

Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial.

Por D. Pablo Aramendi.

SUMARIO

- I.- Las relaciones jurídicas como relaciones de poder
- II.- Conflictos interpersonales y acoso moral
- III.- Tipificación jurídica del acoso
- IV.- La tutela judicial frente al acoso moral
- V.- El acoso moral cuando el acosador no es el empresario
- VI.- La prueba del acoso y del acoso moral

I. Las relaciones jurídicas como relaciones de poder¹

¹ Este trabajo amplía el publicado en el núm. 73 de la Revista Mes a Mes de Editorial Lefebvre con el título «Tipificación jurídica del acoso moral» comprensivo de los capítulos II y III.

El ejercicio del poder en las relaciones jurídicas

Las relaciones jurídicas regulan relaciones personales en las que se contraponen los diversos intereses de sus intervinientes. El Derecho busca ante todo mecanismos, que configurándolas, establezcan pautas para la solución de los conflictos que se susciten. Para ello la ley actúa desde la abstracción, dando soluciones desde modelos construidos desde la generalidad. Por eso las personas concretas, auténticos protagonistas de las relaciones jurídicas y de sus conflictos, así identificadas con nombres y apellidos no existen para el legislador. La aplicación del paradigma al caso se deja en manos de los jueces.

Al estandarizar, la ley se apoya en la racionalidad. Así por ejemplo, para ella será comprador toda aquella persona que adquiere mediante pago una cosa determinada, artículo 1445 Código Civil, y de este modo identificará como compradores a todas las personas que hubieren adquirido una cosa mediante pago.

Calificada esa persona como comprador a ella le resultarán atribuibles todas las consecuencias jurídicas que para el comprador establece el Código Civil al regular el contrato de compraventa.

La racionalidad conduce así a construir modelos con vocación de universalidad de los que deriven soluciones homogéneas.

Pero la ley lo que no se cuestiona es su propia razón de ser: por qué motivo existen conflictos entre las personas que necesitan de una regulación.

No parece que toda relación humana exija regularse. Existen relaciones en las que la ley no ocupa lugar pues carece de sentido: los vínculos de amor o amistad ni existen ni dejan de existir porque haya leyes, o dicho de otro modo si una relación tiene que resolver sus conflictos a través de la ley, esa relación ya no es, aunque lo hubiera sido en otro momento, de amor o de amistad.

Sin embargo otras relaciones humanas se configuran y se resuelven desde la ley que ejerce entonces una función constitutiva del vínculo y resolutoria de sus consecuencias.

¿Qué justifica entonces que unas relaciones humanas deban regularse y otras no?. La respuesta la encontramos en el interés. Las relaciones de amor y amistad son desinteresadas, sólo existen cuando hay ausencia de interés. En el resto de relaciones prima en cambio un interés.

El interés pone en relación a la persona con los bienes (en su más genérico sentido) y establece entre una y otros una vinculación identificativa. El comprador tras pagar adquiere el bien, ese bien es así de ese comprador. Esa vinculación identificativa resulta a la par excluyente: porque ese bien es de ese comprador, no es mío. La compraventa perfeccionada atribuye al comprador la titularidad dominical del bien y será la ley quien garantice ese estatus y el modo de hacerlo es impidiendo que cualquier otro que no sea su titular pueda disfrutarlo.

Ese estatus, FERRAJOLI, (1989, 908) lo califica de situación jurídica a la que define como poderes (o deberes) adquiridos conforme a causas o títulos específicos y ejercibles mediante actos potestativos dotados a su vez de efectos en la esfera jurídica propia o de otros. La situación jurídica se caracteriza entonces para este autor por precisar de un título, la vinculación identificativa de la persona con el bien, cuyos efectos no son sino la producción de una situación de desigualdad² jurídica: la que diferencia al titular del bien de quien no ha adquirido esa cualidad, desigualdad que se traduce en atribuir desde la ley a ese titular de un determinado poder que le protege en el estatus alcanzado.

² Obviamente FERRAJOLI utiliza el término desigualdad equiparándolo a diferencia, por tanto sin introducir ninguna carga valorativa.

La ley cubre así un papel primigenio: ordena mediante la regla de la exclusión la relación de las personas con los bienes atribuyendo títulos y potestades.

Sin embargo, la exclusión nunca será absoluta. Los títulos y potestades que confiere el legislador a quien detenta una determinada situación jurídica pueden encontrar y de hecho encuentran, al menos en las sociedades democráticas avanzadas, limitaciones.

Éstas en unos casos son contrapesos que se oponen para atender a otras situaciones jurídicas constitutivas de intereses contrapuestos. Así, siguiendo con el ejemplo, el propietario de un inmueble en el centro de la ciudad no podrá construir a su antojo, sino que deberá respetar las ordenanzas municipales, manifestación del poder derivado de la situación jurídica que ostenta el municipio a través de las decisiones adoptadas al respecto por sus órganos de gobierno, investidos en tal sentido por una decisión que reside en la soberanía popular y se plasma en la ley.

El legislador en este juego de contrapesos es quien fija el fiel de la balanza y la sitúa en un punto determinado atendiendo a su concepción de la sociedad. El sistema de partidos políticos reflejará las distintas alternativas más o menos orientadas a la protección de unos u otros intereses en liza. Puede decirse por tanto que los titulares de las situaciones jurídicas verán ampliados o reducidos sus poderes (deberes) conforme la ordenación que les dispense el legislador, son por ello susceptibles de compromiso.

En otros casos esos contrapesos, y siguiendo a FERRAJOLI, (1989, 911), no provendrán de otra situación jurídica concurrente, sino del ejercicio de inmunidades o facultades reconocidas a todos los ciudadanos por el hecho de serlo: son los derechos fundamentales.

Éstos, introducen en el ordenamiento valores éticos y morales externos³ que se incorporan, fruto del consenso social, como principios axiológicos que lo justifican y se presentan, no como contrapesos con fundamento en otras situaciones jurídicas con intereses contrapuestos, sino como auténticos límites al ejercicio del poder de quien ostenta la titularidad de una situación jurídica concreta, sea pública o privada. Los derechos fundamentales no serían por tanto susceptibles de compromiso ni moldeables, al menos en lo que se considera su núcleo esencial por parte del legislador⁴.

³ Externos al propio ordenamiento, lo que no tiene que significar que los derechos humanos no puedan concebirse como el resultado del consenso social alcanzado en un momento determinado y en una sociedad determinada y no como algo que nos viene impuesto por alguna fuente externa inamovible e incuestionable.

⁴ Conocida es la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencias como las 197/1990 (**RTC 1990, 197**) o 173/1992 (**RTC 1992, 173**) que en algunos derechos fundamentales distingue entre su núcleo esencial insoslayable para el legislador y las posibles adiciones, en todo caso aumentativas de su contenido, que pueden establecer la ley.

Una relación jurídica especial: el contrato de trabajo

El contrato de trabajo patentiza una situación jurídica de rasgos específicos. Su objeto es un bien muy singular: la actividad productiva de una determinada persona, el trabajador, actividad que desde que se gesta pasa a propiedad del empresario. Esta atribución inicial del resultado, frutos, de la actividad, a persona distinta de la que lo realiza, calificada por la doctrina laboralista como ajenidad, constituye la nota definitoria por excelencia de esta modalidad contractual (ALONSO OLEA., 1987, 30) y a la que acompaña su consecuencia, la nota de dependencia, caracterizada porque si es el empresario el propietario de la actividad del trabajador desde el inicio, esa titularidad conllevará la potestad en su favor de ser aquel el que organice y dirija el trabajo de éste.

Se ha indicado por la doctrina al uso que el contrato de trabajo, comparado con los contratos civiles, es un contrato fuertemente normado. Con ello se quiere indicar que el legislador interviene en detalle en su regulación. Dejando aparte las poderosas razones de política social y económica que obviamente influyen en la conformación del vínculo, como observa Monereo., (2001, 20), con el derecho social del trabajo la subordinación o dependencia se hace normativamente explícita y se somete a un sistema de racionalización jurídica al mismo tiempo legitimadora y limitadora de los poderes empresariales, lo que interpreto en el sentido de que la intervención del legislador se dirige esencialmente a colocar con exactitud y firmeza el fiel de la balanza entre los intereses contrapuestos en presencia, el del empresario: más y mejor trabajo por menos salario y el del trabajador, menos trabajo por más salario. El contrato de trabajo se califica de sinalagmático porque comporta obligaciones recíprocas para ambas partes, de modo entonces que constituye dos situaciones jurídicas, la del empresario y la del trabajador, plenamente interrelacionadas. A las potestades de uno se corresponden deberes del otro y viceversa. Por eso las oscilaciones en el fiel de la balanza alteran el juego de poderes-deberes en el contrato, limitándolos y expandiéndolos de modo correlativo.

Pero la normativización del contrato incorpora además un componente axiológico: la ley propone una

justificación de los poderes y deberes que atribuye a las partes, sirviendo de mecanismo para su legitimación. Ese componente pone en relación el contrato de trabajo con utilidades en principio diferenciadas de las de sus personales protagonistas y vinculadas al modelo de desarrollo económico y social en el que se asienta la sociedad, el modelo capitalista que se nuclea en torno a la empresa como el instrumento por excelencia para la creación de riqueza y empleo. Y así el ejercicio de los poderes y deberes atribuidos a cada una de las partes en el contrato de trabajo encuentran su justificación y su limitación fundamentalmente en el interés de la propia empresa. El mantenimiento de la empresa y más concretamente el de su capacidad para competir en el mercado, se presenta como el eje argumentativo central para justificar el ejercicio de los poderes organizativos y directivos conferidos al empresario y de los deberes correlativos que se imponen al trabajador⁵. Y todo ello sin olvidar que el objeto del contrato de trabajo, conforma una relación jurídica entre privados muy singular por consistir en la actividad productiva personalmente realizada por el trabajador, de modo que es su propia persona la que se involucra en la prestación y en consecuencia, como indica DEL REY:, (1995, 202) la empresa puede ser ámbito tanto para la limitación como para la expansión del ejercicio de los derechos fundamentales.

⁵ No quiero decir con ello que uno de los ejes que justifican el derecho del trabajo no sea el principio de protección social del más débil en el contrato, pero no cabe duda que tras la reforma de 1994, la protección del trabajador pasa para el legislador por el mantenimiento de la empresa: sin empresa no hay trabajo y sin trabajo no hay trabajadores cuyos derechos reivindicar y proteger. En este sentido quiero interpretar a MONEREO:, en ob. cit. (2001, 45) cuando indica que «el principio racionalizador de la nueva constitución del trabajo es el principio de eficiencia económica, que tiende a prevalecer sobre el principio de protección social».

Se aprecia así que la normativización del contrato introduce parámetros de racionalidad y justificación que por sí mismos suponen un freno al ejercicio de los poderes organizativos y directivos del empresario. No basta entonces acudir exclusivamente al argumento de la titularidad dominical del resultado de la actividad del trabajador para justificar las órdenes dadas, será preciso además que éstas se adopten para atender a las necesidades reales de la empresa. Por ello el trabajador no se pone a disposición del empresario para prestarle cualquier servicio o desarrollar cualquier actividad que éste le pudiera demandar, sino para prestar aquellos que precisan y se incardinan en la actividad productiva empresarial, de modo que ésta constituye tanto un elemento de racionalización como de limitación del ejercicio del poder organizativo del empresario sobre la actividad demandada al trabajador⁶, elemento en todo caso añadido al primordial, pero no por ello absoluto, límite conformador del ejercicio del poder que constituyen los derechos fundamentales.

⁶ Resulta evidente a mi entender que el empresario por el hecho de asumir desde el inicio la titularidad del resultado de la actividad laboral desarrollada por el trabajador, no se encuentra legitimado para solicitarle cualquier tipo de prestación, así v.gr. el empresario, con fundamento en el contrato de trabajo, no puede recabar del trabajador tareas en su domicilio particular, realizar encargos de tipo personal, etc. La relación aun de subordinación no es de vasallaje ni de esclavitud sino limitada por el marco objetivizado desde la actividad productiva empresarial en la que los servicios prestados se incardinan.

Entiendo en definitiva que en un estado social y democrático de derecho, el argumento de que el empresario es propietario del resultado de la actividad laboral del trabajador no es razón bastante para por sí y sólo por sí, justificar las potestades que se le confieren desde la norma para organizar y dirigir dicha actividad productiva, sino que es preciso además que las órdenes dadas se vinculen a las necesidades que la propia empresa demanda, tal como se infiere de la STC 34/1984 (**RTC 1984, 34**) que indica: «Como toda medida en que se manifiestan los poderes empresariales, la licitud dependerá de un ejercicio dirigido hacia los fines por los cuales tales poderes se reconocen; y es evidente que una finalidad vejatoria, por ejemplo, convertirá en ilícita la medida», criterio éste compartido mayoritariamente por la doctrina, por todos MONTROYA:, (2000, 575) y SANTOS FERNÁNDEZ:, (2000, 55).

Y precisamente éste es el sentido que se autopropone el legislador al momento de intervenir normativamente en el contrato de trabajo. Y así, si rastreamos el Estatuto de los Trabajadores podemos apreciar que los poderes y deberes que se distribuyen para las partes del contrato, empresario y trabajador, encuentran, directamente en unos casos y de modo mediato en otros, una vinculación justificativa con la empresa instrumento social de propulsión económica.

Desde este contexto se configuran los poderes organizativos y directivos del empresario que para ejercitarse adecuadamente deberán respetar los derechos fundamentales y precisan justificarse con fundamento en las necesidades económicas, técnicas, organizativas o productivas de la empresa. Por lo mismo el trabajador se va a ver obligado a modalizar la prestación de su trabajo cuando concurren esas razones justificativas de las

exigencias productivas empresariales.

Muchos conflictos traerán entonces causa en un ejercicio torpe, injustificado o abusivo del poder de dirección empresarial y también por parte del trabajador en actitudes de indisciplina frente a las órdenes justificadamente encomendadas. Las respuestas frente a esas posibles conductas antijurídicas las proporciona el ordenamiento con una variada gama de mecanismos de protección que van, para el trabajador, desde la tutela de los derechos fundamentales hasta la consagración del derecho a la resistencia frente a órdenes abusivas y para el empresario con el ejercicio de sus facultades disciplinarias. En todos estos supuestos el debate quedaría centrado en verificar la razonabilidad de la conducta empresarial sometiéndola a los parámetros que justifican el correcto ejercicio de su poder de dirección y sus facultades sancionadoras.

