

línea de tendencia claramente recogida en la más reciente experiencia jurídica mundial, no sólo en EEUU, que en este aspecto constituyen una auténtica vanguardia evolutiva, con casos muy sonoros en diferentes ámbitos relacionados con la salud y los derechos de la persona, sino también en Europa, y cuenta ahora ya con algunos pronunciamientos por nuestra Sala de lo Social del TS que permitirían avanzar mucho más en esta dirección¹⁰.

En tercer lugar, dada la inherente pluriofensividad del acoso moral, por tanto la diversidad de bienes jurídicamente afectados, y la multiplicidad de vías para exigir formal o procesalmente las correspondientes responsabilidades de alcance monetario o económico, se plantea el problema relativo a la determinación de la *compatibilidad* entre los diferentes "fragmentos indemnizatorios" en que se concreta aquella tutela, que materialmente puede y debe configurarse como unitaria en todos los casos: la *indemnización por acoso moral*. A este respecto, es plenamente oportuno traer a colación la jurisprudencia del TS, ya referida, en orden a la determinación de la concreta cuantía indemnizatoria por los daños derivados de la producción de accidentes de trabajo que traen causa de la omisión de las debidas medidas de seguridad y salud, en virtud de la cual ha de descontarse de la indemnización todas aquellas cantidades percibidas por la víctima que no tengan propiamente carácter sancionador, cualquiera que sea su naturaleza -- vg. prestaciones de seguridad social, incluidas las mejoras voluntarias; indemnizaciones fijadas por convenio; indemnización legal específica (ej. lesión a la dignidad profesional)--, y cualquiera que sea el orden judicial en que se determinen --penal, civil--¹¹.

No obstante, tanto el límite negativo que se establece, prohibición de "enriquecimiento injusto", mientras que el límite positivo, satisfacción "plena" del

¹⁰. En contra de tal opción STSJ Galicia 17.2.1995, que reconduce esta dimensión a la tutela propiamente sancionadora. La posibilidad de exigir esta dimensión "sancionadora" queda apuntada, sin embargo, en la STS 17.2.1999, que, tras plantear la posibilidad de reconocer, aunque excepcionalmente, situaciones merecedoras de cuantías que cumplen también una función sancionadora, sitúa el umbral numérico o monetario de la cuantía en el "*límite racional de una compensación plena*". Igualmente en la STS 2.10.2000, para la cual, en relación a la compatibilidad de la indemnización por daños derivados de accidente de trabajo con el recargo de prestaciones, cuya dimensión sancionadora civil comienza a ser reconocida, aunque no por el propio TS, no cabe descartar, para la tutela indemnizatoria, la finalidad de "impulsar coercitivamente de forma indirecta el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando específicamente sus responsabilidades con el propósito de que a la empresa no le resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para evitar riesgos de accidente". Aunque también en el ámbito de los daños por acoso moral cabe plantear la percepción el recargo de prestaciones por omisión de medidas, esta posibilidad de contemplar "pluses sancionadores" de carácter indemnizatorio no requiere, a nuestro juicio, cuando se trate de derechos fundamentales, una norma expresa al respecto.

¹¹. vid. STS 2.10.2000, cit.

daño, son lo suficientemente flexibles e indeterminados como para permitir, y exigir, una apreciación judicial que satisfaga adecuadamente la pretensión ejercitada en estos casos, sin los corsés o la estrechez de miras que hasta ahora vienen dominando esta materia en la jurisprudencia dominante. La efectividad de la tutela resarcitoria frente a comportamientos radicalmente rebeldes al mantenimiento de unas reglas de convivencia civilizada en la empresa, cuyo resultado final será con toda probabilidad, como enseña la experiencia, la salida de la empresa por parte de la víctima o un daño biológico y moral irreparables, por lo que en un elevado porcentaje de casos de acoso moral no habrá más defensa "real" que la indemnizatoria, pasa por una adecuada aplicación del principio constitucional de proporcionalidad entre la indemnización y la entidad de la lesión, en atención a las concretas circunstancias concurrentes (ej. relación de superioridad, prolongación de la conducta, intensidad, ámbitos relacionales afectados..), que hasta ahora ha brillado por su ausencia en la práctica judicial de la Sala de lo Social en este punto.

