en los que la intensidad de la vulneración de los derechos fundamentales puede apreciarse sin postular un proceso sistemático de victimización, la violencia podrá calificarse o no como acoso, pero ello no parece particularmente relevante. Solo en este sentido, la reiteración o sistematicidad se convertiría en un “requisito” de la existencia de acoso, siempre que se admita que pueden existir otras formas de violencia en el trabajo que resulten inaceptables porque vulneran la dignidad de la persona.

En este contexto general, resulta palpable que el “ciberacoso en el trabajo” no constituye una categoría específica de acoso que pueda diferenciarse del acoso sexual, sexista, discriminatorio o moral, por cuanto esta conducta no afecta a un bien jurídico diferenciado. Al contrario, cualquiera de estas modalidades de violencia en el trabajo podría producirse en “escenarios digitales” a través del uso de tecnologías de la información⁹. De hecho, es perfectamente posible que un proceso sistemático de acoso sexual, sexista, discriminatorio o moral implique una

como estrategia -disfuncional- para afrontar el problema de la distinción entre el acoso y la mera conflictividad en el trabajo. Para ello, la calificación de “acoso” se termina vinculando a parámetros médicos o psicológicos (concebidos con una finalidad diferente a la que tiene la tutela jurídica) o incluso exige la concurrencia de requisitos -como la intencionalidad- que no están presentes en la doctrina general de la vulneración de los derechos fundamentales. Ciertamente, esta doctrina debe entenderse superada por la STC 56/2019, pero todavía puede desplegar algunos efectos perniciosos tanto en el ciberacoso moral como en el que se lleva a cabo en el espacio físico. En este contexto, puede adquirir relevancia la eventual ratificación y la futura entrada en vigor del Convenio 190 de 2019 de la OIT que, seguramente con buen criterio, difumina el concepto de acoso, enmarcándolo en la categoría más amplia de violencia en el trabajo. De este modo, en sede judicial lo determinante no es tanto calificar la conducta en términos médicos, como determinar si ha existido violencia y cuál han de ser las consecuencias jurídicas a aplicar.

⁹ Vid. Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo*, Op. Cit., p. 78.

diversidad de actos, producidos tanto en el ámbito digital como en el espacio físico (o a través de medios de comunicación no digitales); en este sentido, el ciberacoso en el trabajo no es equiparable a las formas de acoso cibernético, que se producen entre personas que nunca están presentes “cara a cara” o que no pertenecen a la misma organización, sino que se asimila en mayor medida a las manifestaciones de violencia en el trabajo anteriormente descritas. Por ello, en principio, no podemos hablar del “ciberacoso en el trabajo” como un tipo concreto de acoso, al menos en el mismo nivel conceptual en el que se desenvuelven las categorías generalmente utilizadas. No obstante, cabe preguntarse si estas diferencias en el medio utilizado para llevar a cabo el comportamiento violento resultan relevantes a efectos interpretativos o incluso de política jurídica. En este trabajo nos ocuparemos de examinar las posibles consecuencias jurídicas de las especificidades de esta forma de acoso, para llegar a alguna conclusión sobre la conveniencia de su uso como categoría analítica o de su incorporación al derecho positivo.

A este respecto, nos ocuparemos de las especialidades relativas a la calificación de la conducta, los deberes de prevención del empresario, la difuminación de los factores temporales y espaciales y las dificultades o facilidades de prueba.

2. ESPECIALIDADES RELATIVAS A LA IDENTIFICACIÓN DE LA CONDUCTA Y A SU GRAVEDAD

Como primer elemento de especificidad, puede examinarse en qué medida el hecho de que los comportamientos controvertidos se produzcan a través de nuevas tecnologías puede afectar a la identificación de la conducta o a la determinación de su gravedad a efectos preventivos, sancionadores o de tutela judicial. A este respecto, podemos tomar en consideración tres tipos de factores: a) las formas concretas a través de las cuales se manifiesta la conducta acosadora en el contexto digital; b) las diferencias de significación de la conducta en los escenarios digitales y c) el potencial efecto multiplicador de las consecuencias sobre la víctima.

Las formas que asume la conducta acosadora

En el medio digital la conducta acosadora puede manifestarse a través de comportamientos muy específicos, que, o bien no tienen lugar en el espacio físico, o bien en este ámbito adquieren una significación particular. Así, por ejemplo, en los escenarios digitales pueden adquirir cierta relevancia conductas como la suplantación de identidad en las comunicaciones telemáticas, el acceso a información privada, la distribución masiva de datos íntimos de una persona -como imágenes o vídeos sexuales-, la difusión de expresiones injuriosas o acusaciones falsas y, en algunos casos, incluso la exclusión de comunidades virtuales o de la participación en

comunicaciones electrónicas¹⁰. Sin embargo, esta situación no conlleva problemas significativos para la calificación del acoso; simplemente, estos comportamientos se añaden a la enorme diversidad de conductas susceptibles de integrarse en un proceso de acoso por sus efectos reales o potenciales en la generación de un entorno humillante o degradante. En función de las circunstancias del contexto -e incluso de la estrategia procesal adoptada por la parte-, se considerará que estas conductas se integran en un acoso sexual o sexista, un acoso discriminatorio, un acoso moral, o incluso podrá contemplarse que no constituyan estrictamente acoso, pero que aún así vulneran derechos fundamentales y, por tanto, resultan inaceptables.

En particular, los escenarios digitales facilitan la producción de comportamientos lesivos de la dignidad constituidos por actos de comunicación que no se dirigen directamente a la víctima, sino a su entorno laboral, personal o familiar, pero que terminan causando un impacto sobre ella. Así sucede, por ejemplo, con la difusión de imágenes de carácter sexual de una persona sin su consentimiento. Ciertamente, esto puede suceder también en el espacio físico (rumores, maledicencia, provocación de aislamiento social...), pero las posibilidades de llevar a cabo estas conductas se expanden enormemente en el ámbito digital, lo que puede afectar, como se verá, a la gravedad del comportamiento. De cualquier modo, como ya se ha dicho, no parece que esto suponga especiales problemas para la identificación de la conducta como ilícita. En los casos en los que sea relevante la calificación de la conducta como “acoso”, por ejemplo, para aplicar el régimen específico del acoso sexista, bastaría con tomar en consideración que, para que exista acoso, no es necesario que la comunicación se dirija directamente a la víctima, sino que basta con que tenga la intención o el efecto -cualquiera de las dos cosas- de producir un ambiente de trabajo hostil, intimidatorio, humillante o degradante; de hecho, en el caso del acoso sexual basta con determinar que la conducta tenga naturaleza sexual y atente o pretenda atentar contra la dignidad, sin que ni siquiera sea obligada la referencia al ambiente de trabajo.

En todo caso, como veremos más adelante, la especificidad de los comportamientos puede tener más relevancia en lo que respecta a la prevención de riesgos laborales.

