

DOCTRINA

UNA «NUEVA» PATOLOGÍA DE GESTIÓN EN EL EMPLEO PÚBLICO: EL ACOSO INSTITUCIONAL (*MOBBING*)

Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sección 6.^a, de 23 de julio de 2001

Por CRISTOBAL MOLINA NAVARRETE

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Jaén

Análisis del fenómeno del hostigamiento psicológico y violencia moral en el trabajo como patología socio-laboral de las organizaciones y, en particular, en el ámbito de las Administraciones públicas y su incardinación en el concepto de riesgo profesional derivada del nuevo sistema preventivo.

SUMARIO: I. Introducción.- II. El problema social.- III. La respuesta jurídica.- IV. Reflexión final.

En la vida no suele haber soluciones, sino más bien fuerzas en marcha, son éstas las que hay que crear para que las soluciones lleguen.

Antoine DE SAINT-EXUPERY

En homenaje a las víctimas de acoso para animarles a pasar de la ley del silencio a la palabra de ley constitucional

I. INTRODUCCION

Aunque no hay ni una sola organización social, por supuesto ninguna organización de trabajo, ni tampoco hay un solo integrante de los grupos sociales, mucho menos cualquier trabajador, totalmente inmunes o ajenos al denominado «*síndrome del acoso institucional*», «*acoso moral*» o, según terminología anglosajona más al uso, *Mobbing*, descrito ya en la práctica clínica y en los estudios de psicología social, particularmente de psicología laboral, con razonable certeza y autonomía respecto de otros síndromes conocidos desde antiguo, sí parece existir un suficiente consenso científico en torno a su mayor difusión en las instituciones u organizaciones públicas (1). De nuevo, pues, la organización del trabajo y la gestión del personal en las Administraciones Públicas se muestran, lamentablemente, como un campo especialmente abonado para la emersión y desarrollo de gravísimas «*patologías laborales*», vicios institucionales y conflictos interpersonales degenerativos, ignorando y contradiciendo hasta el paroxismo los más elementales principios que, por imperativo constitucional, han de inspirar la actividad de la Administración. Esta forma singular de violación extrema y sistemática, por tanto ni marginal ni ocasional, si bien a través de modalidades más o menos difusas, indirectas y más o menos sutiles, resulta aún más reprochable si cabe, en el plano social y en el plano jurídico, cuando tales comportamientos se producen en servicios públicos de especial relevancia social, como la educación (escuelas, universidades) o la salud (hospitales), en los que las contradicciones son más visibles y lacerantes (2).

Ciertamente, es frecuente destacar la especial intensidad que en estos singulares lugares y «ambientes de trabajo» presenta la emersión de nuevos riesgos vinculados con carácter general a las actuales formas de organización del trabajo, particularmente los conocidos como *riesgos profesionales de naturaleza psicosocial*, tal y como sucede con el denominado «*síndrome del quemado*» (o *burnout*), ya configurado por los tribunales laborales como riesgo profesional cuya actualización puede producir accidentes de trabajo (STSJ País Vasco 2 de noviembre de 1999, ya confirmada por el TS, Sala 4.^a). Pero no por ello es fácilmente asimilable, mucho menos tolerable, desde una mínima confianza en la vigencia efectiva del Estado Constitucional de Derecho y en elementales exigencias de «*ética en la gestión*»

pública», que en el desarrollo de actividades de servicios prestadas en el ámbito de la Administración Pública, cualquiera que sea su dimensión territorial y su naturaleza, se constate con creciente frecuencia un ejercicio del poder de gestión del personal en formas tan violentas como las que engloban estas prácticas o comportamientos de «acoso psicológico» a los empleados, consideradas incluso de manera socialmente muy gráfica pero que peca de exceso verbal nada favorecedor de su comprensión jurídica, como una *forma de psicoterrorismo de empresa* (3). Precisamente, esta doble actitud de sorpresa, primero, y radical rechazo, después, respecto a comportamientos calificables de «acoso moral» en el empleo público es la que inspira la muy significativa decisión judicial que sirve de punto de partida para estas reflexiones o comentarios doctrinales, la STS 3.ª Secc. 6.ª S 23 de julio de 2001 (*LA LEY*, 2001, **6765**).

Por vez primera en nuestro país, en lo que nos consta, el TS tiene oportunidad de pronunciarse y comenzar a sentar jurisprudencia, en buena línea, sobre una forma de violencia en el trabajo atentatoria contra derechos fundamentales de las personas que, en pleno auge en EE.UU. y Europa, ha sido fundamentalmente identificada en instituciones públicas. Esta mayor predisposición y frecuencia de las organizaciones públicas del trabajo se vincula a su carácter más intensamente reglamentado, a su mayor grado de homogeneidad, al particular conservadurismo que continúa dominando sus estructuras y dinámicas de funcionamiento organizativo, así como a la especial intensidad del principio jerárquico. En efecto, paradójicamente, es en este tipo de lugares de trabajo donde la probabilidad de aflorar y expandirse el riesgo de acoso u hostigamiento psicológico es mayor, porque en ellos, entre otras razones por la propia fuerza de las leyes de inercia histórica y la obsolescencia de buena parte de sus paradigmas de regulación organizativa, predominan las estructuras cerradas, el reglamentismo y una cultura de gestión que sigue considerando el poder y el control como valores prioritarios para conseguir la eficacia, frente a otros parámetros propios de las organizaciones de empresa, como la productividad, la eficiencia, la competitividad o, incluso, la racionalidad (4).

Decimos paradójica, incluso contradictoriamente, porque en estas instituciones públicas, a diferencia de las organizaciones privadas, están mucho más fuertemente sometidas o vinculadas al principio de legalidad de las actuaciones, entendido no sólo en ese sentido formal sino, sobre todo, en sentido material. Este sometimiento exige, entre otras cosas, un exquisito respeto a la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas, sin duda de todos los usuarios del servicio pero también, aunque esto le cuesta muchísimo más trabajo reconocer a la Administración, de «sus» empleados, que no son puros «servidores públicos», sino también trabajadores que prestan sus servicios en un ámbito de dirección y organización obligado a ser respetuoso con sus derechos como personas y ciudadanos (Arts. 1.1, 9.1 y 53 CE). Como es ya consolidada doctrina constitucional, si bien afirmada no de forma lineal y sin contradicciones, la constitución de una relación de sujeción especial, y por tanto inspirada en especiales deberes de buena fe o lealtad del empleado (funcionario) respecto de su empleador (servicio público), como son las estatutarias, no puede privar al funcionario de sus derechos fundamentales y libertades públicas, aunque sea transitoria o provisionalmente, ni desembocar en un deber de sujeción extrema o genérico, pues aquellos derechos gozan de una posición preferente en el ordenamiento, pues no por casualidad son «inherentes a la dignidad de la persona» y constituyen el fundamento del orden político y la paz social (Art. 10.1; SSTC).

En definitiva, si la gestión de los servicios públicos conforme a los parámetros hoy marcados por los paradigmas de la «calidad total» pasa necesariamente también por la mejora de las condiciones de vida y de trabajo existentes en este marco de relaciones interpersonales y grupales, configurado hoy como auténtico «ambiente de trabajo» ex Art. 45 CE en relación a los Arts. 40 y 43 CE, es claro que este imperativo comprometido por los poderes públicos brilla por su ausencia cuando el trabajador se ve arrostrado por comportamientos tan degradantes para la dignidad de la persona y su integridad moral como los sintetizados en esa fórmula afortunada de «acoso psicológico» (*Mobbing, harcelement, bullying*). Una vez más nos vemos enfrentados a una disociación o quiebra, en este caso particularmente odiosa, entre la representación normativa (lo que debe ser) y su funcionamiento práctico (lo que es), pese a la proliferación de documentos como las «Cartas de Calidad» de los servicios públicos (5).

En cualquier caso, no pretendemos con este trabajo ni afrontar un estudio detenido de todos los privilegios, inmunidades, vicios y «patologías», acumulados a lo largo de las más de dos

décadas de promulgación, no siempre de vigencia, de la CE, en la gestión del personal al servicio de las Administraciones Públicas, ni tampoco entrar en profundidad en el estudio de aquellas patologías laborales sintetizadas en la noción de «acoso moral», que asume la forma de comportamientos violentos en el mundo del trabajo, público o privado, entendiendo aquí por violencia una *forma de ejercicio del poder mediante el recurso a la fuerza con resultados, pretendidos deliberadamente o no, degradantes de la condición personal y profesional del trabajador o empleado* (6). Más limitadamente, en estos momentos y en esta sede, utilizando en todo momento como hilo conductor la referida decisión judicial del TS, nos conformaremos (1.º) con dar cuenta de un problema social que, aun existiendo de forma constatada la sociedad se resiste a hablar de él, para lo que pretendemos hacerlo visible e identificable en las actuales formas de organización del trabajo en general, y en la organización del trabajo público en particular, para luego (2.º) evidenciar de forma enunciativa las soluciones o respuestas jurídicas (terapias) igualmente posibles para este problema, unas ya existentes, esto es, realizables en sede interpretativa o *lege data*, otras a proponer, es decir, a diseñar en sede legislativa, a través de la referencia a múltiples iniciativas de esta naturaleza adoptadas en fechas recientes en diversos países europeos. Finalizaremos este trabajo pionero en nuestra doctrina (3.º) con una breve reflexión final sobre el sentido y alcance de este nuevo problema de salud laboral, por un lado, y de ciudadanía de empresa, por otro, y del modelo de regulación más adecuado para afrontarlo, ante la incertidumbre hoy generada por la diversidad de opciones de política del derecho diseñadas, aunque poco practicadas por el momento, en los países de la UE.

II. EL PROBLEMA SOCIAL

Según una elemental lección de política del Derecho, plenamente adquirida tanto en la teoría como en la experiencia jurídicas contemporáneas, la existencia de condiciones sociales objetivas es presupuesto necesario, pero en modo alguno suficiente, para reconocer existente un problema social. Además es preciso que la «nueva» situación social afecte a un considerable número de personas en términos considerados inconvenientes e injustos, de modo que tanto las personas afectadas como el resto de personas del grupo social tome clara conciencia de que pueden y deben hacer algo para corregirla, sea a través de acciones individuales sea, sobre todo, de medidas colectivas, a raíz de la emersión de un juicio de disvalor o de reproche por considerar la situación como socialmente indeseable (condición subjetiva: conciencia social de la injusticia de la conducta y de la posibilidad de superarla). Ambos presupuestos o condiciones, de carácter objetivo y subjetivo, concurren plenamente respecto a lo que aquí hemos denominado «acoso institucional», en cuanto hemos tomado como referencia una decisión pionera adoptada en el marco de la organización y gestión del empleo público, pero que en la fórmula anglosajona de «Mobbing», *acoso moral ambiental o de grupo* en términos más correctos en nuestra lengua.

En el primer plano, en el de las condiciones objetivas, la trascendencia social, tanto cuantitativa cuanto cualitativa, del problema es inequívoca en este estadio o fase de análisis del comportamiento socialmente patológico, tal y como demuestran recientes estudios realizados dentro y fuera de nuestras fronteras, incluidos los de prestigiosas organizaciones internacionales, como la OIT. Así, desde el punto de vista cuantitativo se estima que más del 10% de la población asalariada en España padece estas prácticas empresariales persecutorias y degradantes, lo que en los cálculos más radicales puede cifrarse en torno al *millón y medio* de trabajadores. España parece presentar, pues, unas cifras algo superiores a las de otros países europeos, como Francia o Italia (más de *un millón* de trabajadores en cada uno de ellos), incluso por encima de la media europea, cifrada en torno al 9% en el ámbito de la UE. A nivel mundial, serían más de 13 millones de trabajadores los que padecerían este síndrome de «acoso moral» o institucional, según ha evidenciado un reciente informe de la OIT (diciembre de 2000), que viene a actualizar otro presentado con anterioridad, donde ya se evidenciaba el carácter de auténtica «plaga socio-laboral» que afecta de forma creciente a las organizaciones de trabajo (7).

Aunque como ya hemos visto el problema se deja sentir especialmente en determinados sectores, en particular en el ámbito de la Administración Pública, organización laboral en la que se ha producido precisamente la decisión aquí analizada, son múltiples los ámbitos de organización pública o privada de la actividad laboral en los que se constata la emersión y desarrollo de estos comportamientos. Así, junto a las universidades, hospitales y centros de

enseñanza en general, que ocupan un lugar muy destacado en los estudios y en la narración de experiencias concretas por los medios de comunicación, generales o especializados, también se cita el sector de la hostelería, los pequeños negocios familiares y las empresas con trabajadores contratados en condiciones precarias. El carácter cerrado o autosuficiente de este tipo de organizaciones y el miedo al desempleo jugaría, con otros factores, un papel determinante para crear el caldo de cultivo «organizacional» necesario para el diseño y puesta en práctica de comportamientos de hostilidad, acoso o aislamiento del trabajador seleccionado como blanco de la acción de los agresores o acosadores, normalmente el empresario (*Mobbing* vertical), los superiores jerárquicos o los propios compañeros (*Mobbing* horizontal) (8).

Ahora bien, aunque los sectores donde las estructuras organizativas responden más fielmente a principios jerarquizados y encriptados y donde las condiciones de trabajo revisten una mayor precariedad son los enfatizados por el reciente Informe publicado por la OIT, no debe creerse que esta patología se vincula de nuevo únicamente a la recurrente precariedad laboral. Altos directivos, profesionales muy cualificados, como ingenieros superiores o médicos reputados, sufren con intensidad también este tipo de prácticas de «acoso y derribo» psicológico y profesional en la empresa. Del mismo modo, la raíz del problema debe identificarse, junto a la persistencia de modelos tradicionales y autoritarios de organización, que en la actual dinámica competitiva pueden considerarse como «empresas mal organizadas», a la propia dinámica individual y egoísta actual, que hace de la competitividad el principal armamento para la lucha o guerra económica y ocupacional a que se ven sometidos determinados profesionales, más allá de un nuevo fervor en la coyuntura social y económica actual por el neoliberalismo. Frente a la proclamada tendencia del paradigma organizativo dominante en nuestros días a promover formas cooperativas y participadas de gestión, que presupone reconocer mayores cotas de participación a los trabajadores en el proceso productivo, incluso directamente, al margen de sus representantes institucionales, mediante el diseño y actuación de un sistema de formas o técnicas de comunicación, estos comportamientos revelan un paso atrás, un anquilosamiento en formas autoritarias de gestión que se creían superadas en la «nueva» sociedad de la información y el conocimiento (9).

Pero si relevante resulta el problema en el plano cuantitativo, al margen de los márgenes de error y de falta de fiabilidad que los estudios empíricos hasta ahora existentes puedan presentar en este momento, se torna evidente cuando nos situamos en el plano cualitativo, esto es, el de los bienes jurídicamente afectados o lesionados por las conductas de acoso psicológico o moral, pues lo que está en juego es, de nuevo, lisa y llanamente la efectividad de los derechos fundamentales y las libertades públicas en la organización del trabajo. A este respecto hay que llamar inmediatamente la atención sobre el carácter pluriofensivo de este comportamiento, como ya se ha evidenciado respecto de la figura más conocida y regulada, el «acoso sexual», especie del género acoso institucional y moral aquí analizado (10). Aunque no es éste el momento para individualizar los derechos fundamentales concretamente afectados por las conductas de acoso psicológico en el trabajo, sí es oportuno ahora evidenciar que, en un plano más abstracto o genérico, son los valores sociales representados o expresados por la *salud laboral* (Art. 43, en relación a los Arts. 40 y 45 CE) y la *dignidad de la persona* (Art. 10.1 CE) los que se ven intensamente afectados, degradados, por los comportamientos o conductas sintetizables en esa forma de ejercicio violento del poder de empresa --o de gestión del personal en las Administraciones Públicas en que cristalizan las diversas modalidades del acoso moral o psicológico. Consecuentemente, es el restablecimiento de la efectividad lesionada de estos derechos, el deber ser positivo ignorado por la práctica empresarial, lo que presta un fundamento directo, por tanto activable incluso a falta de ley expresa, y múltiple, por tanto realizable a través de una pluralidad de técnicas de tutela, a la acción social de lucha por un derecho a un medio ambiente laboral liberado de acoso, a una política del derecho, no sólo legislativa, *antimobbing* (11).

A la luz de estas observaciones, necesariamente breves pero estimamos que suficientemente significativas, parece claro que se dan las condiciones para encender todas las alarmas sociales y poner en marcha los «anticuerpos» y «vacunas» del sistema jurídico contra este riesgo laboral emergente y esta enfermedad profesional. Pero para ello hace falta, como indicábamos más arriba, que se constate el segundo presupuesto, el subjetivo, esto es, la conciencia personal y colectiva de que estamos ante fenómenos realmente patológicos que requieren una concreta y contundente respuesta del sistema social para corregirla y superarla,

en cuanto exigencia ineludible de racionalidad organizativa y paz social en los lugares de trabajo. También este segundo elemento está hoy plenamente confirmado en nuestra experiencia más reciente.

