Tesis
DT 2007
G3

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

MEDIOS PROBATORIOS EFICACES DEL MOBBING
(Estudio Comparativo Venezuela-España)

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Derecho del Trabajo

Autor: Yesenia Virginia García Mackevicius

Asesor: Irma Bontes Calderón

Caracas, julio 2007

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

MEDIOS PROBATORIOS EFICACES DEL MOBBING
(Estudio Comparativo Venezuela-España)

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Derecho del Trabajo

Autor: Yesenia Virginia García Mackevicius

Asesor: Irma Bontes Calderón

Caracas, julio 2007

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

APROBACIÓN DEL JURADO

MEDIOS PROBATORIOS EFICACES DEL MOBBING
(Estudio Comparativo Venezuela-España)

Autor: Yesenia Virginia García Mackevicius

Trabajo Especial de Grado, de Especialización en Derecho del Trabajo aprobado en nombre de la Universidad Católica Andrés Bello, por el Jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los _____ días del mes _____ de 2007

_____ _____

Nombre y Cédula del Jurado Nombre y Cédula del Jurado

ÍNDICE

	Pág.
Aprobación del Asesor	ii
Aprobación de Jurado Examinador	iii
Resumen	iv
Introducción	1
CAPÍTIULO I GENERALIDADES	6
A. Definición de Trabajo	6
B. Definiciones, antecedente y consecuencias del mobbing	9
C. Definición de Empresa: Entorno Condiciones Ideales de Trabajo	29
CAPÍTULO II VENEZUELA	33
A. Legislación	33
B. Jurisprudencia y Doctrina	42
CAPÍTULO III ESPAÑA	49
A. Legislación	49
B. Jurisprudencia y Doctrina	77
CAPÍTULO IV	104
A. Definición Tipo de Prueba	104
B. Estudio Comparativo de medios de prueba en Venezuela y España	106
b.1 Eficacia probatoria	116
CONCLUSIONES	121
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	127

INTRODUCCIÓN

Para conocer y entender el mobbing tenemos que recurrir a la psicología, especialmente a la definición de Heinz Leymann a quien se le atribuye la descripción de este fenómeno y su aplicación a la psicología laboral. En 1990 propuso la siguiente definición en el marco de un Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo. "El mobbing o terror psicológico en el ámbito laboral consiste en la comunicación hostil y sin ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento, y activamente mantenido en ella..." Existes muchas otras definiciones, entre ellas acoso moral, acoso psicológico, en Venezuela, la doctrina ha empleado el término "psicoterror" para describir toda conducta abusiva (gestos, palabras, comportamientos, actitudes...) que atente, por su repetición o su sistematización, contra la dignidad o la integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su puesto de trabajo o deteriorando el ambiente laboral[1]

[1] Hirigoyen, M-F. (2001): El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso. Barcelona, Ed. Paidós.

Pero pese a estas diferentes denominaciones, usadas por la doctrina para describir esta forma de violencia moral en el trabajo, las más usadas es el mobbing, y en nuestro criterio, cualquiera que sea la denominación la consecuencia sobre la víctima es la misma, lograr una baja autoestima con el objetivo de que el trabajador abandone su trabajo.

Por esta razón en el desarrollo de este estudio se usan indistintamente los términos de mobbing, acoso moral, acoso psicológico, para describir la conducta violenta antes definida.

El acoso moral en el trabajo no es una situación nueva, ni localizada; sus orígenes pudieran ubicarse en la Grecia Antigua con los ilotas, clase social propiedad del estado, con férreo control militar, que carecía de derechos sociales y políticos. Otra referencia histórica es el acoso moral sufrido por Rodrigo Díaz de Vivar, el Cid Campeador, a manos de su rey Alfonso VI, en el siglo XI d.c. Por el contrario, el acoso moral es un problema de larga data y de carácter generalizado, global, pero su estudio e investigación se ubican en la década de los 80 del siglo pasado, sin embargo las denuncias al respecto son recientes, pues en el pasado los trabajadores se sentían tan intimidados que ni se atrevían a denunciar lo que en otros continentes se conoce como Mobbing.

Lo cierto es que aunque se trata de un fenómeno que ha existido siempre, pero que ahora comienza a salir del armario y, por eso, las cifras resultan alarmantes, si atendemos los casos que existen a nivel mundial, especialmente considerando España y Venezuela.

El punto de partida de este informe, lo constituye el capítulo I denominado generalidades, a través del cual pretendemos entender la relación de trabajo, y como se produce este fenómeno en las empresas, sus consecuencias y sus antecedentes. Posteriormente en el Capitulo II se estudia la legislación y jurisprudencia nacional, tomando como punto de partida la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la promulgación de la reforma de Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, en la cual se establece la obligación patronal de abstenerse de realizar ciertas conductas, consideradas a nivel internacional como: mobbing.

En el Capítulo III se realiza un estudio de la legislación española y jurisprudencia, con el resultado de que si bien en este país carece de regulación expresa sobre la materia, si existe un excelente tratamiento del tema, al punto que algunos autores consideran innecesarias algunas propuestas de regulación presentada, en virtud de que consideran el mobbing una violación a derechos humanos, y una enfermedad profesional, con lo cual a través de la Constitución Española, la Ley de

Estatuto de los Trabajadores, La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y la Ley General de Seguridad Social, es suficiente para solucionar en los tribunales los casos de mobbing.

En el Capítulo IV se hace referencia a todos los medios de pruebas, que pueden ser empleadas para demostrar el mobbing, y a las dificultades para lograr en el juez la convicción de que un trabajador es víctima del mobbing, por cuanto en la mayoría de los casos de trata de un fenómeno silencioso que se lleva a cabo a través de un intercambio de violencia psicológica entre el acosador y la víctima. Sin embargo del estudio comparativo se evidencia que en España, la jurisprudencia ha dado un tratamiento más benevolente, respecto a la carga probatoria, porque cuando se prueba indiciariamente que la extinción de un contrato de trabajo puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales se invierte el onus probandi. Así, si el trabajador invoca la existencia de causa atentatoria a su derecho a la integridad en las decisiones, órdenes o actitudes, sobre la empresa recae la carga de acreditar que su conducta es ajena a todo propósito contrario al derecho fundamental en juego. En Venezuela, si bien la doctrina habla de una inversión de la carga de la prueba esta se limita a algunos casos, como la justificación del despido y su pago liberatorio, dejando en manos del trabajador la carga de que es víctima de mobbing y así se ha pronunciado los jueces de los tribunales superiores. Falta por ver el tratamiento de nuestro máximo tribunal.

A través de esta investigación, se pudo establecer que sin importar la existencia o no de un ordenamiento jurídico, por supuesto sin dejar a un lado la necesidad que este exista, y considerando además que el mobbing constituye una violación a los derechos humanos y que tal violación está protegida y garantizada en todos los textos constitucionales de los países democráticos, resulta también importante el tratamiento del tema en el ámbito jurisprudencial y doctrina. Son los jueces quienes les dan vida y sentido a las leyes.

La importancia de este tema estriba en que las conclusiones y recomendaciones de esta investigación constituyen beneficios directos, tanto para los trabajadores, como para los patronos, empresas, e inclusive para el propio Estado, a quien le corresponde garantizar la aplicación de la leyes y la salud de sus ciudadanos.

Para llevar a cabo este estudio se parte primordialmente de métodos cualitativos, tales como el descriptivo y documental, debido a que este estudio constituye una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión de fuentes bibliográficas y legales, en conjunción con el uso de técnicas de análisis de contenido, análisis comparativo e inductivo.

CAPÍTULO I

Generalidades

A. Definición de trabajo.

El diccionario de la Real Academia Española, en su vigésima segunda edición, define trabajo, como: *Acción y efecto de trabajar."* Y trabajar como: *Tener una ocupación remunerada en una empresa, una institución.*

Para Clotilde Nogareda Cuixart del Centro Nacional de Condiciones de Trabajo – Barcelona: "El trabajo es una actividad humana a través de la cual el individuo, con su fuerza y su inteligencia, transforma la realidad. El grado de movilización que el individuo debe realizar para ejecutar la tarea, los mecanismos físicos y mentales que debe poner en juego determinarán la carga de trabajo."

Importante es referir que el trabajo objeto del derecho del trabajo no es cualquier tipo de trabajo, sino un trabajo calificado con una serie de notas diferenciadoras, las cuales según Manuel Alonso Olea (1979, pp. 147-148) son: trabajo humano, intelectual o manual, no meramente contemplativo, trabajo productivo, tiene por objeto procurar bienes

materiales para la subsistencia, trabajo por cuenta ajena, en el que la titularidad de los frutos del trabajo corresponde ab initio a persona distinta de quien trabaja, trabajo libre, porque la cesión originaria de los frutos procede de una decisión voluntaria del trabajador.

A diferencia de lo que ocurre en otras relaciones jurídicas donde la persona del deudor posee una relevancia limitada, el trabajador empeña su vida, su salud y sus energías en la prestación de servicios. Quien presta un trabajo, no entrega un objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo: el trabajo es el hombre mismo en su cuerpo y en su espíritu. Por ello, cuando se dice que el Derecho del Trabajo procede de la incapacidad del Derecho Civil, para regular una relación, dominada por la idea de subordinación de una persona a otra. Mientras que en el contrato civil la voluntad se compromete, en la relación laboral se somete. El compromiso manifiesta la libertad; la sumisión la niega.

De ahí, cabe concluir que la misión esencial del Derecho del Trabajo es la de asegurar el respeto a la dignidad del trabajador. No existiría un verdadero Estado social y democrático del Derecho, sin el respeto de la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan.

Ese trabajo, es el trabajo objeto del derecho del trabajo y regulado por las disposiciones legales de cada país.

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

El objeto del contrato de trabajo, conforma una relación jurídica entre privados muy singular por consistir en la actividad productiva personalmente realizada por el trabajador, de modo que es su propia persona la que se involucra en la prestación.

En nuestro ordenamiento jurídico, el trabajo, se encuentra regulado tanto en la Carta Magna como en Ley Orgánica del Trabajo y su reglamento.

Estos instrumentos consideran el trabajo como un hecho social, cuya definición es difícil de entender, sin embargo según la Sala Constitucional

del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela, debe entenderse que el constituyente con el uso de esta expresión, reconoce la existencia del derecho social no como sinónimo de derecho del trabajo, sino como protector de los débiles jurídicos. (Sentencia Nº 85 de fecha 24 de enero de 2002.)

B. Definiciones, antecedentes y consecuencias del Mobbing.

El "mobbing" es un problema laboral, de reciente sensibilización, que sólo es conciso en su terminología anglosajona, pues ni tiene una definición única a nivel europeo, ni tiene una definición en nuestro ordenamiento jurídico y que por no tener no tiene siquiera una traducción unánimemente aceptada, su complejidad impide acercarse con tino al problema, si no se ha estudiado o al menos leído sobre la cuestión.

Efectivamente, en los textos legales de los países de la Unión Europea apenas hay mención del mobbing si exceptuamos la legislación sueca, que lo define como "recurrentes acciones reprobables o claramente hostiles frente a un trabajador o trabajadores adoptadas en el ámbito de las relaciones interpersonales entre los trabajadores de forma ofensiva y con el propósito de establecer el alejamiento de estos trabajadores respecto de los demás que operan en un mismo lugar de trabajo". En un proyecto de ley italiano se define como "los actos y comportamientos

llevados a cabo por el empresario, o por los sujetos que tengan una posición jerárquicamente superior o igual grado o categoría en el conjunto de los trabajadores, hechos con el propósito de dañar a un trabajador con carácter sistemático, de modo perdurable y clara determinación".

Se atribuye a Heinz Leymann la descripción de este fenómeno y su aplicación a la psicología laboral. En 1990 propuso la siguiente definición en el marco de un Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo. "El mobbing o terror psicológico en el ámbito laboral consiste en la comunicación hostil y sin ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento, y activamente mantenido en ella..."

La mayoría de las definiciones coinciden con este criterio al subrayar las características de continuidad, finalidad (aislamiento, marginación de la víctima), falta de ética, entre otras.

Mobbing es el término que mayormente se suele emplear en la literatura psicológica internacional (del inglés to mob: acosar). En castellano, los términos utilizados para denominarlo son: "acoso moral en el trabajo", "acoso psicológico en el trabajo", "psicoterror laboral" u "hostigamiento psicológico en el trabajo" o "acoso laboral"

Otra denominación del mobbing partiendo del acosador es el nombre de bossing -palabra que proviene de boss, patrón o jefe- cuando no se desarrollan entre iguales, sino que la víctima ocupa una posición de inferioridad, ya sea jerárquica o de hecho, respecto del agresor.