¹⁰ Se mencionan algunos ejemplos de estas conductas en Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo*, *Op. Cit.*, p. 81; de Vicente Pachés, F., *Ciberacoso en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 33, 51, 82, 131, 138 y “El ciberacoso: un fenómeno de violencia emergente en el ámbito de las relaciones de trabajo”, *Información Laboral*, nº 2, 2017, BIB 2017/634, pp. 10-20 del ejemplar electrónico. Como se verá más adelante, algunos protocolos antiacoso enuncian expresamente estas conductas.

Las diferencias de significación de la conducta

En otro orden de cosas, podría plantearse la posibilidad de que el uso de medios tecnológicos afecte a las expectativas de comportamiento que condicionan la interpretación del contexto en el que se produce la conducta cuestionada.

Normalmente se considera que la calificación de acoso requiere la generación de un entorno de trabajo hostil, humillante, degradante o intimidatorio. Este es un concepto jurídico indeterminado, que exige aplicar pautas valorativas que permitan distinguir la conducta ilícita de las interacciones sociales consideradas “normales” o incluso de la simple falta de cortesía, profesionalidad o habilidad social en la gestión de conflictos profesionales o interpersonales. En estos casos, el ordenamiento jurídico normalmente acude a los “valores sociales dominantes” en el tiempo y lugar en el que se producen los actos que son objetos de enjuiciamiento. No obstante, esta operación no siempre es sencilla, dado que las pautas culturales no son una realidad uniforme, homogénea ni estática. En este sentido, las reglas que rigen la interacción social pueden ser diferentes en el ámbito virtual respecto a otros espacios más tradicionales. En concreto, los patrones de comportamiento del mundo digital tienden a ser menos homogéneos, más variables y menos estables que los del espacio físico¹¹, lo que implica que el intérprete tendrá mayores dificultades para interpretar la norma, e incluso podría desconocer cuáles son las expectativas de comportamiento aplicables a un caso determinado, o tener una idea equivocada de ellas. Por otra parte, en muchos casos, la comunicación a través de determinados canales -por ejemplo, mensajes breves escritos de manera apresurada- proporciona muy poca información sobre el contexto que rodea al mensaje, lo que, de un lado, puede provocar malentendidos entre los interlocutores y, de otro lado, puede dificultar la comprensión de las circunstancias en las que se desarrolla la comunicación. En cualquier caso, estos elementos no permiten construir con claridad una específica de ciberacoso en el trabajo, dado que las mayores dificultades para interpretar el contexto dependen de la concurrencia de factores contingentes, que también pueden aparecer de otro modo en el acoso “cara a cara”.

Por otra parte, debe tomarse en consideración el hecho de que en el contexto virtual a menudo desaparecen o se atenúan determinados límites culturalmente establecidos que evitan las conductas invasivas o agresivas en el espacio físico, en parte como mecanismo social funcionalmente orientado a evitar las confrontaciones físicas. La separación espacial, asimismo, facilita la despersonalización de la víctima y bloquea determinadas formas de empatía asociadas al lenguaje no verbal; de

¹¹ “[...] there is no generally accepted code of cyber conduct, which means formal and informal control mechanisms are limited [...] When social norms are in conflict, it is very difficult to develop a broad understanding of acceptable and unacceptable behaviour in the workplace”, West, B., *et alia*, *Op. Cit.*, pp. 600 y 612.

hecho, los estudios realizados respecto al ciberacoso en el ámbito escolar apuntan a que los agresores sienten menos remordimiento respecto a su conducta¹². Además, la posibilidad del anonimato facilita en algunos casos la impunidad. Por todo ello, la comunicación virtual permite incrementar el nivel de agresión respecto a lo que se admitiría en una conversación normal. Sin embargo, esto no implica una menor gravedad de la conducta, sino más bien la constatación de que en este contexto se produce un aumento del riesgo, lo que, nuevamente, podría ser relevante a efectos preventivos.

El posible efecto multiplicador del daño

Una de las particularidades del acoso cibernético en el trabajo es que potencialmente permite multiplicar o expandir enormemente la afectación de la conducta cuando esta se articula a través de actos de comunicación dirigidos a terceros¹³. Esta circunstancia a menudo incrementa la gravedad de la conducta, lo que afecta tanto a la determinación de su eventual ilicitud como, en su caso, para determinar el daño causado a la víctima a efectos sancionadores o reparadores.

Así, por ejemplo, en los casos en los que la reiteración se considera un elemento constitutivo del acoso, debe tenerse en cuenta que, cuando la violencia psicológica se lleva a cabo a través de tecnologías de información y comunicación, a menudo un solo acto de comunicación puede multiplicar sus efectos a partir de las “reverberaciones” producidas por la replicación del acto por parte de otras personas¹⁴. Como consecuencia de ello, un acto aparentemente aislado puede terminar desencadenando un proceso sistemático y continuado en el tiempo de deterioro de la dignidad de la víctima, equivalente al que en otras condiciones se produciría a través de una multiplicidad de comportamientos.

En todo caso, las posibilidades de intensificación de la gravedad de la conducta no vienen dadas solamente por la repetición en sí misma considerada, sino también por otros factores como la mayor velocidad de la difusión de la información, el carácter virtualmente ilimitado de destinatarios, la imposibilidad práctica de borrar completamente la información una vez que los datos se han propagado a un

¹² Slonje, R, Smith, P. y Frisén, A., “Processes of cyberbullying, and feelings of remorse by bullies: A pilot study”, *European Journal of Developmental Psychology*, Vol.9, n° 2, 2012, p. 254.

¹³ De Vicente Pachés, F., *Ciberacoso en el trabajo*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 19 (y p. 26 en lo que refiere al acoso escolar); Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo*, Op. Cit., pp. 84-85 y 123.

¹⁴ De Stefano *et alia*, *Op. Cit.*, p. 10.

número indeterminado de personas o las mayores probabilidades de que la difusión sobrepase el ámbito laboral y se adentre en el entorno familiar y personal.

Sin embargo, ello no implica que pueda considerarse con carácter general que el “ciberacoso” es más grave o invasivo que el acoso realizado en el espacio físico, sino que ello dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso particular. En primer lugar, la difusión amplia de los actos de comunicación no es una característica inherente al acoso cibernético, sino solamente una posibilidad, dado que, en muchos casos, la comunicación psicológicamente violenta se dirige exclusivamente a la víctima, sin difundirse a terceros. En segundo lugar, la gravedad de la conducta puede venir determinada por factores distintos a los de la difusión de la comunicación y algunos de ellos precisamente pueden tener mayor incidencia en el espacio físico; así sucede, por ejemplo, con la afectación a la intimidad corporal en el acoso sexual manifestado a través de conductas físicas o incluso con el riesgo para la integridad física que se puede producir en situaciones de conflicto que se llevan a cabo “cara a cara” y que puedan implicar una escalada de la violencia. En tercer lugar, como hemos señalado anteriormente, es muy posible que un mismo proceso de acoso se reproduzca tanto en el ámbito físico como en los escenarios digitales, en cuyo caso, no existiría una distinción neta entre el “ciberacoso” y el acoso “cara a cara”.