En efecto, desde esta segunda perspectiva, reveladora del surgimiento de un auténtico, aunque en estado embrionario, *movimiento social de lucha antimobbing*, cabe destacar, en primer lugar, la aparición de típicas formas de autotutela colectiva. De esta manera, con la organización y puesta en marcha efectiva de asociaciones de víctimas, se responsabiliza a un nuevo «sujeto colectivo», que pretende actuar tanto como factor de «exteriorización del conflicto» cuanto «contrapoder externo», sea de la difusión social del problema, a través de la proliferación de artículos de opinión, narración de experiencias en los medios de comunicación y promoción de foros de debate y encuentro, cuanto de prestar asistencia a los afectados bajo el viejo principio de ayuda mutualista (técnicas de «primeros auxilios» o asistencia psicosocial, defensa jurídica...) (12). Pero la responsabilidad social de poner de manifiesto la magnitud del problema y de provocar una reacción del ordenamiento jurídico aparece igualmente compartida por las organizaciones institucionalmente representativas de los trabajadores, particularmente los sindicatos, que ya han adoptado diversas iniciativas en favor de una política global de lucha contra el acoso moral, si bien a tal fin los pasos más decisivos y comprometidos en el plano jurídico están aún pendientes, como por ejemplo el reconocimiento de efectivas cláusulas convencionales *antimobbing*, en línea con lo que ya sucede, si bien todavía con reducida incidencia, respecto de la acción sindical contra el acoso sexual.

Esta fase de percepción y comprensión social del fenómeno, que los británicos llaman «*Mobbing*» y los estadounidenses «*bullying*», ha llevado a la fase de *actuación institucional*, una vez organizado aquel evidenciado movimiento social *antimobbing*, de modo que junto a la evidenciada difusión pública de las situaciones conflictivas se están promoviendo diversas iniciativas legislativas. Así, el Senado, por unanimidad, ha instado al Gobierno a que adopte medidas sobre el asunto a partir del modelo de países como Suecia, Suiza, Dinamarca, Reino Unido, Francia, Bélgica e Italia, algunos de los cuales cuenta ya con una regulación específica sobre el tema (Ej., Suecia) y los demás, la mayoría, han presentado específicos proyectos legislativos al respecto. En este mismo contexto de política legislativa del derecho, si bien en el marco del *Soft Law* o derecho no vinculante, debe mencionarse la Resolución del Parlamento Europeo por la que se solicita a la Comisión Europea un Libro Verde sobre el Estado del Acoso moral en el Trabajo, adoptada tras Informe del eurodiputado Jan Andersson (13).

Finalmente, cabe mencionar la propia reacción de las víctimas a través de la formalización de acciones encaminadas a denunciar, primero, a corregir y reparar, después, y a reprimir, finalmente, tales patologías de conductas o comportamientos «de» y/o «en» la empresa, con lo que ello supone de iniciativa personal, de lucha individual, junto a la colectiva ya evidenciada, en favor del restablecimiento de su derecho a un ambiente de trabajo libre de acoso, recuperando su autoestima y su estatuto de persona y ciudadano en la empresa. Las dos principales garantías heterónomas de tutela efectiva previstas clásicamente en el ordenamiento jurídico-laboral para los derechos de los trabajadores, la característica y primordial intervención de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (relación administrativa de tutela), por un lado, y la promoción de acciones judiciales de condena, cesación y reparación de estas formas de comportamiento violento en el trabajo, por otro. La creciente conflictividad judicial generada por estas situaciones, si bien son todavía pocos los pronunciamientos existentes en materia, especialmente en la doctrina de suplicación y en la jurisprudencia del TS, aunque su extensión es cuestión de poco tiempo, y la multiplicación de las denuncias a la Inspección de Trabajo evidencian con nitidez la inexcusabilidad y la urgencia de afrontar jurídicamente, en vía interpretativa primero, y legislativa, después, las diferentes modalidades o formas en que se concretan la práctica o comportamiento de acoso moral, psicológico o, especialmente cuando tiene lugar en el ámbito de gestión del trabajo de los empleados públicos, institucional (14).

Precisamente, aunque pueda parecer paradójico, pese a que la primera decisión del TS, que sirve de excusa para este análisis, se ha producido en la Sala Contencioso-Administrativa, lo que puede explicarse fácilmente por las leyes de probabilidad, dada la frecuencia de estos comportamientos patológicos en las Audiencias Públicas, es en este ámbito de organización del trabajo y gestión de personal donde el ordenamiento vigente encuentra mayores dificultades para prestar el adecuado sistema de garantías requerido por estos comportamientos, cuya novedad consiste más en su extensión y carácter sistemático que en

su contenido material. Excepción hecha de la tutela resarcitoria frente a los daños provocados, contemplada expresamente por la comentada STS 23 de julio de 2001, si bien en un sentido amplio que merecerá comentario, el resto de instrumentos de tutela *antimobbing* plantea especiales problemas en el ámbito del empleo público, en particular por el retraso hoy existente, respecto de la organización privada del trabajo, tanto en el desarrollo normativo de procedimientos de control frente a incumplimientos de la normativa preventiva de riesgos laborales o profesionales por la Administración empleadora cuanto en su difusión práctica (ausencia total de cultura preventiva), así como el desfase aún existente en el grado de vigencia efectiva de los derechos fundamentales y libertades públicas en el seno en este singularísimo ámbito laboral.

Pero dificultad e inadecuación en el presente no significa en modo alguno imposibilidad actual de ir, también respecto de los empleados públicos, más allá de la tutela resarcitoria en relación a comportamientos tan intolerables como el acoso u hostigamiento institucional, «*verdadero paradigma de cómo no debe actuar un poder público en un Estado de Derecho*» (15), provocando no sólo máxima «perplejidad» sino también, por imperativos de lógica (racionalidad) y axiología (justicia) jurídicas, una respuesta contundente y efectiva del orden y la «paz social» violados. Vamos a centrarnos ahora, pues, en la posible respuesta del ordenamiento jurídico vigente frente al acoso moral o institucional (*Mobbing*).

III. LA RESPUESTA JURIDICA

Como acabamos de recordar, la inexistencia de una regulación específica, por el momento, no supone en modo alguno que exista un vacío de regulación o, aún menos, un «silencio elocuente» del legislador. En realidad, nos encontramos bien ante una deficiencia o carencia de carácter técnico en la redacción o formulación de determinados preceptos, o bien, en el peor de los casos, de una laguna legislativa. Ambas situaciones pueden resultar plenamente corregibles o integrables por los usuales instrumentos de interpretación, ya extensiva (ampliación de supuestos de hecho contemplados expresamente en la norma por su identidad) ya analógica (ampliación a supuestos no contemplados pero con identidad de *ratio*), ya evolutiva y teleológica (Art. 3.1 CC en relación con los Arts. 1.1, 9 y 10 CE), que exige una interpretación de todas las normas --y todos los comportamientos, públicos o privados--, conforme a los principios jurídicos generales y, sobre todo, conforme al principio de efectividad máxima de los derechos fundamentales y libertades públicas (SSTC 98/2000, 204/2000, entre otras muchas) (16).

Aunque ni conceptual ni normativamente debe establecerse, no obstante una primera apariencia en contrario, una absoluta identidad entre el «acoso institucional» y el «acoso sexual», pese a que éste se configura indudablemente como una modalidad particular o especie del género hostigamiento psicológico en el trabajo, existiendo entre ambas figuras una notoria proximidad que no debe ser tenida en cuenta para el tratamiento jurídico del acoso psicológico o *Mobbing*, es claro que se produce un fortísimo paralelismo con la situación generada por el «acoso sexual» antes de su tipificación legislativa. Como el «acoso sexual», el «hostigamiento psicológico», constituye hoy un *riesgo profesional* que no deriva de la actividad que se realiza, al menos considerada en sí misma, sino básicamente del entorno o ambiente en que tal actividad se lleva a cabo, aunque ni una ni otra forma de comportamiento laboral violento estén expresamente contempladas, aunque sí implícitamente, en el ordenamiento jurídico-preventivo más moderno de Europa, aunque también uno de los más inefectivos o inaplicados hasta el momento, como es el español. Pero a diferencia del «acoso sexual», al menos desde la Ley 3/1989, 3.3, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora, que dio nueva redacción al Art. 4.2 c) ET, el «acoso psicológico» no cuenta ni con una referencia legislativa expresa, mucho menos cuenta con una definición jurídica --lo que tampoco sucede con el «acoso sexual», por cierto-- ni con forma específica y autónoma de tutela coercitiva alguna, ni disciplinaria, ni administrativa, ni penal (17).

No es nada banal, por tanto, utilizar como guía o pauta para analizar la regulación jurídica del acoso moral el origen, evolución y aplicación práctica del régimen jurídico predispuesto por el actual sistema de fuentes de la relación laboral para la lucha antiacoso *sexual*, sin perjuicio de recordar sea las diferencias existentes entre estas diversas modalidades de acoso psicológico y violencia moral en el trabajo sea las propias deficiencias todavía existentes en nuestro ordenamiento en orden a un tratamiento jurídico adecuado del «acoso sexual». Precisamente,

como luego tendremos la oportunidad de profundizar en la reflexión final, la adecuada consciencia de estas insuficiencias debería servir para aprovechar la ocasión, en el caso en que se considere necesario y, en todo caso, oportuno una regulación específica del «*Mobbing*», y proceder al establecimiento de una legislación actualizada y completa con vista a proteger de forma sistemática y eficaz las diversas formas de violencia moral en el trabajo (18).

En términos necesariamente concisos, los principales problemas que suscita el tratamiento jurídico del acoso moral pueden enunciarse del siguiente modo. A saber:

1.º Un problema de *tipificación* normativa del comportamiento o delimitación de la conducta jurídicamente relevante (definición del *supuesto de hecho* o ámbito material de aplicación de las normas).

2.º Un problema de *fundamentación* jurídica o identificación del bien (es) jurídico (s) concretamente lesionado (s) o violado (s) [delimitación del *derecho fundamental vulnerado* de forma específica por el comportamiento del acosador u hostigador, ya sea empresario o cualquier otra persona de la línea jerárquica].

3.º Un problema de *selección de la técnica reguladora* más adecuada para una tutela efectiva y eficaz del derecho lesionado, lo que dependerá, al menos, de la calificación y valoración jurídica que merezca el comportamiento o práctica lesiva (fijación de las consecuencias jurídicas o «sanciones» derivadas del comportamiento ilícito).

La solución de estas características cuestiones atinentes a la regulación de cualquier «nueva» realidad o práctica social abre, como es sabido, múltiples opciones de política del Derecho, que las distintas fuentes del ordenamiento, en particular el legislador, aunque ni exclusiva ni preeminentemente, deberán ir decantando y perfeccionando tanto en el acto inicial de «positivización» cuanto, sobre todo, en su dinámica aplicativa. En el actual estadio evolutivo de la ciencia y la cultura jurídicas la plena juridificación de una faceta de la vida social, aunque sea patológica como la representada por las prácticas de acoso psicológico, no puede ser sólo producto del dato aportado o «puesto» por un legislador, sino también, y sobre todo, la resultante de un proceso complejo de acciones y reacciones en el que participan una pluralidad de sujetos y agentes, aquellos a los que se atribuye el poder de creación de normas tanto formalmente como a través de la actividad hermenéutica de interpretación (jueces, interlocutores sociales, ciudadanos afectados o implicados...). La respuesta jurídica frente al problema social del acoso moral o psicológico no es sólo, ni ahora en un momento originario, «fundacional» o de reforma, ni después. Incluso no es tanto un problema de técnica legislativa o normativa, sino más bien una cuestión de técnica interpretativa. Veámoslo.

Respecto al primer problema, el relativo a la definición o delimitación de la conducta o comportamiento jurídicamente relevante, lo que aquí hemos denominado tipificación de la conducta ilícita y, por tanto, reprochable jurídicamente, un primer interrogante a solventar es el de decidir si se otorga o no autonomía al *tipo jurídico de acoso moral* respecto del *tipo social y prejurídico*, en particular tal y como éste resulta del saber científico y de la práctica y conformados, aunque todavía lejos de su consolidación, en la medicina y en la psicología del trabajo. Aunque no es éste ni el momento ni el lugar para adentrarnos en un problema tan clásico y de tanta enjundia teórica para el jurista, bastará aquí con evidenciar la necesidad de delimitar o definir la conducta de tal modo que, expresando o respetando las exigencias de autonomía conceptual y definitoria del análisis jurídico respecto de otros conceptos y prácticas procedentes de saberes, experiencias y culturas extrajurídicas, garantice al mismo tiempo una plena sintonía con el problema socialmente relevante, permitiendo tipificar o comprender adecuadamente en términos jurídicamente significativos las diversas modalidades o figuras sintomáticas de acoso decantadas, con características cada vez más definidas y singulares, en la práctica clínica (19).

Naturalmente, la respuesta a este interrogante vendrá en gran medida condicionada por la posibilidad de identificar un concepto prejurídico o clínico de la conducta de acoso psicológico (*Mobbing*) suficientemente precisa, única, consensuada o definida en los estudios realizados por expertos en psicología del trabajo, incluso en psiquiatría. A este respecto, al margen de evidenciar que estamos aún ante una cuestión relativamente reciente, por lo que no existe un número de análisis suficiente para llegar a resultados definitivos, aunque sí significativos,

conviene poner de relieve las dificultades de definir con razonable seguridad estos comportamientos, como prueba el siguiente dato: el primer y mayor especialista en este tipo de comportamientos, el psicólogo residente en Suecia H. LEYMANN, describe hasta 45 comportamientos incluíbles en el concepto de acoso moral. Este analista pionero define esta patología socio-laboral como aquella *situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos 6 meses) sobre otra persona o personas, respecto de las que mantiene una relación asimétrica de poder, en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo* (20).

Por lo general, las múltiples propuestas legislativas ahora existentes en los diversos países europeos parecen optar, si bien a través de técnicas definitorias diferentes, por recibir legalmente el concepto más amplio y extendido de acoso moral en los estudios de psicología y psiquiatría del trabajo, por tanto, siguiendo muy de cerca los presupuestos y las experiencias prejurídicas de medicina del trabajo, psicología laboral o sociología de las organizaciones. Así, por ejemplo, el Art. 1.1 del proyecto de ley núm. 6410 de la Cámara de los Diputados italiana, identifica la finalidad de la ley con la tutela de los trabajadores respecto de cualesquiera *«actos y comportamientos hostiles que asuman las características de la violencia y la persecución psicológica en el ámbito de la relaciones de trabajo»*, mientras que el Art. 1.2 del mismo entiende por estas conductas de violencia y persecución psicológicas *«los actos realizados y los comportamientos mantenidos por empleadores, además de por sujetos que asumen funciones (o tareas) en posición supraordenada o de igual grado en relación con el trabajador, orientados a dañar a estos últimos y que son desarrollados con carácter sistemático, duradero y con evidente predeterminación»*.

Más concisa, pero también más imprecisa y ambigua, es la definición del proyecto de ley francés, en cuanto que identifica el ilícito con toda conducta de acoso que persiga *«la degradación deliberada de las condiciones de trabajo»*. Las propuestas españolas parecen ir en una dirección definitoria más próxima a la opción italiana, cubriendo en todo caso las dos principales modalidades de conducta socialmente reprochable: los comportamientos hostiles e intimidatorios realizados por el empresario o sus representantes, normalmente, aunque no siempre, con la finalidad de provocar la salida *«voluntaria»* de la organización por parte del trabajador-víctima (acoso institucional o estratégico --*bossing*--), por un lado, y la modalidad persecutoria u hostigadora realizada por otros trabajadores, si bien sólo cuando exista una relación, fáctica o formal, de jerarquía (*Mobbing* vertical), no cuando exista una relación paritaria, esto es, una relación entre compañeros o colegas (*Mobbing* horizontal) (21).

Un segundo interrogante que nuestro legislador, o/y el intérprete, deberá resolver es si opta por un concepto jurídico funcional o teleológico de acoso moral, esto es, válido para una concreta rama del ordenamiento, como el Derecho social del trabajo, el Derecho de la prevención de riesgos o el Derecho penal, entre otros, o si prefiere, en cambio, un concepto ontológico o sustancialista, es decir, de eficacia jurídica universal en cuanto sería válido para todas las ramas del ordenamiento que se verán obligadas a tipificar el acoso moral. La primera opción, la funcional o teleológica, es la que parece inspirar la mayoría de las propuestas de regulación legislativa existentes en diversos países europeos, como sucede en Francia o Italia, mientras que la opción de política legislativa del derecho *antimobbing* puesta en marcha en España parece inclinarse, sin embargo, por la segunda, apostando por una definición genérica y de valor jurídico universal, lo que tiene la indudable ventaja de la seguridad pero el inconveniente de la ineficacia o inadaptación a las diferentes exigencias valorativas, conceptuales y técnicas de cada subsector jurídico, aun en el marco de la tantas veces proclamada, pero no realizada -ni quizás realizable-- unidad del ordenamiento jurídico (22).