Del mismo modo, la diversa naturaleza jurídica de los bienes en juego, por tanto la reserva de un significativo espacio de autonomía entre los diferentes "fragmentos indemnizatorios", aún en el evidenciado marco de una tutela económica unitaria, bien exigen una opción interpretativa renovada. Por supuesto menos cicatera con la víctima y más incisiva con el agresor.

Lo contrario, esto es, perseverar en un análisis estrictamente numérico o cuantitativo, bajo la apariencia de objetividad y "justicia", en realidad lleva aparejado una grave desconsideración al valor de la dignidad de la persona, por lo que la respuesta judicial frente al acoso deja de ser parte de la solución para ser parte del problema, inclinando el fiel de la balanza del lado del agresor y en perjuicio de la víctima. Si la finalidad buscada con el acoso es "estigmatizar" a la víctima, aniquilando la confianza en sí mismo y su autoestima, una indemnización de "menor cuantía", además de profundizar en el camino de la ridiculización de la víctima agravaría el problema de pérdida de confianza que el acoso supone ya en sí mismo, pues ahora se perdería definitivamente la confianza en las instituciones que están para garantizar la "paz social". El efecto no puede ser más "terrorífico".

También en relación al problema del alcance cuantitativo de la indemnización (o indemnizaciones) de daños y perjuicios por acoso moral,

especial interés y complejidad presenta la determinación del grado de incidencia que determinadas circunstancias concurrentes relativas a la víctima pueden tener en orden a la reducción de la cuantía indemnizatoria. Como enseña tanto la experiencia judicial en relación a las indemnizaciones por accidentes de trabajo, cuanto algunas decisiones en materia de acoso sexual, circunstancias tales como la concreta personalidad del trabajador --vg. personas con una especial fragilidad o sensibilidad de sus estructuras mentales y psicológicas--, el estado de salud precedente --ej. antecedentes de alteraciones psicológicas--, pasividad de la víctima a la hora de reaccionar.. pueden ser elementos a tener en cuenta a la hora de valorar el daño y fijar la tutela resarcitoria.

Sin embargo, además de dejar bien sentado que estos elementos en modo alguno inciden ni en la tipificación de la conducta como ilícito ni en la existencia del correspondiente nexo causal entre el comportamiento y el daño, conviene igualmente prevenirse respecto de una influencia sobrevalorada en orden a la fijación de la responsabilidad indemnizatoria, primero porque legalmente la especial sensibilidad de las personas es un dato a tener en cuenta por los empresarios a la hora de la planificación de su política de personal, como vimos, y segundo porque la pasividad en la acción no es imputable a una falta de interés por parte de la víctima, o a eventual tolerancia, sino a las características del ilícito --prolongado en el tiempo, invisibilidad de comportamientos, sutileza de acción-- y a los propios efectos "inhibidores" en la víctima de las vías de reacción o respuesta¹².

Finalmente, también en relación a los problemas de orden sustantivo que genera la puesta en acción de las técnicas de tutela indemnizatoria frente a comportamientos de acoso moral u hostigamiento psicológico, es obligado plantear el problema relativo a la identificación de los *sujetos a los que imputar la responsabilidad cuando la conducta no procede directamente del empresario, público o privado*. A este respecto, y puesto que ya sabemos que una distinción clave en relación a las técnicas de tutela exigible por acoso moral se articula sobre el sujeto activo del comportamiento agresor, *mobbing estratégico o bossing (conducta empresarial)*, por un lado, *mobbing en sentido estricto (conducta de*

¹². vid. NTP 476-1998. Especialmente criticable en este sentido es la opción interpretativa que ocluye pronunciamientos como el de la STSJ Galicia 17.2.1995, que tiende a configurar la lentitud de reacción como elemento determinante de la inexistencia de acoso, si bien en este caso en su modalidad sexista, el acoso sexual, que, como se sabe, entre sus elementos tipificadores está el rechazo claro de la agresión.

compañeros o, incluso superiores jerárquicos), por otro, conviene recordar la doctrina jurisprudencial según la cual hay que descartar una responsabilidad objetiva por parte del empresario cuando existe un resultado dañoso para el trabajador dentro de su ámbito de dirección y organización.