3. EL DEBER DE PREVENCIÓN DEL ACOSO CIBERNÉTICO

Desde otra perspectiva, la posibilidad de que el acoso se lleve a cabo a través de tecnologías de información y comunicación resulta muy relevante desde una óptica preventiva, en tanto que se producen situaciones concretas de riesgo que deben ser previstas de algún modo por el empresario. Del mismo modo que la exposición a cualquier fuente de riesgo -como un agente químico o una determinada radiación- puede implicar la aparición de técnicas preventivas específicas, la exposición de los trabajadores a Internet con motivo de la realización de sus tareas implica un deber del empresario de prever determinados riesgos que pueden producirse en esas circunstancias. Ciertamente, este tipo de riesgos no está expresamente previsto en el ordenamiento jurídico español, de modo que la responsabilidad del empresario derivaría directamente del deber de protección genérico establecido en el art. 14 LPRL, así como, en su caso, de las obligaciones específicas existentes en materia de acoso sexual o sexista (art. 48.1 y 62 LOIEMH).

Ahora bien, el hecho de que el empresario deba tomar en consideración la posibilidad de que el acoso se lleve a cabo a través de nuevas tecnologías, no implica que en estos casos las medidas a adoptar deban estar desconectadas de las políticas preventivas dedicadas con carácter general a combatir la violencia en la empresa. Al contrario, de lo que se trata es precisamente de que estas políticas tengan en cuenta las particularidades de las nuevas tecnologías con objeto de desplegar una

mayor eficacia. Así, por ejemplo, en las iniciativas de formación y sensibilización frente al acoso podría hacerse referencia expresa a la necesidad de mantener una conducta apropiada en las interacciones a través de medios informáticos.

En algunas empresas, determinadas políticas frente al acoso se articulan y formalizan en documentos llamados “protocolos”. Estos protocolos son obligatorios en las administraciones públicas en lo que refiere al acoso sexual o sexista (art. 62 LOIEMH), pero en muchos casos, se han extendido a otro tipo de empresas -en gran medida, porque son la manera más clara de cumplir con las obligaciones establecidas en el art. 48 LOIEMH- y, en ocasiones, también a otras formas de acoso o violencia en el trabajo. Ciertamente, estos protocolos suelen centrarse más en aspectos disciplinarios o de reacción frente a la conducta acosadora que a proponer medidas estrictamente preventivas. Sin embargo, no cabe duda de que estos instrumentos pueden contribuir en cierta medida a prevenir el acoso, en la medida en que a) declaran formalmente que se trata de una conducta inaceptable, contribuyendo a generar una cultura empresarial de “tolerancia cero”; b) definen de manera no exhaustiva posibles comportamientos acosadores, evitando así su “normalización” al tipificarlos de manera expresa; c) pueden resultar disuasorios en la medida en que establezcan procedimientos apropiados para canalizar denuncias internas que garanticen que los agresores no tendrán impunidad; d) suelen establecer procedimientos informales de mediación que podrían facilitar la canalización de conflictos antes de que se llegara realmente a situaciones de acoso.

Las referencias al ciberacoso en el trabajo no parecen muy frecuentes en los protocolos antiacoso que se han podido consultar¹⁵. En todo caso, sí que se han encontrado algunos protocolos -claramente minoritarios- que mencionan expresamente el ciberacoso en su título¹⁶, hacen referencia al ciberacoso como

¹⁵ Dado que este trabajo tiene un carácter más teórico que empírico, no se ha seleccionado una muestra sistemática de protocolos, sino que se han aplicado una serie de búsquedas a través de palabras clave (“ciber” o “ciberacoso”, “virtual”, “Internet”, “electrónico” y “cautelares”, esta última para estudiar las concretas medidas propuestas), tanto en el buscador Google como en bases de datos de convenios colectivos, para los protocolos incorporados a convenios de empresa y planes de igualdad; en segundo término, también se han analizado directamente los protocolos de las universidades españolas, además de algunas administraciones públicas. La imagen obtenida en este análisis preliminar no es exacta ni exhaustiva, pero permite advertir que, a grandes rasgos, la consideración del acoso cibernético es muy poco frecuente.

¹⁶ Protocolo de la Universidad Carlos III de Madrid, Protocolo de Axa.

una conducta prohibida¹⁷, incluyen definiciones de ciberacoso¹⁸ o especifican manifestaciones concretas de la violencia cibernética como conductas inaceptables¹⁹.

Un terreno muy interesante, pero aún inexplorado es el de la consideración de las especificidades del medio digital en la previsión de medidas cautelares que se pudieran llevar a cabo en el procedimiento disciplinario, o incluso de las medidas que podríamos llamar “cautelarísimas” o simplemente “medidas preventivas”, esto es, aquellas llevadas a cabo de manera urgente aún cuando no se hubiera iniciado un procedimiento disciplinario para evitar la producción de la conducta violenta. Muchos protocolos ni siquiera hacen referencia a las medidas cautelares, mucho menos a otro tipo de medidas protectoras más inmediatas y, cuando lo hacen, es muy habitual que se limiten a prever su posibilidad, sin especificar actuaciones posibles; asimismo, cuando detallan algunas medidas, normalmente se refieren a las acciones destinadas a separar al presunto agresor de la víctima sin perjudicar a esta última.

No obstante, en muchas empresas puede resultar oportuno prever de manera específica -aunque no exhaustiva- una serie de medidas concretas para reaccionar ante determinadas manifestaciones de violencia psicológica a través de las TICs; así, por ejemplo, podría especificarse de manera estandarizada el procedimiento a través del cual la empresa debería reaccionar ante la difusión masiva entre los trabajadores de mensajes con contenido ofensivo o la distribución de datos personales o íntimos de un empleado sin su consentimiento, con objeto de frenar la difusión y, en la medida de lo posible, eliminar el contenido inapropiado. A este respecto, solamente hemos podido localizar alguna referencia aislada a la posibilidad de que el denunciante solicite la retirada de Internet de determinados datos²⁰.

Desde otra perspectiva, no solo resulta conveniente que las políticas desarrolladas para prevenir el acoso tomen en consideración la posibilidad de que este se desarrolle en escenarios digitales, sino que, también es importante que, al

¹⁷ Protocolo de Castilla-La Mancha Media, Protocolo del Hospital Universitario La Paz, Protocolo del Servicio Madrileño de Salud, Protocolo de la Agencia Española de Protección de Datos, Protocolo de la Universidad de Sevilla.