Una tercera cuestión que presenta el problema de la tipificación o delimitación de la conducta jurídicamente relevante de acoso moral es la elección de la concreta técnica definitoria a emplear. Ante la diversidad de formas de manifestación de la conducta de acoso u hostigamiento psicológico se abre al menos una opción: o seleccionar una técnica de carácter analítico y detallado, que enuncie o enumere los concretos comportamientos tipificables o encuadrables en el ilícito, bien con carácter enunciativo o abierto, según la hipótesis más realista y eficaz, o bien con carácter cerrado o *numerus clausus*, según una opción poco

recomendable por ineficaz y rígida (técnica del listado o *per relationen*), o apostar firmemente por una definición concisa pero genérica que, a través de la formulación del tipo a modo de cláusula general, permita abarcar todos los comportamientos posibles (técnica definitoria). Si la primera opción tiene la ventaja de la claridad y certeza, con el respeto al principio de seguridad jurídica, es claro que la segunda tiene la ventaja de la flexibilidad y eficacia protectora, en cuanto que remite al intérprete la concreción en cada caso de los comportamientos «sancionados» (principio de efectividad del derecho protegido y de adecuación a la realidad social histórica). Aunque con redacciones parcialmente diferentes, esta segunda opción parece ser la seguida mayoritariamente por las propuestas de regulación ya disponibles, incluidas por supuesto las iniciativas parlamentarias --no propiamente legislativas hasta el momento-- españolas (23).

Finalmente, creemos oportuno hacer referencia a otra cuestión de técnica jurídica especialmente importante en este marco de problemas, pues además de su trascendencia teórica presenta significativas consecuencias prácticas. En efecto, el legislador y/o el intérprete tendrán que decidir si optan por una definición eminentemente estructural y de carácter objetivo, o, en cambio, prefieren una definición eminentemente finalista y de carácter subjetivo. También en este aspecto encontramos una significativa proximidad entre el problema definitorio del «acoso moral» como figura genérica y su forma sexista, el «acoso sexual», por cuanto con ocasión de su delimitación, de extrema complejidad y delicadeza, se ha vuelto a reabrir entre los iuslaboralistas la eterna cuestión entre los tipos definitorios objetivos o subjetivos, como ya sucediera respecto a figuras tan diversas como el «fraude de ley», en sus múltiples manifestaciones iuslaborales --cesión ilegal, contratación...- o las conductas discriminatorias. A este respecto, la práctica totalidad de las iniciativas legislativas hasta ahora emprendidas en los diversos países europeos introducen en el presupuesto de hecho relevante para la norma, junto a los típicos requisitos o *elementos estructurales*, relativos a las características de la conducta --sistematicidad, reiteración y frecuencia, prolongación en el tiempo--, perfiles de tipo *finalista* --persecución de un objetivo discriminatorio, intención de dañar a la esfera profesional y/o personal del trabajador, inducción de una dimisión o salida aparentemente voluntaria de la empresa...- y netamente *subjetivista* --intención específica o voluntad deliberada de provocar un determinado resultado dañoso-- (24).

Aunque esta integración de los aspectos estructurales y objetivos de la conducta ilícita con aspectos finalistas y subjetivos cuenta con el aval de los análisis más relevantes realizados en el plano prejurídico, principalmente en el campo de la psicología del trabajo y la práctica clínico-médica, y podía venir igualmente verificada por las experiencias «normales» hasta ahora verificadas en la práctica, resulta igualmente claro que esta forma de delimitación del tipo plantea importantes problemas de certeza definitoria y de eficacia práctica, tanto en el plano sustancial (efectividad de la tutela) cuanto procesal (facilidad o dificultad probatoria). Las mismas dificultades e incertidumbres que presenta en general el problema definitorio aparecen en este concreto aspecto, respecto del cual no cabe adoptar soluciones simplistas o poco reflexivas. Así, basta una observación para evidenciar la complejidad y ambivalencia de esta cuestión.

En efecto, puede ser inicialmente cierto que un tipo objetivo, esto es, orientado a censurar o reprobado jurídicamente aquellas conductas que social y objetivamente resulten ofensivas o lesivas para los derechos de los trabajadores, por su carácter vejatorio y degradante de la salud y dignidad de la persona, se revela como más garantista, porque amplía la tutela y facilita la prueba, según el esquema de ventajas tradicionalmente atribuido a las técnicas de «responsabilidad por conductas objetivas». Pero es igualmente verdad que la verificación en la práctica de una finalidad de hostigamiento o acoso psicológico puede suponer una extensión del campo de protección hasta ahora brindado por el ordenamiento vigente, mostrando la auténtica novedad reguladora de la tipificación de conductas de tan impresionante antijuridicidad material o sustancial. Comportamientos formalmente adecuados del empresario, por ofrecer una aparente justificación, se evidenciarían como ilícitos en aquella perspectiva de actividad globalmente orientada a producir una campaña de «acoso y derribo», y/o aislamiento o «vacío», del trabajador víctima, por contrastar con elementales principios jurídico-laborales o con derechos fundamentales, ya concurran o no con la lesión de específicos derechos profesionales (Ej., derecho a la ocupación efectiva, respeto a sus derechos patrimoniales y a su dignidad profesional). Por tanto, y a falta de un análisis más detenido, cualquiera que sea la opción finalmente triunfante en sede legislativa y/o interpretativa, parece evidente la necesidad

de introducir correctivos que eviten las disfunciones e inconvenientes derivados de una comprensión objetivista extrema, que conduciría a una represión o criminalización indiscriminada o generalizada, o subjetivista radical, que llevaría a excluir determinadas conductas social y objetivamente expresivas de acoso u hostigamiento psicológico y a difíciles, sino imposibles, investigaciones sobre las reales u ocultas intenciones o motivaciones del agresor o acosador (*mobber*), multiplicando innecesaria e injustamente los problemas probatorios ya de por sí elevados para la represión de estos comportamientos (25).

En este contexto problemático e incierto, a la espera sea de un eventual pronunciamiento expreso del legislador, que sin duda no será definitivo al someterse a la crítica doctrinal y a la aplicación judicial, sea de la consolidación de un significativo cuerpo de doctrina judicial y de jurisprudencia, ahora sólo en estado embrionario pero ya impulsado en una multitud de juzgados a lo largo y ancho de nuestra geografía, merece especial mención la opción acogida por la STS Sala 3.^a de 23 de julio de 2001. En ella parece acogerse una técnica definitoria general integrada por elementos estructurales y finalistas, si bien despreocupada de análisis tintados de indagaciones intimistas o subjetivistas a ultranza. Así, se sancionan todas aquellas «actuaciones» que constituyan «una forma de acoso moral sistemáticamente dirigido contra el funcionario público reclamante, carentes de toda justificación» (fundamento jurídico 4, B, penúltimo párrafo *in fine*) (26).

De esta manera, el TS opta claramente por una definición amplia, que permite acoger la más diversa gama de formas de exteriorización o manifestación de conductas o comportamientos considerados como hostigadores o susceptibles de producir un «acoso moral», naturalmente siempre que esta conducta reúna algunos requisitos estructurales de tipo objetivo, en particular la exigencia relativa a la «sistematicidad» de la conducta. Igualmente se deduce del relato de hechos y de la fundamentación seguida por el TS otra característica expresada por la psicología del trabajo, el carácter intenso o «extremo» de esta forma de violencia psicológica, como prueba el hecho de que el Tribunal considere tales actuaciones como «paradigma» de lo que no debe hacerse en la gestión de las cosas públicas bajo la forma de Estado de Derecho (27). En el plano finalista, como principales elementos integrantes de la tipificación judicial de la conducta de acoso moral, hay que destacar los siguientes:

-- Verificación de un motivo o *finalidad lesiva por vejación o degradación* de la dignidad profesional y personal: «*dirigido contra el funcionario público reclamante*», lo que expresa la idea de plan preconcebido o predeterminado para generar un determinado resultado lesivo de la posición subjetiva del trabajador (en el caso empleado público), sin que se trate de un resultado antijurídico producido por una simple actuación ilícita de la Administración (28).

-- *Ausencia de causa lícita de los actos concretos* o actuaciones de la Administración Pública agresora o acosadora (Ayuntamiento de Coria --Cáceres--): «carentes de toda justificación». En este caso el TS parece apuntar hacia la necesidad de que las concretas actuaciones incluso carezcan de la más mínima apariencia de legalidad o cobertura formal, siendo ilícitas en sí mismas por carecer de justificación.

-- Un *límite o Standard de tolerancia* de la conducta persecutoria u hostigadora. Este requisito enlaza con la exigencia estructural de intensidad del comportamiento agresivo, y se formula de la siguiente forma: las actuaciones del acosador sobre el acosado deben ser de tal naturaleza como para causar «una fuerte impresión» a cualquier persona mínimamente sensata y razonable. Tal requerimiento se deduce de las manifestaciones de «perplejidad» y «dolor», naturalmente intelectual y moral, evidenciadas por el TS al analizar y emitir su juicio sobre la conducta administrativa narrada en autos.

En definitiva, aunque es mucha todavía la distancia que queda por recorrer, también en el plano del análisis prejurídico, y son muchos los interrogantes abiertos en orden a definir adecuadamente la conducta jurídicamente reprochable y sancionable, el camino ya se ha iniciado por los Tribunales, asumiendo una vez más el usual papel de adaptación de la realidad jurídica a la realidad social. A tal fin comienzan a tipificarse por vía interpretativa algunas de las figuras más sintomáticas de este fenómeno emergente en todos los países de economía «post-industrial» (29), aunque las prácticas de acoso moral nos retrotraigan varios siglos, a la época preconstitucional del «feudalismo industrial», considerado, sin embargo, como paradigma que

«repugna» al Estado Constitucional de Derecho, en el que ninguna organización queda inmune a la vigencia de los derechos fundamentales (STC 88/1985).

Por lo que refiere al segundo gran problema evidenciado para el análisis jurídico del acoso moral, el relativo a la identificación del *fundamento normativo* de la tutela, ya señalábamos que los dos bienes jurídicamente protegidos afectados por el acoso moral son básicamente dos, la salud laboral, por un lado, y la dignidad de la persona del trabajador, por otro. En esta doble vinculación no hay duda alguna y el acuerdo es unánime. Así, aparece con nitidez en todas las iniciativas parlamentarias y legislativas adoptadas, dentro y fuera de nuestras fronteras, para promover su regulación (30). Más complicado es, sin duda, identificar, en un plano más concreto y particular, por tanto más vinculante y garantista, los derechos de los trabajadores que se ven más directa y críticamente vulnerados, pues es claro que todos ellos forman parte, a tenor del Art. 10.1 CE, de la «dignidad de la persona», según la cláusula general de respeto recogida igualmente en el Art. 4.2 e) ET (derecho básico del trabajador) y en el Art. 20.3 ET (límite general a los poderes empresariales), y concretada a lo largo del texto articulado de la ley laboral básica (Ej., Arts. 4.2 a), 18, 39.3, 41, 50 ...). En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que esta garantía no está provista de medidas coercitivas para asegurar su efectividad, antes al contrario cuenta con concretas medidas de tutela incluso en el plano jurídico-sancionador, como veremos en su momento.

A este respecto, dos son, a grandes rasgos y en apretada síntesis, las orientaciones que podemos individualizar en las experiencias jurídicas que, en vía interpretativa, están afrontando el problema de la regulación del «acoso moral»: o reconducir su tipificación a través de las cláusulas y principios generales del ordenamiento --buena fe, abuso de derecho, responsabilidad por hecho ilícito y daño (biológico) a la persona--, modelo característico de la doctrina y jurisprudencia italianos, o bien, como nos parece más correcto a nosotros y más adecuado a nuestra cultura jurídica reciente, situar la sanción de esta forma de violencia psicológica en la organización de trabajo en la esfera de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (31).

Ahora bien, situado el problema en su ámbito adecuado, tanto conceptual como normativa y prácticamente, el de los derechos fundamentales del trabajador (o empleado público), tanto como persona cuanto como ciudadano, incluso como profesional, no es tan fácil delimitar con precisión cuáles son los derechos fundamentales más específicamente concernidos o afectados. A tal fin, aun partiendo del carácter «pluriofensivo» del acoso moral, como ya se dijo y es común en el contexto de la modalidad más conocida y regulada, aunque no suficientemente, la modalidad sexista o acoso sexual, entendemos que tales derechos pueden identificarse en:

1.º) La *integridad física y moral* ex Art. 15 CE.

El acoso moral se revela siempre y en todo caso, y de forma primaria, como agresión al estado de salud del trabajador-víctima, con importantísimos efectos negativos o perjudiciales en su equilibrio emocional y psíquico, multiplicando exponencialmente las enfermedades psicosomáticas y el riesgo de accidentes. No en vano el más reputado investigador de esta patología socio-laboral, H. Leymann, quizás con algún exceso verbal pero que no invalida la utilidad de la metáfora a la que recurre, sintetizaba esta situación como aquella en la que el lugar de trabajo se convierte en el «*último campo de batalla en el que una persona puede matar a otra sin ningún riesgo de llegar a ser procesada ante un tribunal*» (32).

2.º) El *derecho al honor*, en su faceta personal y profesional, ex Art. 18.1 CE.

En la medida en que el acoso moral comprende, o puede comprender, conductas atentatorias tanto contra la autoestima como contra la reputación de la víctima, por lo general en grados extremos --Ej., ridiculización colectiva o pública, «ninguneo», indiferencia, marginación, continuas recriminaciones por pretendidos malos resultados, acusaciones insidiosas reiteradas...- , así como actuaciones dirigidas a desconsiderar, ignorar e invalidar su actividad laboral, pocas dudas puede haber respecto a su negativa afectación del derecho al honor. Representa, pues, una forma sistemática y extrema de «aniquilamiento» de la esfera profesional del trabajador con pretensiones de proyección exterior y hacia el futuro, rebajando hasta la humillación la consideración debida a la valía profesional del trabajador. De ahí que en

determinados estudios se insista en calificar tal conducta como una forma de perversión consistente en la descalificación, desacreditación, aislamiento y confusión totales del trabajador-víctima, con la consiguiente ruptura de sus vínculos sociales y de grupo, a veces incluso familiares.

3.º) El derecho a la *libertad de comunicación* intersubjetiva y/o grupal ex Art. 20.1 CE.

Una de las actuaciones más relevantes ideadas por el agresor o acosador es conseguir romper radicalmente las redes de información-comunicación del trabajador en la empresa, ya sea con sus compañeros, ya con la línea de mando, ya incluso con el exterior, de modo que el trabajador-víctima quede completamente aislado en «su» organización o grupo socio-laboral. A este respecto, debe tenerse en cuenta que uno de los principales elementos que sirven para amparar y favorecer el éxito de la conducta acosadora u hostigadora es, precisamente, la pasividad de los restantes miembros del grupo respecto a esta situación de persecución psicológica, facilitando o consintiendo, por tolerancia o dejadez o por connivencia, el aislamiento, el «vacío» al trabajador.

4.º) El derecho a *no sufrir discriminaciones* ex Art. 14 CE.

Aunque ciertamente no es el fundamento más específico a esgrimir en contra de este comportamiento, no cabe duda de que la actividad de acoso moral termina generando una situación que provoca en el trabajador un trato de desfavor de significado claramente discriminatorio respecto del resto de compañeros. El principio constitucional de no discriminación prohíbe conductas vejatorias o degradantes por razón de «cualquier... condición o circunstancia personal o social» ex Art. 14 CE, al igual que sucede respecto del acoso sexual, si bien en este caso el efecto perjudicial se vincula más directamente al sexo del trabajador (a) víctima.

Esta cuestión relativa al fundamento jurídico de la tutela antiacoso institucional o ambiental en el trabajo (*antimobbing*) es, como puede fácilmente concluirse, determinante o definitoria para afrontar adecuadamente el tercer gran conjunto de problemas que suscita la reconstrucción de la respuesta jurídica frente a tales patologías, el relativo a la *selección de las técnicas más apropiadas de regulación (delimitación de las consecuencias jurídicas o «sanciones» de la conducta ilícita)*. En efecto, ya se afronte de manera inmediata esta lucha por el derecho a un ambiente de trabajo libre de acoso a través de la vía interpretativa, como no puede ser de otra manera en un Estado Constitucional de Derecho que responde, al menos en su representación normativa global, al primado del principio de legalidad material y preferencia por el punto de vista de la persona respecto al punto de vista mercantil o puramente administrativo (Arts. 1.1 y 10.1 CE), ya se afronte en el futuro inmediato por el legislador, en ambos casos el principio jurídico inspirador del sistema de garantías a activar, por el juez, o a reforzar, por el legislador y los convenios colectivos, debe ser exactamente el mismo: aseguramiento de la efectividad de la vigencia en la vida cotidiana del trabajador de los derechos fundamentales y libertades públicas lesionados o violados por las diversas formas posibles de acoso moral.