Por eso, siempre será exigible para solicitar la responsabilidad del empresario por riesgo de empresa un criterio de imputación subjetiva, en este caso la falta de adopción de medidas necesarias para prevenir estos comportamientos o, en su caso, para corregirlos en una fase no definitiva, medidas exigibles al empresario como garante del derecho a un ambiente de trabajo libre de acoso, aunque no sea ni autor material ni cómplice propiamente del acoso¹³. Debe recordarse que la responsabilidad del empresario, cuando el agresor o acosador es otro trabajador a su servicio, compañero de la víctima, no es subsidiaria, sino directa, y que si se reclama conjuntamente a compañero y empresario, la responsabilidad es solidaria, por lo que se podrá exigir a éste el total de la indemnización. Todo ello, claro está, sin perjuicio de las acciones civiles y penales que pueda emprender el trabajador-víctima contra los autores, ya se trate de una relación de empleo público ya de empleo privado.

3. Los aspectos procesales de la tutela frente al acoso moral en el trabajo: la búsqueda de la unidad de actuación

Pero si delicados, aunque perfectamente solventables sin forzatura ni voluntarismo en el estado actual de evolución del *ius positivum*, son los problemas sustanciales, aún más delicados y quebradizos se vuelven las cuestiones procesales relativa a la tutela. En este momento, y dada la extensión que alcanza ya esta primera contribución iuslaboralista en nuestro país al planteamiento y resolución de un problema de la magnitud jurídica y social como la alcanzada por el acoso moral, aquí sólo vamos a dejar descritos *grosso modo* 3 de ellos: el relativo a la *competencia judicial* para fijar la indemnización, por un lado, el relativo a la *prueba*, sin duda el punto más doliente de la tutela, por otro, y el correspondiente a las *vías procesales para ejercer la acción judicial* en

¹³. También apuesta por una responsabilidad clásica por culpa la STS, Sala 1ª, 25.4.2000, recurso 2114/95, de modo que exonera de responsabilidad al empresario cuando se constata que "se habían adoptado las medidas de seguridad que la técnica y la prudencia aconsejan para la eliminación del riesgo...".

demanda de tutela indemnizatoria, en especial la posibilidad o no de solicitar cumulativamente la indemnización adicional por lesión de derechos fundamentales a otras pretensiones recogidas en las normas laborales, finalmente.

Respecto de la primera, y aún conscientes de la continuidad de una absurda --como todas-- "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, no creemos que en correcta técnica jurídica haya base alguna para privar al Juez de lo Social de un conocimiento pleno, e incluso excluyente cuando se trate de conducta sólo imputable al empresario, de esta tutela, incluso aunque se haya extinguido ya la relación. El recurrente argumento de la *vis atractiva* y la reserva de conocimiento al orden civil sobre la acción de responsabilidad extracontractual (arts.1902 y sgs C.c.), tan utilizada en materia de responsabilidad por accidentes de trabajo --! y también por actos discriminatorios del empresario i-- está hoy lo suficientemente desacreditado como para requerir mayores esfuerzos, aunque la Sala Civil, no sin fisuras, se siga empeñando en mantener lo contrario¹⁴.

No revelamos ningún secreto ni hacemos ningún hallazgo cuando ponemos de relieve que el gran problema que suscita la tutela frente al acoso moral u hostigamiento psicológico es, por enésima vez en el mundo del derecho, *es la dificultad de probar la existencia del comportamiento lesivo, así como, especialmente cuando no existen daños para la salud psíquica, la producción de un daño.* La inquietante, incierta y deficiente experiencia aplicativa de la legislación de tutela sobre acoso moral es suficiente reveladora de esta afirmación, por lo que se muestra como un buen campo de pruebas para poner de relieve el alcance del problema en relación al género, el acoso moral. Un adecuado planteamiento de la cuestión relativa a las reglas de distribución de la carga de la prueba obliga a diferenciar dos aspectos: por un lado, la acreditación de la existencia del comportamiento ilícito, el "acoso moral", por otro, la acreditación de la existencia de daños derivados de tal comportamiento.

Respecto del primer aspecto del problema probatorio, ante el difuso convencimiento sobre los enormes obstáculos que suponen para la víctima

¹⁴, vid., entre la enorme bibliografía ya disponible al respecto, en materia de accidentes de trabajo A.V. SEMPERE, Aranzadi Social, n.20, 1999, pags.27 y sgs.