Una de las prácticas de bossing consiste en la política de empresa de persecución o acoso respecto de un trabajador o trabajadores por motivos de reorganización o reducción de personal, o con el simple objetivo de eliminar a los trabajadores incómodos.

La Comisión Europea definió el 14 de mayo de 2001 al "mobbing" como un comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado "es objeto de acoso y ataques sistemáticos y durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o el efecto de hacerle el vacío"

Puede observarse que el legislador venezolano, esta totalmente de acuerdo con las anteriores definiciones, cuando en el Artículo 56 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (Gaceta Oficial Número 38.236/ 26 de Julio de 2005) refiere que el patrono debe:

> "Abstenerse de realizar, por sí o por sus representantes, toda conducta ofensiva, maliciosa, intimidatoria y de cualquier acto

> que perjudique psicológica o moralmente a los trabajadores y trabajadoras, prevenir toda situación de acoso por medio de la degradación de las condiciones y ambiente de trabajo, violencia física o psicológica, aislamiento o por no proveer una ocupación razonable al trabajador o la trabajadora de acuerdo a sus capacidades y antecedentes y evitar la aplicación de sanciones no claramente justificadas o desproporcionadas y una sistemática e injustificada crítica contra el trabajador o la trabajadora, o su labor"

El "mobbing", que utiliza prevalentemente medios de menoscabo psicológico, constituye una violación de los derechos fundamentales de la persona humana, incompatible con los principios del Derecho del Trabajo moderno, que establece como su principio fundamental el del trabajo humano por cuenta ajena, en el sentido obvio no sólo de ser prestado por personas humanas, sino especialmente de serlo conforme al respeto y protección de los derechos fundamentales que definen a la persona humana desde un punto de vista jurídico, reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales sobre la materia, derechos que permanecen y han de protegerse a lo largo de toda la prestación de servicios.

Nuestra Carta Magna (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, G. O. Nº 5.453, 24-03-2000) en su Artículo 89 estipula prohibición de todo tipo de discriminación contra un trabajador, por razones políticas, edad, sexo, credo o cualquier condición.

Juan Carlos Pro Rísquez, (2001, pp. 249-250) define la discriminación como "una forma de trato desigual o clasificación arbitraria e injustificada"

Para el magistrado español, Jordi Agusti Maragall (página web tsj español) "toda situación de acoso moral es un riesgo para la salud de la víctima que comporta siempre una lesión o el intento de lesionar derechos esenciales de la persona: su dignidad, su integridad física y/o moral, su intimidad, su honor." Siguiendo la exposición de este magistrado, a la persona acosada le están siendo violados sus derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra la igualdad y el derecho a la no discriminación.

Y en efecto pareciera que desde una perspectiva jurídica, el acoso moral resulta reprochable per sé al suponer siempre un atentado a los derechos fundamentales del hombre, con independencia de los daños que eventualmente origine.

Cesar Augusto Carballo, (2000, p.67) cita con relación a estos derechos fundamentales: "Esta tendencia expansiva de los derechos del ciudadano en una sociedad democrática, les garantiza vigencia, igualmente en la esfera de la empresa, (ciudadanía de empresa) constituyéndose, en consecuencia en limites infranqueables que al empresario no le es dable

desconocer (a pesar de la subordinación a la cual se encuentra sometido el trabajador) en uso de su poder de dirección."

La expresión de las situaciones de hostigamiento psicológico hacia un individuo se manifiesta de muy diversas maneras, a través de distintas actitudes y comportamientos. Leyman en 1990 en el marco de un Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo distingue 45 comportamientos hostiles que pueden ser de distinta naturaleza:

- Acciones contra la reputación o la dignidad personal del afectado; por medio de la realización de comentarios injuriosos contra su persona, ridiculizándolo o riéndose públicamente de él, de su aspecto físico, de sus gestos, de su voz, de sus convicciones personales o religiosas, de su estilo de vida, entre otras.
- Acciones contra el ejercicio de su trabajo, encomendándole trabajo en exceso o difícil de realizar cuando no innecesario, monótono o repetitivo, o incluso trabajos para los que el individuo no está cualificado, o que requieren una cualificación menor que la poseída por la víctima; o, por otra parte, privándole de la realización de cualquier tipo de trabajo; enfrentándole a situaciones de conflicto de rol (negándole u ocultándole los medios para realizar su trabajo, solicitándole demandas contradictorias o excluyentes, obligándole a realizar tareas en contra de sus convicciones morales, etc.).

- Muchas de las acciones comprenden una manipulación de la comunicación o de la información con la persona afectada que incluyen una amplia variedad de situaciones; manteniendo al afectado en una situación de ambigüedad de rol (no informándole sobre distintos aspectos de su trabajo, como sus funciones y responsabilidades, los métodos de trabajo a realizar, la cantidad y la calidad del trabajo a realizar, etc., manteniéndole en una situación de incertidumbre); haciendo un uso hostil de la comunicación tanto explícitamente (amenazándole, criticándole o reprendiéndole acerca de temas tanto laborales como referentes a su vida privada) como implícitamente (no dirigiéndole la palabra, no haciendo caso a sus opiniones, ignorando su presencia); utilizando selectivamente la comunicación (para reprender o amonestar y nunca para felicitar, acentuando la importancia de sus errores, minimizando la importancia de sus logros).
- Otras acciones muestran la característica de que son situaciones de inequidad mediante el establecimiento de diferencias de trato, o mediante la distribución no equitativa del trabajo, o desigualdades remunerativas, entre otras.

Una característica del mobbing, es la de ser un conflicto asimétrico entre las dos partes, donde la parte hostigadora tiene más recursos, apoyos o una posición superior a la del trabajador hostigado. En esta dinámica, el presunto agresor o agresores se valen, normalmente, de algún argumento

o estatuto de poder como pueden ser la fuerza física, la antigüedad, la fuerza del grupo, la popularidad en el grupo o el nivel jerárquico para llevar a cabo estos comportamientos hostigadores.

El origen o el por qué del problema puede ser muy diverso. Las hipótesis apuntan a motivos de distinta índole que van desde fuertes desencuentros, diferencias o conflictos de cualquier naturaleza entre hostigadores y hostigado, hasta que este tipo de comportamientos constituyan una especie de "distracción" para los hostigadores.

Pero básicamente, el substrato que favorece la aparición de este tipo de conductas se encuentra ligado a dos aspectos: la organización del trabajo y la gestión de los conflictos por parte de los superiores. Las empresas con falta de organización tiende a tener superiores con rasgos de acosadores.

Efectivamente, los estudios empíricos han mostrado una importante relación entre una organización pobre del trabajo y la aparición de conductas de mobbing. Así, estas conductas se ven favorecidas en organizaciones con un método de trabajo y producción con una organización extremadamente pobre, con ausencia de interés y apoyo por parte de los superiores, con ausencia de relación con éstos, con la existencia de múltiples jerarquías, con cargas excesivas de trabajo debido

a escasez de la plantilla o mala distribución de la misma, con una deficiente organización diaria del trabajo, con la existencia de líderes espontáneos no oficiales, con un trabajo con bajo contenido, con conflictos de rol, con flujos pobres de información, con estilos de dirección autoritarios, entre otros.

Desde el punto de vista de la gestión del conflicto por parte de los superiores, hay dos posiciones que pueden adoptar los superiores que ayudan a incrementar la escala del conflicto: de un lado, la negación del mismo y, del otro, la implicación y participación activa en el conflicto con el fin de contribuir a la estigmatización de la persona hostigada.

Aunque ciertas características personales pueden estar implicadas en la posibilidad de estar sometido a este tipo de situaciones, en principio, cualquiera puede verse afectado por este problema. De hecho, es posible que alguna vez en la vida cualquier persona puede encontrarse en esta situación. No obstante, la reacción del hostigado ante este tipo de problemas sí que puede variar en función de sus características personales. La forma en que se evalúa y, sobre todo, la forma en la que se enfrenta a la situación una persona está muy relacionada tanto con la solución efectiva del problema como con el nivel o la magnitud de consecuencias que desarrolla el afectado. Así, la adopción de conductas de afrontamiento activo, tendentes a la solución del problema o medidas

tendentes a controlar las reacciones emocionales que le provoca ese problema serán más efectivas en este sentido que la adopción de conductas activas mal dirigidas (que pueden seguir alimentando el problema) o de conductas de tipo evitativo como la inhibición conductual o los comportamientos sustitutivos de tipo compensatorio.

Las consecuencias del mobbing pueden ser de distinta naturaleza y afectar a varios ámbitos. Son muy próximas a la patología originada por el estrés, pero con una especial incidencia de la patología de tipo social, deben ser consideradas desde el ámbito que se trate:

- PARA EL TRABAJADOR AFECTADO.

A nivel psíquico. La sintomatología puede ser muy diversa. El eje principal de las consecuencias que sufre el sujeto afectado sería la ansiedad: la presencia de un miedo acentuado y continuo, de un sentimiento de amenaza. La ansiedad que manifiestan estos trabajadores en su tiempo de trabajo, puede generalizarse a otras situaciones. Pueden darse también otros trastornos emocionales como sentimientos de fracaso, impotencia y frustración, baja autoestima o apatía. Pueden verse afectados por distintos tipos de distorsiones cognitivas o mostrar problemas a la hora de concentrarse y dirigir la atención (los diagnósticos médicos compatibles son síndrome de estrés postraumático y síndrome

de ansiedad generalizada). Este tipo de problema puede dar lugar a que el trabajador afectado, con el objeto de disminuir la ansiedad, desarrolle comportamientos sustitutivos tales como drogodependencias y otros tipos de adicciones, que además de constituir comportamientos patológicos en sí mismos, están en el origen de otras patologías.

La excesiva duración o magnitud de la situación de mobbing puede dar lugar a patologías más graves o a agravar problemas preexistentes. Así, es posible encontrar cuadros depresivos graves, con individuos con trastornos paranoides e, incluso, con ideas suicidas.

A nivel físico, podemos encontrarnos con diversas manifestaciones de patología psicosomática: desde dolores y trastornos funcionales hasta trastornos orgánicos.

A nivel social, es posible que estos individuos lleguen a ser muy susceptibles e hipersensibles a la crítica, con actitudes de desconfianza y con conductas de aislamiento, evitación, retraimiento o, por otra parte, de agresividad u hostilidad y con otras manifestaciones de inadaptación social. Son comunes sentimientos de ira y rencor, y deseos de venganza contra el/los agresor/es.

En general, puede decirse que la salud social del individuo se encuentra profundamente afectada pues este problema puede distorsionar las interacciones que tiene con otras personas e interferir en la vida normal y productiva del individuo. La salud del individuo se verá más afectada cuanto menores apoyos efectivos encuentre (personas que le provean de afecto, comprensión consejo, ayuda,..) tanto en el ámbito laboral como en el extralaboral.

Desde el punto de vista laboral estos trabajadores son personas desmotivadas e insatisfechas que encontrarán el trabajo como un ambiente hostil asociado al sufrimiento y que no tendrán un óptimo rendimiento. La conducta lógica de un trabajador sometido a una situación de mobbing es el abandono de la organización o empresa, sin embargo, en muchos casos éste no se produce debido, de un lado, a la difícil situación del empleo en la economía actual y, de otro lado, a que, a medida que el trabajador se va haciendo mayor, ve disminuida su capacidad para encontrar nuevos empleos.

- PARA LA ORGANIZACIÓN DE TRABAJO

Es un hecho cierto que tener trabajadores con este tipo de problemas afecta al desarrollo del trabajo, pues al distorsionar la comunicación y la colaboración entre trabajadores, interfiere en las relaciones que los

trabajadores deben establecer para la ejecución de las tareas. Así, se producirá una disminución de la cantidad y calidad del trabajo desarrollado por la persona afectada, el entorpecimiento o la imposibilidad del trabajo en grupo, problemas en los circuitos de información y comunicación, etc. Por otra parte, se producirá un aumento del absentismo (justificado o no) de la persona afectada. Es posible también que se produzcan pérdidas en la fuerza de trabajo ya que previsiblemente, el trabajador intentará cambiar de trabajo.