El ejercicio violento del poder en el contrato de trabajo

Sin embargo, existen otro tipo de conflictos en los que lo que se dirime no es el ejercicio del poder del empresario para atender los fines previstos en el ordenamiento, sino el ejercicio mismo de ese poder sin ajustarlo a justificación alguna distinta del propio interés de la parte de conservarlo cuando no de acrecentarlo. Se trataría de conflictos en los que lo que se pone en juego es el ejercicio directo del poder sobre la otra parte de la relación jurídica con la finalidad esencial de patentizar hasta dónde puede ser dominada⁷. Evidentemente estaríamos frente a conductas democráticamente patológicas en las que se pretende hacer un uso meramente ostentoso del poder que no reclama más que su reconocimiento y aceptación de esa posición dominante. Su ejercicio, escapa de toda racionalidad normativa, de la arbitrariedad hace bandera, pretende eludir todo control y límite y en definitiva constituye la negación de la justicia y el derecho y por tanto de los valores y principios en que se asienta nuestro sistema constitucional (FERNÁNDEZ, T. R., 1994, 159), lo que no significa que para quien ejerce de este modo el poder no existan «motivos» determinantes, que no justificantes, de su actuación, sino que esos motivos no buscan algo distinto que la consolidación o acrecimiento de su situación de poder.

⁷ Quizá el lenguaje coloquial identifique con más precisión el tipo de conflictos a los que me refiero. No pocas veces hemos oído frases como «aquí mando yo», «para que veas quien manda aquí», etc. Detrás de ellas se esconde en muchas ocasiones una mera voluntad de dejar sentada una posición de dominio sin ninguna otra finalidad socialmente justificativa.

Por ello el ejercicio de este poder, fundamentado exclusivamente en la situación de dominio que se ostenta, no es algo distinto que el uso palmario de procedimientos violentos, entendiéndose por tales todos aquellos que, desprovistos de control y razón, ejercitados por quien detenta una posición dominante en una relación pretenden imponerse arbitrariamente torciendo voluntades.

Podremos preguntarnos si es ciertamente posible que existan este tipo de conductas hoy día o se trata de una mera especulación teórica que no conduce a ningún resultado práctico. Para resolver este interrogante entiendo que previamente deberíamos abrir los ojos al hecho de que muchos de los conflictos que se suscitan en un marco como el laboral traen causa principal en el deterioro de las relaciones interpersonales que allí se entrecruzan estrechamente, dando lugar a la intervención de factores para los que no tiene respuestas pacificadoras el ordenamiento laboral ya no pueden encontrar justificación en la racionalidad económica de la empresa, pues el conflicto no trata de eso.

Además debe tenerse en cuenta que el deterioro de las relaciones humanas puede ser debido a la conducta de cualquiera de las partes, tanto el trabajador como el empresario pueden presentar una personalidad socialmente conflictiva o simplemente ser su proceder personal la causa de la disputa. Ello invita a que busquemos soluciones apoyándonos en herramientas ajenas al ordenado mundo del derecho.

Desde esta perspectiva se aprecia un reciente interés desde la sociología y psicología por un fenómeno en crecimiento: la violencia en el trabajo, interés que ha sido bien recibido tanto por la OIT⁸ como por la Agencia Europea para Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo con sede en Dublín⁹.

⁸ Desde www.ilo.org/public/english/protection/safework/violence/index.htm encontraremos el en *Infocus Programme on Safety and Health at Work and the Environment* que contiene un amplio estudio sobre el fenómeno de la violencia en el trabajo.

⁹ En www.eurofound.ie.

II. Conflictos interpersonales y acoso moral

La definición de acoso moral desde la psicología

Las relaciones humanas, tensadas por pasiones y sentimientos, pueden avocar en ocasiones en conflictos, incluso violentos, que exigen pacificarse.

Estos episodios o fenómenos de violencia en el trabajo pueden responder a múltiples causas y definirse de variadas formas. DI MARTINO¹⁰ en el estudio en *Infocus Programme on Safety and health at Work and the*

Environement encargado por la OIT refiere más de treinta fenómenos de violencia diferenciados que van desde el homicidio y el robo hasta las conductas verbales hostiles pasando por el acoso sexual o moral y constata que este último es una de las formas de violencia laboral de crecimiento más rápido y constituye un comportamiento ofensivo a través de agresiones vengativas, crueles, maliciosas o humillantes.

¹⁰ En www.ilo.org/public/english/protection/safework/violence/violwk/violwk.htm

No es objeto de este estudio ni estoy capacitado para ofrecer un elenco ordenado de los diversos conflictos personales que pueden presentarse en el marco del trabajo y resultaría abrumador diseñar las respuestas que desde el ordenamiento jurídico se ofrecen en cada caso.

Limitándonos a los episodios de violencia psíquica, entre los que encajaría el acoso moral, el criterio clasificatorio que ofrece MARIE-FRANCE HIRIGOYEN: (2001, 214), aunque ella misma considera no agotado, si resulta ilustrativo y puede servir de referencia para comprender que existe una variada gama de agresiones psíquicas científicamente identificadas, de entre las que el llamado acoso moral sería uno más. HIRIGOYEN distingue entre:

1. conflictos que no presentan consecuencias psicológicas:

- los desacuerdos en el trabajo: desavenencias en la manera de realizar las tareas
- la mala gestión de personal: órdenes equivocadas e incluso ilegales
- los arrebatos transitorios: un mal pronto, perder los papeles, etcétera.

2. conflictos que presentan consecuencias psicológicas:

a) consecuencias destructoras pero no necesariamente malintencionadas

- el estrés: agotamiento psicofísico causado por las condiciones de trabajo
- la ansiedad neurótica: personas que presentan una personalidad agresiva
- los causados por el jefe tirano: el que adopta órdenes abusivas e intolerantes
- los causados por el jefe paranoico: el que no admite más verdad que la propia
- los causados por las personalidades obsesivas: que tienden a dominar las conductas de los demás.

b) consecuencias destructoras pero inconscientemente malintencionadas

- los causados por el erotómano: que convierte a un ser amado en objeto de acoso
- los causados por los obedientes: que siguen acríticamente órdenes destructoras sin pararse a pensar el daño que pueden producir
- los causados por narcisistas: que preocupados por su ego pisan a los demás.

c) consecuencias destructoras malintencionadas

- los causados por los perversos narcisistas: los que consideran a los demás como un rival frente a su poder al que deben destruir.

Sólo estos últimos, los perversos narcisistas, podrían calificarse según HIRIGOYEN de acosadores morales, lo que evidencia que cuando hablamos de acoso moral nos estamos refiriendo a una modalidad específica de agresión psicológica, que aun cuando, como más adelante se verá, ha tenido especial eco en el mundo de las relaciones laborales, no es el único de los conflictos interpersonales que en este ámbito pueden producirse.

Es preciso por ello que tengamos en cuenta la disparidad de motivaciones que tras un conflicto pueden existir y en consecuencia que no todas ellas pueden recibir la misma solución y en su caso la misma respuesta de protección y/o sanción por parte del ordenamiento jurídico y en definitiva de los tribunales.

Para alcanzar una definición más precisa de lo que debe entenderse por acoso moral, los autores remiten fundamentalmente a los estudios de Heinz LEYMANN¹¹, psicólogo alemán afincado en Suecia que introduce el término «mobbing» (derivado de «mob», muchedumbre), y que traducido como acoso en español o «harcèlement» en francés, describe la conducta caracterizada por episodios de violencia psíquica en el trabajo. Define LEYMANN al «mobbing» en términos generales como una conducta hostil y carente de ética dirigida de forma sistemática por una persona o un grupo contra otra a la que se coloca en situación de indefensión y abandono.

¹¹ No me constan traducidas al castellano las publicaciones de LEYMANN, sí consta la referencia al libro en *Mobbing, la persécution au travail*, Edit. Seuil. París, 1986, la fuente de lo que aquí se indica se encuentra en la página web www.leymann.se donde se puede consultar abundante material sobre este fenómeno.

Su apreciación es producto de un amplio trabajo de investigación acometido en la década de los ochenta entre la población asalariada de Suecia que aporta los siguientes datos relevantes:

- se advierten experiencias que encajan en el concepto de «mobbing» que afectarían al 3,5% de la población.
- por géneros se aprecia que de los afectados un 45% son hombres, 45%, y un 55% mujeres. De los hombres acosados, un 76% lo eran por otros hombres, un 3% por mujeres y un 21% por personas de ambos sexos. De las mujeres acosadas el 40% lo eran por otras mujeres, el 30% por hombres y el otro 30% por ambos sexos.

- un 44% de los acosados lo eran por personas de su mismo rango (en el marco laboral), un 37% por personas de rango superior, un 10% por personas del mismo rango y superior y un 9% por personas de rango inferior.
- por edades no se advertían diferencias significativamente apreciables entre grupos de edad, aunque existía un cierto predominio no relevante en los grupos de edad de 21 a 30 años y de 31 a 40.
- aproximadamente 1/3 de los acosados lo eran por una sola persona y un 40% por entre 2 y 4 personas. Era muy extraño que todo un grupo acosara a una persona.
- por sectores productivos destaca un porcentaje elevado de acosados en administración pública y trabajos sociales, un 23,4%, y otro 23,4% en trabajos sanitarios. Ambos grupos, junto con el de trabajadores de organizaciones religiosas, proporcionan porcentajes de acosados superiores al porcentaje de trabajadores dedicados a esta actividad dentro del total de la población activa de Suecia.
- del 10 al 20% de los encuestados presentaron graves enfermedades psíquicas. También se aprecia que entre el 6 y 15% de los suicidios pueden responder a problemas en el entorno laboral.

Otro estudio de campo más reciente es el que nos ofrece la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, Agencia auspiciada por la Comunidad Europea y dirigida por Pascal Paoli¹². Según esta encuesta basada en 21.500 entrevistas personales entre trabajadores de la Comunidad se concluye que:

¹² Se localiza en

www.ilo.org/public/english/oprotection/safework/violence/eusurvey/eusurvey.htm pero existe un resumen en español en www.eurofound.ie/publications/files/EF00128ES.pdf. En nuestro país destaca la encuesta «Barómetro Cisneros I» realizada sobre 988 personas por equipo dirigido por PIÑUEL ZABALA:, (2001, 293).

- un 2% de trabajadores (unos 3 millones) han sufrido violencia física por parte de compañeros en el trabajo, un 4% (unos 6 millones) han sufrido violencia física en el trabajo causada por personas ajenas a la empresa, un 2% (unos 3 millones) han sufrido acoso sexual y un 9% (unos 13 millones) han sido objeto de acoso moral
- de los trabajadores que han sufrido acoso moral el 14% pertenecía a la administración pública, y el 13% a hostelería como sectores más afectados, y por ocupaciones, los dedicados a servicios y ventas eran con un 13% los más afectados.
- se aprecia también que las mujeres son objeto de acoso en porcentaje superior a los hombres, esta diferencia es muy acusada cuando se trata de acoso sexual
- por países la tasa es de un 15% en Finlandia, 14% en Reino Unido y Holanda, 12% en Suecia, 11% en Bélgica, 4% en Italia y Portugal y un 5% en España.
- el empleo precario es un factor de agravación del fenómeno y la presión incrementando la intensidad en el trabajo exacerba la tensión laboral
- de los afectados por episodios de violencia física el 40% refiere estrés y el 35% ha causado bajas laborales en el último año; de los afectados por acoso moral el 47% refiere estrés y el 34% han causado baja laboral en el año anterior y de los afectados por acoso sexual el 46% refiere estrés y el 31% acreditan bajas laborales en este mismo período.

Una definición aún más concreta de lo que puede entenderse por acoso moral nos la ofrecen MARTÍN DAZA, PÉREZ BILBAO Y LÓPEZ GARCÍA SILVA¹³. Se trataría de una situación en la que una persona o un grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema de forma sistemática durante un tiempo prolongado sobre otra persona en el lugar de trabajo. Definición a la que HIRIGOYEN añade que constituiría un atentado contra su dignidad o integridad física o psíquica, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo (2001, 19).

¹³ En www.mobbing.nu/476.htm.

Pasemos por tanto a diseccionar los términos de esta definición para una mejor comprensión del fenómeno:

A) Se trata de actos de violencia psicológica. LEYMANN ha llegado a describir 45 comportamientos distintos que subdivide en cinco categorías en función de los efectos que se producen a las víctimas:

- efectos sobre sus posibilidades de comunicación adecuada: impedir sus actos de comunicación, silenciarla, ataques verbales, etcétera.
- efectos sobre sus posibilidades de establecer contactos sociales: aislamientos físicos e ignorancia de la víctima
- efectos sobre la reputación personal de la víctima: se le ridiculiza, se exacerban sus posibles defectos físicos o diferencias por razón de raza, sexo, etcétera.
- efectos sobre la actividad laboral de la víctima: no se encomiendan trabajos, o se encomiendan trabajos repetitivos o imposibles
- efectos sobre la salud física de la víctima: se le encomiendan trabajos peligrosos, se le amenaza o arremete físicamente, se le acosa sexualmente, etcétera.

B) Se trata de comportamientos repetitivos de manera sistemática. Esta nota todos los autores la consideran fundamental. LEYMANN precisa que la distinción entre conflicto y mobbing se focaliza no en lo que se hace ni cómo se hace, sino en la frecuencia y duración de los ataques; HIRIGOYEN:, (2001, 30) coincide con él en que el acoso moral se caracteriza ante todo por la repetición.

Esta nota es importante por cuanto permite distinguir el acoso moral de otros conflictos pasajeros, que aUn pudiendo ser incluso más relevantes y virulentos, responden a reacciones impulsivas que no podrían calificarse de malintencionadas, aun cuando ciertamente de ellas puedan derivar un reproche social y más específicamente una sanción que afecte a la relación jurídico-laboral establecida entre las partes, pensemos en una agresión física o una discusión en la que se lanzan graves ofensas verbales.

C) Estos comportamientos agresivos están orientados a destruir a la víctima. HIRIGOYEN:, (2001, 239) define al agresor como un perverso narcisista que identifica al otro, a la víctima, como un rival que amenaza su poder. Los motivos de esta conducta quiere encontrarlos en un ambiente de competitividad viciado por una extrema rivalidad y celos que genera un miedo a ser atacado y promueve como reacción actitudes de violencia e intolerancia (2001, 37). Por su parte, MARTÍN DAZA ET. ALL. identifican como sustratos que favorecen la aparición del acoso al modo de organización del trabajo y a la forma de gestión de los conflictos por parte de los superiores. A su vez HIRIGOYEN:, (2001, 166) identifica el caldo de cultivo del acoso en las condiciones estresantes del trabajo, en las exigencias de la productividad, en la comunicación despersonalizada y el trabajo sometido a estándares y pautas que no permiten la personalización.