Para realizar correctamente tan ambicioso, pero inexcusable por constitucionalmente obligado, fin es necesario contemplar simultáneamente los dos aspectos del sistema de tutela: las garantías de efectividad para una *tutela sustantiva* de los derechos de la persona y del ciudadano trabajador (o empleado público), por un lado, las garantías instrumentales o de *tutela procedimental*, dadas las enormes dificultades prácticas para lograr un ejercicio realmente efectivo de aquellas garantías mediante las habituales relaciones jurídico-procesales. En el primer plano, el de la tutela sustancial, las exigencias de tutela pueden articularse a través de tres grupos de técnicas reguladoras:

-- las *técnicas preventivas* (principio de favor por la evitación del riesgo profesional emergente ex Arts. 14 y 15 LPRL),

-- las *técnicas reparadoras* de la lesión o daño sufridos, sea mediante la *corrección* del comportamiento en el presente y hacia el futuro, sea mediante el resarcimiento económico del daño a su estatuto biológico producido por la conducta de acoso (principio de *Restitutio in integrum* o integridad del resarcimiento), y

-- las *técnicas represivas* o sancionadoras en sentido estricto (principio de eficacia, por su carácter ejemplificador y retributivo, de la potestad sancionadora, sea del Estado sea del empresario en caso de ejercicio de la potestad disciplinaria).

En el segundo plano, el que hemos denominado *tutela procedimental* del derecho del empleado a no sufrir acoso moral en el trabajo, la actuación de los poderes públicos debería orientarse, a su vez, en una doble dirección. Por un lado, reforzar la tutela procesal, esto es, la acción del juez en favor del restablecimiento en tiempo y forma, esto es, sin dilaciones y de forma efectiva, del derecho solicitado, para lo que deberá proceder a través de procedimientos especialmente rápidos y preferentes (principio de celeridad de la tutela), en virtud de acciones realmente correctoras del comportamiento lesivo (Ej., acciones de cesación), multas coercitivas (principio de cumplimiento *in natura* de la orden judicial o exigibilidad efectiva y directa del deber empresarial) y facilidades probatorias, según las específicas reglas de reparto de la carga de la prueba vigentes para la tutela de los derechos fundamentales. Por otro, es necesario arbitrar procedimientos que permitan una solución al conflicto, especialmente degenerativo de las relaciones interpersonales o intersubjetivas en la organizaciones de trabajo, públicas o privadas, más allá o incluso previa a la acción judicial, de modo que es un campo también particularmente abonado para ensayar la eficacia de las conocidas *formas extrajudiciales de resolución de conflictos* laborales, en este caso individuales normalmente, acudiendo a instituciones representativas de carácter colectivo o, en su caso, administrativas, abarcando también otras formas de tutela colectiva, así como para reforzar o ampliar el catálogo de supuestos de autotutela ya existente en esta materia.

Para referir con alguna concreción mayor en nuestro vigente ordenamiento jurídico, la dinámica de funcionamiento del sistema de garantías de efectividad para la tutela sustancial podrá reconstruirse del siguiente modo. A saber:

1.º Tratamiento preventivo de la actividad o conducta de acoso moral.

La calificación de estas formas de violencia psicológica como un *riesgo profesional emergente*, de naturaleza psicosocial, por tanto vinculado a la contemporánea organización del trabajo no plantea ahora ya ninguna duda, como acredita de forma inequívoca tanto la lectura de los estudios de psicología y medicina del trabajo, cuanto de los Informes de Organizaciones Internacionales, de la UE y la OIT, así como de las actuales iniciativas parlamentarias y legislativas en la materia. Ya se plantee la cuestión desde los actuales paradigmas de organización basados en parámetros de excelencia en la gestión, que hace de la creación de un «clima laboral satisfactorio» uno de los principales elementos para valorar la calidad del proceso de una empresa (sistema de calidad total), ya desde los más tradicionales planteamientos de la normativa de seguridad en el trabajo conforme al deber general de protección eficaz de la salud del trabajador (Art. 14 LPRL), el acoso moral, como forma de violencia psicológica en la empresa, suscita *un grave problema de salud laboral que ha de ser afrontado, como todo problema de salud, primariamente en vía preventiva y después, sólo cuando ésta falla, que lamentablemente es lo habitual, en vía correctora de la lesión y reparadora del daño*. A este respecto, no debería infravalorarse, ni mucho menos olvidarse, el efecto demoledor y destructivo que tiene cualquier modalidad de acoso psicológico sobre la salud del trabajador (síndromes de ansiedad, estrés, depresión), con un efecto multiplicador de las bajas por enfermedad de los trabajadores que lo padecen (33).

Aunque ninguna modalidad de acoso moral, ni siquiera la modalidad de acoso sexual, está expresamente referenciada en la LPRL, pese a ser muy «moderna» en todos los sentidos y excepción hecha de la remisión ahora implícita a las normas jurídico-técnicas, ninguna duda puede haber de *la aplicación ges data o ius positivum* del entero sistema de garantías del ordenamiento preventivo (34). Desde luego que hasta ahora no haya ocurrido así no es ninguna razón para entender que tal posibilidad pasa por una reforma expresa de la LPRL, aunque pueda convenirse, no sin reservas, en la utilidad de una reforma en tal sentido. Además de la ineffectividad de la que hoy adolece nuestro ordenamiento preventivo, incluso en los aspectos más básicos y tradicionales, pese al notorio esfuerzo desplegado y a la alarma social existentes, sin que por ello nadie dude de la vigencia de este sistema, hay que destacar que la obligación general de protección que pesa sobre el empleador es lo suficientemente amplia y flexible como para integrar, sin forzatura alguna, la evaluación, planificación y

protección frente a cualquier forma de violencia psicológica en la organización del trabajo (*vid.* Arts. 2, 4, 14 y 16 LPRL; 1, 3.7 y 37 RSP --RD39/1997--; NTP 476 INSHT) (35).

Esta aplicabilidad inmediata de la normativa de prevención de riesgos laborales se proyecta de forma análoga en el ámbito de la organización del empleo público, aunque la sentencia que da pie a estos comentarios no haya contemplado esta vía argumental. Esta aplicación debe predicarse con total seguridad al menos en una perspectiva de fundamentación *lex data* de un doble deber. Por un lado, el deber de planificación y evaluación del riesgo de acoso moral (Arts. 16 LPRL y 3 y ss., partic. 4 RSP). Por otro, y cuando así resulte de la concreta evaluación realizada, del deber consecuente de adoptar y documentar las medidas preventivas oportunas o «procedentes» --Arts. 3.a) y 7.c) RD 39/1997-- para garantizar el «mayor nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores», incluidas las «relacionadas con los métodos de trabajo...» (Art. 16.2 LPRL) y las «organizativas» --Art. 3.a) RSP--. Tales medidas deberán ser integradas «en el conjunto de las actividades de la empresa y en todos los niveles jerárquicos de la misma» (Arts. 16.2 LPRL y 1 RSP), lo que significa «la atribución a todos ellos y la asunción por éstos de la obligación de incluir la prevención de riesgos en cualquier actividad que realicen u ordenen y en todas las decisiones que adopten» (Art. 1.1, párrafo segundo RSP) (36).

Más problemática podría resultar, obligado es reconocerlo, la posibilidad de controlar efectivamente la aplicación de esta normativa, en caso de incumplimiento de estas obligaciones por parte de las Administraciones-empleadoras, lo que por cierto sucede lamentablemente de forma sistemática pese al principio de legalidad que debería inspirar su actuar (Art. 103.3 CE). Estas dificultades derivan de las resistencias de la Administración para desarrollar el procedimiento de control previsto en el Art. 42.4 TRLISOS, que remite de modo expreso Art. 45 LPRL, sorprendentemente derogado por aquel Decreto Legislativo. Esta falta de desarrollo reglamentario resulta absolutamente incomprensible, y sin duda intolerable, si se tiene en cuenta la importante rebaja del estándar de exigencia que para las Administraciones Públicas supone este procedimiento, un nuevo privilegio administrativo que permite una suerte de autoverificación o autocontrol del cumplimiento de las normas, a través de sus órganos de mayor rango jerárquico, cuando probablemente serán éstos los responsables de los comportamientos de hostigamiento, aislamiento o acoso moral, y sin más intervención «externa» que el requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Pero el carácter criticable de esta deficitaria situación normativa, múltiples veces denunciada, en absoluto impide su aplicación práctica, y de hecho, si bien respecto de otros aspectos de la LPRL, ya está sucediendo en la realidad, que conoce múltiples requerimientos de la Inspección sobre incumplimientos de este cuerpo normativo por las diferentes Administraciones Públicas (37).

En cualquier caso, sea en el ámbito de la organización privada como de la organización pública del trabajo, parece claro que además de llevar a la práctica la referida NTP núm. 476 a la luz del nuevo sistema de organización y gestión de la prevención tras la LPRL, es necesario elaborar un Código de Conducta («Código de Buenas Prácticas»), al modo del elaborado respecto del acoso sexual por la Comisión Europea, que introduzca un compromiso fuerte de la dirección de personal con la política preventiva antiacoso psicológico y, en general, de la política de lucha contra la violencia psicológica en los ambientes de trabajo. Pero en esta línea anticipatoria es importante igualmente el fomentar, desde los interlocutores sociales, la introducción de cláusulas *antimobbing* en los Convenios Colectivos, justamente en el Capítulo dedicado a la realización práctica de la nueva cultura preventiva de los ambientes de trabajo diseñada, pero inactuada, por la LPRL.

2.º La respuesta reparadora de los daños derivados del acoso moral.

Pero como, desafortunadamente, lo normal será el incumplimiento de esta normativa de prevención, al menos hasta que no consigamos avanzar un paso más en la aplicación de la cultura preventiva y el modelo de organización saludable del trabajo que propugna la LPRL, convendrá inmediatamente rastrear, sin adentrarnos en todas sus posibilidades con la profundidad que merecería, las medidas ya existentes en nuestro ordenamiento para reparar adecuadamente las consecuencias perjudiciales generadas por esta patología laboral. Para este fin es posible identificar, a su vez, dos grandes grupos o modalidades de técnicas de tutela, aquéllas que persiguen una efectiva *corrección* de la conducta, en el inmediato presente

y hacia el futuro, restableciendo o preservando el derecho o libertad afectados (formas de tutela real o efectiva y específica o *in natura*), por un lado, y las que, en cambio, pretenden *resarcir* los daños generados por el comportamiento lesivo o ilícito, fijando un equivalente económico (formas de tutela obligatoria o monetaria y por equivalencia), por otro. Aunque, como veremos inmediatamente, la *STS Sala 3.ª de 23 de julio de 2001*, sólo se centra en la tutela monetaria, a través del reconocimiento de la correspondiente indemnización por daños, si bien confirmando una cuantía exigua respecto de la gravedad de la conducta lesiva exhibida por la Administración Pública, no resulta completamente ajena a la existencia de diferentes vías que garantice un resarcimiento pleno o *in integrum* de los daños causados por la «inaceptable conducta del Ayuntamiento» empleador (38).

Una ilustrativa guía, aunque no completa, de este conjunto o «batería» de acciones que permiten poner en marcha una eficaz estrategia de lucha jurídica contra el acoso moral aparece, para las relaciones laborales en sentido estricto, en el Art. 180 LPL. Este precepto recoge un amplio catálogo o arsenal de formas o técnicas de garantía para el restablecimiento efectivo de todos los derechos fundamentales y libertades públicas, no sólo de la libertad sindical, tal y como recoge el Art. 181 LPL, que abre el procedimiento específico de reacción frente a comportamientos antisindicales a todos los comportamientos empresariales lesivos de aquellos derechos. Estas mismas técnicas de tutela y con idéntico fundamento jurídico serían aplicables para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas (Arts. 2 y 3 LPL), así como para el personal estatutario al servicio de las Instituciones Sanitarias (Art. 45 TRLGSS 1974). Aunque formas de tutela análogas están igualmente previstas y son viables para los empleados públicos con vinculación de estatuto funcionarial, en este ámbito de gestión de personal es claro que el fundamento legislativo será diferente (*vid.* Arts. 31 y 32 en relación al 114.2 LRJCA 1998).

En todos los lugares de trabajo es posible individualizar, pues, al menos tres tipos de derechos, no sólo de reacción o defensa sino de acción, que fundamentan la que podemos denominar *posición de resistencia personal* («derecho a resistir» o *ius resistentiae*) frente a los comportamientos o conductas de naturaleza agresiva, violenta u hostigadora en el plano psicológico o moral procedentes del empleador --público o privado--. En primer lugar, a través del «derecho a impugnar» y a esta conducta a través de una acción de nulidad radical de la misma (*sanción civil de nulidad*), cualquiera que sea el acto o comportamiento, formal o material, jurídico o fáctico en que se concreta la actividad sistemática, recurrente y prolongada de acoso u hostigamiento psicológico, según un mecanismo típico de la tutela *pro cives* o *favor* derechos fundamentales, como enseña la construcción jurisprudencial de los «despidos radicalmente nulos», ahora legalmente recibida (Art. 108.2 LPL; la acción de nulidad de la actuación administrativa está igualmente prevista en los Arts. 31 y 114.2 LRJCA) (39).

En segundo lugar, una *acción de cesación* de la conducta violenta o agresora, solicitando del juez la adopción de las medidas para que el empleador, ya sea la empresa ya la Administración Pública, o la persona que ejerce cualquier forma de poder sobre el trabajador dentro del ámbito de dirección y organización de aquél, deje de actuar de tal forma lesiva para el derecho o derechos del trabajador, privado o público. De este modo, se impide que persista un comportamiento que, por lo general, tiene un carácter extremadamente dañoso, recurrente y prolongado (40). Esta acción de cesación puede tener, asimismo, una dimensión extrajudicial y colectiva, a través del recurso a la intervención de los representantes institucionales de los trabajadores, si bien este mecanismo de autotutela colectiva implica una posición más activa del agredido y, por tanto, desborda la acción de defensa o pura resistencia personal o individual del trabajador lesionado. Finalmente, una *acción de reposición* o de restauración del derecho o derechos fundamentales lesionados a la situación anterior a producirse la conducta acosadora u hostigadora, para lo que cabe exigir del juez la adopción de medidas efectivas para exigir, incluso coercitivamente, la reparación *in natura*, hasta donde sea fácticamente posible claro está por no ser las secuelas irreversibles.

Pero junto a estos derechos que hemos denominado de defensa o resistencia en sentido estricto, cabe igualmente atribuir al trabajador --o empleado público-- afectado un conjunto de derechos, integrante de lo que podíamos denominar *status activae civitatis* o posición proactiva («derecho a la reacción comunicativa» o «derecho a contraatacar discursivamente») (41). Entre los derechos que es posible reagrupar bajo esta calificación destacan, por un lado, los *derechos de autotutela* individual, como el «derecho a oponerse» al cumplimiento de las

órdenes o instrucciones que revelen o expresen una estrategia dirigida contra el trabajador para minar hasta el extremo su reputación social y profesional, la autoestima, la dignidad, personal y profesional, incluido el *derecho a abandonar* el puesto de trabajo en tanto no cese el comportamiento agresor o de acoso, siempre y cuando se den las circunstancias del art. 21.2 LPRL (apreciación individual de una situación de riesgo grave e inminente) (42).

Por otro, lo que creemos oportuno calificar como *derechos de exteriorización o socialización del conflicto interpersonal degenerativo*, que persiguen reaccionar contra el objetivo del acosador de romper las redes de información-expresión-comunicación del trabajador en su ambiente de trabajo restableciéndolas o restaurándolas. A tal fin es útil activar (1) el *derecho de crítica* respecto de tales comportamientos articulable directamente por el trabajador --o empleado público, si bien éste con más matices-- en aplicación de la libertad de expresión ex art. 20 CE, según constante y consolidada jurisprudencia constitucional. Pero también será importantísimo (2) poner en marcha los *derechos de autotutela colectiva*, en particular promoviendo la intervención de «terceros» ajenos al conflicto pero integrantes de la misma organización y con funciones de representación y acción colectivas por imperativo constitucional y legal, que están obligados a ejercer el *derecho de alerta socio-laboral* deducible ex art. 64.9 ET (análogo art. 9.6 de la Ley 9/1987, para los funcionarios públicos) (43). Si uno de los principales objetivos buscados por los comportamientos calificables de acoso u hostigamiento moral contra el trabajador es «hacerle el vacío», según una formulación del grupo de expertos designado por la UE, o procurar su «alejamiento... respecto de los demás», según la legislación sueca, parece claro que una adecuada vía de defensa proactiva es neutralizar esa conducta a través del reforzamiento de los vínculos de autotutela colectiva, en cuanto refuerza o restablece un sentimiento de consideración y pertinencia al grupo erosionado, si no ya perdido, por el trabajador-víctima.

Finalmente, pero ya en el campo de la tutela resarcitoria o puramente económica, el tradicional ámbito de las «sanciones civiles patrimoniales», sin duda la más analizada en sede doctrinal y la que requiere menos intervención legislativa, como prueba el fácil, aunque insuficiente en lo cuantitativo, recurso de los Tribunales al reconocimiento de un derecho al resarcimiento de los daños derivados de los efectos perjudiciales, taras psicosociales y psicosomáticas, o secuelas que produzca tal práctica de violencia o «terrorismo moral» (44). Por supuesto que con esta observación no queremos decir en modo alguno que ésta sea una cuestión de fácil tratamiento, antes al contrario presenta una notoria complicación en el ámbito laboral --mucho más en el empleo público--, tanto en el plano sustancial, en particular la determinación del *quantum indemnizatorio*, ante la incertidumbre generada por la disparidad de decisiones judiciales, cuanto en el plano procesal, puesto que es conocida la «guerra de órdenes jurisdiccionales» en orden a fijar la competencia para determinar la indemnización correspondiente a la lesión de derechos fundamentales de la persona del trabajador, incluidos los daños a su «estatuto biológico», pues tanto la Sala de lo Social, a nuestro juicio única que debería conocer del asunto, cuanto la insaciable Sala de lo Civil, con el recurrente argumento de su *vis atractiva* y su reserva de conocimiento sobre la acción de responsabilidad «civil» extracontractual (Arts. 1902 y ss. CC), han declarado sus atribuciones en esta materia (45).