¹⁸ Protocolo de la Universidad Carlos III de Madrid, Protocolo de Axa, Protocolo de la Universidad de Granada (aunque indicando expresamente, que no es exactamente un tipo de acoso), Protocolo de la Universidad de la Rioja, , Protocolo del Sistema Madrileño de Salud, Protocolo de la Universidad de Sevilla.

¹⁹ Protocolo de la Universidad Carlos III de Madrid, protocolo de Axa, Protocolo del Hospital Universitario La Paz, Protocolo de Castilla La Mancha Media, Protocolo de la Universidad de La Rioja. De manera más frecuente, algunos protocolos incluyen de manera aislada la difusión de imágenes de contenido sexual y el envío de correos electrónicos dentro de las conductas que pueden ser constitutivas de acoso sexual.

²⁰ Esto aparece precisamente en el formulario de reclamación del protocolo de la Agencia Española de Protección de Datos.

mismo tiempo, las políticas de la empresa relacionadas con el uso de Internet y otros medios de comunicación tengan en cuenta la posibilidad del acoso.

En este sentido, la Ley Orgánica de Protección de Datos, hace un llamamiento a los empresarios para que establezcan, con la participación de los representantes de los trabajadores, una serie de criterios para el uso de los dispositivos digitales (art. 87.3 LOPD), así como una política interna de uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática y garantice el derecho a la desconexión digital (art. 88.3 LOPD). Resulta muy apropiado que en este tipo de instrumentos se prohíba expresamente la violencia cibernética en todas sus manifestaciones, pero, asimismo, también podrían preverse medidas más concretas -adaptadas a la realidad de cada empresa- que minimicen el riesgo de acoso o que reduzcan la impunidad de los posibles agresores. Así, por ejemplo, podrían establecerse mecanismos para evitar el anonimato, normas de etiqueta para las comunicaciones virtuales y reglas que faciliten, con las debidas garantías, el acceso a los dispositivos para investigar casos de acoso. Anteriormente a esta normativa, algunas empresas, particularmente multinacionales, tenían “códigos de conducta”, dirigidos fundamentalmente a regular el comportamiento de los trabajadores en las redes sociales. Estos códigos presentan alguna previsiones interesantes que pueden servir como referencia para la formulación de políticas de empresa que eviten el acoso cibernético; así, por ejemplo, la identificación del emisor, la transparencia en las comunicaciones, el respeto a la audiencia, la reflexión previa a la comunicación, etc. No obstante, en términos generales están excesivamente centrados en la protección de la imagen pública de la empresa y mucho menos enfocados en la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores o de terceros, por lo que resultan todavía incompletos o insuficientes para abordar el problema de manera efectiva²¹.

4. LA DIFUMINACIÓN DEL TIEMPO Y DEL ESPACIO Y LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD A LA EMPRESA

Una de las consecuencias más importantes que tiene el uso masivo de las tecnologías de la información y comunicación sobre las relaciones laborales es la difuminación de las nociones de lugar y tiempo de trabajo, en torno a las cuales se ha estructurado gran parte de la regulación de las obligaciones mutuas de las partes del contrato de trabajo asalariado²².

²¹ Vid. Molina Navarrete, C., *El ciberacoso*, *Op. Cit.*, pp. 203 y ss y 288 y ss. Particularmente, la crítica al excesivo enfoque de estos códigos de conducta en la gestión de la imagen pública de la empresa aparece en la p. 318.

²² En este sentido, Cruz Villalón, J., “Las facultades de control del empleador ante los cambios organizativos y tecnológicos”, *Temas Laborales*, n. 150, 2019, p. 16; Tewes, E.J., “Privateshpere:

Ciertamente, estas tecnologías facilitan la práctica del “teletrabajo”, que sin duda ha cobrado un singular protagonismo en el contexto de la pandemia mundial de la Covid-19. Pero también en las relaciones de trabajo más tradicionales, el uso de las TICs puede implicar, de un lado, que el trabajador termine desarrollando parte de sus tareas en su domicilio o en otro lugar distinto a los locales de la empresa y, de otro lado, que lleve a cabo algunas actividades puramente personales en el tiempo y en el lugar de trabajo. Como consecuencia de ello, en los “escenarios digitales” o virtuales, las comunicaciones privadas pueden mezclarse y confundirse con aquellas que tienen un carácter puramente profesional, de modo que resulta muy difícil -y a veces, imposible-, deslindar unas de otras. Así, por ejemplo, una conversación puede iniciarse en el lugar y en el tiempo de trabajo y prolongarse posteriormente en otros tiempos y espacios.

Por otra parte, el flujo de comunicación generalmente se articula a través de distintas combinaciones de elementos tecnológicos que pueden ser de titularidad diversa, como el dispositivo utilizado para la comunicación, el espacio de almacenamiento, el acceso a la red y los programas o aplicaciones. Así, por ejemplo, un trabajador podría mantener una conversación a través de whatsapp (aplicación de un tercero) a través de su teléfono móvil particular (dispositivo privado), pero proyectándola en un portátil de la empresa y accediendo a la red a través de la VPN corporativa, pero en el domicilio privado y fuera de las horas de trabajo o cualquier otra combinación de todos estos elementos; al mismo tiempo, el interlocutor podría estar en una situación totalmente distinta, como por ejemplo, en el lugar de trabajo y durante su jornada laboral, pero utilizando un dispositivo privado.

Esta nueva realidad despliega efectos sobre un gran número de instituciones del contrato de trabajo. En lo que refiere al “ciberacoso” implica una cierta difuminación de los parámetros que permiten atribuirle la condición de “laboral”²³. Ciertamente, en el acoso que se produce “cara a cara” también puede generarse una cierta ambigüedad, por ejemplo, cuando la conducta tiene lugar fuera del lugar y el tiempo de trabajo, pero entre trabajadores que están relacionados entre sí solamente por su integración en la misma empresa; no obstante, en este caso, la diferencia es que en los escenarios digitales casi siempre existe un cierto grado de indeterminación, por cuanto el carácter “líquido” del tiempo y del espacio es inherente a este ámbito de comunicación humana, por lo que siempre es necesario establecer alguna operación de clarificación.

Can Privacy Laws Adequately Protect Employees Amidst the Complexities of the Modern Employment Relationship?”, Santa Clara Law Review, Vol. 57, n°1, pp. 288-289, 292, 296, 298. Nos hemos ocupado de este problema en Álvarez del Cuvillo, A., “La delimitación...” *Op. Cit.*, p. 279 y Álvarez del Cuvillo, A., “La influencia de las nuevas...”, *Op. Cit.*, pp. 8-9 (del ejemplar electrónico).

²³ *Vid.* Molina Navarrete, C., *El ciberacoso...*, *Op. Cit.*, pp. 113, 122, 133, 149.