Distintos conceptos (como la cohesión, la colaboración, la cooperación, la calidad de las relaciones interpersonales,..) que señalan el clima social en una organización de trabajo se verán afectados ante la existencia de problemas de este tipo.

Algunos estudios relacionan la calidad del clima laboral con la posibilidad de que se incremente la accidentabilidad (accidentes por negligencias o descuidos, accidentes voluntarios,..).

- PARA EL NÚCLEO FAMILIAR Y SOCIAL

El entorno social del afectado padecerá las consecuencias de tener una persona cercana amargada, desmotivada, sin expectativas ni ganas de trabajar, y que padecerá posiblemente algún tipo de trastorno psiquiátrico, con o sin adicción a drogas.

- PARA LA COMUNIDAD

Según los estudios de Leymann sobre el impacto económico de este tipo de problema para la comunidad, no hay que menospreciar las consecuencias que a este nivel se producen: la pérdida de fuerza de trabajo, costes de asistencia a enfermedades, costes de las pensiones de invalidez, etc.

Es importante destacar que no todas las conductas de violencia psíquica encajan en el acoso moral, y por eso consideramos conveniente tomar en cuenta el criterio clasificatorio que ofrece Marie-France Irigoyen, (2001 p.214), quien realiza tal clasificación atendiendo las consecuencias psicológicas, a saber:

1. conflictos que no presentan consecuencias psicológicas:

-los desacuerdos en el trabajo: desavenencias en la manera de realizar las tareas

-la mala gestión de personal: órdenes equivocadas e incluso ilegales

-los arrebatos transitorios: un mal pronto, perder los papeles, etcétera.

2. conflictos que presentan consecuencias psicológicas:

a) consecuencias destructoras pero no necesariamente malintencionadas

-el estrés: agotamiento psicofísico causado por las condiciones de trabajo.

-la ansiedad neurótica: personas que presentan una personalidad agresiva.

-los causados por el jefe tirano: el que adopta órdenes abusivas e intolerantes

-los causados por el jefe paranoico: el que no admite m ás verdad que la propia

-los causados por las personalidades obsesivas: que tienden a dominar las conductas de los demás.

b) consecuencias destructoras pero inconscientemente malintencionadas

-los causados por el erotómano: que convierte a un ser amado en objeto de acoso

-los causados por los obedientes: que siguen acríticamente órdenes destructoras sin pararse a pensar el daño que pueden producir

-los causados por narcisistas: que preocupados por su ego pisan a los demás.

c) consecuencias destructoras malintencionadas

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

Sólo estos últimos, los perversos narcisistas, podrían calificarse según esta citada autora, en acosadores morales, lo que evidencia que cuando hablamos de acoso moral nos estamos refiriendo a una modalidad específica de agresión psicológica, que aun cuando, como se ha visto en el desarrollo de este capitulo, ha tenido especial eco en el mundo de las relaciones laborales, no es el único de los conflictos interpersonales que en este ámbito pueden producirse. Es preciso por ello que tengamos en cuenta la disparidad de motivaciones que tras un conflicto pueden existir y en consecuencia que no todas ellas pueden recibir la misma solución y en su caso la misma respuesta de protección y/o sanción por parte del ordenamiento jurídico y en definitiva de los tribunales.

Por esta razón insistimos en que para alcanzar una definición más precisa de lo que debe entenderse por acoso moral, es necesario remitirse fundamentalmente a la definición de Leymann (1986), antes citada.

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

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

-efectos sobre sus posibilidades de comunicación adecuada: impedir sus actos de comunicación, silenciarla, ataques verbales, entre otros.

-efectos sobre sus posibilidades de establecer contactos sociales: aislamientos físicos e ignorancia de la víctima

-efectos sobre la reputación personal de la víctima: se le ridiculiza, se exacerban sus posibles defectos físicos o diferencias por razón de raza, sexo, etcétera.

-efectos sobre la actividad laboral de la víctima: no se encomiendan trabajos, o se encomiendan trabajos repetitivos o imposibles

-efectos sobre la salud física de la víctima: se le encomiendan trabajos peligrosos, se le amenaza o arremete físicamente, se le acosa sexualmente, entre otras.

B) Se trata de comportamientos repetitivos de manera sistemática. Esta nota todos los autores la consideran fundamental. Leymann precisa que la distinción entre conflicto y mobbing se focaliza no en lo que se hace ni cómo se hace, sino en la frecuencia y duración de los ataques; Hirigoyen, (2001, p.30) coincide con él en que el acoso moral se caracteriza ante todo por la repetición. Esta nota es importante por cuanto permite distinguir el acoso moral de otros conflictos pasajeros, que aun pudiendo ser incluso más relevantes y virulentos, responden a reacciones impulsivas que no podrían calificarse de malintencionadas, aun cuando

ciertamente de ellas puedan derivar un reproche social y más específicamente una sanción que afecte a la relación jurídico -laboral establecida entre las partes, pensemos en una agresión física o una discusión en la que se lanzan graves ofensas verbales.

C) Estos comportamientos agresivos están orientados a destruir a la víctima. Hirigoyen (2001, 239) define al agresor como un perverso narcisista que identifica al otro, a la víctima, como un rival que amenaza su poder. Los motivos de esta conducta quiere encontrarlos en un ambiente de competitividad viciado por una extrema rivalidad y celos que genera un miedo a ser atacado y promueve como reacción actitudes de violencia e intolerancia (2001, p. 37). Por su parte, se identifican como sustratos que favorecen la aparición del acoso al modo de organización del trabajo y a la forma de gestión de los conflictos por parte de los superiores. A su vez Hirigoyen, (2001, p. 166) identifica el caldo de cultivo del acoso en las condiciones estresantes del trabajo, en las exigencias de la productividad, en la comunicación despersonalizada y el trabajo sometido a estándares y pautas que no permiten la personalización. El acosador arremete entonces porque siente amenazado su poder por la víctima. Y esa sensación de amenaza es leitmotiv que explicita, aunque no justifica, su conducta.

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

Algunos autores, entre ellos Concepción Sáez Navarro, (2001, p. 47) distingue el mobbing en función de la gravedad de sus efectos:

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

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

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

En lo que si coinciden todos los autores consultados es que lo caracteriza a este fenómeno es el objetivo: que la persona se elimine laboralmente, mediante su ataque psicológico. En España, se considera que el mobbing tiene por objeto: "hacer el vacío al trabajador", con la idea de que no lo

resistirá psicológicamente y así se marchará de la empresa. Hacer el vacío al trabajador es una de las formas más eficaces de medrar la autoestima de todo ser humano, que por definición es un ser sociable y necesita de sus semejantes.

El ejercicio de la presión y que la víctima sienta esa presión, entendida como toda conducta que, desde un punto de vista objetivo, puede ser percibida como un ataque. Ligado a la "tendiciosidad" que significa que esa presión laboral tiende a o dicho de otra forma que responde a un plan que puede ser explicito, es decir, habrá casos en los que el mismo sea manifestando al sujeto pasivo mediante frases como 'te voy/vamos a hacer la vida imposible", "si no te vas, te arrepentirás", entre otras; con la reiteración de los comportamiento. son los elementos que a nuestro juicio compartido con el de muchos autores conforman este fenómeno en cuya denominación pareciera no existir acuerdo, pero que si describe las conductas antes mencionadas y que creemos que su terminología anglosajona "mobbing" es la que más se corresponde con el citado fenómeno. Quizás por esta razón el legislador patrio prefirió no usar ninguna denominación sino describir las conductas que el patrono debe abstenerse de realizar en perjuicio de los trabajadores, ver Artículo 56 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, antes citado. En lo que si omite pronunciarse el legislador es acerca de la reiteración de las conductas, lo cual quedará a criterio de

nuestro jueces, quienes seguramente deberán acoger este elementos de legislaciones y países que han tratado el tema por más tiempo, bien sea a través de sus legislaciones o a través de la doctrina y jurisprudencia, como es el caso en España.

C. Definición de empresa: Entorno. Condiciones ideales de trabajo.

En la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia Española, aparece definida la empresa como: *"Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos."*

Como indica Del Rey, (1993, p. 15) la empresa puede ser ámbito tanto para la limitación como para la expansión del ejercicio de los derechos fundamentales.

Para Humberto Villasmil (2005 p. 337) el tema de empresa ha venido cobrando inusitada importancia para el Derecho del Trabajo, más aún tomando en consideración que existe en la actualidad una clara despersonalización de la relaciones de trabajo.

Debe entenderse como condición de trabajo cualquier característica del mismo que puede tener influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador, incluyéndose:

1. Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo.
2. La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.
3. Los procedimientos para la utilización de los agentes citados que influyan en la generación de los riesgos laborales (las posibilidades de sufrir enfermedades o lesiones con motivo u ocasión del trabajo).
4. Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riegos a que esté expuesto el trabajador.

En la inmensa mayoría de las normas de derecho positivo que se usan la expresión condiciones de trabajo, no la definen, tal es el caso de Venezuela, el cual usa esta expresión en el título V de la Ley Orgánica del Trabajo, sin definirla, únicamente limitándose a referir cuales son las posibles condiciones

"Artículo 185. El trabajo deberá prestarse en condiciones que:

a) Permitan a los trabajadores su desarrollo físico y psíquico normal;

b) Les dejen tiempo libre suficiente para el descanso y cultivo intelectual y para la recreación y expansión lícita;

c) Presten suficiente protección a la salud y a la vida contra enfermedades y accidentes; y

d) Mantengan el ambiente en condiciones satisfactorias."

En la actualidad tomando en consideración el contenido del Artículo 1 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio ambiente de Trabajo es necesario concluir que un ambiente adecuado de trabajo, al menos en criterio del legislador venezolano es aquel donde existan condiciones de seguridad, salud y bienestar, que permita el ejercicio pleno de las facultades físicas y mentales del trabajador.

Por el contrario la legislación española a través Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales. (Boletín Oficial Nº 269, de 10 de noviembre de 1995), establece en el Artículo 4.7, una definición específica de condiciones de trabajo:

"Se entenderá como "condición de trabajo" cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y la salud del trabajador. Quedan específicamente incluidas en esta definición:

a. Las características generales de los locales, instalaciones, equipos, productos y demás útiles existentes en el centro de trabajo.

b. La naturaleza de los agentes físicos, químicos y biológicos presentes en el ambiente de trabajo y sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia.
c. Los procedimientos para la utilización de los agentes citados anteriormente que influyan en la generación de los riesgos mencionados.
d. Todas aquellas otras características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador."

Debe concluirse que un ambiente de trabajo con condiciones ideales, es aquél que garantice la salud física y mental del trabajador, y cuando ocurre mobbing en el trabajo, se esta contrariando las condiciones ideales de trabajo.

Es necesario tomar en consideración que las continuas modificaciones en el mundo del trabajo (la perdida del principio de estabilidad y la precarización del empleo, la descentralización empresarial, las nuevas tecnologías, los graves problemas medioambientales, las nuevas formas de organización del trabajo, los nuevos sistemas de organización en la empresa) no se han traducido en una repercusión positiva sobre la situación de las condiciones de trabajo.

CAPÍTULO II

Venezuela

A. Legislación.

En Venezuela, es a partir del año 2005 a través de una reforma íntegra de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, que se introduce en la legislación, la figura del mobbing, específicamente en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (Gaceta Oficial Número 38.236/ 26 de Julio de 2005) el cual establece dentro de las obligaciones que tiene el patrono la siguiente:

> "Abstenerse de realizar, por sí o por sus representantes, toda conducta ofensiva, maliciosa, intimidatoria y de cualquier acto que perjudique psicológica o moralmente a los trabajadores y trabajadoras, prevenir toda situación de acoso por medio de la degradación de las condiciones y ambiente de trabajo, violencia física o psicológica, aislamiento o por no proveer una ocupación razonable al trabajador o la trabajadora de acuerdo a sus capacidades y antecedentes y evitar la aplicación de sanciones no claramente justificadas o desproporcionadas y una sistemática e injustificada crítica contra el trabajador o la trabajadora, o su labor"

En este Artículo el legislador se abstuvo de utilizar denominación alguna, sino simplemente se limita a exponer las conductas que pueden configurar el mobbing, esto si atendemos a los conceptos y definiciones expuestas en Capítulos anteriores de este trabajo.

Ahora bien si comparamos lo expresado por el legislador en este Artículo, falta uno de los elementos esenciales, considerados por la jurisprudencia española, recordemos que este país, carece de una normativa especifica sobre este fenómeno (Por lo cual no se puede establecer comparativo entre la ley venezolana en estudio y las leyes españolas); como lo es la "habitualidad" es decir que el mobbing o acoso moral o psicológico se produzca de manera reiterada, por un tiempo no menor a seis meses.