Básicamente esta forma de tutela vuelve a marcar una opción que cabría calificar como puramente reactiva, hasta provocar incluso lo que denominaríamos una *posición de salida de la organización con condiciones* («*derecho a irse con condiciones*»). Ahora bien, este «derecho a irse» puede implicar una salida definitiva de la empresa, con lo que ello supone de cierta «derrota» y resignación por parte del trabajador-víctima, con el consiguiente triunfo de la posición antijurídica empleadora --o del acosador--, si bien con una compensación económica que impide que estemos ante una rendición incondicionada o «humillante». Por supuesto, esta «dimisión» no es realmente imputable en modo alguno al trabajador-víctima que se ve obligado, ya acorralado y «hundido», a esta medida traumática como «huida hacia delante», y en todo caso aunque la conducta realmente responsable de esta situación es intolerable de todo punto para cualquier Estado de Derecho mínimamente civilizado, no cabe más remedio que dejar una puerta, aunque estrecha, de escape («derecho a rendirse con garantía de indemnización»).

Esto último es lo que sucede cuando se recurre, en el ámbito de las relaciones de trabajo, al art. 50.1 a) *in fine* ET, con el consiguiente ejercicio en vía judicial --aunque no cabe descartar un ejercicio extrajudicial, no obstante las resistencias de la jurisprudencia laboral-- de la *acción*

resolutoria con indemnización tasada de 45 días de salario por año de servicio, como si se tratase de un despido empresarial improcedente, pese a proceder formal, no así materialmente, de un acto de voluntad del trabajador. Esta cuestión resulta especialmente relevante si se tiene en cuenta que, en un número elevadísimo de casos o experiencias, el acoso moral aparece como un procedimiento alternativo expresamente ideado o planificado para conseguir la salida de la organización por decisión propia del trabajador. Este objetivo extintivo --«liberatorio»-- de la relación por una vía indirecta, de tal trascendencia que incluso ha servido para tipificar o caracterizar la conducta de acoso moral en el plano psicosocial, se explicaría bien porque de esta manera puede resultar, al menos en el inicial cálculo costes/beneficios del empresario acosador, más barato para la empresa, bien porque esta vía sea la más factible y rápida, como sucede por ejemplo en el caso de los funcionarios públicos, cuya estabilidad real en el empleo dificulta notoriamente las posibilidades de «expulsión» de la organización, por lo que fallidos los expedientes disciplinarios se suele pretender la salida a través, por ejemplo, de una excedencia «voluntaria por interés particular» ex art. 29.3 c) LRF (46).

Sin duda ésta es una respuesta factible en términos de Derecho vigente, no obstante la existencia de algunos problemas interpretativos, como la prueba, atribuida al trabajador ex art. 50.1 a) por la jurisprudencia, de la existencia del alegado perjuicio o menoscabo a su dignidad, en particular cuando en muchas ocasiones ese efecto no se produce por actos suficientemente claros y verificables del agresor, que suele preferir el ataque difuso, no transparente, indirecto. Esta posibilidad aplicativa deriva tanto del pleno encaje de la conducta de acoso moral procedente del empresario, único titular de las facultades de modificación de condiciones de trabajo, en el supuesto legalmente previsto, cuanto de la inimputabilidad de las verdaderas razones de la extinción por decisión del trabajador, que en modo alguno ha sido libre, sino que se ha visto forzado a ello por la creación imputable al empresario de un clima o ambiente ya insoportable para el trabajador (47). Sin embargo, la principal crítica que se puede hacer a esta respuesta jurídica posible es sus enormes limitaciones como instrumento adecuado de tutela, al menos como solución general para la mayoría de las situaciones, por cuanto termina suponiendo, en realidad o materialmente, un «despido improcedente», esto es, una decisión claramente antijurídica pero aceptada o validada por la legalidad, si bien con la condición de que el empleador pague un precio, igualmente tasada por la ley, en compensación de la salida, y sin que quepa la opción de readmisión a cargo del empresario pues el trabajador ya ha decidido ex art. 50 ET que se marcha.

Pero esta salida de la empresa puede ser también meramente provisional o transitoria, lo que representa más que una huida o una «rendición», aun indemnizada como hemos visto, una suerte de periodo de tregua institucionalmente concedido por el sistema de protección social, para que el trabajador-víctima pueda recuperarse plenamente de sus lesiones psicológicas («heridas morales», aunque también pueden ser físicas), sin merma de sus derechos profesionales y con reserva de puesto de trabajo («derecho a volver» con indemnidad y plena inmunidad). Esta situación se produce, o puede producirse, en virtud de la posibilidad de calificar *lege data* el *acoso moral como accidente de trabajo*, por cuanto la tantas veces denunciada obsolescencia --¡no se ha renovado desde 1978 una norma que en realidad procede en lo sustancial de 1962!-- del listado de enfermedades profesionales impide su catalogación como enfermedad profesional, que es realmente la calificación adecuada, pero no impide su reconducción al concepto de «enfermedad del trabajo», configurables jurídicamente como accidentes de trabajo en virtud del art. 115.2 e) LGSS (48).

Un problema particular, en el que aquí no podemos entrar, es el que presenta la determinación de si es posible o no calificar como accidente de trabajo cuando las enfermedades psicológicas o lesiones psicosomáticas padecidas proceden de conductas agresoras realizadas por compañeros de trabajo, sin intervención directa del empleador. La negativa de las Entidades Gestoras a tal calificación encontraría fundamento en esta inimputabilidad de la conducta al empresario, sin embargo, la respuesta deberá ser mucho más matizada, si se tiene en cuenta la responsabilidad del empleador en garantizar, en la medida de lo posible, una protección eficaz frente a riesgos profesionales, entre los que se encuentra la posibilidad de que se produzcan comportamientos agresivos, violentos o de hostigamiento psicológico por personas que están a su servicio, de modo que no cabe descartar la incidencia del modelo organizativo en la situación lesiva (49).

En todo caso, debe tenerse en cuenta que, sea cual sea la opción tomada por el trabajador-víctima, la tutela indemnizatoria específica, esto es, derivada de la producción de daños a la persona como consecuencia de la lesión de sus derechos fundamentales, adicionales a las indemnizaciones tasadas fijadas por la normativa laboral, es procedente y puede compatibilizarse incluso con la indemnización prevista en el art. 50.1 a) ET, en caso de optar por esta vía de salida «voluntaria» pero provocada o inducida por el empresario. Otra cosa son los problemas relativos al *quantum* indemnizatorio, la prueba de los daños de tipo personal, biológico (lesiones psíquicas) y moral, puesto que no existe certeza aún en la jurisprudencia en orden a la posibilidad o no de presumir la existencia de daños morales cuando se constata la lesión de un derecho fundamental, y la jurisdicción competente para exigirla, si la social también o la civil (50).

Aunque estos dos últimos aspectos atañen más bien a la tutela procesal, debemos dejar aquí claramente afirmada la posibilidad, claro está cuando se trate de relaciones laborales sujetas a la competencia del orden social --trabajadores privados, personal laboral de las Administraciones Públicas y personal estatutario--, que es posible ejercitar esta acción de resarcimiento específico ante el orden social, sin necesidad de acudir a la acción de responsabilidad civil extracontractual ventilable en la Sala 1.^a, si bien la Sala Social debe abandonar la condición «miserabilista» que en este punto sigue evidenciando, ampliando la tutela económica. La misma crítica por «tacañería» y reduccionismo debe hacerse a la Sala Contencioso-Administrativa, cuyas cuantías indemnizatorias en estos casos en nada se ajusta a la valoración que tiene en el ordenamiento el derecho lesionado, como prueba la decisión aquí comentada (reduce los 10 millones pedidos a sólo 750.000 Ptas.).

3.º La respuesta jurídico-represiva al acoso moral.

En última instancia, pero no expresiva de menor importancia, hay que escrutar los instrumentos o vías de tutela netamente coercitiva, las características «sanciones punitivas» en sentido estricto frente a los ilícitos tipificados en normas que, o bien expresan la potestad sancionadora del Estado, el *ius puniendi*, o bien reflejan el poder sancionador del empresario, naturalmente cuando los comportamientos de acoso moral procedan de trabajadores de la empresa, ejerzan o no propiamente un poder jerárquico sobre el trabajador-víctima, activando el poder disciplinario de aquél. La intervención de un «tercero» al conflicto intersubjetivo a través de una forma de tutela típicamente sancionadora puede reconducirse a las siguientes situaciones. A saber:

a) La exigencia de una *responsabilidad administrativa* al empresario, bien por un comportamiento de acoso directamente imputable a él, bien por tolerar la acción agresora u hostigadora de una persona que está bajo su ámbito de dirección y organización.

Naturalmente, la posibilidad de exigir *ius positivum* o por vía interpretativa, a la espera de una eventual intervención formal del legislador reformista, una responsabilidad administrativa al empresario sólo puede venir, como se sabe, de la existencia de un tipo de ilícito administrativo que permita la reconducción del acoso moral, en sus diversas modalidades, o al menos algunas de ellas, a los supuestos contemplados en él, recogidos con carácter general en el TRLISOS. A falta de un tipo específico, como sucede ya con el «acoso moral», considerado como infracción administrativa muy grave (art. 8.13 TRLISOS), ya provenga la conducta del empresario ya de otro trabajador incluido en su «ámbito de dirección organización» ex art. 1.1 ET (51), la posibilidad de sancionar administrativamente el acoso moral pasa por su reconducción bien a los ilícitos laborales recogidos en el tipo genérico del art. 8.11 (calificación como muy graves las conductas contrarias a la dignidad del trabajador) e, incluso, en el no menos genérico del art. 8.12 (decisiones discriminatorias respecto de cualquier condición de trabajo), bien al ilícito preventivo recogido en el tipo igualmente abierto del art. 12.16 (consideración como grave el incumplimiento de la normativa preventiva que genere un grave riesgo para la integridad física o la salud del trabajador afectado) TRLISOS (52).

Si el comportamiento lesivo procede de un sujeto perteneciente a la empresa distinto al empresario, no habrá responsabilidad administrativa respecto del sujeto activo, pero sí se podrá exigir responsabilidad al empresario en caso de acreditar una conducta pasiva u omisiva al respecto, tolerando comportamientos de acoso moral, a través de los ilícitos en materia de prevención de riesgos recogidos en los Arts. 12.1 y 12.6 TRLISOS. En el caso de los

funcionarios ya vimos la posibilidad de exigir responsabilidad a la Administración a través del procedimiento de autocorrección ex art. 42.4 TRLISOS.

b) La exigencia de *responsabilidad penal* a los sujetos responsables de conductas de acoso moral.

Aunque son muchas las dificultades conceptuales (Ej., desconocimiento sistemático del principio de intervención penal mínima; abuso de los tipos penales «de riesgo») y técnicas (hipotrofia del principio de legalidad penal; abuso de los tipos penales «en blanco») que nos suscita la reconducción de las conductas de acoso moral en un tipo penal, y muchas más las dudas que nos genera su eficacia práctica (ineficacia de la punición, ineffectividad de la norma), ya en el momento actual ya ante una eventual intervención legislativa, conviene dejar claro que esta posibilidad no sólo existe en el actual ordenamiento jurídico penal del trabajo, sino que incluso es una vía de tutela especialmente reclamada por la mayor parte de las acciones sociales e institucionales dirigidas a introducir un régimen específico contra el acoso moral. De este modo, una vez más, se pretende seguir un camino paralelo al emprendido respecto del «acoso sexual», también ahora considerado como un delito autónomo, a raíz de su tipificación en el Art. 184 CP 1995, luego modificado para ampliar los supuestos tipificados también al denominado «acoso sexual ambiental» --no sólo al chantaje sexual--, si bien ha sido objeto de múltiples críticas, tanto por exceso (carácter pretendidamente superfluo o innecesario por estar ya incluido en otros tipos con análoga carga de sin valor y reproche social, como el de «amenazas condicionales») cuanto por defecto (responde a parámetros objetivos y fácticos inadecuados a la actual realidad) (53).

Para actuar esta intervención de la potestad punitiva del Estado por antonomasia, la sanción penal, se abren diferentes vías, pues son distintos los tipos penales que pueden recibir en sus supuestos de hecho las diferentes modalidades descritas como comportamientos o conductas de acoso moral u hostigamiento psicológico, unos genéricos o indiferenciados respecto de las relaciones de trabajo, otros específicos para la tutela de los derechos laborales, incluidos de forma particular los derechos de protección preventiva de la salud laboral. Dejamos fuera aquí aquellos tipos más indiferenciados, como las coacciones, amenazas, lesiones, incluso el homicidio, cuando el estado psicológico del trabajador-víctima llegue a tal estado de anormalidad que conlleve un suicidio, por tanto inducido o provocado (10% de los casos en Suecia), o cualquier otro comportamiento agresor o de violencia, aunque sean realizados en el ámbito laboral, de estas características, para centrarnos en aquellos que muestran una mayor especificidad respecto de la conducta patológica aquí analizada.

En primer lugar, cabe ciertamente explorar la aplicación del tipo previsto en el art. 311.1 y 3 CP, a tenor del cual cabe entender que serán castigados como reos de delito aquellos que «*mediante violencia o intimidación*» (ap. 3) impusiesen «a los trabajadores a su servicio condiciones laborales... que... *perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos...*». Si el tipo normal o común previsto en el art. 311.1, la realización de esta conducta lesiva «mediante engaño o abuso de situación de necesidad», está penado con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses, el previsto en el art. 311.3, que sería el aplicable al acoso moral si entendido como forma de violencia o intimidación psicológica extrema, ejercida de forma sistemática, recurrente y prolongada, es un tipo agravado, que exige imponer «las penas superiores en grado». Aunque ciertamente no son menores las dificultades en el plano técnico para entender perfectamente comprendido el comportamiento de acoso moral, al menos aquellas formas más extremas y reprobables de violencia psicológica llevadas a cabo por el empresario (el tipo habla de «trabajadores a su servicio», no de trabajadores a las «órdenes» o bajo el poder jerárquico empresarial ejercicio por altos cargos), no menos cierto es que tal juicio de reproche penal en estos casos ya es posible mediante una interpretación sistemática y adaptada a la actual realidad social de este precepto penal, en nada contraria al clásico principio de interpretación restrictiva de los tipos penales, so pena de ineffectividad de los derechos fundamentales que pretende proteger (riesgo de ineffectividad de la norma penal).

En segundo lugar, es posible igualmente reconducir los comportamientos de acoso moral al tipo penal contemplado en el art. 316, situado en el mismo Capítulo XV del Código, dedicado a la tutela de los derechos de los trabajadores, si bien en este caso los derechos de naturaleza preventiva. Aunque tampoco esta vía está exenta de obstáculos técnicos, a nuestro juicio son

notabilísimamente inferiores a los que suscita el art. 311.3 CP, máxime si se tiene en cuenta la jurisprudencia que de forma reciente ha rechazado de forma contundente e inequívoca, aunque las decisiones sean todavía poco numerosas, pero sí muy reveladoras y significativas, la interpretación tradicional y restrictiva del tipo proponiendo, en cambio, una lectura sistemática y evolutiva del mismo conforme a la nueva cultura preventiva que inspira la normativa de prevención de riesgos laborales, a la que remite de manera expresa. Desde esta lectura jurisprudencial remozadora del tipo, no creemos que exista obstáculo serio alguno para la aplicación de este precepto penal en los casos en que se haya producido una omisión absoluta de medidas orientadas a evitar o reducir el riesgo de acoso moral u hostigamiento psicológico (recuérdese que estamos ante un tipo de riesgo --basta con la actividad, en este caso omisiva, sin necesidad de resultado dañoso-- a diferencia del anterior, que es un tipo de resultado --precisa un resultado lesivo-- (54). Este tipo penal, a diferencia del anterior, sería igualmente aplicable en el caso de empleados públicos, por cuanto que también las Administraciones Públicas están vinculadas a la normativa preventiva que la norma penal trata de tutelar.

Como la responsabilidad civil, bien por hecho propio (responsabilidad contractual y/o extracontractual del empresario) bien por hecho ajeno o de tercero del que se es responsable (art. 1903 y ss. CC), también la responsabilidad penal podrá exigirse cuando el responsable del comportamiento agresor es una persona distinta al empresario, dirigiéndose directamente contra él el proceso penal por conducta imputable de amenazas, coacciones o lesiones. Una posibilidad abierta tanto en el ámbito de las relaciones de empleo privado como en las relaciones de empleo público.

c) La exigencia de una *responsabilidad de Seguridad Social*: reconocimiento del derecho a la aplicación de una «sanción especial» como es el recargo de prestaciones (art. 123 LGSS).