Ciertamente, en el ordenamiento español, las definiciones del acoso sexual, del acoso sexista y de los acosos discriminatorios [art. 7 LOIEMH, art. 28.1 d) Ley 62/2003, art. 2 f) RDL 1/2013] no se refieren exclusivamente al ámbito laboral, lo que es lógico, dado que pueden producirse también en otros contextos. Sin embargo, la imputación de responsabilidades contractuales, preventivas, administrativas o de seguridad social a la empresa sí que requiere algún tipo de conexión con el desarrollo de la prestación de servicios, al margen de que, además, muchas de estas responsabilidades requieran la concurrencia de un cierto grado de culpa o negligencia. Asimismo, este vínculo se exigirá también para atribuir la competencia del asunto al orden social *ex art. 2 f) LRJS* o, en su caso, al orden contencioso-administrativo o el militar en lugar del orden civil de la jurisdicción. Sin embargo, no queda completamente claro cómo ha de determinarse esta conexión entre el acoso y la prestación de servicios.

Por su parte, el art. 48 LOIEMH establece que el empresario tiene la obligación de adoptar determinadas medidas para prevenir el acoso sexual o sexista “en el trabajo”; sin embargo, no establece ningún parámetro para especificar esta relación con el entorno laboral. Para ello habríamos de acudir al deber de prevención genérico previsto en el art. 14 LPRL, aplicable también a las demás formas de acoso. Este precepto se refiere a los riesgos “laborales”, es decir, de acuerdo con el art. 2 LPRL, a los “derivados del trabajo”, lo que apunta a necesidad de que concurra una relación de causalidad entre el desarrollo del trabajo y la producción del daño. Naturalmente, esta forma de imputación conecta con la definición de “accidente de trabajo” del art. 156.1 LGSS, que se refiere a las dolencias producidas “con ocasión” o “por consecuencia” del trabajo; así, en el caso de que la agresión no pudiera conectarse claramente con el lugar o el tiempo de trabajo, no podría aplicarse la presunción de laboralidad que opera automáticamente en virtud del 156.3 LGSS, sino que sería necesario acudir a algún otro elemento que permitiera establecer que el trabajo asalariado es la causa del daño que se ha producido. De manera más detallada, pero apuntando también a la conexión de causalidad entre el trabajo y la violencia, el art. 3 del Convenio 190 OIT determina que su contenido se aplica a la violencia y el acoso que concurren “durante el trabajo”, “en relación con el trabajo” o “como resultado del mismo” y, de hecho, este precepto indica expresamente en su apartado f) que se aplicará “a las comunicaciones relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación”.

En este contexto, el criterio esencial para determinar el carácter laboral del acoso es el de la conexión de causalidad con la prestación de trabajo asalariado. A este respecto, será necesario valorar en cada caso concreto si existe una relación suficientemente significativa entre la prestación laboral y el acoso. Así, incluso cuando la comunicación se haya realizado fuera del espacio de trabajo y de la jornada laboral, podrá advertirse, por ejemplo, que la agresión está relacionada con una situación de conflicto relacionada con el desarrollo de las tareas contratadas o con

la convivencia en el contexto laboral o bien que se lleva a cabo fundamentalmente a través de los medios informáticos aportados por la empresa²⁴.

Ahora bien, el criterio de la relación de causalidad resulta problemático en lo que refiere la calificación de comunicaciones cibernéticas psicológicamente violentas, realizadas entre dos trabajadores de la misma empresa, pero de contenido puramente interpersonal, es decir, no explícitamente relacionado con el trabajo, fuera de las horas de trabajo y sin utilizar los medios de la empresa. Así, por ejemplo, cuando se produce un acoso sexual entre dos trabajadores de la misma empresa a través de Internet y fuera del horario de trabajo a partir de la ruptura de una relación sentimental, que no se pueda vincular con conflictos profesionales, con la convivencia en el entorno laboral o con el desarrollo de las tareas contratadas, resulta difícil, en principio, determinar la existencia de alguna responsabilidad empresarial. El mismo problema se plantea en los casos en los que un trabajador de la empresa distribuye mensajes de contenido injurioso o datos íntimos de otra persona que trabaja en la misma organización, pero lo hace fuera del contexto laboral y con medios propios²⁵.

En estos casos a veces se alude al hecho de que el presunto agresor y la presunta víctima no se habrían conocido nunca de no haber trabajado para el mismo empleador, pero, en realidad, este criterio parece puramente anecdótico y demasiado débil como para configurar la conexión de causalidad exigida por la norma. De un lado, la circunstancia de que las personas afectadas se hayan conocido anteriormente a su incorporación no parece afectar de ningún modo a la imputación de responsabilidad; de otro lado, por más que dos personas se hayan conocido en una empresa, si una de ellas ya no forma parte de ella cuando se

²⁴ Cuando se utilicen los medios de la empresa (por ejemplo, un software de comunicación propio de la organización), sería más fácil construir la conexión de causalidad con el trabajo y, en algunos casos, incluso podría defenderse que la empresa tenía un control sobre el medio utilizado para ejercer la violencia y que, por tanto, debía haber tomado medidas contra el acoso si estas resultan factibles sin vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores (como la intimidad o el secreto de las comunicaciones).

²⁵ El 25 de junio de 2020, la prensa española se hizo eco del informe de la Inspección de Trabajo en el caso IVECO, referido al suicidio de una trabajadora después de la difusión masiva entre sus compañeros de trabajo de vídeos en los que, al parecer, mantenía relaciones sexuales con otro trabajador de la misma empresa, en la que también trabajaba su marido. Dicho informe, al parecer, eximía a la empresa de toda responsabilidad, a pesar de que esta no había activado el protocolo antiacoso existente, sobre la base de que la trabajadora no se encontraba en el ámbito laboral y que la difusión se había llevado a cabo a través de los dispositivos móviles privados de los trabajadores, valorando -de manera harto discutible- que su temor no era que los vídeos se distribuyeran entre sus compañeros de trabajo, sino que llegaran a su marido. Aunque no hemos podido acceder de primera mano al contenido del informe y, por tanto, no podemos criticarlo de manera rigurosa, da la impresión de que termina eludiendo una conexión laboral bastante clara debido a un discurso excesivamente formalista.

produce el acoso, resulta extraño atribuir responsabilidad al empresario. Parece claro que la conexión laboral en estos casos viene dada por el dato de que los dos trabajadores sean compañeros de trabajo en el momento en el que se lleva a cabo la agresión. En este sentido, la imputación de responsabilidad se vincula a la ruptura del orden de convivencia de la empresa; a nuestro juicio este criterio es más acertado, aunque no debe vincularse tanto a la consideración de la empresa como una “comunidad” como a los efectos que tiene la violencia sobre el ambiente de trabajo.