El acosador arremete entonces porque siente amenazado su poder por la víctima. Y esa sensación de amenaza es leitmotiv que explicita, aunque no justifica, su conducta.

D) Las consecuencias. El acosador, que niega en todo momento el conflicto, que sólo existe en la imaginación de la víctima, pretenderá destruirla. Las consecuencias psicológicas las diagnostica LEYMANN como propias de un estrés post-traumático, cuyo eje principal, según MARTÍN DAZA ET ALL, sería la ansiedad: presencia de un miedo continuado y sentimiento de amenaza que puede venir acompañado con sensaciones de fracaso, impotencia, baja autoestima y apatía: físicamente aparecen signos propios de las patologías psicósomáticas, desde dolores y trastornos funcionales hasta orgánicos.

Además las consecuencias en el trabajo darán lugar, de prosperar el acoso, a un abandono por parte de la víctima, que demostrará inicialmente desinterés, para posteriormente cursar bajas médicas por depresión, estrés, etc. y finalmente llegar a cesar en la empresa, bien voluntariamente o sumido en una grave enfermedad cronificada.

En esta misma línea CONCEPCIÓN SÁEZ NAVARRO:, (2001, 47) distingue en función de la gravedad de sus efectos:

-«mobbing» de primer grado: cuando el individuo resiste el acoso y consigue escapar

-«mobbing» de segundo grado: cuando sufre una incapacidad temporal que le impide incorporarse rápidamente al trabajo

-«mobbing» de tercer grado: cuando la persona afectada es incapaz de reincorporarse al trabajo y precisa de tratamiento especializado.

Conclusiones

A la vista de lo dicho hasta ahora, interesa resaltar:

1º que no todo conflicto, calificable de episodio de violencia psíquica derivado de las relaciones interpersonales establecidas en el trabajo, traerá causa en la conducta del empresario.

Por una parte nos encontramos con las falsas víctimas, personalidades paranoicas, querulantes o que sintiéndose perseguidas buscan no solucionar el conflicto sino responder con la misma moneda.

Por otra, que en muchas ocasiones, el acosador no es el empresario sino uno o varios compañeros de trabajo.

En estos casos, al igual que ocurre en ocasiones con el acoso sexual, el empresario no es el acosador pero se le podrá exigir el cumplimiento de un deber de vigilancia vinculado a sus obligaciones en materia de prevención de la salud laboral y, en el ejercicio de sus potestades directivas, un deber de neutralización de este tipo de conductas. Estaremos entonces frente a supuestos de diferentes consecuencias al momento de la imputación de responsabilidades jurídico-laborales.

2º que no todo conflicto es calificable de acoso.

Como antes se indicó pueden existir por una parte conflictos que no presentan consecuencias psicológicas, serían los típicos conflictos laborales rutinarios en los que la disputa se establece entre las partes por razón del ejercicio del poder de dirección empresarial, lícito o abusivo, y de la negativa del trabajador a cumplir la orden dada, por estimarla contraria a derecho o por colocarse en situación de desobediencia.

Además también pueden existir conductas que aun perjudiciales para la integridad personal, no constituyan agresiones psicológicas, serían supuestos, esencialmente irrepetibles en su manifestación, como las agresiones físicas, las ofensas verbales, etcétera.

Por otra parte pueden existir conflictos que constituyendo episodios de violencia psíquica responden a pautas distintas de las verificadas para el acoso desde la psicología. En este apartado se podrían englobar las

conductas agresivas¹⁴ de personalidades paranoicas, tiránicas, etcétera. así como el estrés causado por el trabajo mismo.

¹⁴ Un supuesto que encajaría en este apartado es el analizado por la sentencia de 19 de febrero de 2001 del Juzgado Social núm. 1 de Pamplona y que el 30 de abril de 2001 (**AS 2001, 1878**) confirma el Tribunal Superior de Justicia de Navarra. Sus hechos probados nos hablan de un conflicto entre las limpiadoras de un colegio y su conserje; este último que en otras ocasiones las agredió verbalmente y se dedicaba a ensuciar lo que ellas limpiaban, llegó en una ocasión a encerrarlas en el vestuario, lo que provocó en la demandante un episodio de ansiedad por el que causó baja. Dicha baja se considera accidente de trabajo, calificándose por ambos tribunales el episodio de acoso moral.

Con independencia de la correcta calificación del accidente como contingencia determinante de la baja médica, en mi opinión el supuesto de hecho, podrá considerarse una agresión con relevancia psicológica, obra de un perturbado, pero no encaja dentro de la calificación psicológica del acoso moral ya que no se advierten hechos repetitivos ni se compadece con la descripción científica del fenómeno el hecho de que una persona, el conserje, acose a un grupo, las limpiadoras. El acoso moral como se ha visto se caracteriza por conductas agresivas repetitivas contra una persona, bien por otra o por un grupo.

3º que en definitiva por acoso moral en el trabajo debe entenderse un comportamiento reiterado y constante de violencia psíquica ejercido por quien, desde una posición jurídica o simplemente social, dominante, se considera amenazado en ella por la víctima de su agresión, cuya destrucción pretende con la finalidad de mantenerse o reforzar su posición de dominio.

Desde esta perspectiva es posible apreciar que entre acoso moral y acoso sexual, existirían similitudes y también diferencias. Similitudes por cuanto ambos casos constituyen una manifestación arbitraria del ejercicio del poder por quien lo detenta en una concreta relación jurídica o personal (PÉREZ DEL RÍO:, 1990, 183) y se vulneran, como más adelante se verá, derechos fundamentales de la víctima atentándose por ello contra su personal dignidad. Por ello se podrán encontrar ciertas concomitancias a la hora de buscar soluciones prácticas en el ordenamiento¹⁵. Sin embargo las diferencias esenciales derivarían del móvil del agresor que en el acoso sexual busca esencialmente esa personal satisfacción y en el acoso moral busca sobre todo la destrucción de la víctima.

¹⁵ Tampoco puede desdeñarse que en ocasiones la negativa a satisfacer favores sexuales incite a acosar moralmente como represalia.

Teniendo todo esto presente, el objeto de este trabajo consistiría en profundizar en las soluciones que para el acoso moral en particular se ofrecen desde el derecho.

III. Tipificación jurídica del acoso

El acoso moral como atentado contra el derecho fundamental a la integridad física y moral

Últimamente los medios¹⁶, quizá a consecuencia de la publicación de determinados libros y la divulgación de ciertas resoluciones judiciales, se han ocupado con habitualidad del acoso moral y lo han descrito como un fenómeno ayuno de protección legal, por lo que llegan casi a calificar de «rara avis» a las sentencias que han tratado sobre el tema.

¹⁶ Por su continuidad y rigor destacaría las informaciones aparecidas en diversas ocasiones en *El País* firmadas por CRUZ BLANCO. También la que sin firma aparece en el suplemento de salud de *ABC*, de 6 de octubre de 2001. Pero quizá donde mas información se obtenga de este fenómeno sea actualmente en Internet.

Coincido con ellos en que ciertamente las sentencias sobre este específico episodio de violencia psíquica son escasas¹⁷, pero su razón no deriva a mi entender ni de la existencia de lagunas legales ni en una falta de sensibilidad social por parte de los jueces, sino de que hasta ahora han sido escasas las pretensiones de los ciudadanos¹⁸, presuntamente acosados, interesando la tutela judicial y no podemos olvidar que los jueces competentes para resolver estos conflictos, actuamos esencialmente a instancia de parte, principio de justicia rogada.

¹⁷ Dictadas por la jurisdicción española me constan las siguientes: STS Sala III de 23 de julio de 2001 (**RJ 2001, 8027**) (funcionario del Ayuntamiento de Coria), STSJ de Comunidad Valenciana, sala de lo contencioso de 25 de septiembre de 2001 (confirmación de sanción impuesta a una empresa por atentado contra la dignidad de los trabajadores), STSJ de Cataluña, sala de lo social de 30 de mayo de 2001 (**AS 2001, 2602**) (reconocimiento de

accidente de trabajo de un suicidio causado por la degradación en el trabajo), STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001 (**AS 2001, 1878**) mencionada en nota anterior. Por el contrario la STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2001 (**PROV 2002, 42612**), rec. núm. 4928/2001, confirma la por mí dictada como titular del Juzgado Social 33 de Madrid el 18 de junio de 2001 (**AS 2001, 1667**) en la que estimo que el supuesto enjuiciado no encaja en la figura descrita como acoso moral; esta última puede consultarse en *Revista Doctrinal de Instancia*, núm. 4 editada por Edit. Lefebvre y también en *Aranzadi Social AS 1667/01*.

¹⁸ El índice de judicialización de determinados conflictos, entre ellos acoso moral como también acoso sexual, es muy inferior a otras controversias. La afectación de este tipo de agresiones a valores como la propia imagen y capacidad de autoestima personal, tiene mucho que ver con ello.

La excitación social que el fenómeno del acoso ha suscitado al levantarse por los medios, ha obtenido, además de los estudios antes referidos desde la OIT o la Agencia Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, una rápida respuesta política tanto desde el Parlamento Europeo¹⁹, como, ya en España, desde el Grupo Socialista en el Congreso, que el 6 de junio de 2001 presentó dos proposiciones de ley una de reforma del Código Penal y otra de diversas leyes ordinarias, entre ellas el Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales²⁰.

¹⁹ Me refiero al proyecto de Opinión elaborado el 10 de mayo de 2001 por la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades para la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, sobre el acoso moral en el trabajo, ponente Miet Smet y a la Resolución [2001/2339 (INI)] posteriormente adoptada el 20 de septiembre de 2001 por el Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo.

²⁰ Según informa en *El País*, noticia del 13 de noviembre de 2001 elaborada por CRUZ BLANCO estas propuestas culminaron en una enmienda transaccional conforme la que el Gobierno procedería a redactar un estudio sobre el acoso, se dotaría a la Inspección de Trabajo de información suficiente para atender desde sus competencias este problema y se recogería la posibilidad de incluir el acoso en la Ley de Riesgos Laborales (**RCL 1995, 3053**).

Estas modificaciones, además de tipificar el acoso penalmente²¹, añaden, para lo que aquí interesa, un apartado e) bis al artículo 4.2 ET (**RCL 1995, 997**) por virtud del cual, atendiendo a su redacción y de prosperar la propuesta, el trabajador tendría derecho a no ser objeto de acoso moral, definiéndose el acoso como «toda conducta abusiva o de violencia psicológica que se realice de forma sistemática por una o más personas sobre otra en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos, palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador, poniendo en peligro o degradando sus condiciones de trabajo».

²¹ La propuesta sería incorporar un nuevo art. 311 bis al Código Penal con el siguiente texto: «iguales penas a las previstas en el artículo anterior serán impuestas a quienes, mediante reiterado acoso moral o psicológico, degraden gravemente las condiciones de trabajo de otra u otras personas y no restablezcan su situación tras resolución judicial o sanción administrativa» pero debe tenerse presente que el actual Código Penal (**RCL 1995, 3170** y **RCL 1996, 777**) en su art. 173 condena con prisión de seis meses a dos años a quien infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral.

Se reforzaría, según esta proposición la defensa procesal del acosado, añadiendo un párrafo al artículo 96 LPL (**RCL 1995, 1144, 1563**) invirtiendo la carga probatoria en contra del empresario cuando se deduzca la existencia de indicios acreditativos de un acoso moral.

Y finalmente se propone modificar el artículo 14 de la Ley de Prevención (**RCL 1995, 3053**) en el sentido de conceptuar como objeto de la salud y seguridad en el trabajo la garantía de la integridad física y psíquica de los trabajadores.

Sin dudar de la buena voluntad de los medios y de esta iniciativa parlamentaria y de que en todo caso el hecho de legislar sobre el problema siempre es positivo, me da la impresión de que se nos está presentando un panorama que parte de una situación actual de desprotección legal y judicial a mi entender equivocada. Dejando aparte la vertiente penal del acoso, siempre necesitada de tipificación, sostengo que desde la Constitución Española y para nuestros efectos, de modo más concreto desde la legislación laboral actualmente se da respuesta, en términos generales eficaz, a este tipo de conflictos.

Definido el acoso moral como se ha descrito -comportamiento reiterado y constante de violencia psíquica

ejercido por quien, desde una posición jurídica o simplemente social, dominante, se considera amenazado en ella por la víctima de su agresión, cuya destrucción pretende con la finalidad de mantenerse o reforzar su posición de dominio-, no me cabe duda de que se trataría de una conducta que vulneraría el **artículo 15 Constitución Española (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875)** que establece que **todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.**

Interpretada esta norma bajo el auspicio del **artículo 10 de la Constitución Española** que establece que «**la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social**», advertimos que desde la misma Constitución, artículo 53.2, encontramos el máximo nivel de protección frente a este tipo de prácticas que por obviamente atentar a la integridad psíquica de la persona a la que se somete a un trato degradante contrario al que exige su dignidad, constituyen una vulneración de un derecho fundamental.

Ha sido desde los penalistas y en resoluciones judiciales del orden penal, donde más se ha analizado el contenido del artículo 15 de la Constitución. RODRÍGUEZ MOURULLO señala así que con esta disposición: «se quiere garantizar la integridad personal en el sentido de incolumidad personal; el término de "incolumidad" es precisamente el que se utiliza a estos efectos en otras Constituciones de nuestro círculo de cultura, como acontece con la alemana, que lo utiliza expresamente en su párrafo 2, apartado 2º. El concepto de incolumidad personal es un concepto complejo y de ahí que el derecho constitucional a la incolumidad personal, "integridad física y moral" -según la terminología de nuestra Constitución-, comprenda en realidad una pluralidad de derechos. En primer término comprende el derecho a la integridad física, es decir, el derecho a no ser privado en ningún miembro u órgano corporal; en segundo lugar, comprende el derecho a la salud física y mental, el derecho de la persona a no ser sometida a procesos de enfermedad que eliminen su salud; en tercer lugar, el derecho al bienestar corporal y psíquico, es decir, el derecho de la persona a que no se le hagan sentir sensaciones de dolor o sufrimiento; y por último el derecho a la propia apariencia personal, es decir, el derecho de la persona a no ser desfigurada en su imagen externa».