Puesto que, como hemos visto, los comportamientos tipificables como acoso moral pueden, y deben ya, ser considerados como infracciones de la normativa de prevención de riesgos laborales, debe resultar igualmente claro que, cuando de tales comportamientos se deriva el reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social (v. g. subsidio de incapacidad temporal por contingencias profesionales), procederá la reclamación del famoso recargo de prestaciones de la Seguridad Social a favor de la víctima de las lesiones psíquicas. Las crecientes polémicas sobre la eterna cuestión de su «naturaleza jurídica», sancionadora para unos o indemnizatoria para otros, y las amenazas que se ciernen sobre su continuidad ante una futura reforma legislativa, no deben enturbiar en el momento presente la exigibilidad de tal consecuencia, punitiva para el empleador y resarcitoria o indemnizatoria para el trabajador-víctima, sea trabajador privado o empleado público.

d) La exigencia de *responsabilidad disciplinaria* por parte del empleador, público o privado.

Finalmente, cabe plantear la posibilidad de exigir por parte del empleador, naturalmente cuando el sujeto activo del acoso sea otro trabajador, se trate o no de alto directivo o mando, u otro empleado público, por lo general superior jerárquico. En el primer caso será de aplicación el poder disciplinario del que goza el empresario, en el segundo la aplicación el régimen disciplinario de los funcionarios, que recoge entre sus infracciones muy graves la obstaculización del ejercicio de las libertades públicas o los actos limitativos de la libertad de expresión (art. 31 LRFP y 6 RD 33/1986), o entre las faltas graves la «desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados», o «el abuso de autoridad en el ejercicio del cargo», la «tolerancia de los superiores respecto de la comisión de faltas muy graves o graves de sus subordinados», o el «atentado grave a la dignidad de los funcionarios...» (Art. 7.1 RD 33/1986).

Aunque la extensión ya alcanzada por este trabajo nos impide entrar con profundidad en el análisis del otro gran grupo de técnicas de tutela, la que denominamos *tutela procedimental*, cuya importancia para la efectividad de la protección sustancial brindada por el ordenamiento es enorme, conviene ahora realizar algunas observaciones. La primera y más significativa es que el varias veces referido principio de efectividad de la tutela *antimobbing* pasa fundamentalmente por una doble acción de política del derecho, ya sea en el plano aplicativo o interpretativo del derecho vigente, ya, con mayor razón, en la eventual intervención de reforma por parte de la política legislativa. Por un lado, el reforzamiento de la intervención judicial, cuando ésta se revele necesaria por haber fallado las vías preventivas, a través de la apertura

de *procedimientos especialmente rápidos* y preferentes, la promoción de *acciones colectivas* de tutela procesal, intensificación del recurso a *medidas cautelares*, incluso activas, tal y como han quedado redefinidas en sentido expansivo primero en la LRJCA 1998 (para los empleados públicos) y luego en la LEC 2000 (para los empleados privados) y la facilitación de la *carga de la prueba*, auténtico caballo de batalla de estos comportamientos dada su enorme dificultad en la práctica, como prueba la experiencia forense en materia de legislación antiacoso sexual. Sin duda, y sin perjuicio de realizar en otro momento un análisis más detenido, conviene retener que la fundamentación de la lucha antiacoso moral en específicos derechos fundamentales, flexibiliza extraordinariamente el régimen jurídico aplicable, dada la doctrina antiformalista que caracteriza toda la materia, ampliando de forma muy significativa las posibilidades legalmente previstas para canalizar procesalmente estas exigencias de tutela (v. g. art. 96 LPL --prueba--; art. 175.2 LPL --intervención sindical--; art. 177.1 LPL, art. 114.3 LRJCA --tramitación urgente--).

Por otro lado, y sin perjuicio de lo dicho más arriba, resulta igualmente necesario reclamar la atención sobre la necesidad de *promover vías alternativas de solución de estos conflictos intersubjetivos a la judicial*. Así, junto a las ya referidas técnicas de autotutela, personal y colectiva, conviene reforzar las vías de resolución extrajudicial de este tipo de conflictos, incentivando o facilitando la *intervención de terceros*, como instancias de mediación, conciliación o arbitraje que anticipen la tutela y eviten la costosa, prolongada y compleja intervención judicial. Es ésta una solución que se revela no sólo acorde con la evolución general del sistema de ordenación de las relaciones de trabajo, y en general de todas las relaciones jurídico-negociales del tráfico económico-mercantil, incluso de las propias relaciones jurídico-administrativas, según un novedoso proyecto de ley anunciado sobre arbitraje administrativo, sino que aparece en un significativo número de proyectos legislativos orientados a introducir una específica tutela contra el acoso moral. La negociación colectiva tiene abierta, por su parte, las puertas para recorrer esta vía.

IV. REFLEXION FINAL

No podemos, ni creemos oportuno, llevar más adelante la reflexión en estos momentos. Ahora será suficiente con evidenciar, recapitulando las observaciones aquí realizadas, cómo la jurisprudencia de nuestro país no ha recibido todavía la terminología anglosajona --lo que es irrelevante--, pero sí, al menos en sus aspectos más básicos y sustanciales, la definición característica de acoso moral, así como, y esto es muy importante, los actos más característicos o sintomáticos de esta patología laboral, tal y como aparecen en la catalogación de presupuestos causales y modales disponible a partir de los principales estudios hasta ahora disponibles procedentes de la medicina y la psicología del trabajo. La práctica jurisprudencial española, pues, se sitúa en la misma senda de reconocimiento y calificación en términos de ilícitos, al menos en lo que respecta a su susceptibilidad de generar daños a la persona del trabajador (o empleado público) resarcibles económicamente a través de la correspondiente indemnización, ya emprendida por otras experiencias europeas, anticipando la regulación legislativa.

Naturalmente, nuestra confianza en la capacidad del sistema para hacer frente a esta anomalía de gestión emergente, aunque sus orígenes sean tan remotos, en las organizaciones de trabajo, en todas, pero en particular en la del empleo público, como ya sabíamos pero la STS 23 de julio de 2001 ha confirmado y documentado, no supone ningún obstáculo para confiar en la utilidad de una acción legislativa reformadora. Y ello más que por considerarla estrictamente necesaria, conceptual y normativamente, pues ya hemos visto que nuestro ordenamiento tiene «anticuerpos» suficientes contra esta enfermedad socio-laboral de las organizaciones, por su virtualidad «pedagógica», por su capacidad innovativa en lo conceptual y por su efecto promotor de una mayor «sensibilidad» entre los intérpretes de las normas para sancionar tan lamentables prácticas, incluso reinterpretando las normas ya existentes. En este sentido, salvo determinadas precisiones y cautelas respecto al proclamado «fervor» por la tutela penal, creemos en la oportunidad de una intervención remozadora, sobre todo en relación a la tipificación como infracción administrativa autónoma y en lo concerniente a la actualización de una vez del catálogo de enfermedades profesionales, en línea de coherencia con la renovación del concepto de riesgo profesional derivada del nuevo sistema preventivo, en el que quizás sería útil que hubiese una mención expresa a los riesgos psicosociales en general, como uno

de los principales riesgos emergentes en las contemporáneas formas de organización del trabajo.

Por tanto, sin perjuicio de la consolidación en un futuro próximo de una jurisprudencia que precise con suficiente, o al menos razonable, firmeza y seguridad la noción y garantías frente a este emergente fenómeno de violencia psicológica en los ambientes de trabajo, al legislador incumbe recoger el desafío e introducir las reformas legales que estime oportunas para facilitar su tipificación jurídica y, sobre todo, para garantizar la efectividad de las técnicas de tutela ya existentes, o incorporar alguna nueva si lo considera preciso. Pero sea cual sea la opción del legislador, que esperemos que se decida en breve a afrontar el evidenciado Plan de Lucha contra la Violencia en el Trabajo, también a través de cambios normativos, pero no sólo, es claro que su intervención no podrá excluir el papel protagonista reservado a las demás fuentes del sistema jurídico ordenador de la gestión de personal. Primero al juez, pues la adaptación del tipo legislativo a cada concreta y multiforme realidad requiere en estas prácticas, como en otras muchas, un amplio margen de flexibilidad, controlable también a partir de las imprescindibles aportaciones «tipificadoras» y «concretizadoras» de las disciplinas extrajurídicas. Después, pero no de menor importancia, sino antes al contrario de mayor relevancia, a los interlocutores sociales, a través de la creación de Códigos de Conducta y cláusulas *antimobbing* en la negociación colectiva. Todo ello, naturalmente, en el actual marco de distribución competencial, tanto entre el Estado central y las Comunidades Autónomas, como entre el Estado y la UE, cuya actuación será determinante (55), en particular en el horizonte de juridificación de la Carta de derechos fundamentales del ciudadano europeo hecha en Niza, con vista a la Conferencia Intergubernamental 2004.

Estamos, en definitiva, ante una pieza crucial del que ya podemos denominar, aunque todavía esté en estado embrionario, como *Nuevo Derecho Social de Víctimas*. Un emergente sector ordinamental que no se agota en el tratamiento legislativo protector o de tutela de las víctimas de esa lacra social que es el terrorismo, ni tampoco esa otra enfermedad o patología social que está detrás de la multiplicación de los casos de violencia doméstica, no obstante los muchos esfuerzos institucionales, sociales, financieros y normativos por definir y actuar un Plan de Lucha y Erradicación de los malos tratos en las relaciones de familia, o las «víctimas» de errores médicos, o «víctimas» de grandes catástrofes o de productos y servicios defectuosos a escala «masiva»... También las organizaciones de trabajo, y muy significadamente insistimos, la Organización del Empleo Público, evidencian formas de violencia psicológica que urge abolir, so pena de multiplicar no sólo un problema de salud laboral sino también, y esto es especialmente preocupante en un Estado de Derecho, de retroceder varios siglos en el tiempo en lo que refiere a la democratización del gobierno de las organizaciones y grupos sociales, máxime si se trata de organizar y gestionar la prestación de servicios públicos como la sanidad, la educación, la acción social. En última instancia, debe ponderarse convenientemente que el acoso moral, cuando se reviste de una dimensión institucional, en la empresa privada y sobre todo en la Administración Pública, expresa una forma de perversión degenerativa y corrupción de las instituciones.

(1) Vid. J. L. González, «El síndrome del acoso institucional», *Diario Médico*, 18 de julio de 2000.

(2) Aunque en este punto existe una notable coincidencia en los estudios médico-psiquiátricos y en los de psicología del trabajo, de especial interés es el extenso estudio que realiza Tim FIELD en Inglaterra sobre el sistema británico de salud (NHS). En este estudio sobre «*Mobbing*» (o «*bullying*» como lo denomina este autor) se advierte del riesgo grave que pesa sobre el personal sanitario de ser víctimas de este tipo de acoso institucional o psicológico, ampliando el análisis a todos los Sistemas de Salud en general. Vid. T. FIELD, *Bully in sight. How to predict, resist, challenge and combat workplace bullying*, Oxfordshire, 1996.

(3) Puesto que la «aniquilación» o destrucción profesional y psicológica del trabajador, hasta inducir en él una actitud de radical desconfianza en sí mismo y de miedo a su realidad más próxima, así como de sumisión plena al superior, constituyen objetivos básicos del acoso moral en el trabajo (*Mobbing*), los expertos en medicina y psicología del trabajo, así como la prensa, tienden a bautizar estas prácticas como «psicoterror». Esta formulación extrema de la patología socio-laboral aquí analizada, sin duda válida para los casos más radicales de «muerte moral del trabajador» --a veces incluso física, como ocurre cuando esta situación

desemboca en suicidio (10% de los casos en Suecia)-- o de agresión psicológica, pero no para describir de forma global este problema social de violencia moral en el trabajo, no sólo aparece muy difundida en los estudios, comentarios y experiencias que circulan al respecto, sino que incluso ha sido recogida en alguna iniciativa legislativa en materia. Así, por ejemplo, cabe citar el Proyecto de Ley encabezado por el diputado italiano Cicu, presentada en la anterior Legislatura (núm. 13) en la Cámara Baja de Italia el 9 de julio de 1996, y que se denomina «*Norme per la repressione del terrorismo psicologico nei luoghi di lavoro*», vid. www.camera.it. O también la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), núm. 161/000805 --BOCG del Congreso, Serie: D, num. 194, 11.6, Pág. 14--, según la cual las «formas en que se expresan estas *prácticas de psicoterror laboral* son acciones contra el ejercicio de su trabajo, manipulación de la comunicación o la información de la persona agredida».

(4) Por eso, dentro de la enorme gama de ámbitos laborales que hoy integran el mundo del empleo, son las universidades, y en general los centros educativos, los hospitales, incluso ONG's, donde se halla con mayor frecuencia. Con carácter general, si bien en la más negativa experiencia de las Administraciones suramericanas, en particular en Argentina, vid. D. SCIALPI, *Violencias en la Administración Pública: Casos y Miradas para pensar la Administración Pública Nacional como ámbito laboral*, Editorial Catálogos, Buenos Aires, 1999; C. SLUZKY, «Violencia Familiar y Violencia Política: implicaciones terapéuticas de un modelo general», en *Nuevos paradigmas y Subjetividades*, Paidós, Buenos Aires, 1994; M. F. HIRIGOYEN, *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Paidós, Barcelona, 1999.

(5) Como se ha observado, cuando el uso de la fuerza es realizado «por quienes tienen la responsabilidad social y legal de cuidar a los ciudadanos, de mantener el orden en su mundo, de preservar la estabilidad y predictibilidad de sus vidas (el Estado a través de sus agentes), la violencia tiene un efecto (doblemente) devastador y de largo alcance», de modo que esta transformación de la protección en violencia «ocurre en un contexto y en un discurso que destruye o falsea los significados y deniega esta transformación». Vid. SLUZKY, «Violencia familiar...», *op. cit.*

(6) El INSHT define esta patología empresarial como una forma de ejercicio de la violencia psicológica externa que se realiza por una o más personas sobre otra en el ámbito laboral, respecto de la que existe una relación asimétrica de poder, de forma sistemática y prolongada en el tiempo (superior a 6 meses). La influencia de estudios realizados por expertos pioneros como M. F. HIRIGOYEN, son más que evidentes. Vid. *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Paidós, 1999.

(7) Aunque es difícil precisar el volumen de población asalariada realmente afectada, máxime si se tiene en cuenta la falta de cuestionarios y otros métodos de evaluación psicosocial y de práctica clínica al respecto suficientemente rigurosos y consensuados, no cabe poner en duda en ningún momento la relevancia cuantitativa del problema, que además va en aumento a tenor de la notoriedad que estas situaciones alcanza en los medios de comunicación y en los debates políticos y sindicales. El carácter especialmente «alarmante» de este problema en el mercado de trabajo español aparece en las Conclusiones ofrecidas por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, con base en 21.500 entrevistas, y la III Encuesta Europea publicada por la OIT sobre Condiciones de Trabajo, si bien pone de relieve el carácter generalizado del problema en Europa (9%). Para un análisis empírico y propositivo vid. Iñaki PIÑUEL, *Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Ed. Sal Terrae, Santander, 2001; Marie France HIRIGOYEN, *El acoso moral en el trabajo, distinguir lo verdadero de lo falso*, Editorial Paidós, 2001.

(8) Según una Encuesta de Condiciones de Trabajo realizada oficialmente por el Gobierno sueco en 1995, además de revelar que son las mujeres una vez más las que padecen el acoso moral con mayor intensidad que los hombres, aunque no hay datos suficientes para verificar esta connotación «sexista» del problema, se evidenció con toda claridad que el sector servicios en que más frecuente es el problema es el público, y particularmente en los servicios públicos de educación, sanidad, asistencia social, suministro de aguas (curiosamente el asunto tratado en el STS, Sala 3.ª, de 23 de julio de 2001, era respecto de un trabajador municipal que trabajaba en este servicio), y centros alimentarios. Por la dimensión de la empresa la

frecuencia era mayor en empresas de medianas dimensiones (entre 50 y 100), reduciéndose en las de grandes dimensiones, y también en las de pequeñas dimensiones, probablemente por su carácter familiar y tradicional.

(9) Como se advierte en la EM que acompaña la Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista (GPS), núm. 161/000805 --BOCG del Congreso, Serie: D, núm. 194, 11.6, Pág. 14--, la «aparición de este fenómeno en las relaciones laborales se ve favorecida por la creencia de que un estilo de mando autoritario, que presione sistemáticamente a las personas subordinadas, consigue una mayor rentabilidad. También por las nuevas formas de organización del trabajo, que persiguen optimizar los resultados sin tener en cuenta el factor humano». Curiosamente, la Encuesta de Condiciones de Trabajo realizada por el Gobierno sueco en 1995 refleja claramente la mayor incidencia tanto en sectores profesionales de elevada cualificación, coincidiendo en este punto con un importante número de experiencias reales narradas en los medios de comunicación españoles en fechas recientes, cuanto en trabajadores con estabilidad en el empleo, por tanto con contratos fijos y no temporales o en condiciones de precariedad.