Hay que tener en cuenta que la tipificación de las ofensas verbales o físicas o del acoso a las personas que trabajan en la empresa [art. 54.2 c) y g) ET] no hace ninguna referencia a que las motivaciones psicológicas que llevan a los agresores a cometer los actos de violencia estén relacionadas con cuestiones laborales; tampoco se menciona expresamente el lugar o el tiempo de trabajo como elementos de determinación del ilícito. En definitiva, esta regulación no exige en ningún momento que la violencia tenga su origen o su causa en el trabajo, sino que se preocupa más bien sobre los efectos o consecuencias que tiene este comportamiento sobre el ambiente laboral. Así, los posibles usos del poder disciplinario o del poder de despedir del empresario pueden vincularse a sus obligaciones de garantizar un ambiente laboral sano.

Supongamos que un trabajador agrede físicamente a un compañero en la vía pública y fuera de las horas de trabajo simplemente por tener una orientación sexual minoritaria; en este caso, la agresión homófoba multiplica sus efectos degradantes sobre la dignidad de la persona simplemente por la posterior imposición de la convivencia, la colaboración o incluso la obediencia en el medio laboral, espacio al que los trabajadores deben acudir de manera cotidiana debido a la necesidad de obtener un salario y donde no pueden comportarse con plena libertad, al estar condicionados por sus obligaciones contractuales y por normas de disciplina; estos efectos sobre el ambiente de trabajo provocados por la agresión inicial constituyen un incumplimiento de las obligaciones contractuales del agresor. Por eso, aunque la empresa no tenga ningún control sobre el medio en el que se produjo la agresión y, por tanto, no se le pueda imputar subjetivamente una obligación de prevenir el daño generado en la vía pública, en la medida en que tenga conocimiento de la agresión y de sus consecuencias, sí que tiene responsabilidad respecto a la gestión de la situación posterior, que implica una alteración de las condiciones de trabajo de la víctima y que, por tanto, tiene impacto laboral. Por este motivo, debe aplicar medidas para proteger a la víctima, sin perjudicarla en su situación laboral; a estos efectos, resulta indiferente el medio a través del cual consiga este resultado. Así, el empresario no está obligado estrictamente a sancionar o despedir al agresor, pero sí a evitar la intensificación del daño a partir de la imposición de la convivencia en el entorno laboral utilizando todos los medios a su alcance -incluyendo el poder disciplinario y la facultad de despedir- para evitar la generación de un ambiente de trabajo psicológicamente violento, por más que ello se deba inicialmente a una

conducta ajena a la empresa. Esto mismo sucedería en una agresión llevada a cabo a través de tecnologías de la comunicación.

En definitiva, lo que determina el carácter “laboral” del acoso es la generación de un ambiente de trabajo hostil, intimidatorio, humillante o degradante y este es el criterio que debe utilizarse para determinar la relación de causalidad con el empleo cuando esta no es autoevidente²⁶. El dato de que este ambiente haya sido generado a través de actos realizados en el trabajo o fuera de él, en el espacio físico o en escenarios digitales resulta indiferente, en tanto que se verifique una conexión real con las circunstancias en las que el trabajador presta servicios. Así pues, sigue existiendo una conexión de causalidad entre el trabajo y el acoso en la medida en que el ambiente de trabajo generado después de una agresión suficientemente grave realizada a través de medios informáticos constituya una lesión a la dignidad de la víctima²⁷. El acoso imputado a la empresa en estos casos no sería la agresión inicial sino la gestión posterior del ambiente laboral.

Por otra parte, además de esta “imputación objetiva” derivada de la conexión de causalidad con el trabajo -interpretada ampliamente-, en ocasiones también se necesita de un elemento subjetivo para exigir responsabilidad a la empresa, que puede graduarse de distinta manera en relación con distintas formas de responsabilidad.

Así, por ejemplo, la responsabilidad administrativa exige la concurrencia de dolo o culpa. En este sentido debe interpretarse el matiz de los arts. 8.13 y 8.13 bis LISOS que determina que la responsabilidad por acoso se desencadena “dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial”. Entendemos que esta formulación no excluye automáticamente la responsabilidad en el acoso realizado en escenarios digitales fuera del ámbito laboral, sino que se refiere simplemente a que no puede sancionarse a la empresa cuando realmente no pudo hacer nada para impedir el daño. En este sentido hay que insistir en que es

²⁶ Así, por ejemplo, en el caso IVECO, no cabe la menor duda de que la difusión masiva de vídeos de carácter sexual relativos a una trabajadora sin su consentimiento entre los compañeros de trabajo está generando un ambiente de trabajo hostil, humillante o intimidatorio, con independencia de que esta se haga fuera de las horas de trabajo o a través de dispositivos electrónicos privados de los trabajadores.

²⁷ En este sentido, es particularmente ilustrativa la STSJ (Social) de Asturias, nº 1450/2003 de 9 de mayo, referida a un caso de acoso sexual grave realizado a través de medios tecnológicos, pero en el espacio físico (con cámaras ocultas): “La imposición a las trabajadoras de una convivencia, día tras día de trabajo, con la persona que a pesar de haber cometido atentados tan graves contra la intimidad y dignidad de ellas es mantenido en sus atribuciones directivas y en sus símbolos de poder –verbigracia, el despacho que ocupaba y desde el cual observada a las trabajadoras entrar en el aseo– [...] constituye una forma de hostigamiento y crea un entorno laboral intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo, con directos matices o componentes sexuales, que convierte a las trabajadoras en víctimas de acoso sexual.”

posible que la empresa no tenga instrumentos para evitar determinadas agresiones realizadas en los escenarios digitales -incluso aunque estas se produzcan dentro de las horas de trabajo-, pero sí se le puede exigir que gestione adecuadamente la situación violenta provocada por la imposición de la convivencia laboral entre un agresor y su víctima en los casos de violencia extrema, o simplemente la tendencia a la generación de un ambiente de trabajo hostil y humillante a partir de disputas externas al ámbito laboral. También se exige que concurra la culpabilidad de la empresa en lo que refiere a otras responsabilidades, como el recargo de prestaciones, la posible extinción unilateral del contrato de trabajo *ex art. 50* o simplemente, a la responsabilidad civil por la producción del daño en base al art. 1902 CC.

En cambio, en lo que refiere a la responsabilidad civil cuasi objetiva prevista en el art 1903, que básicamente impone una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, este supuesto solo se desencadenaría cuando el daño fuera provocado por los trabajadores en el ejercicio de sus funciones. Así pues, en este caso en particular, la conexión de causalidad con el trabajo sería bastante más estricta.

5. PARTICULARIDADES EN TORNO A LA PRUEBA EN PROCESOS JUDICIALES O EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS O DISCIPLINARIOS

Las especificidades del ciberacoso en el trabajo en lo relativo a la prueba se concentran fundamentalmente en tres aspectos: en primer lugar, la mayor facilidad para verificar la concurrencia real de los comportamientos alegados; en segundo lugar, la mayor dificultad para acreditar la autoría de la conducta controvertida y en tercer lugar, la relativa dificultad para acceder a algunas fuentes de prueba.