La falta de este importante elemento, en nuestro criterio pudiera generar confusiones para distinguir el mobbing, de otras conductas patronales, las cuales si bien pudieran resultar violatorias de algún derecho, no constituyen mobbing.

La introducción de este concepto, obedece en nuestro criterio al desarrollo del marco teórico previsto en el Artículo 3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial Nº 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999), en cual se establecen los límites del Estado venezolano para establecer las normas destinadas a la protección de las garantías protectoras defensivas de la persona, cuando dispone:

> "El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una

sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.
La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines."

La introducción de la figura del mobbing en nuestra opinión, antes expresada obedece al desarrollo de las garantías constitucionales, por parte del Estado, a quién le corresponde velar por las mismas. Claro ejemplo de lo antes expuesto, son los siguientes Artículos de la constitución:

Artículo 19.

"El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen."

Artículo 20.

"Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social."

Artículo 21

"Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana, salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias."

Del Artículo 19 antes citado, se desprende, según expresa Mervy González Fuenmayor (2006, p. 64) la garantía efectiva del Derecho Humano, el respeto obligatorio por parte de los funcionarios, así como del Artículo 20 y 21 también trascritos, los cuales consagran junto con el Artículo el Derecho a la Libertad Personal, podemos concluir que las conductas agresivas y transgresoras de la dignidad del ser humano (elementos que configuran el mobbing), constituyen una violación a los derechos humanos, y una trasgresión a estas disposiciones constitucionales.

Para este autor, (2006, p. 83) el ordinal 1 del Artículo 46 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye uno de los basamentos constitucionales del mobbing, a saber:

Artículo 46.

"Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; en consecuencia:
1. Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación". (omissis)

Compartimos plenamente esta opinión, y consideramos que al igual que en España, en Venezuela, pudieran ejercerse amparos constitucionales, para solicitar la restitución de la situación jurídica infligida cuando exista mobbing.

Otras disposiciones constitucionales, que deben ser tomadas en cuenta, en nuestro criterio, por los jueces para definir el tratamiento procesal del mobbing, y las acciones que tiene el trabajador son los siguientes:

Artículo 89.

"El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios (omissis)
2. Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley." (omissis)
4. Toda medida o acto del patrono o patrona contrario a esta Constitución es nulo y no genera efecto alguno." (omissis)

Como puede observarse el trabajo es un hecho social, y corresponde al Estado proteger a los trabajadores, garantizándoles su derechos y estableciendo la irrenunciabilidad de los mismos, así como que cualquier conducta o acto del patrono contrario a los derechos constitucionales es nulo. Si consideramos que uno de los objetivos del mobbing, es lograr la salida del trabajador de su puesto de trabajo, pudiéramos considerar que será nula toda renuncia lograda bajo esta forma de agresión.

Otra norma que prevé la dignidad del trabajador y es aplicable en los casos de Mobbing, donde en nuestro criterio se viola este derecho del trabajador, es el Artículo 2 de la Ley Orgánica del Trabajo (Gaceta Oficial Nº 5.152 de fecha 19 de junio de 1997).

> "El Estado protegerá y enaltecerá el trabajo, amparará la dignidad de la persona humana del trabajador y dictará normas para el mejor cumplimiento de su función como factor de desarrollo, bajo la inspiración de la justicia social y de la equidad. El Estado protegerá y enaltecerá el trabajo, amparará la dignidad de la persona humana del trabajador y dictará normas para el mejor cumplimiento de su función como factor de desarrollo, bajo la inspiración de la justicia social y de la equidad."

En este mismo orden de ideas considerando que el mobbing, tiene como objeto principal el abandono del trabajador de su puesto de trabajo, el patrono estaría violando el Artículo 32 de la mencionada ley, el cual prevé: "Nadie podrá impedir el trabajo a los demás ni obligarlos a trabajar contra su voluntad."

El mobbing, constituye en nuestra opinión una forma de impedir al trabajador, el ejercicio de su trabajo, por cuanto tal como se expresó en capítulos anteriores el objetivo final del mobbing es la renuncia del trabajador en la empresa, a la que presta sus servicios y en la cual esta siendo acosado.

Cabe mencionar también el Artículo 185 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual fue trascrito anteriormente, en el cual se establece que el trabajo debe prestarse en condiciones que garanticen la salud física y mental de los trabajadores, por supuesto que la condiciones hostiles a las cuales se ve sometido un trabajador víctima del mobbing contradicen esta disposición. Este Artículo debe ser considerado en conjunto con la obligación patronal de garantizar al trabajador condiciones de higiene y seguridad que garanticen los requerimientos de salud del trabajador y un ambiente de trabajo propicio y adecuado para el desarrollo de sus facultades físicas y mentales, prevista en el Artículo 233 ejusdem.

Por otra parte el mobbing como tal, ocasiona daños a la persona que lo sufre, que pueden ser más o menos severos, dependiendo en muchos casos de la fortaleza psicológica de la víctima, con lo cual se genera un daño moral para el trabajador, resultado en consecuencia aplicable el Artículo 1.185 del Código Civil, para que el trabajador ejerza una acción

contra el patrono o la empresa, solicitando la reparación del daño causado.

También tiene aplicación el Artículo 1.196 del Código Civil (Gaceta Oficial Nº 2990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982), entendiendo que el daño causado es un daño producido como consecuencia de un acto ilícito.

El punto a dilucidar en este caso, es si el responsable es el acosador directamente, quien generalmente es una persona natural, o la empresa, o ambos. En nuestro criterio, cuando ocurre mobbing en la mayoría de los casos, la empresa esta en conocimiento de esta situación, por lo cual la responsabilidad es tanto para el acosador como para la empresa, quienes estarán obligados a reparar el daño. La jurisprudencia nacional ha sido categórica en los casos de responsabilidad por accidente de trabajo o enfermedad profesional en afirmar que se aplica el Artículo 1.193 del Código Civil, de la responsabilidad por guarda. Cabe también destacar que en nuestro criterio aplica el Artículo 1.191 de la responsabilidad por los daños causados por las personas empleadas.

Finalmente en cuanto a las consideraciones desde el punto de vista de la seguridad social, para el Instituto Nacional de Prevención seguridad y Salud Laborales (INPASEL), el mobbing es considerado una enfermedad profesional, según las estadísticas revisadas en la página web de esta

institución, lo cual aparece bajo el título de: "Afecciones Causadas Por Factores Psicosociales." Consideramos esto una posible confusión, porque el mobbing no es una enfermedad que padece un trabajador sino una conducta de la cual el es víctima, y de la cual bien pudiera generarse algunos trastornos físicos o metales, que si efectivamente en nuestro criterio deben ser considerados enfermedades profesionales, atendiendo lo dispuesto en el Artículo 70 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, vale decir el mobbing es la causa de la enfermedad no la enfermedad misma. Conforme a la ley antes citada y su reglamento corresponde a este instituto determinar las enfermedades profesionales, por lo cual tal determinación resulta vinculante para los tribunales nacionales.

Faltaría estudiar la posibilidad de responsabilidad penal del acosador, pero como quiera que se trata de una materia que debe ser dilucidada por otros especialistas del derecho, y de la investigación realizada nada se pudo recabar sobre autores nacionales quienes expertos en la materia expusiera algo al respecto, este asunto deberá ser revisado por los tribunales correspondientes.

B. Jurisprudencia y Doctrina

Importante mencionar en primer lugar que el concepto de mobbing, empezó a ser conocido por los tribunales nacionales a partir del año 2004, quizás porque era un concepto manejado en otros países, es decir aún cuando no existía en el ordenamiento jurídico una disposición precisa si se quiere sobre el mobbing, algunos trabajadores intentaron acciones basados en las disposiciones constitucionales expresadas con anterioridad.

En el caso Helianta Mejías contra Unifot II, C.A. (sentencia Nº 04-453 de fecha 30 de junio de 2004 de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia) se demanda daño moral por supuesto mobbing, sin embargo el Tribunal Supremo, no se pronuncia sobre el fondo del asunto, sino sobre fallos contenidos en la decisión de instancia.

En el caso Carmen Catalina Medina contra Unifot II, C.A: (sentencia de fecha 13 de julio de 2004 de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia) el tribunal acordó el pago de una indemnización por daño moral, por haber recibido la trabajadora un trato abusivo.

En el caso Yusmary Godoy contra Unifot II, C.A, (sentencia de fecha 23 de julio de 2004 de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia) el tribunal expreso:

> "El Artículo 1196 del Código Civil, prevé la obligación de reparar a quien haya sufrido por daño material o moral causado por un hecho ilícito. La Sala ha precisado en relación a la citada disposición legal, que el juez tiene la potestad discrecional de conceder una indemnización por daño moral. (omissis)
> La doctrina y la jurisprudencia han sostenido que el hecho ilícito, como cualquier acto contrario al ordenamiento jurídico vigente, es generado por la intención, imprudencia, negligencia, impericia, mala fe, abuso de derecho e inobservancia del texto normativo, por parte de una persona (agente), que tiene por contrapartida una responsabilidad a favor de otra persona (víctima) o perjudicado, por una conducta contraria a derecho." (omissis)

Analizando la jurisprudencia nacional del Tribunal Supremo por demás escasas, sin embargo existen varias decisiones de los tribunales superiores, algunas de las cuales se citarán más adelante, es evidente que nuestro máximo tribunal considera el mobbing como psicoterror: "sufrimiento o padecimiento psicológico del trabajador." (Omissis)

En cuanto al establecimiento de las responsabilidades por enfermedades profesionales, nuestro máximo tribunal tiene varias decisiones al respecto, claro las mismas no están relacionadas con casos de mobbing, pero los criterios explanados en las mismas aplican considerando que el mobbing es una enfermedad profesional.

Para revisar estas decisiones debemos remitirnos a algunas pronunciadas antes de la reforma de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, cuando se admitía la posibilidad de que existieran varios tipos de responsabilidades, que darían lugar a diversas indemnizaciones, tal es el caso de la sentencia pronunciada por la Sala Social, el 17 de mayo de 2000 en el caso José Francisco Tesorero contra Hilados Flexilón. Este criterio fue reiterado por otras sentencias, entre las que destaca, la N° 630 de fecha 16 de junio de 2005, (José Cristóbal Isea contra C. A. Electricidad de Occidente).

La propia Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, en su Artículo 129 se encargó posteriormente de señalar expresamente, la posibilidad de varias indemnizaciones por la concurrencia de las responsabilidades contractuales y extra-contractuales.

Efectivamente de la lectura de este artículo resulta evidente que en caso de un accidente o enfermedad profesional, surgen tres tipos de responsabilidades:

1. Responsabilidad contractual, por incumplimiento del deber de seguridad que se impone al patrono en el Artículo 56 ejusdem, y cuya reparación corresponde a la Seguridad Social
2. Responsabilidad especial, denominada así por Héctor Jaime Martínez, (2007, p. 212) la cual requiere la violación de una norma legal en materia de seguridad y salud (culpa del patrono). En este caso las indemnizaciones son independientes de la Seguridad Social.
3. Responsabilidad civil ordinaria derivada del hecho ilícito del trabajador, aplicable de acuerdo a las disposiciones 1.185 y 1.196 del Código Civil.

Para el autor antes citado (2007, p. 214) para que se produzca la responsabilidad civil es necesario que concurran varios elementos, así también lo ha expresado nuestro máximo tribunal en varias decisiones, entre ellas, sentencia Nº 722 de fecha 2 de julio de 2004 (José Quintero contra Costa Norte y otros), en la cual la Sala Social expresó:

> (omissis) "El trabajador que demande la indemnización de daños materiales superiores a los establecidos en las leyes especiales, deberá probar de conformidad con el Artículo 1.354 del Código Civil, los extremos que conforman el hecho ilícito que le imputa al patrono, la extensión del daño y la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño causado."

Es decir, que debe existir un daño que puede ser físico o moral, debe demostrarse que existe culpa del patrono (lo cual no implica sólo la intencionalidad, sino la negligencia, impericia e imprudencia o inobservacia de normas) y por último el tercer elemento, que el daño sea consecuencia del hecho ilícito que se imputa al patrono, con lo cual queda descartado los daños que se produzcan por otros hechos ajenos a la conducta del patrono. (Ver entre otras las siguientes decisiones que fundamentan lo expresado: Sentencia del 15 de octubre de 2004, Sala Social caso Ricardo Gil contra Coca Cola FEMSA de Venezuela, S. A., Sentencia del 4 de mayo de 2004, caso José Bastidas contra Molinos Nacionales, C. A., (MONACA).