(10) *Vid.* para una síntesis de las diversas posiciones LOUSADA AROCHENA, *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Comares, Granada, 1996. En jurisprudencia, por todas, SSTC 224/1999 de 13 de diciembre y 136/2001 de 18 de junio.

(11) Además del problema económico que supone comportamientos empresariales o laborales de este tipo, por cuanto evidencia irracionalidades y sistemas ineficientes, se plantea un grave problema de salud laboral y de falta de «democratización» de las organizaciones. Como ha sintetizado la Proposición no de Ley del GPS, recogiendo conclusiones generalizadas en los principales estudios hoy existentes, las «consecuencias de esta práctica afectan de manera negativa tanto a la persona que la sufre como a su entorno laboral y social, e incluso a la empresa en la que trabaja. La persona afectada padece daños en su salud (*insomnio, ansiedad, estrés, depresión, dolencias psicósomáticas*), con la consiguiente repercusión sobre el rendimiento en el trabajo y en el clima laboral e incidencia en la siniestralidad laboral».

(12) *Ej.*, *vid.* la recién creada asociación SOS ACOSO (acoso@nova.es); o la Liga Española Antiacoso (www.antiacoso.com).

(13) Para las diversas iniciativas legislativas italianas presentadas desde 1996 hasta el año 2000 (5), además de su localización en la página web de la Cámara de los Diputados italiana (www.camera.it/) un comentario interesante puede verse en MEUCCI, *Considerazioni sul «Mobbing»* (ed. análisis del Diseño di I. núm. 4265 del 13 de octubre de 1999), LPO, 1999, Págs. 1953 y ss. Respecto a la Propuesta de Ley francesa sobre «harcèlement moral au travail», presentada en la Asamblea Nacional el 22 de diciembre de 1999 (*vid.* www.Assemblee-nat.fr/), núm. 2053, *vid.* LICARI, «De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral au travail», *DS*, núm. 5, 2000, págs. 492 y ss. Igualmente se ha aprobado por el Consejo de Ministros belga un anteproyecto de Ley sobre la lucha contra la violencia en el trabajo, el acoso psicológico y sexual, según da cuenta el Observatorio de Relaciones Industriales del CES, núm. 43, septiembre 2001, aunque, en la fecha de cierre de este trabajo, no se ha presentado a la Cámara Baja belga. Finalmente, especial mención merece para nosotros, claro está, la recientísima aprobación unánime por el Senado en su Sesión Plenaria del 19 de junio de 2001 (DS, Serie: P, núm. 50), de la Moción presentada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progres (GPECP), BOCG del Senado, Seire: I, núm. 219, con fecha de 18 de junio de 2001, por lo que se insta al Gobierno a *promover las actuaciones y las modificaciones normativas necesarias para evitar el acoso moral y el hostigamiento psicológico en el trabajo*.

(14) Además de la referida STS, Sala 3.ª, 23 de julio de 2001, hay que destacar las sentencias de los Juzgados de lo Social de Pamplona, núm. 1 y núm. 3, de 19 de febrero y 20 de marzo respectivamente, ya confirmadas por la Sala de lo Social del TSJ de Navarra. Esta información, que aún no hemos podido cotejar a través del acceso a las mismas, aparece en M. Velazquez, «La respuesta jurídico-legal ante el acoso moral en el trabajo o "Mobbing"», Pág. 18 del documento entregado en la Jornada organizada por UGT-Madrid, el 20 de septiembre de 2001, sobre este tema.

(15) Vid. STS Sala 3.^a 23 de julio de 2001, que expresamente califica como «increíble peripecia» la «sufrida por el funcionario recurrente» en el proceso contencioso-administrativo resuelto a su favor, aunque con una indemnización notoriamente inferior a la solicitada, por la STSJ Extremadura 20 de febrero de 1997, dictada en el proceso núm. 640/1994. Aunque se abstiene de profundizar en la crítica frente a tan lamentables comportamientos el TS no puede dejar de expresar que tal peripecia padecida por el funcionario le ha sugerido «dolorosas reflexiones» (fundamento jurídico 4.º B), con lo que el TS deja aflorar su rostro más humano.

(16) Los derechos fundamentales y libertades públicas integran un sistema directamente aplicable de «mandatos de protección» y de «promoción» dirigidos no sólo a todos los poderes públicos, incluidas las autoridades judiciales y administrativas, sino también, sin perjuicio de los necesarios matices y cautelas, a los ciudadanos particulares, en especial cuando constituyen una organización de trabajo en la que se ejerce un intenso abanico de poderes privados. Para un desarrollo en profundidad y con carácter general de la incidencia de los derechos fundamentales en la reordenación del sistema jurídico positivo vid. C. MOLINA NAVARRETE, «Derechos de la persona, Constitución y contrato de trabajo: balance crítico...», op. cit., Págs. 121 y ss.

(17) Por mencionar los tres ámbitos de tutela netamente sancionadora en los que ahora se centra, junto a la resarcitoria o estrictamente indemnizatoria, que no tiene una regulación propia sino que se rige por los criterios generales de daños a derechos fundamentales de la persona, el derecho de los trabajadores, especialmente de las trabajadoras, aunque no sólo, a un medio ambiente libre de acoso sexual. Vid. para su conceptualización y primeras regulaciones, S. DEL REY, «Acoso sexual y relación laboral», *Relaciones Laborales*, 1993-I. Con posterioridad, los «códigos disciplinarios» de un elevadísimo número de Convenios Colectivos, el art. 184 del Código Penal, o el art. 8.13 TRLISOS 2000, han hecho del «acoso sexual» una conducta autónomamente tipificada como sendos ilícitos.

(18) En línea con el «Plan de Lucha» antiviolencia moral en el trabajo trazado ya por el gobierno belga, y en la misma dirección que los «Planes de Lucha» contra las víctimas de malos tratos en la «Vida Familiar».

(19) Como han subrayado los autores de la Proposición de Ley francesa, la medicina, la sociología, la psicología del trabajo y la psiquiatría, así como cualesquiera disciplinas que tengan la necesidad de referir o analizar el fenómeno, «deberán, sin duda, recurrir a su propia terminología».

(20) Conocemos la versión francesa de H. LEYMAN, *La persécution au travail*, Seuil, 1996. Esta definición ha sido recogida en la Nota Técnica Preventiva (NTP) núm. 476 del INSHT. Por su parte, otra reputada especialista francesa, psicóloga y victimóloga, define el acoso moral o «haercèlement moral» como «toda conducta abusiva que, manifestándose fundamentalmente por comportamientos, palabras, actos, gestos, escritos, es susceptible de atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de una persona, poner en peligro el empleo de ésta o degradar el clima laboral». Vid. M. F. HIRIGOYEN, *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Paidós, Barcelona, 1999. En realidad, como se ha observado, «el fenómeno, aunque escasamente estudiado, es conocido desde antiguo como *síndrome del chivo expiatorio* y *síndrome del rechazo del cuerpo extraño*». Vid. J. L. González DE RIVERA, «El síndrome del acoso institucional», *Diario Médico*, 18 de julio de 2000.

(21) Aunque desde el punto de vista psicosocial uno de los principales elementos necesarios para actualizar el síndrome de acoso institucional es que la persona que asuma el papel de perseguidor principal esté investida de la suficiente potestad o autoridad, incluso carisma, como para movilizar las dinámicas grupales de acoso, parece aceptarse igualmente que no es estrictamente necesario que se trate de un poder formal de empresa. Por tanto, la existencia de una relación asimétrica de poder puede producirse incluso fuera de la relación entre empleador y trabajador-víctima, o entre éste y otra persona que asuma poderes jerarquizados, basta con que exista una relación de autoridad o un poder de facto. El carácter eminentemente colectivo, organizativo o de grupo del acoso, además de estar representado en su propia denominación («*Mobbing*» viene de «*to mob*» que es asaltar, agredir un grupo de «animales», normalmente más débiles, a otro de su misma especie, normalmente más fuerte, según el etólogo Konrad LORENZ), se refleja en numerosos estudios clínicos, definiéndose a la luz de

estas experiencias como la conducta agresiva que realizan los miembros de un grupo social contra otro perteneciente al mismo grupo, distinguiéndolo tanto del rechazo social, que supone exclusión pero no persecución hasta la asfixia socio-laboral, cuanto de la indiferencia social, que supone desatención o ignorancia pero no destrucción. *Vid.* B. SCHUSTER, *op. loc. cit.*, 1996.

(22) Como advierte, una vez más con el pragmatismo característico del Derecho y la Cultura Jurídica franceses, la Proposición de Ley presentada en la Asamblea de este país, de la definición de acoso moral «depende la eficacia y la orientación elegida» por la propuesta, por lo que no se pretende «imponer una definición universal, sino más bien una definición teleológica que sea jurídicamente operante en el Derecho del trabajo, en función precisamente del objetivo buscado». En una opción de política legislativa análoga, los legisladores italianos han preferido presentar diversos proyectos, uno en el ámbito laboral, y otros para la tipificación penal.

(23) Sin embargo, considera que los proyectos italianos han optado por una técnica «analítica y detallada» P. TULLINI, *Mobbing e rapporto di lavoro. Una fattispecie emergente di danno alla persona*, RIDL, 2000-I, Pág. 252. En realidad, como puede comprobarse con la lectura de tales proyectos, lo que sucede es que se combinan ambas técnicas tipificadoras, la definitoria y genérica, a través de una formulación general que, posteriormente, y para introducir mayor certeza, se acompaña de otra descriptiva y analítica, ilustrando en concreto el comportamiento tipificado a través de una definición general. Otra cosa será delimitar si estamos ante una enunciación cerrada o abierta. Prueba de estas dificultades es la remisión del ddl italiano núm. 6410 a un Decreto emanado del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, para «*individualizar los supuestos de hecho de violencia y persecuciones psicológicas en daño de los trabajadores relevantes a los fines de la presente ley*».

(24) Así, por lo que respecta a los Proyectos de Ley italianos, se requiere para verificar el carácter de violencia moral y persecución psicológica que estén específicamente orientados a «discriminar, desacreditar o a dañar de cualquier forma al trabajador» (art. 2.2 ddl núm. 4265 de 13 de octubre de 1999, iniciativa del Senado; análogamente art. 1.2 ddl núm. 6410, que al final de este apartado exige que la conducta se produzca «con evidente predeterminación»); o actos de violencia «inequívocamente e instrumentalmente orientados a provocar un daño lesivo de la dignidad, física o moral, de otros constreñidos a sufrir tales actos», según el ddl núm. 6667, que tipifica como delito tal comportamiento. La Propuesta francesa es igualmente inequívoca a este respecto, al exigir expresamente que tal violencia se ejerza con la voluntad «*deliberada*» de degradar al extremo las condiciones de trabajo. Aunque en las iniciativas parlamentarias, tanto de la Cámara Baja como de la Cámara Alta, no se precisa con tanta claridad una opción tipológica u otra, sí parece deducirse de la exposición de motivos una identificación del tipo con los presupuestos derivados de los estudios de psicología en el trabajo, que evidencian con nitidez este perfil subjetivo.

(25) Como se ha observado con acierto, la investigación sobre el motivo determinante o causa ilícita del comportamiento vejatorio y degradante de la dignidad profesional y personal del trabajador víctima no puede realizarse ni en atención a la percepción del sujeto agente, atendiendo al significado que le quiera dar a su conducta, ni a la percepción de la ofensividad de tal conducta por parte de la víctima según su propio nivel de tolerabilidad, sino a la intrínseca finalidad lesiva del bien jurídico protegido y a su idoneidad externa para lesionar tal bien. Por tanto, tanto la doctrina que acoge la concepción objetivista como la que acoge una concepción subjetivista se ven, como hemos dicho en el texto, obligados a introducir determinados correctivos. *Vid.*, P. TULLINI, *op. cit.*, Pág. 257.

(26) Con extraordinario buen criterio la Sala se abstiene de mencionar el anglicismo «*Mobbing*», pero recoge con precisión, aunque de forma quizás extremadamente genérica, el comportamiento que aquel neologismo identifica y que se traduce perfectamente en castellano por «acoso moral». A este respecto, las actuaciones dañosas y resarcibles se sintetizan de la siguiente guisa por el TS: «... *estamos en el deber de decir que provoca no poca perplejidad que ese discurso (del abogado defensor de la Administración) se haga sin explicar, por ejemplo, por qué era necesario --no ya legítimo-- mantener al funcionario durante la jornada de trabajo en un sótano sin ventilación ni luz natural, sin darle ocupación de ningún tipo; por qué cuando el funcionario solicita la baja laboral, se le contesta con un oficio en que el Presidente de la Corporación local rechaza la petición con el escalofriante argumento de que «su actual*

situación en el trabajo pasa por la inactividad absoluta»; por qué a cada certificado médico que presenta se le contesta exigiéndole otro expedido por especialista diferente, siendo así que cada certificado corrobora el anterior; por qué se expedia al funcionario por unos hechos cuya producción había anunciado en varias ocasiones como inevitables dado el mal estado de los filtros». El malestar del TS ante una conducta que probablemente no hubiera dudado en calificar como «terrorífica» es más que evidente.

(27) La reiteración de actos perseguidores u hostigadores del empleado público --o empleado en general--, con exclusión por tanto de actos aislados u ocasionales, así como la frecuencia y prolongación en el tiempo, aunque no se recoge expresamente en la formulación, bien pudiera derivarse o deducirse de la exigencia de «sistematicidad» en el comportamiento bien de la propia narración fáctica, donde se aprecia claramente el carácter repetitivo y prolongado de la conducta dañosa.

(28) A tales fines, la decisión jurisprudencial, pese al intento de deslizamiento en esa dirección por los alegatos del abogado defensor, ha evitado de raíz entrar a considerar, en la perspectiva de la calificación jurídica del acoso moral, la incidencia de eventuales alteraciones de la personalidad preexistentes o la especial sensibilidad del empleado respecto a determinadas actuaciones, de modo que la hostilidad, agresividad o violencia del comportamiento no se hace depender en modo alguno de percepciones subjetivistas de este tipo, sino de parámetros de «normalidad» y corrección de la gestión pública, así como de apreciación de la lesividad de la conducta concreta de la Administración para la dignidad. Otra cosa es que, a efectos de la tutela resarcitoria, esto es, de las consecuencias jurídicas, tales elementos puedan tener relevancia, pero no se considera que sean actos para influir en la reconstrucción. No obstante, como se verá, tampoco en el análisis de la indemnización tales elementos han sido atendidos en el caso.

(29) En otros países, como Italia, la práctica judicial ha reconducido a estos comportamientos, nominándolo o no conforme al neologismo de origen anglosajón (anglicismo), «*Mobbing*», múltiples supuestos como la infravaloración o indiferencia sistemática respecto de los méritos del trabajador; la reiterada apertura de medidas o expedientes disciplinarios sin base real que lo justificara; realización de reiteradas visitas domiciliarias para un control, más allá de lo exigible o razonable, del periodo de baja por enfermedad, revistiendo en conjunto una forma vejatoria (Cass. núm. 475 de 1999); alteraciones de los diferentes sistemas de comunicación, oral o escrita, interna y externa a la empresa, comportamientos difamatorios o injuriosos por parte del superior jerárquico y menoscabo de la reputación ante los colegas del trabajador; exigencia del desarrollo de la prestación en locales inadecuados y en condiciones de aislamiento. Especialmente interesante es esta última decisión, pues marca una práctica consolidada del Tribunal de Torino; Ej., Sentencias de 16 de noviembre y 30 de diciembre de 1999, que ya califican expresamente el comportamiento como «*Mobbing*», evidenciando cómo «*spesso nelle aziende accade qualcosa di simile, allorché il dipendente è oggetto ripetuto di soprusi da parte dei superiori e, in particolare, vengono poste in essere nei suoi confronti pratiche dirette ad isolarlo dall'ambiente di lavoro e, nei casi più gravi ad espellerlo; pratiche il cui effetto é di intaccare gravemente l'equilibrio psichico del prestatore, menomandone la capacità lavorativa e la fiducia in se stesso y provocando catastrofe emotiva, depressione e talora persino suicido*». Resuenan con contundencia y nitidez las formulaciones de la práctica clínica y los análisis de psicología del trabajo, en particular los de H. LEYMANN.

(30) *Vid.* el interesante debate parlamentario tenido en el Senado con motivo de la aprobación, por unanimidad, de la Moción del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progres, cit. Esta fundamentación genérica es igualmente aceptada por la STS 23 de julio de 2001, que califica como «inaceptable» (desbordamiento del límite de tolerancia) la conducta del Ayuntamiento porque «*atenta a su dignidad de hombre*», además de a su dignidad «*de ciudadano y de servidor público*».

(31) Aunque ambas son vías para realizar la tutela de los valores superiores y los principios generales de nuestro ordenamiento, una indirecta, la de las cláusulas generales, otra directa, la aplicación inmediata del derecho fundamental, preferimos esta segunda. Con carácter general, para las ventajas e inconvenientes, de una y otra; *vid.* C. MOLINA, «Bases jurídicas y presupuestos jurídicos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones de trabajo», RTSS, núm. 3, 1991.