También el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse en la sentencia 207/1996 (**RTC 1996, 207**) en la que señaló:

«Así pues, y **aunque el derecho a la integridad física se encuentra evidentemente conectado con el derecho a la salud** (tal y como señalamos en la STC 35/1996 [**RTC 1996, 35**], fundamento jurídico 3º), **su ámbito constitucionalmente protegido no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por "toda clase de intervención (en el cuerpo) que carezca del consentimiento de su titular"**.

Resulta de ello, por tanto, que **mediante el derecho a la integridad física lo que se protege es el derecho de la persona a la incolumidad corporal, esto es, su derecho a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento**».

Protegiendo en definitiva el artículo 15 Constitución Española un haz de derechos englobados bajo el término «incolumidad personal», quien es víctima de acoso moral ha sufrido una agresión que traspasa la frontera que dicha incolumidad personal establece como inexpugnable y por tanto ha visto perjudicado su derecho fundamental a su integridad personal, física y moral, siendo susceptible de recibir la total respuesta protectora prevista por el ordenamiento para estos supuestos.

Coincido con MOLINA NAVARRETE, (2001) en que el acoso moral puede tener un carácter pluriofensivo, en el sentido de que pueden verse afectados toda una serie de derechos fundamentales. Y así el derecho al honor, la libertad de expresión y en general el derecho a la no discriminación pueden resultar violentados por algunos de los episodios de agresión en los que el acoso se manifiesta. Sin embargo así como toda víctima de acoso moral -en la estricta terminología que considero debe emplearse sobre este fenómeno- habrá siempre visto vulnerado su derecho a la integridad, no siempre habrá visto vulnerados otros derechos fundamentales, lo que dependerá esencialmente de las prácticas concretas a través de las que se manifieste el acoso.

Por ello y pese a la eventual pluriofensividad del acoso, estimo que conviene mantener la vinculación estricta entre acoso moral y vulneración del derecho a la integridad física y moral.

El inicial tratamiento del acoso moral desde la doctrina de los tribunales

De las todavía escasas resoluciones judiciales que se han ocupado de estos temas, merecen destacarse:

- a) la STS Sala III de 23 de julio de 2001 (**RJ 2001, 8027**) que califica de acoso moral con derecho a indemnización por los daños causados, el comportamiento de la Corporación de Coria consistente en sin justificación razonable mantener a un funcionario durante su jornada de trabajo en un sótano sin ventilación ni luz natural, sin proporcionarle trabajo, rechazando sus partes de baja laboral con diagnóstico de síndrome depresivo reactivo, y exigiendo otros de distinto facultativo y expedientándole con imputación de unos hechos que él mismo había anunciado como inevitables debido al mal estado de la maquinaria.
- b) la STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de septiembre de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo

que ratifica la resolución administrativa que impuso a una empresa una sanción por falta muy grave de 3.000.000 de ptas. por actuaciones empresariales contrarias al respeto a la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores. En concreto el supuesto enjuiciado hace referencia a que con ocasión de lo que consideró la recurrente una disminución en la productividad de dos de sus trabajadores dedicados a tareas comerciales, les obligó a realizar sus funciones en lugar cercano a la entrada prohibiéndoles el acceso a las dependencias donde se guardaban los archivos precisos para su trabajo, utilizar fotocopiadoras y acceder al sistema informático.

De esta sentencia interesa sobremanera sus reflexiones doctrinales al entender que la consideración debida a la dignidad del trabajador que preconiza el artículo 4.2.e) ET debe entenderse como una llamada al necesario respeto por parte del empresario de los derechos fundamentales del ciudadano trabajador, que dimanen del mismo reconocimiento a la dignidad de la persona, pero además, según entiende dicha sentencia, las referencias que a la dignidad se realizan desde el ET pueden estimarse también dirigidas a proteger toda una serie de realidades, en ocasiones no susceptibles de encuadrar en el ámbito protector de un derecho fundamental, pero sí en un concepto jurídico indeterminado como el de la dignidad. Éste se socavaría cuando se adoptan medidas como las descritas que suponen el aislamiento físico y necesariamente psicológico de los afectados con erosión de su prestigio sociolaboral y autoestima personal.

c) la STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 30 de mayo de 2001 (**AS 2001, 2602**), que tras evidenciar que el trabajador como consecuencia de un cambio en el trabajo con degradación de sus funciones, padece una profunda depresión que le conduce al suicidio. La sala estima que su fallecimiento debe calificarse de accidente de trabajo al encontrar una plena relación causal entre fallecimiento y trabajo con apoyo en el artículo 115.2.e) y 3 LGSS (**RCL 1994, 1825**).

Una precisión terminológica: acoso y acoso moral

Aún escasas, estas resoluciones permiten servir de base para centrar y solucionar dogmáticamente los problemas de calificación jurídica del acoso moral y de otras prácticas violentas.

Pero para ello es preciso además despejar la terminología que se va a utilizar para el análisis de estos fenómenos:

A) debe tenerse en cuenta que no toda manifestación del poder empresarial es contraria sino que resulta conforme el ordenamiento por lo que constituye un ejercicio lícito y legítimo de sus potestades. Que además, pueden existir muchas prácticas que aun ilícitas por no cumplir con los requisitos legalmente previstos para su admisibilidad por la normativa de aplicación, se adoptan con la intencionalidad de atender los fines que, desde el ordenamiento mismo, justifican el ejercicio de ese poder: el mantenimiento de la empresa y la mejora de su competitividad en el mercado.

B) más allá del ejercicio lícito o ilícito del poder se encuentran lo que denomino, prácticas violentas que serían todas aquellas, no ya ilícitas sino ilegales, que se ejercitan desde una posición de dominio en una determinada relación jurídica. Son ostentaciones de poder ajenas a toda justificación finalista y con voluntad de escapar de todo control democrático. Su finalidad no responde a ejercitar las potestades conferidas por el ordenamiento conforme los fines que las justifican: la mejora de la competitividad de la empresa tal como vimos, pues todo ejercicio de poder en un sistema democrático exige pasar por el tamiz de verificación de su razonabilidad. Quien realiza una práctica violenta está ejercitando en definitiva el poder arbitrariamente, fuera de toda lógica, control y justificación, fuera en definitiva del ordenamiento y con la única finalidad de exteriorizar materialmente su fuerza frente a los demás.

C) no todas las prácticas violentas se pueden calificar como acoso. Aun cuando todas ellas merecen y reciben del ordenamiento la respuesta que en cada caso corresponda en función de las infracciones y daños causados, una práctica violenta se calificará de acoso sólo cuando la intención del agresor sea la destrucción psíquica de la víctima. Las agresiones que tengan consecuencias destructoras no malintencionadas, en la terminología expresada por HIRIGOYEN antes mencionada, no constituyen acoso. Un supuesto que encajaría en una agresión violenta de un perturbado no calificable de acoso y menos aún de acoso moral sería el analizado por la STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001 (**AS 2001, 1878**) y que se trata en la nota al pie núm. 13 .

Antes indiqué que el acosador ataca porque siente amenazado su poder por la víctima, y que esa sensación de amenaza es el leitmotiv que explica, aunque no justifica, su conducta. Por lo tanto el acosador no agrede gratuitamente sino que, a diferencia de otras patologías psíquicas de corte violento, con la destrucción de la víctima pretende su propio interés, el reforzamiento de su poder en la relación.

Detrás del acoso aparece una espuria motivación, el acoso se planteará como respuesta agresiva frente a decisiones o simples actitudes de la víctima que el acosador estima que le afectan a su estatus de poder. El acosador actúa, desde su posición de dominio, al apreciar comportamientos o simples actitudes por parte de quien ocupa en la relación una situación de subordinación, que estima perniciosos para sus intereses: el mantenimiento o impulso de su posición en la relación jurídica o personal, y este temor es el que le mueve a la agresión.

D) el acoso moral se define desde la psicología atendiendo no sólo a la intención destructiva del agresor sino a

las consecuencias dañinas causadas a la víctima. El acoso moral, en sentido estricto, se produciría entonces²² cuando la agresión sistemática sobre la víctima le cause efectivamente una lesión física o psíquica, pues puede ocurrir que pese a la intencionalidad lesiva del agresor, la víctima, o bien se defiende del acoso reaccionando a tiempo, o bien, su entereza personal impida que resulte afectada por el mal infligido. Por ello sugiero distinguir el mero acoso del acoso moral y entender por acoso las prácticas agresivas intencionadas y por acoso moral las prácticas agresivas intencionadas que causen un daño efectivo a la víctima.

²² Tal como se ha visto con anterioridad, tanto LEYMANN como HIRIGOYEN y la mayoría de psicólogos que ha tratado el fenómeno, describen el acoso moral o «mobbing» como un daño efectivamente causado, por lo que no comparto en consecuencia que el «mobbing» de primer grado, aquel del que la víctima escapa sin daños, en la terminología expuesta por SÁEZ NAVARRO, antes descrita, pudiera calificarse de acoso moral en sentido estricto, sino de simple acoso.

De este modo, el supuesto analizado en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de septiembre de 2001 no constituiría acoso moral por cuanto no consta en ningún caso que las víctimas sufrieran un daño cierto aun cuando hubieran sido colocadas por el agresor en la tesitura de padecerlo. Si serían supuestos calificables de acoso moral, tanto el analizado por la STS de 27 de julio de 2001 (**RJ 2001, 8027**), ya que de su texto se infiere que el demandante padeció una depresión reactiva a las agresiones infligidas y por supuesto también el que analiza la STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2001 (**AS 2001, 2602**) al evidenciarse que la degradación injustificada en el puesto de trabajo genera en el trabajador una gravísima depresión que le conduce al suicidio.

Reservar, en coincidencia con la psicología, el término acoso moral para las agresiones sistemáticas infligidas y que causen un daño cierto, atendiendo por tanto a sus consecuencias y no sólo a la intencionalidad del agresor, nos permite sin fisuras definir esta figura como un atentado al derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE, pues es obvio que se ha producido un atentado contra el bien constitucionalmente protegido en su más estricto significado.

Por el contrario, lo que no resulta tan evidente es que cualquier tipo de práctica agresiva intencionada que no hubiera, pese a la mala intención del agresor, causado daño en la víctima, deba necesariamente considerarse un atentado a algún derecho fundamental y más concretamente al derecho a la integridad física o moral del perjudicado.

De algún modo esta controversia se la plantea la STSJ de la Comunidad Valenciana antes citada cuando estima que pueden existir atentados contra lo que considera la dignidad de los trabajadores que no constituyan vulneración de derecho fundamental alguno, aun cuando frente a estas agresiones también pueda y deba responder el ordenamiento, tal como la misma sentencia concluye.

La dignidad de la persona, y también el libre desarrollo de la personalidad, son valores inspiradores del ordenamiento y fundamento del orden político y de la paz social, cuya utilidad sería «prima facie» la de justificar la cualidad de fundamental imputable a los derechos así reconocidos²³. Constituyen por tanto un principio de justificación axiológica del ordenamiento que se respeta precisamente respetando estos derechos fundamentales.

²³ Ver entre otras STC 53/1985 (**RTC 1985, 53**), 120/1990 (**RTC 1990, 120**), 85/1992 (**RTC 1992, 85**) y 214/1991 (**RTC 1991, 214**).

Pero además, el valor «dignidad de la persona» inspira el total ordenamiento jurídico²⁴ de modo que como señala la STC 120/1990 (**RTC 1990, 120**) «la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo un "mínimum" invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona».

²⁴ En esta línea destaco las STC 113/1989 (**RTC 1989, 113**) y 184/1990 (**RTC 1990, 184**). En ambas se emplea el valor libre desarrollo de la personalidad para en el primer caso estimar inembargable parcialmente las pensiones y en el segundo para considerar que el no reconocimiento de la prestación de viudedad tras una relación «more uxorio» no cercena este principio.

Sin embargo la dignidad de la persona no constituye por sí misma ningún derecho fundamental en los términos fijados en el artículo 53.2 CE y tal como doctrina y jurisprudencia unánimemente admiten. Dicho esto y volviendo a lo manifestado por el Tribunal Constitucional y por el TSJ de la Comunidad Valenciana en las resoluciones referidas, se puede llegar a la conclusión de que la dignidad de la persona y

también el libre desarrollo de la personalidad en el marco del contrato de trabajo, en el que cobraría especial relevancia el respeto y promoción de la «profesionalidad», se cercenarían con actuaciones que aun no siendo lesivas de un derecho fundamental, sí atenten contra cualquiera de estos valores inspiradores²⁵. Por ello también debe tenerse presente que, la dignidad de la persona o el libre desarrollo de su personalidad, principios que traspasan todo el ordenamiento, podrán violentarse ocasionalmente en supuestos en los que el empresario ejercite su poder ilícitamente -los precisados en el anterior párrafo A)-, y en los que lleve a cabo prácticas definibles como ilegales o violentas -en los supuestos precisados en el anterior párrafo B-, siendo obvio que se atenta contra estos valores cuando se ejercen prácticas de acoso con independencia del daño causado -supuestos de los párrafos C y D-.

²⁵ Sin embargo las soluciones arbitradas por la doctrina y la jurisprudencia, han resultado a mi entender en gran parte fallidas por no alcanzar pautas de validez general ya que han consistido en sustituir un concepto jurídico indeterminado, como en definitiva resulta ser el valor dignidad, por otros igualmente difusos como actuaciones vejatorias, denigrantes, de tal modo que la interpretación de lo que pueda conceptuarse como indigno se traslada sin mayores avances a lo que ahora pueda considerarse como vejatoria o denigrante.

Por lo tanto, sí es cierto concluir que cuando en el ejercicio del poder que vulnera cualquier derecho fundamental se estarán violentando los valores de respeto a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad que los inspiran, no ocurre lo mismo si invertimos los términos de la oración puesto que estos valores de dignidad o libre desarrollo de la personalidad pueden verse afectados con decisiones de poder que no perjudiquen derecho fundamental alguno²⁶.

²⁶ Existen opiniones doctrinales discrepantes que consideran que la dignidad de la persona se vulnera con la violación de algún derecho fundamental; así LOUSADA., (1996, 127).