Seguidamente para conocer un poco el tratamiento actual de los tribunales superiores, citamos algunos casos de mobbing.

Decisión dictada en el juicio que intentaran los ciudadanos Cora Lina Daza Liscano, Elvia Elisa Jiménez Mujica, Rafael Ángel Rodríguez Bracho, Oswaldo Antonio Sivira Oropeza y Ramón Antonio Albornoz Castillo, contra CANTV, el Juzgado Superior del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara (sentencia de fecha 25 de octubre de 2004), expresó lo siguiente:

> (omissis) "Así pues, del análisis de las actas se evidencia que la empresa accionada al tomar las medidas organizativas y cerrar la Oficina de Atención al Cliente en donde prestaban sus servicios los accionantes, no impulsó las acciones necesarias para la reubicación de la accionada, incurriendo en uno de los supuestos del mobbing, vale decir, diferencias de trato y distribución no equitativa del trabajo." (omissis)

Es decir que el tribunal considera como elementos de mobbing la diferencia de trato y la distribución no equitativa.

En nuestro criterio el mobbing pudiera traer consigo conductas discriminatorias, pero no necesariamente toda discriminación implica mobbing, si atendemos a las definiciones dadas en este trabajo.

El Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, en el procedimiento instaurado por Carlos José Duran en contra del Centro de Investigaciones Agrícolas del Estado Lara (CIAE-LARA), expreso el siguiente concepto de mobbing

> (omissis) "el "mobbing" (acoso o persecución al trabajador,, creando una situación hostil hacia el trabajador, con el objeto de que abandone el puesto de trabajo) o acoso laboral, el cual se desprende de las copias que tarjó (sic) la administración, todo lo cual, lleva al convencimiento a este juzgador, que el supuesto abandono, por el cual le fue seguido procedimiento, es falaz, por encontrase el trabajador, disfrutando de sus vacaciones anuales, en cuanto al argumento, que la Administración trajo los antecedentes Administrativos en copia certificada por ella y no en originales, este juzgador, observa que la orden de traerlas fue en originales, de conformidad con el Artículo 123 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia."

Si comparamos la jurisprudencia nacional con la jurisprudencia española, necesariamente debemos concluir que si esta última es escasa, la jurisprudencia nacional es más escasa aún, consideramos que esto obedece al poco conocimiento que de este tema tienen los trabajadores e incluso cabe destacar que los abogados, juristas y especialistas no han escrito sobre el tema, y existe también poca doctrina sobre el mobbing en Venezuela. Razón por la cual es recomendable, utilizar los conceptos, definiciones, elementos y demás aspectos tratados por la jurisprudencia y doctrina española.

CAPÍTULO III

España

A. Legislación

Nora Rodríguez (2002, p. 139), refiriéndose a España, expresa que "si bien, como se ha señalado en nuestro ordenamiento jurídico no hay un tratamiento especifico del mobbing, si hay normas generales que permitirían afrontar una situación de acoso moral."

Igual criterio tiene Pablo Aramendi (2002, p.100), quien respeto a varias propuestas de leyes para introducir el término en España, las cuales veremos en el desarrollo de este aparte, señaló:

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

En contraposición a este criterio se manifiesta Faustino Cavas, Magistrado Suplente de Tribunal Supremo de Justicia (Sala Social) (2004), quien expresa,: "Cuando un juez tiene que caracterizar un

comportamiento como mobbing, la primera dificultad con la que se tropieza es la inexistencia de una definición legal." Para este magistrado, la tipificación social del acoso ha precedido a su tipificación legislativa. Sin embargo, la referencia al acoso como realidad de relevancia jurídica no está contemplada expresamente en la mayoría de los países, aunque en los últimos años se están produciendo iniciativas para regular este fenómeno tanto en las instituciones europeas como en diversos Estados miembros de la Unión Europea, en algunos de los cuales (Suecia, Francia, Bélgica, Gran Bretaña,) ya se han aprobado normas para la prevención y sanción del acoso moral en el entorno laboral. Pero en nuestro criterio, en España donde aún no se han aprobado estas medidas, los tribunales llevan varios años ofreciendo soluciones al problema del mobbing, acudiendo a los tipos legales de carácter general.

Y resulta cierto lo expresado por este autor, quien considera que aunque el ordenamiento español no contiene ninguna referencia expresa al hostigamiento psicológico, situación que conviene corregir más pronto que tarde, tanto a nivel legal estatal como de negociación colectiva, tampoco es cierto que carezca por completo de mecanismos que permitan al día de hoy prevenir y sancionar las conductas de hostigamiento y proteger e indemnizar al acosado. El problema es que tales vías se encuentran dispersas por las distintas ramas del ordenamiento jurídico: en el ámbito civil, penal, laboral y contencioso-

administrativo, y además ninguna de ellas regula específicamente el problema del hostigamiento psicológico en el trabajo.

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

Estas modificaciones, además de tipificar el acoso penalmente, añaden, para lo que aquí interesa, un apartado e) bis al Artículo 4.2 Ley del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) por virtud del cual, atendiendo a su redacción y de prosperar la propuesta, el trabajador tendría derecho a no ser objeto de acoso moral, definiéndose el acoso como: "toda conducta abusiva o de violencia psicológica que se realice de forma sistemática por una o más personas sobre otra en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de reiterados comportamientos,

palabras o actitudes que lesionen la dignidad o integridad psíquica del trabajador, poniendo en peligro o degradando sus condiciones de trabajo."

La propuesta sería incorporar un nuevo Art. 311 bis al Código Penal con el siguiente texto: "iguales penas a las previstas en el artículo anterior serán impuestas a quienes, mediante reiterado acoso moral o psicológico, degraden gravemente las condiciones de trabajo de otra u otras personas y no restablezcan su situación tras resolución judicial o sanción administrativa» pero debe tenerse presente, según el autor Pablo Aramendi (2002, p. 106), antes citado que el actual Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) en su Art. 173 condena con prisión de seis meses a dos años a quien infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral.

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

Y finalmente se propone modificar el Artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (RCL 1995, 3053) en el sentido de conceptuar

como objeto de la salud y seguridad en el trabajo la garantía de la integridad física y psíquica de los trabajadores.

Definido el acoso moral como se ha descrito en el Capítulo I de este trabajo-comportamiento reiterado y constante de violencia psíquica ejercido por quien, desde una posición jurídica o simplemente social, dominante, se considera amenazado en ella por la víctima de su agresión, cuya destrucción pretende con la finalidad de mantenerse o reforzar su posición de dominio-, coincido con el referido autor de que se trataría de una conducta que vulneraría el Artículo 15 de la Constitución Española (Publicada en el Boletín Oficial del Estado el 29 de diciembre de 2002, aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978. Sancionada por el Rey Don Juan Carlos I el 27 de diciembre de 2002 y ratificada por el pueblo español el 6 de diciembre de 1978) que establece que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. En resumen, esta conducta: "mobbing" vulnera el derecho a la integridad de la persona.

Interpretada esta norma bajo el auspicio del Artículo 10 de la Constitución Española que establece que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad , el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden

político y de la paz social», advertimos que desde la misma Constitución. Artículo 53.2, encontramos el máximo nivel de protección frente a este tipo de prácticas que por obviamente atentar a la integridad psíquica de la persona a la que se somete a un trato degradante contrario al que exige su dignidad, constituyen una vulneración de un derecho fundamental.

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

Este autor, al momento de describir las alternativas que ofrece el ordenamiento frente al acoso, las distingue y ordena del siguiente modo: técnicas preventivas, reparadoras y represivas o sancionadoras.

Señala HIRIGOYEN:, (2001, 52) la solución más eficaz, aunque no la única que ofrece el ordenamiento, entendiendo por eficaz aquella que reconozca la existencia del acoso, lo erradique y fije indemnizaciones resarcitorias y reparadoras a favor de la víctima, es la resolución del contrato que se configura como el procedimiento mas adecuado, sin perjuicio de otras alternativas de las que más adelante trataré, para la voluntaria decisión del trabajador agredido de resolver el contrato con fundamento en el incumplimiento empresarial de sus obligaciones, Artículo 49.1.j) Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997)28.

Sin embargo, puede argumentarse con razón, que la resolución del contrato a instancias del trabajador, no constituye una respuesta eficaz, por tardía, a la situación de acoso en que se encuentra la víctima. Mediará un tiempo relativamente extenso desde que se interpone la acción hasta que se obtiene una resolución judicial, tiempo que se puede prolongar aún más hasta la firmeza de lo acordado por el juez en orden a la extinción del contrato. Si a ello se une el criterio doctrinal y jurisprudencialmente dominante de que la resolución indemnizada del contrato no entra en la potestad autotutelante del trabajador y que por

tanto precisa de una sentencia constitutiva y firme dictada por el juez, parece necesario intentar buscar otras apoyaturas adicionales en el ordenamiento que permitan alcanzar una solución eficaz.

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

Iñigo Sagardoy de Simón, (2001) considera que frente a un incumplimiento contractual grave del empresario, como el derivado de un acoso moral, el trabajador puede solicitar al juez la extinción de la relación obligatoria, con derecho a la indemnización por despido disciplinario improcedente (Art. 50 Estatuto de los Trabajadores). A diferencia del empresario, que goza de un poder de autotutela privada, el trabajador no puede resolver la relación jurídica de forma unilateral y extrajudicial. Ha de acudir al juez, para que éste declare la extinción.

En criterio de Pablo Aramendi (2002, p. 145) quien está siendo objeto de un acoso que atenta contra su dignidad, alternativamente a la demanda de resolución de contrato, con la idea puesta en el mantenimiento del vínculo laboral en debidas condiciones, podrá solicitar en este supuesto

que se dicte sentencia que ordene al agresor que cese en sus prácticas. Deberá igualmente acreditar los hechos en que se fundamente la pretensión que en este caso culminará con una sentencia que impondrá obligaciones de hacer o de no hacer.

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

Otro punto importante a considerar dentro del ordenamiento jurídico español, es si el acoso laboral constituye un accidente de trabajo. Algunos autores entre ellos, Pablo Aramendi, Patricia Barbados, Molina Navarrete, así lo consideran y la jurisprudencia española, a través de dos sentencias una de la Sala de Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña (AS 2001, 2602) y la del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de abril de 2001 (AS 2001, 1878), consideran las lesiones psíquicas de la víctima de mobbing o enfermedades físicas provenientes de la misma como accidente laboral. Al considerar en estas resoluciones que se trata de enfermedades contraídas por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo y como accidentes de trabajo deben considerarse conforme al Artículo 115.2.e) Ley General de Seguridad Social.

En el Art. 4.2 e de la Ley de Estatuto de los Trabajadores se afirma el derecho del trabajador "a la consideración debida a su dignidad". Dicha referencia puede considerarse, básicamente, una llamada legislativa al necesario respeto por el empresario de los derechos fundamentales del ciudadano trabajador. No en vano tales derechos fundamentales dimanan del mismo reconocimiento de la dignidad de la persona, a quien por serlo, le son inherentes una serie de derechos fundamentales que la propia ley de leyes reconoce. En todo caso, obvio es decirlo, estos derechos y libertades, están reconocidos y garantizados directamente por el propio texto constitucional, como se señalará anteriormente.

En el ámbito normativo laboral, con fundamento en los derechos constitucionales arriba enunciados, el Estatuto de los Trabajadores reconoce el derecho de los trabajadores a su integridad física (Art. 4.2.d) y al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual (Art. 4.2.e). Este precepto se complementa con otros Artículos del propio Estatuto de los Trabajadores, como el 8.3.a) y b), el 18, el 19.1, el 20.3 ó el 39.3, que contemplan, también como derechos, salvaguardas legales y puntuales en favor de la intimidad, dignidad, seguridad e higiene y formación y promoción profesional del trabajador, que no podrán verse menoscabadas en ningún caso.