(32) Precisamente, una de las actuaciones básicas del acosador es incidir negativamente sobre la salud, física y sobre todo psíquica, del trabajador, a través de su sometimiento a una constante presión estresante, con el consiguiente efecto promotor de alteraciones depresivas, psicósomáticas, etc., hasta llegar incluso a producir estados psicológicos tan anómalos como para provocar comportamientos suicidas. No es de extrañar que algunos especialistas aludan al «acoso institucional» como una de las experiencias más devastadoras que puede sufrir la integridad de un ser humano en situaciones sociales ordinarias. *Vid.*, B. SCHUSTER, «Mobbing, bullying and peer rejection», *American Psychological Association* (www.apa.org/psa/julaug96/); J. L. González De Rivera, *El trastorno por mediocridad inoperante activa*, Psiquis, 1997. En realidad estos estudios evidencian que también el acosador es un «enfermo», que sufre bien «una forma asexual de perversión» (HIRIGOYEN), o una modalidad grave de sociopatía agresiva (FIELD), o «trastorno por mediocridad inoperante activa» (GONZÁLEZ DE RIVERA).

(33) En el caso analizado por la STS 23 de julio de 2001, *cit.*, queda plenamente acreditada la existencia de un largo periodo de bajas por síndromes depresivo-reactivos y procesos ansiolíticos.

(34) La inexistencia de referencia al acoso sexual, salvo en lo relativo a la técnica sancionadora, no ha impedido que se configure como riesgo profesional, causante de todo tipo de patologías e incluso accidentes de trabajo, en la doctrina de suplicación más reciente. *Vid.*, *STSJ Galicia 24 de enero de 2000*.

(35) Ésta es justamente una de las perspectivas más originales y relevantes, aunque no la única, del denominado Código de Conducta Europeo sobre medidas a adoptar para combatir el acoso sexual, incluido dentro de la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de enero de 1991, configurado como una guía u orientación sobre «buenas prácticas» para la tutela de la dignidad de la mujer en el trabajo, cuya difusión formal ha sido enorme en los diferentes Estados pese a carecer de fuerza vinculante. También es la perspectiva básica asumida por la única legislación ya en vigor hasta ahora conocida en esta materia, la sueca, elaborada precisamente en aplicación de la Ley Básica de Prevención de Riesgos Laborales, estableciendo principios análogos a los recogidos en el art. 15 LPRL, mientras que los procedimientos de canalización de los problemas de persecución o violencia psicológica y medidas inmediatas de corrección, incluida la adaptación de la organización del trabajo inadecuada, aparecen igualmente contempladas de forma genérica en el art. 14 LPRL y normas de desarrollo, en especial en el RSP 1997, **¡donde no debe olvidarse que se contempla como Especialidad Preventiva la «Psicosociología en el Trabajo»!** Este mismo enfoque es el que está presente en recientes pronunciamientos de la jurisprudencia italiana, como la sentencia de la Corte de Casación, Secc. Laboral, 15 de junio 2000, núm. 5491/2000, asignando la carga de probar el cumplimiento de la obligación general de protección de la integridad psicofísica al empleador, mientras que correspondería al trabajador probar la lesión y el nexo de causalidad entre la conducta dañosa y el ejercicio de su actividad.

(36) La aplicación de este complejo entramado normativo, organizativo y técnico al acoso moral en la gestión de personal por las Audiencias Provinciales queda claramente expresada, no obstante la redacción deficiente, en el art. 3 LPRL y RD 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado. Entre las medidas a adoptar estarían, como es sabido, tanto las de tipo «organizativo» --modificaciones de los procesos productivos, introducción de vías eficaces de comunicación de grupo y con el empresario, rotación de puestos, medidas modificativas de las condiciones de trabajo e incluso disciplinarias...- , cuanto de ayuda o «asistencia» a la víctima --tratamiento psicológico, rehabilitación...- , al margen de medidas de tipo cultural, orientadas a prevenir de forma general y anticipada estos comportamientos o a evitar que se reiteren.

(37) *Vid.*, en este sentido la Instrucción núm. 102/1999 de la Dirección General de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sobre la acción inspectora en materia de Seguridad y Salud en el trabajo, en el ámbito de la Administración del Estado; y el Oficio remitido a los Jefes de Inspección por la Dirección Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Andalucía, con fecha de 3 de agosto de 2001, donde, tras el preaviso al superior que se encuentre al frente del Centro o Unidad Administrativa a inspeccionar (art. 3.3 RD 138/2000), se establece la metodología de actuación, que a grandes rasgos implica un doble

requerimiento, uno común o genérico y otro específico, el previsto justamente en el art. 45.1 LPRL. No puede compartirse, por tanto, la afirmación radical, dicho sea con todo el respeto a un aplicador de esta normativa, de quien considera, que «la falta de desarrollo normativo del precepto, de hecho hace del todo punto inviable su aplicación práctica». *Vid.*, M. Velazquez, «La respuesta jurídico legal...», *op. cit.*, pág. 14. En todo caso, nos parece loable la denuncia interpuesta por la Unión Progresista de Inspectores de Trabajo (UPIT) ante la Comisión Europea por el incumplimiento del art. 4 de la Directiva Marco 89/391/CE por parte del Estado español.

(38) Así, para esta decisión del TS, que el reclamante de la indemnización pida, además de 10 millones --el TSJ de Extremadura sólo le concederá 750.000 pesetas-- en que valora los daños originados, la «publicación del auto judicial que le exime de responsabilidades penales, lejos de invalidar la petición principal, la reafirma, pues «hay que entender que forma parte de la misma petición indemnizatoria, en el sentido de que, según el parecer del lesionado, la forma de resarcirlo plenamente de los daños y perjuicios que le ha causado la inaceptable conducta del Ayuntamiento, **una conducta que atenta a su dignidad de hombre, de ciudadano, y de servidor público, tiene una doble vertiente: por un lado, la económica, y por otro, la formal** de dar publicidad a un auto que le exonera de una responsabilidad penal que quiso imputársele. Que proceda o no acceder a esta otra parte de su petición es cuestión distinta y en la que no podemos entrar aquí ya que el perjudicado actúa.. únicamente como recurrido» (fundamento jurídico 4.º A, párrafo 4).

(39) Puesto que en escasísimas ocasiones la conducta de acoso finalizará con la «expulsión» por despido directo del trabajador --mucho menos por expediente disciplinario por faltas muy graves que incluso pudieran conllevar la separación del servicio del funcionario--, la acción de nulidad será más eficaz contra cualquier otra decisión empresarial que se realice en el marco de la conducta de acoso, como por lo demás ya ha sido destacado por el TC, que no reduce la vigencia de los derechos fundamentales como límites al poder de dirección sólo a las sanciones disciplinarias. Para la utilidad de las «sanciones civiles», incluida la de nulidad, *vid.*, la Proposición de Ley francesa, *cit.*

(40) Debe tenerse en cuenta que esta acción aparece igualmente contemplada, con carácter general para todo el ordenamiento, cuando se trata de proteger a las personas frente al ejercicio abusivo o antisocial o arbitrario de un poder o un derecho (*vid.* art. 7.2 CC).

(41) En el uso de los calificativos «comunicativa» y «discursivamente» deben resonar los planteamientos de J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, Trotta, 1998. Aunque probablemente esta tutela se encuadra más en lo que hemos denominado dimensión procedimental del derecho antiacoso o *antimobbing*, no es dudoso que evidencia una posición de tutela orientada a la efectiva reparación o corrección del comportamiento.

(42) Como recoge el art. 4 de la Proposición de Ley Francesa, modificando el art. 231.9 del Código de Trabajo francés, análogo a nuestro art. 21.2 LPRL, «puede igualmente constituir un peligro grave e inminente para la vida o la salud del trabajador un acoso por la degradación deliberada de las condiciones de trabajo». La norma tiene, sin embargo, puros efectos interpretativos, no innova el ordenamiento.

(43) Aunque quizás fuese conveniente que este derecho se introdujera con mayor precisión, tal y como sucede en materia de prevención de riesgos en el Código de Trabajo francés, no cabe duda que ya puede fundamentarse en Derecho positivo, basta la voluntad decidida de actuar en tal sentido por las representaciones de los trabajadores, unitarias y sindicales. Para este derecho *vid.*, la Proposición de Ley francesa en orden a la tutela frente al acoso moral. A los representantes de los trabajadores incumbe *lege data* alertar de estos comportamientos, bien por su conocimiento o a instancia del trabajador-víctima, e incitar o estimular al empleador para que tome medidas al respecto, ya si se trata de un comportamiento directamente realizado por él, ya si el acoso procede de una persona con potestad en su empresa, incluso si proviene de uno o varios compañeros del trabajador-víctima.

(44) Junto a las depresiones, el estrés, hay que destacar enfermedades psicosomáticas, que llevan infartos, úlceras de duodeno e incluso algunos tipos de cáncer asociados al estrés mantenido, así como el uso y abuso del alcohol y drogas, incluso el suicidio --un estudio del

psicólogo Heinz Leymann, «padre» del término, cifraba los casos de suicidio en Suecia por esta causa en un 15% del total-- , que aparece como la falsa salida del laberinto.

(45) *Vid.*, entre la enorme bibliografía ya disponible al respecto, en materia de accidentes de trabajo, A. V. SEMPERE, *Aranzadi Social*, núm. 20, 1999, Págs. 27 y ss.

(46) Como ya se ha sugerido, las razones que pueden explicar comportamientos patológicos de esta naturaleza son básicamente dos: o bien *seleccionar un «chivo expiatorio»* que sirva de ejemplo para confirmar ante el grupo quién tiene el mando en una empresa, así como la eficacia de un determinado estilo autoritario de gestión, por un lado, en cuyo caso no interesa su salida porque lo que se quiere es que sirva para ilustrar lo que le espera a aquel que ose desafiar al jefe, o mostrarse diferente; o bien *librarse de un miembro* de la organización, provocando su abandono voluntario, ya porque se le considera como un competidor al que hay que eliminar, por diferentes razones, normalmente porque se presenta como más cualificado, ya porque, aunque no se le considere rival profesional sí supone una molestia, porque no se acomoda a las reglas fijadas en la organización (*v. g.* represalia por rebeldía o precio por ser crítico con las reglas férreamente establecidas por el «líder»). Pues bien, es este objetivo de *librarse o represaliar a quien se muestra crítico* con la organización el que está en la base de la decisión de la STS, Sala 3.^a, 23 de julio de 2001: las críticas realizadas por el empleado a la actual situación de deterioro de las Instalaciones de la Estación Depuradora llevará, aprovechando el malestar y reclamaciones de los usuarios por la aparición de fango en la red de agua, al Municipio a denunciar penalmente las anomalías del sistema imputando la responsabilidad al funcionario por sabotaje. Paralelamente, y a la espera de la resolución sancionadora derivada de los expedientes abiertos por el Ayuntamiento en sede disciplinaria y, en su caso y momento, de la propia Instrucción penal, el Alcalde decide aplicar de forma inmediata y expeditiva otra «sanción», ésta velada y prolongada, el cambio de funciones y de lugar de trabajo, iniciándose la «odisea» infernal del funcionario ya relatada. La salida en este caso fue provisional, a través de bajas por enfermedad, inicialmente negadas.

(47) Una observación que llevada al ámbito de la gestión del personal funcional nos permite poner de relieve que el recurso a una vía de salida pretendidamente voluntaria, ya el abandono del servicio, inicialmente considerado como infracción muy grave (art. 31 LRFP), ya, como será más habitual, la «excedencia voluntaria por interés particular», podía ser en su momento revisada judicialmente si se acredita que tal decisión no fue realmente «libre», sino debida o impuesta por un estado psicológico anormal que viciaría la decisión de salida o que, en el caso de abandono, permitiría entender existente un estado de necesidad legitimador de la medida de autotutela.

(48) Aunque la aplicación de esta norma legal ha sido hasta hace muy poco tiempo restrictiva, no obstante los asideros que presta la evolución expansiva del concepto de «lesión corporal» que está en la base del concepto legal de accidente de trabajo y la no menos amplia interpretación de la presunción de laboralidad de todos los accidentes de trabajo durante la jornada laboral *ex art. 115.3 LGSS* (Ej., STS 23 de julio de 1999), hoy podemos registrar una tendencia evolutiva favorable a calificar las lesiones o enfermedades psicofísicas como accidentes de trabajo, en particular en las doctrinas de suplicación. *Vid.*, sentencias TSJ Murcia S 31 de julio de 1997 (síndrome depresivo ansiolítico por sufrir el Banco donde trabaja la persona afectada varios atracos); TSJ País Vasco SS 7 de octubre de 1997 (el estrés profesional sin cardiopatía orgánica como causa de accidente laboral); 2 de noviembre de 1999 (configuración del agotamiento psicofísico o **síndrome de burnout como accidente de trabajo**) --confirmada ya por el TS--; y TSJ Galicia S 20 de enero de 2000 (configuración del cuadro depresivo causado por **acoso sexual como accidente de trabajo**). En esta misma dirección se movería la doctrina de suplicación del TSJ Navarra que ha confirmado las sentencias de los Juzgados de lo Social, núm. 1 y núm. 3, de Pamplona, respecto al acoso moral propiamente. Interesante es reseñar que, en la experiencia judicial francesa, incluso el suicidio ha llegado a calificarse de accidente de trabajo, siempre que se vincule claramente al ejercicio de condiciones de trabajo, de modo que el desarrollo de la prestación motive un estado psicológico anormal que genera el suicidio. *Vid.*, S. LICARI, *op. cit.*, Pág. 502.

(49) Debe recordarse, como ilustra la experiencia sueca, que al empleador compete establecer las medidas de orden general que prevengan la aparición del acoso moral, como son las políticas sobre modos de conducta entre los trabajadores de la empresa que favorezcan un

clima laboral adecuado, basado por supuesto en el respeto y la tolerancia en relación a los demás, máxime cuando se trata de derechos fundamentales y libertades públicas, así como en la transparencia informativa sobre aspectos tales como las medidas de la empresa para evitar comportamientos agresivos, y la promoción de foros de debate y encuentro, esto es, de formas de expresión y participación colectiva, directa o representativa.

(50) Sin ningún género de duda, la experiencia doctrinal y jurisprudencial que más ha avanzado en esta cuestión es la italiana, por lo que convendría dirigirnos a ella para tratar de analizar sus posibilidades en nuestro país. *Vid.*, V. MATTO, «Mobbing fra danno alla persona e lesione del patrimonio professionale», *DRI*, núm. 4, 1999.

(51) Es infracción muy grave el «*acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*».

(52) En caso de concurrencia se aplicará la sanción más grave, por tanto, por lo general, el art. 8.11 TRLISOS.

(53) Especialmente ilustrativo de este amplio convencimiento en la utilidad de la tipificación penal el acoso moral, aun evidenciando un amplio número de reservas e interrogantes tanto sobre su corrección técnica cuanto sobre su eficacia real, es el análisis para la experiencia francesa, perfectamente proyectable a la experiencia española en materia de penalización de los incumplimientos de las normas prevención de riesgos laborales y reguladoras del acoso sexual, realizado por SICHEL-LICARI. «*De la nécessité...*, *op. cit.*, págs. 505 y ss., y mas ampliamente en SICHEL-LICARI, *La protection pénale de la dignité du salarié*, Thèse, Nancy 2.1999, págs. 171 y ss. El art. 7 del Proyecto francés modifica el Código Penal introduciendo el art. L 225-15, a tenor del cual, «*el hecho de acosar a un trabajador con el objetivo de atentar contra su dignidad o su integridad psíquica está castigado con dos años de prisión y multa de 500.000 francos*». Por su parte, los Proyectos italianos se mueven en dirección análoga, así, por ejemplo, el ddl núm. 6667, en su art. 1 considera a todos aquellos que realicen «actos de violencia psicológica o en cualquier forma reconducible a ella, inequívocamente e instrumentalmente orientados a provocar un daño lesivo de la dignidad, física o moral, de otros obligados a sufrir tales actos a causa de un estado de necesidad» como reos de un delito que se sanciona con la «reclusión de uno a 3 años y a la prohibición de ejercer cargos públicos hasta 3 años o, alternativamente, a la multa desde 5 a 30 millones de liras». Los siguientes preceptos se dedican a contemplar tipos agravados, y el art. 4 a definir cuáles son los actos considerados delictivos a estos efectos. Las iniciativas parlamentarias españolas, en particular la Proposición No de Ley socialista, exige expresamente la consideración como delito, con la consiguiente creación de un tipo penal autónomo y nueva modificación legislativa del Código Penal ampulosamente llamado «de la democracia».

(54) Muy interesante es la STS Sala 1.^a 12 de noviembre de 1998. Nuevamente tenemos que evidenciar nuestra discrepancia con la valoración e interpretación, a nuestro juicio demasiado tradicional, realizada por M. Velazquez, *op. cit.*, Pág. 15.

(55) El Parlamento Europeo ya ha empezado a tomar cartas en el asunto con su Resolución 2001/2339 (INI).