En definitiva, mientras que las agresiones violentas que hemos denominado, de una parte simplemente acoso, y de otra acoso moral en sentido estricto, constituyen ambas un atentado a la dignidad de la persona, sólo el acoso moral, precisamente por haber causado un daño efectivo a la víctima, supondrá inexorablemente una violación del derecho a la integridad física o moral, mientras que no siempre todo simple acoso podrá calificarse de atentado a este derecho.

El supuesto referido por la STSJ de la Comunidad Valenciana, como muchos otros de los que nos ilustra la doctrina, SEMPERE Y SAN MARTÍN., (2001, 64) y MORALES ORTEGA., (2001, 423) entre varios, muestran una casuística muy variada de la que se advierte que en unos casos se agrede al trabajador con decisiones que afectan a su dignidad pero no atentan al derecho a la integridad ni a ningún otro fundamental²⁷.

²⁷ Así las referencias doctrinales citadas recogen supuestos de una mera modificación de funciones que suponen la pérdida de responsabilidad que daría lugar a una vulneración de la dignidad, STSJ Cataluña de 15 de junio de 1995 (**AS 1995, 2396**) y STS 29 de enero de 1990 (**AS 1990, 229**), o cuando se ha producido una modificación significativa del salario STSJ Canarias de 18 de junio de 1996 (**AS 1996, 2537**), o cuando se le prohíbe acceder libremente a la información de la empresa y llevarse trabajo a casa STSJ de Valencia de 12 de enero de 1999 (**AS 1999, 188**), junto con otros en los que se verifica un trato claramente vejatorio.

Determinar entonces, cuándo un fenómeno de acoso que no haya causado lesión cierta a la víctima puede calificarse de atentatorio al derecho fundamental a la integridad o eventualmente a algún otro derecho fundamental, nos remite a la casuística y en definitiva a la intensidad o gravedad de los actos cometidos por el agresor. Desde esta perspectiva, un supuesto parangonable al acoso moral, es el acoso sexual. En este tipo específico de agresión, el debate en sede doctrinal y judicial se ha centrado, entre otras facetas, en lo que LOUSADA., (1996, 105) denomina el ingrediente objetivo de la agresión: los hechos del agresor para que puedan calificarse como conducta que objetivamente atenta contra la libertad sexual, han de presentar una cierta trascendencia o gravedad, tal como se deduce de la STC 224/1999 (**RTC 1999, 224**).

Las fronteras en estos casos son resbaladizas y no permiten más allá que soluciones específicas para los casos concretos que difícilmente pueden generalizarse. Para que así fuera sería preciso dotar de mayor riqueza teórica al concepto integridad moral. En este sentido propongo que se consideren como prácticas de acoso contrarias al derecho a la integridad física y moral a aquellas agresiones que sin causar lesión psíquica a la víctima, objetivamente estuvieran en condiciones de causarla si se hubieran podido reiterar de forma sistemática. En suma, agresiones que objetivamente pusieran en riesgo la salud de la víctima, en la terminología empleada por la STC 207/1996 (**RTC 1996, 207**) antes citada.

Como antes se ha indicado una de las notas que caracterizan el acoso moral es la práctica sistemática por parte del agresor de sus episodios de violencia frente a la víctima, de modo tal que es precisamente esa práctica

sistemática lo que la convierte en destructiva, Hirigoyen:, (2001, 30). Cuando el sujeto que se pretende agredir, escapa, impide el propósito del agresor que no culmina por la fortaleza psicológica de la víctima, mientras que si ésta no sabe o no puede defenderse caerá en una espiral finalmente determinante del daño.

Siendo por tanto la reiteración en la agresión la nota psicológicamente definitiva del acoso moral, entiendo que puede resultar plausible, para distinguir si se atenta o no al derecho fundamental a la integridad física o moral, tomar como referencia la capacidad potencial de las conductas agresoras para, caso de reiterarse, dañar psíquicamente a la víctima y con ello obtendríamos una referencia dogmáticamente objetiva que nos permitiría calificar, los episodios de simple acoso así acontecidos, como auténticas agresiones atentatorias a este derecho a la integridad física o moral, por razón del riesgo en que se colocó a estos bienes, aUn cuando no hubieran causado daño o lesión cierta a la víctima.

Lo dicho hasta ahora puede condensarse en el siguiente cuadro explicativo:

Nota:

	lícito	ilícito	alegal	acoso	acoso moral
Conforme a la ley	x				
Contrario a la ley		x	x	x	x
Fuera de la ley (arbitrio/violento)			x	x	x
Violencia psicológica				x	x
Atentatorio a la dignidad				x	x
Atentatorio al derecho a la integridad				y	x
Sistemático					x

X - los caracteres indicados en las filas verticales concurren siempre en la forma de ejercicio del poder indicado en la columna correspondiente.

Y - los caracteres pueden o no concurrir en este caso.

IV. La tutela judicial frente al acoso moral

La resolución de contrato como respuesta frente al acoso moral

Señala HIRIGOYEN:, (2001, 52) que el objetivo del acoso es desestabilizar a la víctima neutralizando su capacidad de respuesta. Esta voluntad destructiva, no pretende buscar una solución pacífica a la relación jurídica o personal existente entre agresor y acosado, sino la rendición de éste. Su objetivo se dirige a conseguir que sea la propia víctima la que abandone, desista, derrotada, de la relación habida.

En una relación laboral conflictiva, pero ejerciéndose el poder empresarial dentro de los fines propuestos por el ordenamiento -para atender los intereses de la empresa-, las soluciones rupturistas del vínculo pasan porque el empresario ejerza sus facultades disciplinarias a través del despido. Esta respuesta en cambio no resulta satisfactoria para quien presenta un perfil de acosador moral. Lo que este individuo pretenderá es que sea la propia víctima la que termine por abandonar la relación como culminación de su proceso de destrucción psicológica, sometida mientras tanto a sistemáticas sevicias y por supuesto sin que el acosador siquiera esté dispuesto a asumir el riesgo de una posible improcedencia de su decisión extintiva, siempre posible, cuando se ejercitan acciones disciplinarias.

Desde la posición de la víctima parece que no existe psicológicamente para ella ninguna otra solución más eficaz que la de escapar físicamente de la situación de acoso.

Para conseguirlo, la solución más eficaz, aunque no la única que ofrece el ordenamiento, entendiéndolo por eficaz aquella que reconozca la existencia del acoso, lo erradique y fije indemnizaciones resarcitorias y reparadoras a favor de la víctima, es la resolución del contrato que se configura como el procedimiento más adecuado, sin perjuicio de otras alternativas de las que más adelante trataré, para la voluntaria decisión del trabajador agredido de resolver el contrato con fundamento en el incumplimiento empresarial de sus obligaciones, artículo 49.1.j) ET (**RCL 1995, 997**)²⁸.

²⁸ MOLINA NAVARRETE:, (2001) al momento de describir las alternativas que ofrece el ordenamiento frente al acoso, las distingue y ordena del siguiente modo: técnicas preventivas, reparadoras y represivas o sancionadoras. Aun siendo técnicamente más correcta esta ordenación yo he preferido presentarlas atendiendo a la idoneidad para la eficaz

solución del problema, entendiéndolo, quizá en contra de MOLINA, que si estamos frente a supuestos de auténtico acoso moral en los que la integridad psíquica de la víctima ha sido efectivamente alterada, la única solución real pasa por la ruptura de la relación laboral.

La norma habilitante sería entonces, cuando el acosador es el propio empresario, el artículo 50.1.a) ET: modificaciones sustanciales en sus condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o menoscaben su dignidad. A su vez en el apartado c): cualquier incumplimiento grave de las obligaciones del empresario, encontrarán encaje las acciones de responsabilidad que contra éste se pudieran emprender por inobservancia de sus deberes de vigilancia o protección de la salud, cuando el agresor fuera uno o varios compañeros de trabajo y el empleador no adoptara las oportunas medidas para corregir la situación.

En ambos casos quien invoca el acoso, deberá acreditar los hechos, las prácticas agresivas intencionadas, en los que fundamenta su pretensión.

Si el atentado puede calificarse de acoso moral, es decir, aquella agresión intencionada que ha causado un daño cierto a la integridad física o moral, o de simple acoso ejercido mediante prácticas de violencia que objetivamente colocaron la integridad física o moral de la víctima en situación de riesgo, el acosado podrá interesar la resolución del contrato de trabajo invocando la lesión del derecho fundamental a la integridad física o moral. El cauce procesal, tal como establece el artículo 182 LPL (**RCL 1995, 1144**, 1563), será a través del procedimiento ordinario integrándolo con las especificidades procesales previstas para la tutela de los derechos fundamentales en el artículo 175 y ss. LPL que resultarán así de aplicación al proceso. En este marco entiendo que, con los mismos fundamentos empleados por el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de junio de 2001 (**RJ 2001, 5931**) para estimar que el procedimiento de despido es cauce adecuado para solicitar una indemnización específica resarcitoria y reparadora de la vulneración de un derecho fundamental añadida a la propia del despido, se puede perfectamente llegar a la conclusión de que es plausible solicitar la resolución indemnizada del contrato en los términos del artículo 50 ET y además la indemnización reparadora y resarcitoria del derecho fundamental vulnerado prevista en el artículo 180.1 LPL.

Posibilidad de interesar medidas cautelares

Sin embargo, puede argumentarse con razón, que la resolución del contrato a instancias del trabajador, no constituye una respuesta eficaz, por tardía, a la situación de acoso en que se encuentra la víctima. Mediará un tiempo relativamente extenso desde que se interpone la acción hasta que se obtiene una resolución judicial, tiempo que se puede prolongar aún más hasta la firmeza de lo acordado por el juez en orden a la extinción del contrato. Si a ello se une el criterio doctrinal y jurisprudencialmente dominante de que la resolución indemnizada del contrato no entra en la potestad autotutelante del trabajador y que por tanto precisa de una sentencia constitutiva y firme dictada por el juez, parece necesario intentar buscar otras apoyaturas adicionales en el ordenamiento que permitan alcanzar una solución eficaz.

El ejercicio de medidas cautelares y la ejecución provisional de la sentencia resolutoria que no haya alcanzado firmeza, serían entonces las medidas complementarias que deberían incorporarse al ejercicio de la resolución contractual, para conseguir una tutela judicial verdaderamente efectiva.

Con la nueva Ley 1/2000 (**RCL 2000, 34**, 962 y RCL 2001, 1892) de Enjuiciamiento Civil, las medidas cautelares han adquirido especial relevancia como mecanismo procesal para conseguir la efectiva tutela judicial y cuya viabilidad ha reconocido el Tribunal Constitucional en sentencias 14/1994 (**RTC 1994, 14**) y 148/1993 (**RTC 1993, 149**). Estas medidas, aun tratándose de instrumentos procesales temporales, provisionales, condicionados y susceptibles de modificación y alzamiento, artículo 726.2 LECiv, constituyen un medio idóneo para antes de que se dicte sentencia, conseguir asegurar la efectividad de la tutela judicial por cuanto constituyen el instrumento mediante el que la jurisdicción ejerce su función de tutela asegurando el fallo del proceso futuro. Y adquieren si cabe más relevancia e interés en el orden social, aun revestido éste del principio de celeridad, desde el momento en que constituyen un eficaz contrapunto al ejercicio de un poder empresarial que se presume legítimo y resulta plenamente eficaz al momento de incidir en el contenido y desarrollo del contrato, BLASCO PELLICER:, (2000, 63).

Coincide la doctrina, PEDRAJAS:, (2001, 49), BLASCO:, (2000, 65) MARÍN CORREA:, (2001, 143), CEA AYALA:, (2001, 199) en que, sin perjuicio de posibles puntualizaciones, la nueva LECiv resultaría de aplicación a la LPL de modo que a la concreta medida cautelar prevista en esta última, el embargo preventivo, deberán adicionarse, entre otras posibles, las ahora previstas en el artículo 727 LECiv.

Qué se entienda por asegurar la efectividad de la tutela judicial, término muchísimo más amplio y globalizador que el simple aseguramiento de los bienes litigiosos imperante en la precedente LECiv para los escasos supuestos en que se preveían medidas de este cariz, es cuestión en cada caso vinculada al objeto del proceso. En un litigio en el que se interesa la resolución del contrato con fundamento en la existencia de acoso atentatorio a la dignidad personal del trabajador o incluso tratándose de acoso moral en sentido estricto, al derecho fundamental a la integridad, la pretensión principal que se ejercita es que reconociéndose

judicialmente la existencia del acoso, que el trabajador acosado pueda extinguir su contrato de trabajo correspondiéndole todos los derechos indemnizatorios legalmente previstos para los supuestos en que pierde el trabajo por causas ajenas a su propia voluntad.

Por ello lo que debemos plantearnos es si sería factible, solicitar como medida cautelar, el adelantamiento temporal y provisional de esas pretensiones sin necesidad de esperar a que se dicte sentencia, y más concretamente si junto con la demanda se podría solicitar la medida consistente en que, en una situación de acoso ambiental, se exonerara al trabajador de su obligación de prestar servicios, sin perder por ello derecho a las contraprestaciones por su trabajo, salario y alta en Seguridad Social fundamentalmente²⁹.

²⁹ Podrá argumentarse en contra de la aplicación de medidas cautelares que éstas sólo son factibles en procedimientos que culminen en sentencias que por contener pronunciamientos de condena sean susceptibles de ser eventualmente ejecutadas, característica que no cumple la sentencia de resolución de contrato que es meramente constitutiva.

Sobre el contenido meramente constitutivo de la sentencia de resolución de contrato o si por el contrario, además de la indemnización, contiene otros pronunciamiento de condena, remito a lo que diré en el epígrafe siguiente al tratar de la ejecución provisional. Sin perjuicio de ello debo también hacer hincapié en que la LPL no limita la implantación de medidas cautelares al carácter condenatorio de la sentencia que se dicte, sino que su finalidad es asegurar la efectividad de la tutela judicial y desde esta perspectiva nada impide que se puedan adoptar medidas de este cariz en sentencias que contengan pronunciamientos de naturaleza constitutiva.

Las medidas previstas por el legislador en el artículo 727 LECiv constituyen un número abierto de posibilidades como ratifica plenamente su regla 11^a. Las establecidas específicamente en las otras reglas anteriores, no sirven adecuadamente a la tutela solicitada en un proceso de resolución contractual, pues responden a pretensiones acerca del patrimonio o la conducta del demandado y no del propio demandante, pero ello no puede significar que cuando la acción ejercitada lo que pretende es recabar del juez la dosis de autotutela de la que el trabajador por sí mismo carece en la relación contractual laboral para resolver su contrato indemnizadamente, no puedan efectivamente establecerse medidas cautelares que avancen con rapidez y eficacia el resultado del fallo.