Pero lo más relevante al respecto consiste en la defensa del trabajador en cuanto concierne al mantenimiento mismo de la relación laboral, protegiéndole frente a la decisión unilateral empresarial de darla por concluida con el despido, y dándole, por el contrario, la oportunidad de solicitar a los órganos jurisdiccionales su extinción. Lo primero, cuando el despido (objetivo o disciplinario) no es más que la última vuelta de tuerca a la situación de acoso creada por la empresa, y lo segundo (extinción por voluntad del trabajador) cuando es éste quien, ante dicha situación, considera la mejor solución para sí dar por resuelto el vínculo laboral, con abono de la indemnización correspondiente.

La defensa de derechos tan esenciales para los ciudadanos como los precedentemente relatados y enumerados en la norma estatutaria en pro del trabajador, y que éste habría visto infringidos o menoscabados por el comportamiento sostenido y frecuente, y en todo caso intencional, de empresario, jefes o compañeros, actuando con la finalidad que ya se ha dicho es propia de esta conducta, obliga a utilizar eficazmente los cauces e instrumentos previstos en la normativa en vigor, tanto para prevenir las situaciones de acoso como para restituir los bienes constitucionalmente infringidos, sancionar al hostigador y resarcir los daños causados a las víctimas.

Puede, en fin, pretenderse simplemente que cese el acoso moral y se reponga al trabajador en la situación anterior al mismo, compensándole debidamente por el año causado.

De entre los mecanismos de tutela puestos a disposición del trabajador acosado, cabe diferenciar hasta tres grupos de técnicas protectoras: -las técnicas preventivas, o de evitación del riesgo profesional; las técnicas reparadoras de la lesión de los daños sufridos, consistentes en la corrección del comportamiento y/o el resarcimiento económico del daño sufrido; y por último las técnicas represivas o sancionadoras, llevadas a cabo a través de la potestad punitiva y sancionadora del Estado, en los

ámbitos administrativo y penal, o bien del empresario, en el ejercicio de su poder disciplinario, cuando el hostigamiento provenga de los propios trabajadores de la empresa.

La prevención de riesgos laborales, tal y como se concibe en la legislación española, abarca todos los riesgos que puedan tener como origen el trabajo, lo que incluye también los riesgos psicosociales. Las referencias a este tipo de riesgos son constantes en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; así, cuando el Art. 15 de la ley establece principio de la acción preventiva que el empresario debe planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo. También el Artículo 25 establece una regulación específica de protección de los trabajadores que se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. En fin, la misma creación por la Ley de una especialidad nueva, la ergonomía y la psicología aplicada, nos lleva a concluir que tal especialidad constituye en su integridad una rama preventiva plenamente aplicable en la actualidad. Cuestión distinta es que la realidad nos muestras que los aspectos psico-físicos son poco atendibles en los centros de trabajo, dándose prioridad a la especialidad de seguridad en el trabajo. Sólo la voluntad de todos los agentes

implicados en la puesta en marcha de un entorno laboral seguro pueden hacer realidad que el acoso moral pase a un primer plano en las prioridades preventivas de la empresa.

Si, a pesar de todo, el acoso se produce, el empresario deberá adoptar medidas eficaces e inmediatas para poner remedio a estas situaciones y evitar su reproducción futura.

Faustino Cavas (2004, p. 106), en su obra refiere, en cuanto al procedimiento que debe seguir el patrono en caso de recibir una denuncia de acoso, lo siguiente:

> "Cuando un trabajador denuncie una situación de acoso (ante el empresario, el comité de empresa, el comité de seguridad y salud en el trabajo, el delegado de prevención o el servicio de prevención), se debe proceder a su entrevista personal y a recabar datos del puesto de trabajo y de su entorno mediante la administración de algún tipo de cuestionario específico. Se trata de determinar si la denuncia es compatible con una posible situación de acoso psicológico. Tras la recogida de información se emitirá un informe. La denuncia se tramitará preservando los derechos del trabajador a su intimidad y a la dignidad de la persona, sin que en ningún caso los datos puedan ser utilizados con fines discriminatorios. Y se remitirá al trabajador al servicio médico correspondiente."

En cuanto a la tutela reparadora del daño causado, en las situaciones de acoso moral en el trabajo, bien porque el acoso se considere una discriminación por alguna de las causas constitucionalmente previstas (Art. 14 Constitución Española), bien porque el acosado se halle sometido a prácticas que pongan en riesgo o efectivamente perjudiquen su

integridad física o moral (Art. 15.1 Constitución Española) o puedan sumergirse en el ámbito de los daños al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen de la misma constitución, o se haya producido una limitación a la libertad de expresión Art. 23.1 de dicha constitución, se dan los presupuestos necesarios para que el afectado pueda acudir a la vía procedimental prevista en los Artículos 175 y siguientes. Ley Procesal Laboral, para reclamar el cese y la reparación de las conductas constitutivas de mobbing. Frente a la alternativa de la extinción indemnizada, se trata aquí de exigir el cumplimiento in natura de la obligación (la alternativa a la rescisión indemnizada a que se refiere el Art. 1124 del Código Civil).

La sentencia que estime vulnerados los derechos fundamentales, como consecuencia del acoso moral, dispensará una cuádruple tutela: declarativa de la nulidad radical de la conducta de acoso; inhibitoria, para que cese el hostigamiento; restitutoria o de reposición de la situación al momento anterior a la vulneración, y en cuarto lugar, una tutela resarcitoria de los daños y perjuicios causados. Habrá casos de conductas no actuales en que no procedan más que el pronunciamiento declarativo y el indemnizatorio.

En cuanto a la condena indemnizatoria, si el acosador es el empresario o su representante directo, la responsabilidad tiene un carácter netamente

contractual, deducible por la vía del Art. 1101 del Código Civil, pues las secuelas vinculadas al mobbing se producen como consecuencia del incumplimiento por el empleador de, al menos, dos obligaciones inherentes al contrato de trabajo: por un lado, el deber de respetar la intimidad y la consideración debida a la dignidad del trabajador (Art. 4.2.e) Estatutos de los Trabajadores , y por otro, la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (Art. 19 Estatuto de Trabajadores) Lo habitual es que se alegue también la responsabilidad extracontractual del Art. 1.902 del Código Civil, pues, esta vía de obtención del resarcimiento parece ser más sencilla ya que sólo mira al resultado dañoso, sin necesidad de probar el incumplimiento de una previa obligación contractual.

Cuando fuera el propio empresario quien realizare los actos de hostigamiento (mobbing vertical o bossing), o, aunque el acosador fuera un compañero, el titular de la organización productiva no adoptare medida alguna para solucionar el conflicto, ante la persistencia en la conducta de agresión psíquica bien pudiera suceder que la víctima no quiera seguir en la empresa. Bien es cierto que una de las principales finalidades que puede tener el acosador es forzar al empleado a presentar su dimisión y abandonar la empresa, con lo que estaríamos ante un despido indirecto y el empresario se habría salido con la suya; también que cuando el

trabajador lo hace, da la guerra por perdida y, como ha señalado la doctrina, firma un armisticio sin condiciones ante una situación injusta en la cual han sido desconocidos los más elementales derechos que ostenta, como trabajador y como persona, según expresa AGRA VIFORCOS et al (2005, p.100). Sin embargo, a ninguna víctima de mobbing se le puede exigir que sea un héroe, que aguante indefinidamente una situación tan injusta como demoledora para el equilibrio psíquico y aún físico del sujeto. Por tal razón, y en el intento de procurar al trabajador-acosado una salida honrosa de la unidad productiva, éste puede solicitar la extinción indemnizada del contrato de trabajo prevista en el Art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, alegando incumplimiento grave de determinadas obligaciones empresariales.

Es importante considerar que en nuestro criterio, en estos casos el empresario de alguna manera habrá alcanzado su objetivo, aún cuando medie la indemnización contenida en las leyes. En el citado precepto existen dos apartados donde se recogen conductas empresariales que dan derecho al trabajador a solicitar judicialmente la extinción de su contrato, con derecho a una indemnización de cuarenta y cinco (45) días de salario por año de servicio hasta un máximo de cuarenta y dos (42) mensualidades. En concreto, el apartado a) del Art. 50 recoge esta posibilidad cuando se produzcan las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que perjudiquen la formación profesional del

trabajador o redunden en menoscabo de su dignidad, y, de otra parte, el apartado c) del mismo precepto se refiere a cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor.

Faustino Cavas, (2004 p. 69) dice que varios derechos del trabajador, y correlativos deberes del empresario, se ven incumplidos de forma grave en los casos de acoso moral (derecho a la integridad física y moral, al respeto a la dignidad y a la protección frente a las ofensas verbales o físicas, derecho a la ocupación efectiva, derecho a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo), y ello tanto si el acoso proviene del empresario o de su representante directo como de un compañero de trabajo sin que la empresa, conociéndolo, haya reaccionado oportunamente. Por ello no es de extrañar que varias sentencias hayan accedido a la petición resolutoria instada por el trabajador acosado, con derecho a la indemnización propia de un despido improcedente, si bien, existiendo lesión de derechos fundamentales, nada debe impedir la reclamación de una indemnización complementaria, no tasada, con base en el Art. 1.101 del Código Civil español, como resarcimiento específico por los daños físicos, psíquicos y, en su caso, morales irrogados a la víctima. Así lo vienen admitiendo algunos pronunciamientos judiciales, aplicando analógicamente a la extinción del contrato de trabajo del Art. 50 Estatuto de los Trabajadores la doctrina de

unificación recaída, a propósito del despido nulo, en la Sentencia Tribunal Supremo el 12 de junio de 2001.

En el ámbito del derecho sancionador, el trabajador que considere estar sufriendo alguna de las conductas que pueden ser calificadas como mobbing, puede ponerlo en conocimiento de la Inspección de Trabajo, a través de la correspondiente denuncia. La denuncia puede presentarla el trabajador directamente o sus representantes en la empresa, a cuyo efecto tendrá que haberles informado previamente. Será entonces la Inspección de Trabajo la que, en uso de sus facultades, habrá de verificar la existencia del ilícito y, en su caso, proponer la correspondiente sanción o multa por falta muy grave, que será impuesta al empresario infractor por la Autoridad laboral previa la tramitación del correspondiente procedimiento.

Existen numerosas resoluciones de la Autoridad Laboral, a instancia de la Inspección de Trabajo, ratificadas por los Tribunales que sancionan conductas plenamente incardinables en el acoso moral, considerándolas infracciones de carácter laboral del Art. 8.11 Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, sentencias dictadas concretamente por la jurisdicción contencioso-administrativa, que por el momento, y hasta la prevista asunción de la competencia por la jurisdicción social, sigue siendo la competente para conocer de los recursos contra las

resoluciones sancionadoras impuestas a los empresarios por la Administración Laboral. Entre ellas, cabe citar la Sentencia Tribunal Supremo de Justicia Madrid de fecha 9-2-1999, que sanciona a una empresa que llevó a cabo una conducta claramente constitutiva de lo que entendemos como mobbing, puesto que mantuvo a un trabajador, durante largo tiempo, sin darle ocupación alguna y aislado en un cuarto que no reunía las mínimas condiciones de habitabilidad.

Por último es necesario considerar la vía penal, en cuanto a que las conductas más graves de acoso podrían llegar a ser constitutivas de delito, bien de alguno de los genéricos de amenazas (Art. 169 Código Penal), coacciones (Art. 172 Código Penal), integridad moral (Art. 173 Código Penal), acoso sexual (Arts. 178 y siguientes. Código Penal), injurias o calumnias (Artículos 205 y siguientes. Código Penal), etc.; bien de alguno de los previstos específicamente en los Artículos 311 y 316 Código Penal contra los derechos de los trabajadores. Si así fuere, será de aplicación el principio non bis in idem, en virtud del cual el empresario no podrá ser sancionado en dos ocasiones por unos mismos hechos con igual fundamento, de modo que el órgano administrativo deberá paralizar el procedimiento sancionador administrativo y remitir el correspondiente tanto de culpa para que resuelvan los Juzgados de lo Penal.

El primer proceso penal abierto en España por mobbing, llego a juicio. Un director de Telefónica se enfrenta a un año de cárcel y una multa de poco más de 6.000 euros.

Tras años de declaraciones, recursos y apelaciones, retrasos y reclamaciones, el primer proceso penal que se abrió en España por un caso de mobbing o acoso moral en el trabajo por fin ha llegado a juicio. Y sentará en el banquillo de los acusados a un director de una de las compañías más importantes, nada más y nada menos que Telefónica, que también deberá responder como responsable civil subsidiaria.