- Respecto al primer elemento, al contrario de lo que sucede con otras formas de acoso, que a menudo se realizan en un contexto de clandestinidad y donde es difícil acreditar o incluso precisar los hechos que se imputan al sujeto activo, en el caso del ciberacoso es frecuente que quede un rastro o “huella digital” que en muchos casos permite determinar con exactitud el contenido de la comunicación a la que se atribuye carácter lesivo de los derechos fundamentales.

Esta circunstancia seguramente explica que, la frecuencia del ciberacoso en el trabajo no se corresponda con la relevancia que tiene el uso de las TICs en un gran número de organizaciones productivas²⁸. En muchos casos, el

²⁸ Recientemente, hemos participado en un estudio sobre acoso sexual o sexista en la Universidad de Cádiz que abarcaba a todos los estamentos de la comunidad universitaria. No cabe la menor duda de que en el ámbito universitario, el uso de Internet está muy generalizado y abarca un volumen importante de interacciones; en este contexto, resulta llamativo que, en la encuesta que se realizó, solo un 4% de las personas que consideraban que habían sufrido acoso

agresor no puede optar por el anonimato, porque este se contrapone con los motivos que animan su conducta; así sucede en el hostigamiento dirigido a la satisfacción de requerimientos sexuales o en los actos de humillación en los que la finalidad principal del perpetrador consiste en generar o reproducir desigualdades de poder en sus relaciones interpersonales o profesionales con la víctima. En estos casos, cuando el sujeto activo actúa de manera estratégica, procura llevar a cabo sus actuaciones en un contexto que favorezca la impunidad y, por tanto, evita las comunicaciones electrónicas.

No obstante lo anterior, esto no implica que nunca se recurra al ciberacoso en este tipo de situaciones. En ocasiones, los agresores no actúan de manera estratégica, sino que operan de modo pasional, arrastrados por sus emociones o instintos²⁹. Por otra parte, en algunos casos, el contenido de las comunicaciones electrónicas puede operar como indicio, en relación con otros datos circunstanciales, para documentar un proceso de acoso más amplio que también se produce “cara a cara”; así, por ejemplo, en el acoso moral o discriminatorio ejercido desde la dirección de la empresa, datos como la asignación de tareas o la imposición de determinadas condiciones de trabajo a la víctima pueden aparecer registradas en correos electrónicos, mensajes de whatsapp o comunicaciones llevadas a cabo en la red interna de la empresa.

sexual o sexista en la Universidad afirmaban que este se había producido “a través de Internet”. En la mayoría de los casos, las conductas acosadoras se habían producido en los “despachos”, espacios que proporcionan mayor privacidad y, por tanto, impunidad. El dato puede consultarse en Hervías Parejo, V., y Minguela Recover, M^a A., “Justificación de la metodología cuantitativa y dimensión y tipología del acoso” en AAVV (Coord. Antonio Álvarez del Cuvillo), *Análisis de la realidad del acoso sexual y sexista en la Universidad y propuestas de mejora: un estudio de caso*, Tirant Humanidades, Valencia, 2020, p. 69. Ciertamente, en los diversos estudios cuantitativos sobre ciberacoso citados por de Stefano, V., *et alia*, *Op. Cit.*, pp. 18-19 las cifras son, en general, más elevadas, pero siempre que se ofrece el término de comparación, resultan muy inferiores a las que se registran para el acoso “cara a cara”.

²⁹ Molina Navarrete, C., *El ciberacoso en el trabajo*, *Op. Cit.*, p. 56 y 78 considera que este es uno de los motivos por los que en las resoluciones judiciales relacionadas con el ciberacoso predomina el acoso horizontal (entre pares) en lugar del vertical descendente, que es el que por lo general se plantea en el espacio físico, como expresión de la desigualdad de poder entre las partes. Ciertamente, resulta esperable que el acoso “horizontal” esté más imbricado en el conflicto interpersonal y, por tanto, en él la conducta sea menos estratégica. Desde otro punto de vista, el acoso vertical ascendente, que es muy poco frecuente “cara a cara”, podría tener mayor espacio en los escenarios virtuales, debido a las mayores posibilidades de anonimato o, en su caso, a la difuminación de las inhibiciones propias del contacto directo, que podría facilitar una conducta menos reflexiva.

- En segundo lugar, en el contexto virtual, como se ha adelantado, tiende a ser mucho más difícil identificar al autor del comportamiento acosador³⁰. En algunos casos, los actos de comunicación llevados a cabo a través del correo electrónico, whatsapp, redes sociales o instrumentos similares pueden ser completamente anónimos, si el emisor no está identificado. En otros casos, la persona identificada como autora del comportamiento podría alegar que ha suplantado su identidad, circunstancia que no siempre es fácil de comprobar.

Ciertamente, algunos de estos problemas pueden ser abordados a través de la prueba pericial informática, pero esta estrategia no resulta operativa en todos los casos. Por otra parte, en los supuestos de distribución masiva de datos privados o de mensajes injuriosos, a menudo resulta difícil identificar a la persona que inicia la cadena, si bien hay que tener en cuenta que todos los participantes pueden terminar siendo jurídicamente responsables de algún modo.

- En tercer lugar, en ocasiones el acceso a las fuentes de prueba puede verse condicionado por los derechos fundamentales y garantías constitucionales que operan en favor de la persona titular de los actos de comunicación que se quiere investigar y, en particular, por el derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos, el derecho a la propia imagen o el secreto de las comunicaciones.

No se plantean especiales problemas, en los casos -seguramente mayoritarios- en los que la víctima del acoso es quien recibe los actos de comunicación a través de los cuales se produce la agresión. En estos supuestos nunca puede entenderse vulnerado el secreto de las comunicaciones, que lógicamente no vincula al receptor de estas. Ciertamente, en función del contenido de estas comunicaciones, podrían entrar en juego *a priori* otros derechos fundamentales, pero normalmente la aportación de estos mensajes al proceso judicial estaría amparada en base al derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima, salvo que por alguna razón su uso se llevara a cabo de manera desproporcionada, causando un daño innecesario al presunto agresor.

Por otra parte, el empresario tiene potestad para acceder a los contenidos derivados del uso de los medios digitales facilitados a sus empleados con objeto de controlar el cumplimiento de sus obligaciones laborales (art. 87 LOPD), ya sea a iniciativa propia -en el marco de un procedimiento disciplinario o de atención a las denuncias internas- o a requerimiento del órgano judicial (Cfr. arts. 77 LRJS y 328 y 330 LEC). A estos efectos deberá respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, lo que normalmente implica que la medida debe ser adecuada y

³⁰ Molina Navarrete, C., El ciberacoso, Op. Cit., p. 81, 119; West et alia, Op. Cit., p. 600.

necesaria para garantizar una finalidad legítima³¹. Ciertamente, el cumplimiento de sus obligaciones de prevenir o evitar el acoso constituye sin duda un objetivo legítimo, de modo que, en último término, lo relevante es que la intervención empresarial sea proporcionada. Respecto al secreto de las comunicaciones, ciertamente, esta garantía constitucional no implica ponderación por parte del empresario, sino que requiere autorización judicial a partir de una causa prevista por la ley, lo que seguramente exigiría un procedimiento penal; no obstante, entendemos que el derecho se refiere a la eventual interceptación de comunicaciones cerradas, pero no al acceso a la información almacenada en dispositivos del empresario sobre estos actos que no hubiera sido borrada, que se vería protegida simplemente por el derecho a la intimidad y a la protección de datos³².