La solicitud de estas medidas, incluso antes de la demanda si existen razones de urgencia o necesidad, artículo 730.2 LECiv, deberá justificar la razón de su adopción en los términos exigidos por el artículo 728 LECiv, acreditando el peligro de la mora procesal, presentando un principio de prueba del buen derecho que se reclama y sometiéndose a la eventual exigencia de caución.

Los dos primeros requisitos se colmarían razonablemente acreditando su urgencia con justificación en el mayor deterioro psíquico que causaría el mantenimiento de la situación de acoso y acreditando el derecho del solicitante mediante la aportación indicios de los que inferir la existencia de agresiones contrarias al menos a la dignidad humana.

El tercer requisito, exigencia de caución, entiendo que, no integrando el contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita, artículo 6 Ley 1/1996 (**RCL 1996, 89**), y no conteniéndose en la LPL norma habilitante al respecto, no puede soslayarse aun tratándose de acciones emprendidas por trabajadores en el marco del contrato de trabajo. Cuestión distinta son los parámetros cuantitativos que deba utilizar el juez para su cuantificación para lo que éste goza de una cierta discrecionalidad atendiendo a la naturaleza y contenido de la pretensión y la valoración del fundamento de la medida. En todo caso la caución estaría destinada, artículo 529.3, al que remite el 728.3 LECiv, a responder de los daños causados al demandado para el caso de que la demanda no prosperara.

Las medidas cautelares así adoptadas extenderían su ámbito temporal hasta el momento en que conforme el artículo 548 LECiv pudiera ejecutarse siquiera provisionalmente la sentencia dictada.

La ejecución provisional de las resoluciones contractuales por acoso y por acoso moral

La ejecución provisional, aquella que puede adoptarse para la efectividad inmediata de las sentencias que no han adquirido firmeza por estar pendientes de recurso, tiene por finalidad en el orden social, según indica la STC 105/1997 (**RTC 1997, 105**), además de servir de freno a recursos meramente dilatorios, la de dotar de eficacia inmediata a la pretensión del trabajador y actúa por tanto como mecanismo compensador de la desigualdad sustantiva inicial entre las partes. Ocurre sin embargo, que pese a encontrar la ejecución provisional suficiente justificación en el proceso laboral, la LPL no la regula expresamente más que para determinadas resoluciones y en cambio no establece medida procesal de ningún tipo para la ejecución provisional de sentencias de resolución de contrato, remitiéndonos para ello a la LECiv a través de su artículo 303³⁰.

³⁰ Ciertamente se puede argumentar que la virtualidad aplicativa del cauce de la ejecución provisional dependerá de si estamos frente a episodios de acoso simplemente atentatorios a la dignidad del trabajador o ante un estricto acoso moral identificado por prácticas que pongan en riesgo o efectivamente dañen el derecho fundamental a la integridad, pues en este segundo caso, aun siguiéndose, por disponerlo el art. 182 LPL (**RCL 1995, 1144**, 1563), el cauce del procedimiento ordinario, éste se integraría con las especificidades procesales propias del proceso de tutela. Entre ellas se encuentra la previsión que en materia de ejecución provisional establece el art. 301 LPL disponiendo que estas sentencias son inmediatamente ejecutivas desde que se dicten, según la naturaleza de la pretensión reconocida, no obstante, el recurso que contra ellas pudiera interponerse. Ello significa en definitiva que las sentencias dictadas en este tipo de procesos darán lugar a despacho de ejecución siempre que contengan pronunciamientos de condena que así lo necesiten, pero no cuando exclusivamente efectúen declaraciones o constituyan relaciones jurídicas plenamente satisfechas con el contenido mismo de la resolución judicial.

La nueva LECiv redefine esta institución abriéndola a todo tipo de resoluciones judiciales de condena, excluyendo así tan sólo a las meramente declarativas y constitutivas y asienta el principio a favor de la ejecutividad provisional, prescindiendo del anterior corsé que imponía la exigencia de fianza para ejecutar y lo sustituye por la posibilidad que confiere al ejecutado de presentar caución alternativa a su despacho. Esta redefinición de la institución abre nuevas perspectivas a la ejecución provisional de todos aquellos procedimientos que de modo expreso no regule la LPL y entre ellos se encuentra la acción de resolución de contrato, sin que tengan actualmente sentido a mi parecer, anteriores argumentos como el que con fundamento en el artículo 295 LPL estimaba que la ejecución provisional sólo era aplicable a decisiones extintivas adoptadas por el empresario, pero no por el trabajador³¹.

³¹ Así lo indican SEMPERE Y SAN MARTÍN:, 2001, 124, con cita de la STS de 3 de junio de 1988 (**RJ 1988, 5210**).

La especial cualidad constitutiva de la sentencia dictada en estos procesos ha creado un cuerpo doctrinal y jurisprudencial de rechazo a la posibilidad de ejecutar provisionalmente las sentencias que resuelven el vínculo laboral a instancias del trabajador³². En la actualidad el debate se condensa en la posición dada por la STS de 23 de abril de 1996 (**RJ 1996, 3403**), a la que sigue la más reciente de 8 de noviembre de 2000 (**RJ 2001, 1419**) que resume el criterio jurisprudencial en los siguientes términos:

³² De nuevo SEMPERE Y SAN MARTÍN analizan el iter doctrinal y jurisprudencial sobre la cuestión (2001, 122).

«La doctrina jurisprudencial de la Sala ha matizado sobre el ejercicio de la facultad resolutoria del nexo laboral por voluntad del trabajador, en el sentido de que, salvo casos excepcionales -que no consta concurren en el presente caso-, no cabe que éste resuelva extrajudicialmente el contrato de trabajo, sino que lo procedente es que el trabajador solicite la rescisión del contrato laboral, sin abandonar, la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse este pronunciamiento (STS de 22 de octubre [**RJ 1986, 5878**] y 26 de noviembre de 1986 [**RJ 1986, 6516**], STS 18 de julio de 1990 [**RJ 1990, 6425**] y STS de 23 de abril de 1996 [**RJ 1996, 3403**]), salvo como, antes se ha dicho y, ahora se repite, que la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento».

Pero debe tenerse en cuenta que todas las resoluciones del Tribunal Supremo sobre esta cuestión se dictan en procedimientos distintos del específico de ejecución provisional en el que las resoluciones que se dictan por el juez de instancia carecen de recurso devolutivo, artículo 302 LPL, tal como reconoce la STS de 3 de junio de 1991 (**RJ 1991, 5126**) entre otras muchas. Por tanto las sentencias del Tribunal Supremo no se plantean la posibilidad procesal de interesar la ejecución provisional de las sentencias de instancia que resuelven el vínculo laboral, sino las consecuencias que en el contrato de trabajo adquieren determinadas conductas de los trabajadores, abandonando su puesto, consistentes en definitiva el ejercicio extraprocesal y por su propia cuenta del derecho que sólo provisionalmente les reconoce una sentencia recurrida. En todo caso esta misma doctrina judicial introduce una excepción genérica a la misma regla que crea, que viabilizaría al trabajador a cesar en su trabajo cuando hubiera sido sometido a prácticas atentatorias a su dignidad humana, de modo tal que el uso de su propio derecho en estos supuestos no permitiría actitudes de represalia empresariales despidiéndole por ausencias al trabajo.

Con todo el debate, acerca de si puede emplearse la vía de la ejecución provisional, a mi entender más adecuado que esta modalidad de autotutela del trabajador, sigue abierto. La nueva LECiv, artículo 521.1, excluye de ser ejecutadas, porque la satisfacción de la pretensión se alcanza con el mismo pronunciamiento judicial, las sentencias firmes meramente declarativas y las meramente constitutivas. Debe tenerse muy presente que la razón por la que las sentencias meramente declarativas y constitutivas no abren un ulterior proceso de ejecución, no es porque por definición dogmática no puedan ejecutarse, lo que contradiría de plano el artículo 24 Constitución Española (**RCL 1978, 2836** ApNDL 2875), sino porque como se acaba de decir todos sus efectos y la satisfacción de las pretensiones de la parte se colmarían con la existencia misma de la sentencia judicial.

Por ello el artículo 521.3 recoge la posibilidad de que las sentencias constitutivas puedan ejecutarse respecto de sus pronunciamientos de condena.

El debate entonces quedaría centrado en si la sentencia que resuelve el contrato, además de la condena al abono de la correspondiente indemnización a favor del trabajador, particular sobre el que no existiría ningún reparo para admitir su ejecución provisional, contiene alguna suerte de pronunciamiento de condena que habilitara al acosado para ejecutarla provisionalmente sin esperar a su firmeza.

Para ello debe tenerse muy presente que una sentencia resolviendo el contrato con fundamento en la existencia de acoso moral, atendiendo al especial perfil psicológico del acosador, puede exacerbarle su agresividad, por lo que parece entonces aún mas necesario, si creemos que la tutela judicial efectiva no es algo retórico, encontrar soluciones desde el ordenamiento que aseguren los derechos de la víctima.

Al resolverse el contrato desaparecen las obligaciones recíprocas que se deben las partes y por tanto la de prestar servicios por parte del trabajador. Una alternativa que por tanto podría sostenerse es que la resolución contractual conlleva implícitas obligaciones de hacer y de no hacer para las partes, directamente afectadas por el contenido de la sentencia constitutiva y que conforman pronunciamientos de condena que pueden perfectamente ejecutarse.

Prueba lo que estoy diciendo el supuesto de hecho de la STS de 23 de abril de 1996 (**RJ 1996, 3403**) antes citada. En este caso dictada sentencia resolviendo el contrato, la empresa la recurrió y al tiempo procedió a cursar la baja de los demandantes en Seguridad Social y a dar por extinguida la relación. Los actores demandaron por despido que el Tribunal Supremo estima por entender que recurrida la sentencia, pervive la relación y por tanto, digo yo, las obligaciones contractuales entre las partes. Estas obligaciones son a mi entender perfectamente susceptibles de controversia y ejecución.

Con fundamento en ello el trabajador podría interesar la ejecución provisional de la sentencia exonerándole de la obligación de prestar servicios para el empresario.

Otras vías procesales adicionales a la resolución del contrato

Quien está siendo objeto de un acoso que atenta contra su dignidad, alternativamente a la demanda de resolución de contrato, con la idea puesta en el mantenimiento del vínculo laboral en debidas condiciones, podrá solicitar en este supuesto que se dicte sentencia que ordene al agresor que cese en sus prácticas. Deberá igualmente acreditar los hechos en que se fundamente la pretensión que en este caso culminará con una sentencia que impondrá obligaciones de hacer o de no hacer cuya ejecución deberá en su caso interesarse a través del artículo 705 y ss. LECiv.

Además podrá formular denuncia ante la autoridad administrativa laboral para que se levante acta de infracción por considerar que dicha conducta constituye un atentado al respeto a la dignidad debida al trabajador y por ello una infracción calificada como falta muy grave por el artículo 8.11 del RDley 5/2000 (**RCL 2000, 1804**, 2136) actual texto refundido de la LISOS.

A su vez el sometido a acoso moral en sentido estricto mediante prácticas que pongan en riesgo o efectivamente perjudiquen su integridad física o moral, alternativamente a la resolución contractual, podrá interesar que se dicte sentencia que declare que la conducta del agresor constituye un atentado al derecho fundamental a la integridad, ordene al agresor que cese en sus prácticas y repare las consecuencias del acto ilícito. Esta petición podrá articularse tanto por el procedimiento específico de tutela, previsto en el artículo 175 y ss. LPL en cuyo caso resultarán de aplicación las especificidades procesales que le son propias y que redundan en una mayor garantía, o por el procedimiento ordinario en cuyo caso el procedimiento deberá ignorar su aplicación³³. Sea cual sea la vía elegida la pretensión en este caso culminará con una sentencia que impondrá obligaciones de hacer o de no hacer cuya ejecución deberá en su caso interesarse a través del artículo 705 y ss. LECiv sin perjuicio obviamente del carácter directamente ejecutivo de la sentencia que se dicte para el supuesto de que se siga la vía del procedimiento de tutela, tal como establece el artículo 301 LPL.

³³ Debe tenerse en cuenta la STC 90/1997 (**RTC 1997, 90**) que admite que la tutela judicial de los derechos fundamentales puede llevarse a cabo bien a través del procedimiento específico de tutela o del procedimiento ordinario o de cualquiera de las modalidades procesales en su caso. No obstante debe tenerse presente que el procedimiento del art. 175 y ss. LPL (**RCL**

1995, 1144, 1563) resulta siempre más adecuado atendiendo a las especificidades procesales que contiene y que potencian una mayor tutela del derecho fundamental.

Además podrá formular denuncia ante la autoridad administrativa laboral para que se levante acta de infracción por considerar que dicha conducta, por vulnerar un derecho fundamental constituye necesariamente un atentado al respeto a la dignidad debida al trabajador y por ello una infracción calificada como falta muy grave por el artículo 8.11 del RDley 5/2000 actual texto refundido de la LISOS, normativa que curiosamente no tipifica como falta laboral los atentados contra derechos fundamentales inespecíficos o contrarios a las causas de discriminación proscritas en el artículo 14 CE en relación con el 17 ET.

Obviamente cuando se interese una sentencia que ordene al acosador el cese de sus actos de agresión podrán solicitarse las medidas cautelares y la ejecución provisional en los términos descritos en el epígrafe anterior.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que estas acciones contienen una clara petición de condena: a un no hacer por parte del agresor, cesar en sus sevicias, y a un hacer, reponer a la víctima en la situación anterior al acoso. En consecuencia las dificultades teóricas anteriormente descritas y que podrían dar lugar a mayores reticencias para su admisibilidad se desvanecen en gran medida.

Por ello sería quizá recomendable que ambas acciones, la de resolución contractual y la de condena al cese en el acoso, se ejercitaran paralelamente.

El acoso moral como accidente de trabajo

Pero además, el acoso moral habrá causado un daño a la víctima en su integridad física o moral que, en tanto incluido en la acción protectora del sistema de Seguridad Social, artículo 38 LGSS (**RCL 1994, 1825**), deberá repararse con las prestaciones previstas.