En resumen, ubicándonos en el ámbito normativo laboral, considerando que el mobbing, viola derechos fundamentales, consagrados en la Constitución Española, el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) les reconoce a su integridad física (Art. 4.2.d) y al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual (Art. 4.2.e). Este precepto se complementa con otros artículos del propio Estatuto, como el 8.3.a) y b), el 18, el 19.1, el 20.3 ó el 39.3, que contemplan, también como derechos, salvaguardas legales y puntuales en favor de la intimidad,

dignidad, seguridad e higiene y formación y promoción profesional del trabajador, que no podrán verse menoscabadas en ningún caso.

Pero lo más relevante al respecto consiste en la defensa del trabajador en cuanto concierne al mantenimiento mismo de la relación laboral, protegiéndole frente a la decisión unilateral empresarial de darla por concluida con el despido, y dándole, por el contrario, la oportunidad de solicitar a los órganos jurisdiccionales su extinción. Lo primero, cuando el despido (objetivo o disciplinario) no es más que la última vuelta de tuerca a la situación de acoso creada por la empresa, y lo segundo (extinción por voluntad del trabajador) cuando es éste quien, ante dicha situación, considera la mejor solución para sí dar por resuelto el vínculo laboral, con abono de la indemnización correspondiente.

Puede, en fin, pretenderse simplemente que cese el acoso moral y se reponga al trabajador en la situación anterior al mismo, compensándole debidamente por el año causado.

También en el ámbito del derecho laboral, aunque el Real Decreto 1995/78, de 12 de mayo, que contiene el cuadro de enfermedades profesionales pedido por el Art. 116 Ley General de la Seguridad Social, no da entrada al estrés, la depresión y otras patologías que pueden producirse como consecuencia del acoso moral, existen varios

pronunciamientos judiciales que, aplicando lo dispuesto en el Art. 115 de la Ley donde se define el accidente de trabajo como: "toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena", ya han considerado como accidente de trabajo los trastornos y patologías que el trabajador desarrolle a consecuencia de la situación hostil sufrida, al apreciar la existencia de un nexo causal entre la prestación de servicios y el padecimiento físico o psíquico sufrido por el trabajador. La prueba pericial médica resultará determinante en estos casos.

Una cuestión relacionada con la calificación de las lesiones psicológicas derivadas de una situación de hostigamiento moral como accidente de trabajo es la de si procede o no el recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de seguridad a que está obligado el empresario. De acuerdo con el Art. 123, Núm. 1, Ley General de Seguridad Social, todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca, entre otros motivos, por inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad. Se exige la existencia de un comportamiento, doloso o culposo, del empresario, concretado en la trasgresión de normativa preventiva, que se configura como conditio sine qua non para la imposición del recargo.

El hecho de que en España no exista una norma de seguridad e higiene en el trabajo que obligue expresamente al empresario a proteger a sus trabajadores del riesgo de acoso psicológico, según el citado autor Faustino Cavas (2004) no ha de representar un obstáculo para la imposición del recargo, pues basta con el incumplimiento del genérico deber de seguridad, al que se refiere el citado artículo, porque es deber del empresario comprobar y, en su caso, impedir la existencia de supuestos de acoso psicológico entre sus trabajadores.

Otro caso a considerar es cuando el agresor o los agresores sean otros trabajadores de la empresa, en estos casos, los medios de tutela jurídica que puede accionar directamente el trabajador frente a aquéllos son, básicamente, la exigencia de responsabilidad en la vía penal, y la reclamación de una indemnización por daños y perjuicios con fundamento en la responsabilidad extracontractual del Artículo 1902 Código Civil, ante los órganos de la jurisdicción civil, al no tratarse de incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato de trabajo que haga competentes a los tribunales laborales. Sin embargo, el empresario también puede ser responsable solidario, en virtud de lo dispuesto en el Art. 1903 del citado Código, conforme al cual la responsabilidad es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino también por los actos de aquellas personas por los que se debe responder, siéndolo los directores de un

establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes. Pero esta responsabilidad extracontractual sólo será operativa en defecto de la contractual que surge cuando el empresario es conocedor de la conducta de acoso y no cumple con su obligación poniéndole fin. Si el empresario es completamente ajeno a la situación de acoso (cosa que creemos harto difícil, considerando sobre todo que la deuda de asegurar la salud laboral de los empleados en España es muy exigente), siempre se le podrá exigir esta responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, cuando las conductas de hostigamiento psicológico puedan catalogarse como muy graves, es posible que el trabajador hostigador pueda ser despedido disciplinariamente por el empresario. El problema es la falta de tipicidad de un despido disciplinario por estas causas. Pero Considera, Faustino Cavas (2004, p.69) que a falta de esta tipificación específica, hoy día es posible recurrir a lo dispuesto en el Art. 54.2.c) Estatuto de los Trabajadores que considera como incumplimiento contractual grave y culpable justificativo del despido disciplinario las ofensas verbales o físicas a las personas que presten sus servicios en la empresa o a los familiares que convivan con ellas.

Igual criterio expresa Iñigo Sagardoy de Simón (2001, p.109) quien expresa: "El empresario puede -y aún debe- sancionar o despedir al trabajador que acosa a otro."

Faustino Cavas (2004, p. 89) en contraposición a varios autores entre ellos a Pablo Aramendi, citado en este trabajo, propone las siguientes regulaciones para el caso del acoso moral o mobbing:

1. Una definición jurídica precisa de acoso moral que recoja todos los elementos esenciales de la conducta: la violencia psicológica, su carácter de continuidad o carácter sistemático, la formas a través de las cuales puede manifestarse (palabras, gestos, comportamientos, actitudes) y los bienes lesionados por el acoso: tanto la integridad física y psíquica como la dignidad del trabajador y el derecho a no ver degradas sus condiciones laborales.

2. La modificación del Art. 4.2, apartado e), para incluir el derecho del trabajador a la protección frente a conductas constitutivas de acoso moral, como ya se hace con el acoso sexual.

3. La modificación del Art. 17-1 del Estatuto de los Trabajadores para incluir, entre las causas de discriminación desfavorable o adversa, los

supuestos de acoso moral, en línea con las directivas europeas que se han ocupado del tema.

4. Inclusión del acoso moral de forma expresa en el ámbito de la prevención, de modo que la deuda empresarial de seguridad y salud en el trabajo abarque o comprenda también la evaluación y prevención de atentados contra la integridad psíquica del trabajador (modificando el Art. 14 Ley Prevención de Riesgos Laborales).

5. Sanciones administrativas y penales para el acoso moral. En el orden social, que acoso sea considerado una infracción laboral muy grave (Art. 8.13 Ley Infracciones y Sanciones del Orden Social) pero también una infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales (Art. 13 Ley Prevención de Riesgos Laborales), ya que son dos los bienes jurídicos susceptibles de ser dañados por el acoso: la dignidad e integridad moral, por un lado, y la salud laboral, por otro.

6. Sugiere se establezca esta figura también en la Ley General de Seguridad Social, y ello debería hacerse abriendo definitivamente el listado de enfermedades profesionales para que puedan ser calificadas como tales las patologías psíquicas normalmente síndromes de ansiedad y depresión, sin descartar otros cuadros posibles, que tengan su origen

en el sometimiento del trabajador a abusos en el entorno laboral, acabando con la absurda distinción entre enfermedades profesionales (las listadas) y enfermedades de trabajo conceptuadas.

7. Campañas de sensibilización en la sociedad y en las empresas sobre la gravedad del problema y la necesidad de modificar hábitos de conducta favorecedores del mobbing.

8. Formación especializada a los inspectores de trabajo y a los facultativos de los servicios de salud y de las Mutuas para que sepan identificar correctamente estas patologías.

9. Campañas de choque contra el mobbing, en las diferentes CCAA, con la colaboración de los servicios de la Inspección, de los Gabinetes o Institutos competentes en materia de seguridad y salud laboral y de las organizaciones sindicales y empresariales. al modo como se han articulado planes de choque contra la siniestralidad laboral.

En nuestro criterio las reformas propuestas son interesantes, pero debe valorarse que tan importante como la represión del acoso moral, es la prevención del mismo en la empresa. Porque esta figura además de atentar contra la dignidad de la persona, repercute en el rendimiento del trabajador y en su salud física y psíquica, y puede producir una baja

laboral, u obligar al trabajador a solicitar la extinción del contrato. El acoso degrada también el ambiente laboral. Pese a su importancia capital, el aspecto preventivo no ha merecido aún la atención que merece por parte de la jurisprudencia.

La prevención consiste, ante todo, en impedir que se desarrollen en la empresa situaciones de acoso moral. Para el empresario, el fundamento jurídico del deber de salvaguardia de la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador se halla en el principio de la buena fe. En las relaciones de trabajo, y como dispone el Artículo 328 del Código de las obligaciones suizo, la buena fe obliga al empresario a proteger y respetar la personalidad del trabajador. Así, el empresario ha de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir el acoso moral; ha de tener en cuenta la dignidad y los derechos fundamentales del trabajador en la organización del trabajo, y está obligado a hacer uso de sus poderes directivo y disciplinario para proteger del acoso al trabajador.

B. Jurisprudencia y Doctrina

Para algunos autores existe bastante jurisprudencia que trata sobre el Mobbing, pero para otros a la jurisprudencia que emana de los tribunales españoles, aún le falta bastante aristas que resolver, y ello porque la

comparan con la de otros países más avanzados en el tema, como refiere el autor Faustino Cavas (2004).

Pablo Aramendi (2002, p. 79) se encuentre entre los autores que opinan que ciertamente las sentencias sobre este específico episodio de violencia psíquica son escasas, pero su razón no deriva a su entender ni de la existencia de lagunas legales ni en una falta de sensibilidad social por parte de los jueces, sino de que hasta ahora han sido escasas las pretensiones de los ciudadanos, presuntamente acosados, interesando la tutela judicial y no podemos olvidar que los jueces competentes para resolver estos conflictos, actúan esencialmente a instancia de parte, principio de justicia rogada.

En nuestra opinión existe pocos casos que llegan a los tribunales, pero no porque en la sociedad se presentes escasas situaciones de mobbing, sino por dificultad probatoria del acoso, recordemos que este fenómeno suele manifestarse privadamente entre la víctima y el acosador, con lo cual en muchos casos la víctima carece de las pruebas necesarias para activar el sistema judicial, con el objeto de reclamar y ejercer los derechos conferidos en las leyes antes comentadas.

Pablo Aramendi (2002, p. 84) señala en su obra las siguientes sentencias:

> "Dictadas por la jurisdicción española me constan las siguientes: STS Sala III de 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 8027)

(funcionario del Ayuntamiento de Coria), STSJ de Comunidad Valenciana, sala de lo contencioso de 25 de septiembre de 2001 (confirmación de sanción impuesta a una empresa por atentado contra la dignidad de los trabajadores), STSJ de Cataluña, sala de lo social de 30 de mayo de 2001 (AS 2001, 2602) (reconocimiento de accidente de trabajo de un suicidio causado por la degradación en el trabajo), STSJ de Navarra de 30 de abril de 2001 (AS 2001, 1878) Por el contrario la STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2001 (PROV 2002, 42612), rec. Núm. 4928/2001, confirma la por mi dictada como titular del Juzgado Social 33 de Madrid el 18 de junio de 2001 (AS 2001, 1667) en la que estimo que el supuesto enjuiciado no encaja en la figura descrita como acoso moral; esta última puede consultarse en Revista Doctrinal de Instancia, Núm. 4 editada por Edit. Lefebvre y también en Aranzadi Social AS 1667/01."

De las sentencias citadas por este autor, consideramos conveniente hacer algunas anotaciones respecto a algunas de las más importantes, a saber:

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

2) Sentencia de la Comunidad Valenciana de 25 de septiembre de 2001, Sala de lo Contencioso Administrativo que ratifica la resolución administrativa que impuso a una empresa una sanción por falta muy grave de 3.000.000 de pesetas por actuaciones empresariales contrarias al respeto a la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores. En concreto el supuesto enjuiciado hace referencia a que con ocasión de lo que consideró la recurrente una disminución en la productividad de dos de sus trabajadores dedicados a tareas comerciales, les obligó a realizar sus funciones en lugar cercano a la entrada prohibiéndoles el acceso a las dependencias donde se guardaban los archivos precisos para su trabajo, utilizar fotocopiadoras y acceder al sistema informático.