acreditar la existencia de un comportamiento que tiende a difuminarse y a articularse a través de actuaciones no inmediatamente perceptibles, intransparentes, indirectas, difusas, no materializadas en actos con relevancia jurídica-negocial inmediata, algunos proyectos de ley ya existentes en diversos países europeos pretenden introducir técnicas que flexibilicen, faciliten o excepcionen las usuales reglas de distribución de la carga de la prueba. Así, una de las propuestas más recurrentes es introducir una regla que suponga una suerte de "inversión de la carga de la prueba", de modo que sea el empresario, o el autor de la conducta, quien acredite la existencia de razones que justifican el comportamiento y la ausencia de ánimo hostil alguno, como ya sucede para los comportamientos discriminatorios y para las conductas de acoso sexual. Al margen de la mayor o menor corrección técnica de estas propuestas, lo cierto es que el resultado que persiguen es perfectamente comparable a la situación que refleja, para nuestro derecho vigente, el art.179.2 LPL para la libertad sindical y, en general, de conformidad con una abundantísima y ya consolidada, aunque no totalmente lineal, jurisprudencia del TCo., para todos los derechos fundamentales (también art.96 LP)¹⁵.

Aunque podría pensarse, no sin razón, que a la luz de estas reglas de origen jurisprudencial, ahora formuladas legislativamente también en el plano comunitario en materia de discriminaciones por razón de sexo, directas o indirectas, a efectos probatorios nuestro derecho no requeriría reforma alguna para combatir el acoso moral, tan sólo una mayor sensibilidad y conciencia aplicativa por parte de los Tribunales, el juicio no puede ser tan lineal. La razón de exigir una interpretación más adaptada y matizada por parte del juez al comportamiento de acoso moral reside, básicamente, en la frecuencia de situaciones en las que este ilícito o bien no se ha materializado en concretas medidas en sí mismas susceptibles de un juicio de reproche, gozando incluso aisladamente de justificación objetiva, por lo que la lesividad sólo procede de una valoración global de la actividad (vg. STSJ Valencia 25.9.2001) o bien no son

¹⁵.Para la experiencia francesa análoga vid. S.LICARI.op.cit. pags.498 y sgs. Para la experiencia italiana, si bien con críticas a la timidez de los proyectos, P.TULLINI.op.cit.p.265. Una lectura crítica de la jurisprudencia constitucional en J.L.MONEREO.*La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales*.Tirant Lo Blanch.Valencia.1996. Consecuentemente, a la víctima le bastará con acreditar la existencia de simples indicios --*fumus* de acoso--, debiendo el empresario o/y el autor material demostrar que la actuación tiene una razón objetiva ajena a cualquier objetivo o resultado lesivo. Para las dificultades de esta prueba vid. STSJ Murcia 6.4.1998,ar.2255, respecto de una conducta de acoso sexual.

imputables al empresario a título de autor sino a título de incumplimiento de la diligencia debida a la hora de adoptar medidas preventivas o correctoras, aunque se trate del deber general de prevención (vg. STSJ Navarra 30.4.2001). En todo caso, debe tenerse en cuenta el especial protagonismo que en esta fase de la tutela corresponde asumir al juez, que debe adoptar una posición extremada, aunque razonablemente, flexible, en cuanto garante último del derecho fundamental en juego (STCo.41/1999, 22.3)¹⁶.

Por lo que refiere al segundo aspecto, el relativo a la prueba de daños producidos, así como a la consiguiente relación de causalidad o conexión causal entre el comportamiento lesivo y los daños generados, es oportuno recordar la distinción que hacíamos, en el caso de los daños personales, entre los daños biológicos o psíquico-físicos, y los daños morales propiamente dichos. Mientras que para los primeros, como sucede con los patrimoniales en sentido estricto o materiales, será preciso una prueba efectiva por parte de las víctimas de su existencia, lo que no planteará excesivos problemas a partir de la enorme flexibilización judicial del nexo de causalidad y la trascendencia y objetividad de los correspondientes dictámenes médicos (ej. SJS n.1 19.2.2001), sin perjuicio de la complicación que puede derivar de la existencia de "concausas" en la producción del daño --ej. alteraciones psicológicas precedentes--, en los términos ya evidenciados más arriba, el principal problema se suscita respecto de la prueba de los daños morales. Aunque en realidad este problema no debería existir ni conceptual ni legislativamente, ni siquiera en aquellos casos, pocos pero posibles, en que el acoso moral no genere alteraciones psico-físicas desde una perspectiva clínica (daños a la salud) sino una violación de la dignidad de la persona y del derecho fundamental concretamente afectado en cada caso, a ella inherente, **porque el daño moral se presume por ser inherente a la lesión del derecho fundamental, es un daño *in sé* o *in re ipsa***, las actuales dudas jurisprudenciales complican, injustificadamente, el panorama, por lo que habría