En cambio, cuando los elementos de prueba se encuentren únicamente a disposición del presunto agresor (por ejemplo, en sus dispositivos privados) o de un tercero (como sería el titular de una red social), en principio solo podrían obtenerse a partir de un requerimiento judicial, lo cual entendemos que solo sería posible en caso de investigación penal.

Por último, cuando los actos de comunicación objeto de impugnación fueran fácilmente accesibles en Internet, por ejemplo, por haberse publicado en una red social sin especiales restricciones, probablemente decaerían las expectativas razonables de privacidad, al menos en la mayoría de los casos. Aunque no lo hicieran, lógicamente, el uso de los datos como prueba en un proceso judicial o en un procedimiento administrativo o disciplinario en el que se plantearan acusaciones de ciberacoso constituiría en principio una conducta adecuada para satisfacer una finalidad legítima; además, en estos casos, generalmente el uso de la información habría de considerarse proporcionado, aunque ciertamente esta calificación dependerá de las circunstancias del caso concreto.

³¹ Nos hemos ocupado con detalle de estos problemas en Álvarez del Cuvillo, A., “La influencia de las nuevas tecnologías sobre el derecho a la intimidad en el contexto laboral”, *Derecho de las relaciones laborales*, nº 11, 2020, pp. 1568-1586. La jurisprudencia constitucional (SSTC 241/2012 y 130/2013) parece extraordinariamente permisiva, a partir de una interpretación distorsionada del concepto de “expectativas razonables de privacidad”, pero debe matizarse a partir de la nueva LOPD y de la STEDH *Barbulescu II* de 5-9-2017 (demanda nº 61496/2008), que, en su apartado 120, establece una serie de requisitos que, en realidad, no son más que una especificación del test clásico de adecuación, proporcionalidad y necesidad

³² *Ibid.*, p.14 del ejemplar electrónico. Las SSTC 241/2012 y 130/2013 excluyen la aplicación de esta garantía por el mero hecho de que el trabajador estuviera operando en contra de la política de uso de internet de la empresa, pero lo hacen de un modo que consideramos deficiente en términos teóricos. En este caso, la STEDH *Barbulescu* no proporciona orientación suficiente, dado que la garantía específica del secreto a las comunicaciones no aparece en el CEDH en los términos con los que se regula en la CE.

6. CONCLUSIÓN

El “ciberacoso en el trabajo” no puede considerarse como un tipo de acoso en el contexto de la tipología más habitual, que se refiere a determinadas especificidades de los bienes jurídicos protegidos y que distingue entre acoso sexual, acoso sexista, acoso discriminatorio y acoso moral. Cada una de estas formas de violencia podrá realizarse en el espacio físico, en los ámbitos que hemos denominado “escenarios digitales” o en una combinación de ambos entornos. En todo caso, en el ámbito doctrinal, la categoría de “ciberacoso en el trabajo” puede utilizarse como una herramienta heurística o concepto sensitivo, que proporcione una “dirección a la que mirar” para detectar determinados problemas interpretativos o aplicativos que se pueden producir en la práctica. En algunos casos, los estudios doctrinales enfocan su perspectiva en el ciberacoso, pero terminan planteando análisis que resultan en gran medida oportunos para el acoso “cara a cara”, lo cual implica que la categoría no está completamente delimitada, pero que en todo caso permite obtener reflexiones útiles. En este sentido, podría decirse que la preocupación por el ciberacoso en el trabajo permite obtener una visión más actualizada o más completa de las diversas manifestaciones del acoso y de los problemas que plantea la lucha contra la violencia en el entorno laboral

A este respecto, nos hemos ocupado de particularidades como la aparición de manifestaciones específicas de violencia, las mayores posibilidades de difusión de determinados actos y las facilidades o dificultades de prueba derivadas del medio en que se produce la agresión. Desde luego, estas cuestiones resultan de interés, aunque en principio no permiten construir con claridad una categoría jurídica, porque estos factores no siempre están presentes y su relevancia depende de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

En cambio, presenta una mayor relevancia la difuminación del tiempo y del espacio que es inherente a la casi totalidad de las comunicaciones cibernéticas y que puede producir consecuencias jurídicas tanto desde la óptica preventiva como desde la perspectiva de la imputación de responsabilidades a la empresa, lo que podría requerir un uso explícito de la categoría en el ámbito normativo y en la articulación de instrumentos de prevención, o al menos una consideración de la mayor relatividad de los parámetros espaciales y temporales en la identificación judicial o administrativa de supuestos de violencia. No obstante, entendemos que los principales problemas que plantea la determinación del carácter “laboral” del acoso pueden resolverse manteniendo que la conexión de causalidad se verifica cuando efectivamente se termine generando un entorno humillante o degradante de trabajo, con independencia de que los actos que inicialmente desencadenan la agresión no puedan conectarse directamente con el ámbito laboral. En estos casos, seguramente no puede atribuirse al empresario la responsabilidad de controlar conductas ajenas a su esfera de control, pero, en cambio, sí se le puede atribuir el deber de gestionar adecuadamente las consecuencias que estos comportamientos

producen en su ámbito de organización y dirección, que pueden amplificar notablemente el daño de la agresión inicial.

Asimismo, la categoría de “ciberacoso en el trabajo” resulta particularmente apropiada desde la óptica estrictamente preventiva. A este respecto, resulta conveniente que la perspectiva de las nuevas tecnologías esté presente en la configuración de las políticas de prevención de las distintas formas de acoso; así, por ejemplo, los protocolos antiacoso pueden tomar en consideración las manifestaciones específicas de violencia que tienen lugar a través de tecnologías de información y comunicación, incluso determinando posibles medidas preventivas o cautelares para responder adecuadamente a situaciones como la distribución masiva de datos privados. Del mismo modo, la perspectiva de la prevención del acoso debe impregnar la formulación de las políticas empresariales -unilaterales o pactadas- relativas al uso razonable de las tecnologías de la información y comunicación, como las normas de utilización de dispositivos aportados por el empresario, los códigos de conducta en las redes sociales o las reglas para evitar la fatiga informática y garantizar la desconexión digital. Este tipo de instrumentos tienden a estar exclusivamente centrados en la protección de los intereses legítimos del empresario, pero tendrían que enriquecerse para contemplar también la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores a su servicio.