La primera controversia a resolver será entonces si es accidente de trabajo la contingencia de la que deriva la lesión causada a la víctima. Ésta ha sido la conclusión a la que han llegado la STSJ de Cataluña de 30 de mayo de 2001 (**AS 2001, 2602**) y la del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de abril de 2001 (**AS 2001, 1878**), aun cuando en este segundo caso tal como indico en nota 13 al pie, en mi opinión el fenómeno descrito no puede calificarse de acoso moral, sino que constituye otra clase de agresión³⁴, también conceptuable como accidente laboral.

³⁴ Un supuesto similar que responde a los mismos parámetros dogmáticos es el síndrome ansioso depresivo causado por acoso sexual calificado de accidente de trabajo por STSJ de Galicia de 24 de enero de 2000 (**AS 2000, 60**).

Ambas resoluciones estiman que se trata de enfermedades contraídas por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo y como accidentes de trabajo deben considerarse conforme al artículo 115.2.e) LGSS. En el primer caso aun cuando en ello no profundiza la sentencia, debe entenderse que el Tribunal concluye considerando accidente a la depresión, enfermedad causada por el trabajo que condujo al suicidio del trabajador fuera de los locales y del momento de prestación del servicio. Es de suponer que el debate debió versar acerca de si era el trabajo la causa que originó el estado depresivo del fallecido o si éste pudo tener origen en razones ajenas al trabajo, pues tal como establece la norma, para considerar accidente la enfermedad causada por el trabajo, deberá acreditarse por quien lo alegue que tuvo en su realización la causa exclusiva, concluyendo en este sentido el Tribunal a la vista de las pruebas practicadas. Por otra parte no debe descartarse del debate otro punto que suscita el voto particular incorporado a esta resolución que, tras dudar acerca de la intensidad del nexo causal -considera que los cambios operados en el trabajo no se pueden apreciar como determinantes de la patología-, introduce el interrogante acerca de si el suicidio no constituye un acto voluntario que rompe toda conexión con el trabajo.

Lo dicho por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña coincide con un pronunciamiento similar dado por la Court d'appel de Riom, sentencia de 22 de febrero de 2000, en el caso Brucker/SA Diamantine y CPAM de l'Allier, que estimó accidente de trabajo el suicidio de un trabajador realizado en los locales de la propia empresa al quedar acreditado que se llevó a cabo en un proceso de alteración psicológica -depresión causada por el estrés y la imposibilidad de atender adecuadamente el trabajo que se le exigía- que atenuaba sensiblemente el carácter voluntario y reflexivo de la decisión autolítica adoptada que no podía considerarse por ello como una falta intencionada de la víctima.

Sin embargo, cuando la lesión acontece en el lugar y momento de trabajo, entrará en juego la presunción del artículo 115.3 que es en la que se fundamenta la STSJ de Navarra ³⁵ al exigir, con base en la STS de 27 de diciembre de 1995 (**RJ 1995, 9846**), que en tal caso debe destruirse la presunción de laboralidad del accidente, bien porque se trate de una enfermedad que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral o bien porque se destruya el nexo causal entre enfermedad y trabajo.

³⁵ Esta sentencia en su fundamentación relata que la trabajadora tras haber sido encerrada en el vestuario junto con otras compañeras, sufre una crisis de la que es atendida en la mutua

patronal que diagnostica acoso físico y psíquico en el trabajo.

A igual conclusión se llega en la doctrina judicial francesa, valga de ejemplo la sentencia del Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale des Vosges en el asunto Rousseaux/CPMA des Vosges estima accidente de trabajo el sufrido por una trabajadora que se arrojó de un piso quedando parapléjica como consecuencia de un estado de depresión mayor causado por la presión psicológica a que era sometida por otra trabajadora de rango superior.

Y la sentencia del Tribunal Administratif de Rennes de 24 de mayo de 2000 condenó al Centre Hospitalier de Bretagne-Sud a indemnizar a una trabajadora que cayó en baja de larga duración por depresión causada por las medidas adoptadas con la llegada de una nueva dirección hospitalaria que modificó sus funciones³⁶.

³⁶ El texto completo de estas sentencias francesas que cito se puede encontrar en la página web de la Association contre le harcèlement professionnel: www.ifrance.com/achp.

En definitiva, el reconocimiento de que las lesiones causadas por episodios de acoso moral derivan de la contingencia de accidente de trabajo, salvo en los supuestos en los que se trate de acontecimientos acaecidos en el tiempo y lugar de trabajo en los que la presunción, en todo caso destruible con prueba en contrario, operará en favor de ello, exigirá una contundente prueba pericial demostrativa de la relación causal entre lesión y trabajo. Así se deduce con claridad de la STS de 28 de septiembre de 2000 (**RJ 2000, 9649**), que limita la extensión de la presunción del artículo 115.3 LGSS a las lesiones que acontezcan en el tiempo y lugar de trabajo, mientras que las que se evidencien en ocasión distinta «exigirán la prueba demostrativa del nexo causal, directo e inequívoco entre el mal sobrevenido y la ejecución del trabajo».

Sin embargo, entiendo que no será obstáculo para llegar a una conclusión favorable el hecho de que el trabajador presentara antes del daño una «psiquis» más vulnerable frente a este tipo de agresiones, pues en tal caso entraría en juego el artículo 115.2.f) que califica de accidente a las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad agravados como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. Un supuesto así se planteó en el litigio que acabó con la STSJ de Cataluña de 3 de noviembre de 2000 (**AS 2001, 208**). En este caso, se discute si el suicidio del trabajador fuera del lugar y tiempo de trabajo trae causa de éste. Los hechos probados evidencian un supuesto pericialmente complejo del que no se infiere la existencia de un acoso, pero sí de un estrés laboral cuyo origen la sentencia estima que podía residir en la propia personalidad del fallecido y aun admitiéndose que su estado psíquico se descompensara por causa del trabajo, artículo 115.2.f), el Tribunal Superior de Justicia estima que es preciso demostrar la relación causal entre el acto de suicidio y el estrés laboral, lo que no estima probado con las pruebas practicadas, desestimándose la demanda.

Calificado el acoso moral como causa de lesiones constitutivas de accidente de trabajo se aplicará el conjunto de prestaciones reparadoras -sanitarias-, e indemnizatorias -prestaciones del sistema y complementarias por IT, invalidez, muerte y supervivencia en su caso-, así como las indemnizaciones que puedan corresponder por responsabilidad civil que puedan resultar exigibles.

V. El acoso moral cuando el acosador no es el empresario

Antes se ha podido apreciar que el acoso moral no tiene por qué consistir en una agresión del empresario, sino que en muchas ocasiones el agresor es un compañero de trabajo o incluso un grupo de personas. De hecho en inglés el término «mob», usado inicialmente por LEYMANN para calificar este fenómeno y del que deriva «mobbing», se traduce como muchedumbre, y «to mob» como atacar en grupo.

Los estudios de campo realizados también han evidenciado que en ocasiones la agresión se lleva a cabo por personas vinculadas por una relación no laboral. Sin embargo lo que en todos ellos se advierte es la existencia de una situación real de dominio, de tal modo que si el agresor agrede es porque ocupa un rol predominante en la relación contractual, o en su caso personal, que mantiene con el agredido, o porque, cuando quien ataca es un grupo, su propia constitución en la agresión es la que otorga a sus miembros esa posición de ventaja.

En el trabajo³⁷, donde las relaciones personales en muchas ocasiones no se mantienen con el empresario, sino con otros trabajadores jerarquizados en una escala de mando, los episodios de acoso moral, pueden darse y de hecho se dan entre esos trabajadores. En estos supuestos, el acosador será un trabajador de igual o superior categoría que el acosado, que verá en éste un posible competidor, un rival que pone en peligro su personal estatus y que por ello debe erradicarse, HIRIGOYEN:, (2001, 39).

³⁷ En este marco incluyo no sólo las relaciones contractuales calificables de laborales conforme el art. 1 ET (**RCL 1995, 997**) y propias de la empresa privada, sino también las relaciones estatutarias y/o funcionariales, todas ellas jerarquizadas y en las que también se presentan estos conflictos e incluso porcentualmente con una intensidad superior.

En estos casos la quiebra del binomio empresario/agresor, obliga a replantearse las responsabilidades exigibles y las acciones judiciales en defensa del agredido.

Dejando aparte por obvia, la posibilidad de interesar una sentencia declarativa de que la conducta del agresor,

compañero de trabajo, constituye un atentado a la integridad y le ordene cesar en su comportamiento e incluso le condene a indemnizar al agredido por la lesión causada en su integridad física o moral³⁸, de mayor interés analítico son las posibles acciones que, con fundamento en el acoso moral infligido por un compañero puedan ejercerse contra el empresario³⁹.

³⁸ El RDley 5/2000 (**RCL 2000, 1804**, 2136) no conceptúa al trabajador como sujeto capaz de infringir el ordenamiento laboral con actuaciones susceptibles de sanción administrativa, por lo que estimo inviable la actuación de la autoridad laboral reprimiendo este tipo de conductas del trabajador agresor.

³⁹ En estos casos las experiencias más abundantes, teóricas y prácticas, habidas en supuestos de acoso sexual pueden resultar provechosas, pues tanto en uno como en otro caso la agresión se produce en el marco laboral, tutelado y organizado por el empresario, que asume el deber de seguridad para con el trabajador y dirige la actividad productiva de toda su plantilla.

En mi opinión el enfoque adecuado al problema pasaría por profundizar en el contenido de los apartados d) y e) del artículo 4.2 ET (**RCL 1995, 997**) que reconocen para el trabajador los derechos a:

-su integridad física y una adecuada política de seguridad e higiene.

-el respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad.

El primero impone un conjunto de obligaciones al empresario, que leídas a la luz de la Ley 31/1995 (**RCL 1995, 3053**) de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL, son de naturaleza esencialmente preventiva y no meramente resarcitorias. Su artículo 14 es rotundo cuando reconoce a los trabajadores el derecho a la protección eficaz e integral frente a los riesgos laborales, protección que se centra básicamente en el diseño de una política de prevención que a su vez pasa por la evaluación de cuáles pueden ser esos riesgos, entendidos, artículo 4, como posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo.

De acuerdo con ello la pregunta que deberíamos formularnos es si en la actualidad, y atendiendo a las experiencias estadísticas sobre esta materia, podemos concebir el acoso moral en el trabajo como un factor de riesgo⁴⁰ que, por real, debe ser objeto de evaluación y consiguiente prevención, o si por el contrario estamos hablando de episodios tan puntuales que por ilógicos e imprevisibles no serían exigibles a un empresario prudente y virtuoso en el ejercicio de sus competencias y potestades.

⁴⁰ En la terminología que expone la Directiva 89/391 (**LCEur 1989, 854**), fundamento de la LPRL (**RCL 1995, 3053**).

Los datos objetivos, la demanda social sobre este fenómeno⁴¹ y la aún tímida pero cierta reacción de los poderes públicos, apuntan desgraciadamente a que es momento de tomarse en serio esta lacra y no despreciar ni a las víctimas ni sus consecuencias, que como se ha visto en algunas de las sentencias citadas, son gravísimas en muchos casos, lo que justificaría aún más si cabe la conceptualización del acoso moral como riesgo laboral conforme el artículo 4.2º de la LPRL.

⁴¹ Basta acudir a internet y en cualquier buscador solicitar información por el término «acoso moral» o sus equivalentes «mobbing» y «harcèlement» para apreciar la numerosa literatura sobre la materia.

Por ello no parece en este momento desorbitado, sino de todo punto razonable, que el acoso moral, se conceptuara como riesgo obligatoriamente evaluable, objeto de vigilancia y control periódicos por los profesionales correspondientes y todo ello en el marco de una política de prevención tendente a erradicar el riesgo antes de que pudiera provocar el daño.

En esta línea de razones no podemos ignorar que la doctrina sin fisuras -ver la revisión de opiniones ofrecida por LOUSADA., (1996, 272)-, estima que frente al acoso sexual el empresario está obligado a adoptar medidas de prevención. Sus argumentos son perfectamente extrapolables a los episodios de acoso moral. Otra cuestión es hasta dónde alcanzaría el contenido de la obligación preventiva exigible al empresario frente al acoso moral, o dicho de otro modo, cuándo podríamos considerar al empleador exonerado de responsabilidad por actos de esta naturaleza cometidos por sus trabajadores. En mi opinión esta exigencia se concretaría en la efectiva consideración del acoso moral como riesgo objeto de prevención y susceptible de control sistemático, pero difícilmente podría ir más allá. Quiero decir que si pese a las medidas preventivas y de evaluación periódica, razonablemente eficaces adoptadas por el empleador, se producen episodios de acoso, y no olvidemos que mayoritariamente se tratará de agresiones sutiles y negadas por el agresor que calificará todo como «fantasías» de la víctima, estimo que difícil resultaría achacarle alguna responsabilidad

por incumplimiento de sus obligaciones en materia de salud y seguridad laboral.

Cuestión distinta es, no ya desde la perspectiva del riesgo, sino si una vez causado y publicitado el daño debe el empresario adoptar algún tipo de medida sancionadora frente al trabajador o trabajadores agresores.

Coincido con parte de la doctrina, PÉREZ DEL RÍO:, (1990, 194), ESCUDERO:, (1993, 477), en la reflexión de que en el empresario reside la potestad sancionadora y que por tanto nadie puede ejercerla por él o contra él. Pero ello no le exime de las consecuencias de su pasividad.

Conocida la existencia de episodios de acoso moral, el empresario tiene la obligación de reponer el estado de las cosas acomodándolo a la legalidad. Le resulta exigible la recuperación de un sano ambiente de trabajo, apartando al acosador del acosado -que no al acosado del acosador en lo que podría entenderse como una medida de represalia frente a la víctima-, decisión que puede adoptarse con medidas de movilidad e incluso sancionadoras, medidas que ante todo han de mostrarse razonablemente eficaces para erradicar cualquier reincidencia.

Por el contrario, si el empresario conocedor del acoso, desatiende su obligación de hacer, es decir de impedir la reproducción de estos episodios en su condición de garante del deber de seguridad, de la integridad física y de la dignidad del trabajador en el trabajo, responderá entonces, aun cuando él no sea el agresor, de los daños causados. Dicha responsabilidad a mi entender no descansaría en el artículo 1903.4º Código Civil⁴², sino en las obligaciones que directamente se le imponen al empleador en el artículo 4.2.d) y e) ET.

⁴² En este sentido LOUSADA:, 1996, 272 y con cita STSJ de Galicia de 17 de febrero de 1995 (AS 1995, 597).