¹⁶. Lo que significará, entre otras cosas, una actitud favorable a la práctica de cuantas pruebas admisibles en derecho puedan servir para contribuir a la acreditación de los hechos, especialmente la existencia de indicios reveladores de esta conducta, en muchas ocasiones puramente materiales, simples gestos o expresiones no recogidas por escrito, de ahí la importancia, no obstante su dificultad, de la prueba de testigos, o los "careos". Del mismo modo, es obligado no extremar esta prueba indiciaria, bastando con "un mínimo de indicios" o un "principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia". vid. STCo. 41/1999, fj.4.

que pedir que se volviera a la correcta doctrina fijada en la STS 9.6.1993, ar.4553: no se exige prueba directa¹⁷.

Por último, especialmente procelosa es la cuestión relativa al procedimiento apropiado para obtener la tutela resarcitoria, por cuanto, como hemos visto, son diversas las acciones a ejercer y diferentes los bienes jurídicos afectados. Con toda probabilidad la vía más adecuada es la del procedimiento especial para la tutela de los derechos fundamentales, previstos tanto en el ámbito laboral como en el contencioso-administrativo --recuérdese que en el empleo público el problema del acoso moral es sorprendentemente mucho más alarmante por sus cifras que la empresa privada--, pues en esta vía puede solicitarse el resarcimiento *in integrum* de todos los daños y perjuicios generados por la conducta lesiva, simple y cuando afecten a la esfera protegida por el derecho --o los derechos-- fundamental (es) concretamente vulnerados --vg. honor, integridad, libertad de expresión-información, no discriminación, intimidad..--. Por tanto, no sólo por razones prácticas, sino por razones jurídicas, es posible apreciar conjuntamente perjuicios materiales (profesionalidad, daños a la salud) y morales, especialmente cuando aquellos derivan de éstos, como suele suceder en el ámbito de comportamientos que tipifica el ilícito de acoso moral¹⁸.

Sin embargo, dada la varias veces subrayada pluriofensividad de esta conducta, y la amplia gama de actuaciones y resultados que confluyen en un atentado extremo contra la "dignidad de la persona", es posible que se abra otras vías procesales --ej. resolución causal, despido, modificaciones sustanciales...--,. Por lo tanto, se plantea el problema relativo a determinar si es posible en estos casos, en la medida en que siempre existe una lesión a algún derecho fundamental, como hemos visto, acumular no sólo el contenido de la sentencia, sino las garantías procesales previstas para el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales.

¹⁷. En este sentido SsTSJ Galicia 20.1, 17.2.1995, 20.9.1996. Recoge la interpretación contraria, que exige prueba del daño, STS 12.6.2001. En la Sala Civil, se es plenamente consciente de esta realidad, de modo que se reconoce "que su valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los Tribunales de Justicia e imposibilita legalmente para fijar su cuantificación...", a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso..". vid. STS, Sala 1ª, 19.10.2000, cit.

¹⁸. Salvo los relativos a la pérdida del puesto de trabajo que tiene su propio procedimiento, ya por vía del art.50.1 a) LET (extinción causal por voluntad del trabajador) ya por vía del despido disciplinario, sin perjuicio de que, como hemos visto, la jurisprudencia hoy acepte la acumulación de la indemnización complementaria o adicional por lesión de derechos fundamentales. Para esta definición vid. STSJ Galicia 17.2.1995, ar.597.

Dejando para otro momento un comentario más profundo de esta cuestión interesantísima, y relevantísima en la práctica, basta ahora con recordar la elaboración de una doctrina jurisprudencial que tiende progresiva y gradualmente a superar las anteriores contradicciones y posiciones restrictivas en la doctrina judicial. Se está fraguando una línea evolutiva que viene a mostrarse congruente con aquel sector doctrinal que, por imperativos de constitucionalidad más que por razones de legalidad ordinaria, apostaban firmemente por la tesis cumulativa, que aquí expresamente acogemos por ser la única coherente con las garantías de efectividad de la tutela judicial ex art.24 C.E. --por cierto, especialmente comprometida por las situaciones de acoso moral, en la fase anterior a la acción judicial--¹⁹.

¹⁹. En materia de despido, quizás el caso más afín lo registró, aunque, decisiva a la opinión interpretativa definitivamente asumida por la STS, Sala 4ª, 12.6.2001, cit.