VI. La prueba del acoso y del acoso moral

El derecho a la vida y a la integridad física y moral, al igual que el derecho a la libertad personal, son derechos que, salvo excepciones que no vienen al caso⁴³, ostenta la persona por el hecho de serlo y no se precisa de ella ninguna actuación para su ejercicio; nuestra mera existencia acredita que vivimos en pleno uso de la dignidad y la libertad en los términos socialmente convenidos y así reconocidos en el ordenamiento.

⁴³ Serían supuestos extremos como la esclavitud, el secuestro, etc.

Sin embargo, la mayor parte del resto de los derechos llamados de libertad (LÓPEZ GUERRA ET ALL.:, 1994, 130), para su disfrute exigen de su titular una determinada actividad, un ejercicio (FERRAJOLI:, 1989, 863). Ponerme en huelga, afiliarme a un sindicato o a un partido, expresarme, desplazarme, etc., me han supuesto como titular de esos derechos haber adoptado una iniciativa personal para su disfrute.

Cuando el disfrute de estos derechos de actividad interfiere o se realiza afectando a una relación jurídico-privada en la que la otra parte no está en disposición de impedirme su ejercicio⁴⁴, su posible violación se llevará a cabo adoptando esencialmente medidas de represalia. Así frente a la decisión de afiliación sindical o de participar en una huelga, el empresario irrespetuoso con estos derechos procederá a despedir al trabajador o dispensarle unas condiciones laborales distintas y peores que al resto.

⁴⁴ Tradicionalmente los denominados derechos de libertad, contrapuestos a los derechos prestacionales que exigen para su disfrute una conducta positiva de los poderes públicos, se han definido frente al poder como espacios en los que éste no debe intervenir limitando al ciudadano su libre ejercicio. No obstante en ocasiones los poderes públicos se reservan la potestad legal de en determinadas situaciones limitar su ejercicio previamente a su disfrute. En cambio cuando los derechos de libertad afectan a una relación jurídico-privada, la otra parte carece de potestades preventivas para limitar su ejercicio. De ahí que la respuesta ilícita del poder privado frente al disfrute de un derecho de libertad se lleve a cabo adoptando esencialmente medidas de represalia.

En estos casos el debate fáctico en sede judicial no se centrará tanto en la prueba del daño causado, el hecho del despido o el trato diferente dispensado no son controvertidos, sino en su razonabilidad: el empresario se defenderá alegando que esa medida responde a motivos objetivos que difuminan cualquier sospecha de represión vulneradora de derechos.

Incluso si lo que se invoca como causa del trato desigual es una determinada circunstancia personal o social, sexo, religión, raza, etc., esta circunstancia no será normalmente objeto de debate, el litigio se centrará en si el trato dispensado trae causa en esa circunstancia personal o en una razón objetiva.

Pues bien, para todos estos supuestos el mecanismo inversor de la prueba previsto en el artículo 179.2 LPL (RCL 1995, 1144, 1563) y que no olvidemos es el resultado de plasmar en una norma positiva la doctrina ampliamente elaborada por el Tribunal Constitucional, sirve como un guante: quien considere lesionado un derecho fundamental deberá, conforme indica la STC 136/2001 (RTC 2001, 136): «acreditar la existencia de indicios que establezcan razonablemente la probabilidad de lesión alegada. La aportación de tales indicios es,

así, el deber que recae sobre el demandante que está lejos de hallarse liberado de toda carga al respecto y al que no le basta alegar, sin más, la discriminación o lesión de un derecho fundamental. El mismo deberá aportar algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos normalmente constitutivos de lesión del derecho, le induzca a una creencia racional sobre su probabilidad». Y de modo aún más pormenorizado, como indica la STC 109/2001 (**RTC 2001, 109**) «al demandante le corresponde aportar un indicio razonable de que la alegada lesión se ha producido, esto es, un principio de prueba dirigido en su caso a poner de manifiesto el motivo oculto de aquel acto, para una vez alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, hacer recaer sobre la parte demandada la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable su decisión». Y sirve porque, en los supuestos en los que el daño se constituye a través de una medida de represalia en respuesta al ejercicio del derecho, la dificultad probatoria de los indicios no es muy relevante pues en la mayoría de las ocasiones se tratará de datos personales de fácil acceso y comprobación: haber sido despedido, haberse modificado las condiciones de trabajo, de salario, etc.

Sin embargo cuando lo que se invoca es que se ha producido un episodio de acoso, en el supuesto que analizamos una agresión a la integridad física o moral de la persona, no podemos desconocer que el artículo 15 Constitución Española (**RCL 1978, 2836**; ApNDL 2875) contempla a la integridad personal como un bien que ya posee el ciudadano por sí mismo y de lo que se le protege es de los ataques exteriores que contra la integridad personal se puedan producir. Ello, exige necesariamente acreditar al menos la existencia de esos atentados producidos en el contexto de una determinada relación jurídica. El debate entonces se va a trasladar de la razonabilidad de la medida, en este caso de la imposible razonabilidad de la agresión, a la existencia misma de la agresión y en este marco poco sirven entonces los mecanismos de inversión de la carga probatoria: no bastará aportar indicios de los que razonablemente sospechar que se ha acosado, sino que habrá que demostrarlo como hecho cierto.

De nuevo resurgen paralelismos entre el acoso y el acoso moral de una parte y el acoso sexual de otra. Conforme la STC 136/2001 (**RTC 2001, 136**) que acabo de citar, el Tribunal se plantea que cuando se invoca un episodio de acoso sexual es preciso que los indicios aportados presenten tan especial cualificación que en definitiva viene a exigir que los hechos constitutivos del acoso queden debidamente acreditados. Así indica: «Sin descartar la realidad psicológica del acoso que la actora dice haber sufrido, los hechos psicológicos sólo pueden probarse a través de hechos físicos y de los aquí presentados no cabe extraer, razonablemente y habida cuenta de los límites de nuestra jurisdicción, la existencia de una situación discriminatoria o lesiva del derecho fundamental». A esta misma conclusión llega la STC 224/1999 (**RTC 1999, 224**) cuando señala que: «En resumen, pues, para que exista un acoso sexual ambientalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto». Y por ello el Tribunal Constitucional ampara a la recurrente tras evidenciar de las pruebas practicadas que: «Es claro, por tanto, que en el presente supuesto se dan los elementos definidores del acoso sexual. En primer lugar, no hay duda de que se produjo una conducta con tendencia libidinosa y, en concreto, tocamientos ocasionales o comentarios verbales de tal naturaleza. En segundo lugar, también ha quedado claro que la conducta no era deseada por la destinataria y finalmente que fue lo suficientemente grave, por su intensidad, reiteración y efectos sobre la salud mental de la trabajadora, generando así un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, no sólo sentido como tal por la víctima, con menoscabo de su derecho a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su intimidad personal». La conclusión por tanto es que en litigios en los que se invoca la existencia de agresiones constitutivas de acoso o de acoso moral, en la terminología que estamos empleando, es imprescindible acreditarlas, sin que para ello resulte de utilidad el mecanismo inversor de la carga de la prueba.

Acreditados los hechos en los que se fundamenta el acoso, al juez corresponderá su valoración, y en este proceso, para llegar a la conclusión de que lo acontecido es constitutivo de una agresión calificable de acoso, habrá verificado:

a) si se trata de actuaciones alegales por no responder a los fines que justifican el ejercicio del poder en los términos previstos en el ordenamiento: el mantenimiento de la empresa y su competitividad⁴⁵. Si por el contrario, las medidas adoptadas resultaran, con independencia de su legalidad formal o sustantiva, susceptibles de conseguir ese objetivo, no podrían conceptuarse como ejercicio violento, por arbitrario, del poder y no constituirían una agresión psicológica. En cambio esta agresión resulta evidente en todos los comportamientos descritos por LEYMANN característicos de quien practica acoso moral, tales como aislamiento, silenciamiento e ignorancia de la víctima, ataques verbales, encomienda de trabajos repetitivos, sin sentido, ridiculizaciones, amenazas, etc. que nunca pueden objetivamente considerarse provechosos para

los intereses de la empresa.

⁴⁵ Tanto se trate de actuaciones ejercidas por el empresario como por cualquier otro trabajador o trabajadores situados en posición dominante frente a la víctima.

b) si constituyen un atentado a la dignidad personal de la víctima, lo que exige valorar la gravedad de las agresiones infligidas para poder considerarlas vulneradoras de este principio inspirador del ordenamiento.

c) si además también colocan objetivamente a la víctima en situación de riesgo cierto de sufrir un deterioro en su integridad física o moral.

De este modo, si los hechos acreditados colman razonablemente las tres exigencias se llegaría a la conclusión de que el demandante ha sido víctima de un acoso atentatorio a su derecho fundamental a la integridad física o moral y si sólo se cumplen las dos primeras debería concluirse en el sentido de que el demandante ha visto agredida su dignidad personal.

Pero en los supuestos en los que se invoca que ha existido un acoso moral en sentido estricto, es decir cuando el acosador ha conseguido su propósito, destruir a la víctima causándole una lesión que afecta a su integridad física o moral, la prueba no sólo tendrá que demostrar los actos de agresión, sino también el daño infligido, probando además el nexo causal entre las prácticas agresivas y la lesión causada.

Acreditado el daño y el nexo causal con las agresiones, parece obvio que la conclusión judicial debería ser la de calificar la conducta como atentatoria al derecho fundamental a la integridad física o moral.

Bibliografía consultada

-OLEA ALONSO, Manuel y M^a Emilia CASA BAAMONDE: en *Derecho del Trabajo*, 10^a edición, publicaciones Facultad de Derecho UCM, 1987.

-BLASCO PELLICER, Ángel: «Proceso laboral y efectividad de la tutela judicial», en *Revista de Derecho Social*, núm. 12, Edit. Bomarzo. Albacete, 2000.

-CEA AYALA, Benedicto: «Ejecución y medidas cautelares», en *Incidencia de la nueva LECiv en el Proceso Social*. Edit. Lefebvre. Madrid, 2001.

-ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo: «El acoso sexual en el trabajo», en *Relaciones Laborales*, II/1993, Edit. La Ley. Madrid, 1993.

-FERNÁNDEZ TOMÁS, Ramón: en *De la arbitrariedad de la Administración*, Edit. Cívitas. Madrid, 1994.

-FERRAJOLI LUIGI: en *Derecho y Razón*, Edit. Trotta, 1989.

-HERRERO ALARCÓN, Félix: «La ejecución provisional», en *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el procedimiento laboral*. (RÍOS SALMERÓN Y SEMPERE NAVARRO: coord.), Edit. Aranzadi. Pamplona, 2001.

-HIRIGOYEN, Marie-France: en *El acoso moral en el trabajo-Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós. Barcelona, 2001.

- en *El acoso moral-El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Edit. Paidós. Barcelona, 2001.

-LEYMANN HEINZ: en *The Mobbing Encyclopaedia*, en www.leymann.se.

-LÓPEZ GUERRA, Luis, Eduardo ESPÍN, Joaquín GARCÍA MORILLO, Pablo PÉREZ TREMPs y Miguel SATRÚSTEGUI: en *Derecho Constitucional*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1994.

-LOUSADA AROCHENA, José Fernando: en *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*. Edit. Comares. Granada, 1996.

-MARÍN CORREA, José M^a: «La nueva LECiv y las medidas precautorias y la ejecución provisional de sentencias en la LPL», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 28. Madrid, 2001.

-MARTÍN DAZA, Félix, Jesús PÉREZ BILBAO y Juan LÓPEZ GARCÍA-SILVA: en *El hostigamiento psicológico en el trabajo*, www.mobbing.nu/476.htm.

-DI MARTINO, Vittorio: en *Violence at the Workplace: the Global Challenge*, en www.ilo.org/public/english/protection/safework/violence/violwk/violwk.htm.

-MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: «Una nueva patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (mobbing)», en *Revista la ley*, núm. 5436 de 10 de abril de 2001.

-MONEREO PÉREZ, José Luis: «Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social», en *Relaciones Laborales*, núm. 15-16/2001, pgs. 13 y ss.

-MONTROYA MELGAR ALFREDO: «El poder de dirección del empresario», en *REDT*, núm. 100. Edit. Cívitas. Madrid, 2000.

-MORALES ORTEGA, José M^a: «Perjuicio del trabajador y modificaciones sustanciales. Los medios de reacción», en *REDT*, núm. 105. Edit. Cívitas. Madrid, 2001.

-PÉREZ DEL RÍO, Teresa: «El acoso sexual en el trabajo», en *Revista Relaciones Laborales*, II/1990. Edit. La Ley. Madrid, 1990.

-PEDRAJAS MORENO, Abdón: «Las diligencias preliminares, prueba anticipada y medidas cautelares de la LECiv», en *Revista Relaciones Laborales*, núm. 12. Madrid, 2001.

-PIÑUEL ZABALA, Iñaki: en *Mobbing-Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Edit. Sal Térrea.

Santander, 2001.

-DEL REY GUANTER, Salvador: «Acoso sexual y relación laboral», en *Revista Relaciones Laborales*, I/1993. Edit. La Ley. Madrid, 1993.

-DEL REY GUANTER, Salvador: «Derechos Fundamentales de la Persona y Contrato de Trabajo: Notas para una Teoría General», en *Relaciones Laborales*, I/1995, Edit. La Ley. Madrid, 1995.

- «El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura», en *Revista del Poder Judicial Especial*, núm. 1 sobre Derechos Humanos, editado por CGPJ.

-RUIZ SALVADOR, José Antonio: «Ejecución provisional de sentencias "ex" artículo 50 ET: visión crítica del estado actual de la cuestión», en *Revista de Derecho Social*, núm. 12, Edit. Bomarzo. Albacete, 2000.

-SÁEZ NAVARRO, Concepción: «Algunas cuestiones sobre el mobbing en el trabajo», en *Revista Aranzadi Social*, núm. 10, Edit. Aranzadi. Pamplona, 2001.

-SANTOS FERNÁNDEZ, M^a Dolores: «Management y Poder de Dirección», en *Revista de Derecho Social*, núm. 11, Edit. Bomarzo. Albacete, 2000

-SEMPERE NAVARRO, Antonio y Carolina SAN MARTÍN MAZZUCCONI: «El Artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores», en *Cuadernos de Aranzadi Social*, núm. 8, Edit. Aranzadi. Pamplona, 2001.