De esta sentencia interesa sobremanera sus reflexiones doctrinales al entender que la consideración debida a la dignidad del trabajador que preconiza el Artículo 4.2.e Estatuto de los Trabajadores debe entenderse como una llamada al necesario respeto por parte del empresario de los derechos fundamentales del ciudadano trabajador, que dimanan del mismo reconocimiento a la dignidad de la persona, pero además, según entiende dicha sentencia, las referencias que a la dignidad se realizan desde el Estatuto de los Trabajadores pueden estimarse también dirigidas a proteger toda

una serie de realidades, en ocasiones no susceptibles de encuadrar en el ámbito protector de un derecho fundamental, pero sí en un concepto jurídico indeterminado como el de la dignidad. Éste se socavaría cuando se adoptan medidas como las descritas que suponen el aislamiento físico y necesariamente psicológico de los afectados con erosión de su prestigio sociolaboral y autoestima personal.

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

4) La Sentencia Tribunal Social de Justicia de Navarra de 30 de abril de 2001 declaró que el proceso de incapacidad temporal que sufre una trabajadora, víctima de acoso en el trabajo, es un accidente laboral. Los hechos que se declaran probados recogen, entre otros aspectos, que la trabajadora, y otras compañeras, limpiadoras en un colegio público, venían siendo acosadas y perseguidas por el

conserje del colegio, quien las agredía verbalmente y ensuciaba lo que éstas habían limpiado y llegaron a ser encerradas en el vestuario.

Se le diagnosticó acoso físico y psíquico en el trabajo y un cuadro de ansiedad, "reacción mixta ansioso depresiva prolongada", que requirió tratamiento médico con ansiolíticos, antidepresivos y psicoterapia de apoyo. La trabajadora presentaba mareos, inestabilidad, decaimiento, insomnio, nervios y otros trastornos. La mutua rechazó que la contingencia causante de la incapacidad pudiera considerarse un accidente de trabajo, y el propio INSS confirmó que se trataba de una enfermedad común, por no estar el diagnóstico del especialista en psiquiatría dentro del cuadro de enfermedades profesionales.

Entiende la sentencia que nos hallamos ante un supuesto de acoso moral, caracterizado "por ser una forma de acoso en el trabajo en el que una persona o grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos o de otro modo que atentan a los empleados con la consiguiente degradación del clima laboral". La enfermedad padecida por la trabajadora es consecuencia del trabajo. La conducta del conserje ha generado un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, no sólo sentido como tal por la

trabajadora, con menoscabo a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su dignidad personal, y es constitutiva de accidente de trabajo, resultando claro y evidente que existe un nexo causal entre la situación laboral y el síndrome psíquico que padece.

En nuestra propia investigación a través de las páginas de web de los tribunales, encontramos algunas decisiones no citadas por este autor, de las cuales traemos las siguientes:

1) Sentencia Tribunal Supremo de fecha 22 de octubre [RJ 1986, 5878] y 26 de noviembre de 1986 [RJ 1986, 6516], 18 de julio de 1990 [RJ 1990, 6425] y de 23 de abril de 1996 [RJ 1996, 3403]) Con estas decisiones la doctrina jurisprudencial de la Sala ha matizado sobre el ejercicio de la facultad resolutoria del nexo laboral por voluntad del trabajador, en el sentido de que, salvo casos excepcionales -que no consta concurran en el presente caso-, no cabe que éste resuelva extrajudicialmente el contrato de trabajo, sino que lo procedente es que el trabajador solicite la rescisión del contrato laboral, sin abandonar, la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse este pronunciamiento, salvo como, que la continuidad

laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento.

2. Sentencia Tribunal Superior de fecha 28 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 9649), reconoce que las lesiones causadas por episodios de acoso moral derivan de la contingencia de accidente de trabajo, salvo en los supuestos en los que se trate de acontecimientos acaecidos en el tiempo y lugar de trabajo en los que la presunción, en todo caso destruible con prueba en contrario, operará en favor de ello. Establece que debe exigirse una contundente prueba pericial demostrativa de la relación causal entre lesión y trabajo, para este tipo de lesiones. Y refiere que esta limitación en la prueba proviene del Artículo 115.3 Ley General de la Seguridad Social, la cual prevé que las lesiones que acontezcan en el tiempo y lugar de trabajo, mientras que las que se evidencien en ocasión distinta..."exigirán la prueba demostrativa del nexo causal, directo e inequívoco entre el mal sobrevenido y la ejecución del trabajo."

Esta decisión es citada por Pablo Aramendi (2002, p. 84) en su obra, aunque este autor disiente del criterio expuesto en la sentencia, porque considera que de los hechos narrados y probados no debieron ser considerados como acoso, por cuanto faltaba uno de los elementos de esta figura, como es la repetición de la conducta

del acosador contra la víctima en un plazo de por lo menos seis meses.

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

Sin embargo la dignidad de la persona no constituye por sí misma ningún derecho fundamental en los términos fijados en el Artículo 53.2 Constitución Española y tal como doctrina y jurisprudencia unánimemente admiten. Dicho esto y volviendo a lo manifestado por el Tribunal Constitucional en las resoluciones referidas, se puede llegar a la conclusión de que la dignidad de la persona y también el libre desarrollo de la personalidad en el marco del contrato de trabajo, en el que cobraría especial relevancia el respeto y promoción de la profesionalidad, se cercenarían con actuaciones que aun no siendo lesivas de un derecho fundamental, sí atenten contra cualquiera de estos valores inspiradores. Por ello también debe tenerse presente que, la dignidad de la persona o el libre desarrollo de su personalidad, principios que traspasan todo el ordenamiento, podrán violentarse ocasionalmente en supuestos en los

que el empresario ejercite su poder ilícitamente y en los que lleve a cabo prácticas definibles como ilegales o violentas, siendo obvio que se atenta contra estos valores cuando se ejercen prácticas de acoso con independencia del daño causado.

6. Aún cuando en el desarrollo de este trabajo se han presentado diversas definiciones de mobbing, es de suma importancia establecer algunas de las definiciones dadas por la jurisprudencia española, a saber:

a) El "mobbing" es un problema laboral, de reciente sensibilización, que sólo es conciso en su terminología anglosajona, pues ni tiene una definición única a nivel europeo, ni tiene una definición en nuestro ordenamiento jurídico y que por no tener no tiene siquiera una traducción unánimemente aceptada, su complejidad impide acercarse con tino al problema, si no se ha estudiado o al menos leído sobre la cuestión. Si así no se hace, es fácil escuchar expresiones como "es un problema del trabajador que es débil de carácter", o todos somos victimas de "mobbing" en el trabajo" u otras similares, que se encuentran en las antípodas de la cuestión (Juzgado de lo Social Nº 2, Girona, 19.8.02).

b) El "mobbing" se define como la 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) durante un tiempo prolongado (como media unos 6 meses) sobre otra persona o personas sobre 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 (Juzgado de lo Social Nº 1, Bilbao, 22.3.02; STSJ Cataluña 28/11/01; Juzgado de lo Social Nº 21, Barcelona, 13.11.02, Tribunal Supremo Justicia Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 29.9.01; Juzgado de lo Social Nº 2, Girona, 19.8.02, Tribunal Supremo Justicia Canarias, Sala de lo Contencioso Administrativo, Santa Cruz de Tenerife, 27.2.03).

c) El "mobbing" es una forma de acoso en el trabajo en el que una persona o un grupo de personas se comportan abusivamente con palabras, gestos o de otro modo que atentan a los empleados con la consiguiente degradación del clima laboral (Tribunal Supremo Justicia Navarra, Sala de lo Social, 18.5.01).

d) "Mobbing" puede ser traducido jurídicamente como 'presión laboral tendenciosa', al definirse como la presión laboral tendiente a la autoeliminación de un trabajador, mediante su denigración laboral (Juzgado de lo Social Nº 2, Girona).

e) El concepto de "mobbing" queda definido por el encuadramiento sobre un periodo bastante corto de intentos o acciones hostiles consumadas, expresadas o manifestadas, por una o varias personas, hacia una tercera: el objetivo. (Juzgado de lo Social Nº 2 Pamplona Iruña, 24.9.01).

f) Literalmente, "mobbing" significa, atacar o atropellar, y se ha traducido como psicoterror laboral u hostigamiento psicológico en el trabajo, para referirse a una situación en la que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles (Tribunal Supremo Justicia Navarra, Sala de lo Social, 18.5.01; Juzgado de lo Social Nº 2 Pamplona Iruña, 24.9.01; Juzgado de lo Social Nº 2 Pamplona Iruña, 24.9.01).

g) El "mobbing", desde un punto de vista jurídico, constituye un ataque a la dignidad personal y un trato degradante. (Juzgado de lo Social Nº 21, Barcelona, 13.11.02; Tribunal Supremo Justicia

Canarias, Sala de lo Contencioso Administrativo, Santa Cruz de Tenerife, 27.2.03).

h) El "mobbing" constituye un atentado a los derechos fundamentales, en particular, a la integridad y dignidad de las personas, que impide el libre desarrollo de la personalidad (Juzgado de lo Social Nº 1, Bilbao, 22.3.02; Juzgado de lo Social Nº 3, Vigo, 28.02.02; Juzgado de lo Social Nº 33, Madrid, 18.6.01).

7) Otro aspecto de relevante importancia, es el tratamiento de las jurisprudencia española, en cuanto a la falta de regulación expresa del mobbing, en este sentido citamos algunas de las decisiones, que refieren que aún cuando existe una carencia normativa en el derecho español sobre este tema, los trabajadores en ningún caso quedan desamparados, porque pueden acudir a otras normas legales (Constitución, Código Civil, Ley General de Seguridad Social, entre otras) para el ejercicio de sus derechos, citamos las siguientes:

a) No obstante que a nivel normativo son escasos los referentes existentes por la inexistencia de una regulación específica tanto en el derecho interno español como en el de la Unión Europea, corresponde recoger los avances que sobre esta variante de la

violencia en el trabajo se han producido a nivel doctrinal (Tribunal Supremo Justicia Navarra, 30.4.01).

b) La aparente creciente conflictividad que viene generada por las situaciones de "mobbing" hacen multiplicar las denuncias, administrativas y judiciales y evidencian la inexcusabilidad en su urgencia por afrontar jurídicamente, interpretativa o legislativamente, las modalidades o formas que deben de concretar la práctica o comportamiento del insidioso acoso psico-moral. Ello hace que ante la momentánea disflicencia legislativa sea la vía interpretativa y judicial la oportuna para deslindar adecuadamente conductas calificables de acoso de otros posibles agravios cometidos en el ámbito laboral por la utilización abusiva de los poderes de dirección u organización u otros que no resulten propios y que se conviertan en abusivos de las potestades y exijan respuesta de legalidad oportuna (Juzgado de lo Social Nº 1, Bilbao, 22.3.02).

c) Con el actual régimen normativo, que sin duda podría ser mejorable al hacerlo más específico, es posible, realizando una aplicación del mismo acorde con la realidad social actual, como es exigencia del Artículo 3,1 del Código Civil, dar respuesta a las situaciones de persecución, maltrato psicológico o acoso laboral que

se puedan producir tanto en el ámbito público como privado (Tribunal Supremo Justicia Castilla-La Mancha, 28.5.02).

d) Aún ante la falta de regulación específica sobre el "mobbing", el derecho a la protección de la dignidad del trabajador y la sanción ante la vulneración de este derecho permiten servir de medio de protección y represión jurídica frente a estas prácticas (Tribunal Supremo Justicia Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 29.9.01).

> e) "Si bien es cierto que en nuestra regulación legal, al contrario de otros países del entorno europeo, no existe una regulación específica sobre este tipo de conductas, la cual desplegaría una importante labor de concienciación social acerca de la gravedad del problema que no se nos antoja "novedoso" pero que indudablemente era desconocido en la política de recursos humanos de las empresas. La falta de una regulación específica no quiere significar una ausencia legal en la cual el trabajador no pueda verse amparado. Los preceptos legales que censuran estos comportamientos pueden buscarse tanto en nuestra norma suprema, como en la legislación ordinaria." (Juzgado de lo Social Nº 30, Madrid, 18.3.02).

f) La censura jurídica de los acosos psicológicos que causan un evidente deterioro no sólo profesional sino también en la salud del trabajador afectado, tienen amparo legal y es justo que, con base al Código Civil, se indemnicen los daños causados (Juzgado de lo Social Nº 30, Madrid, 18.3.02).

8) Es conveniente revisar la jurisprudencia española, en cuanto a lo señalado por los jueces, sobre los elementos, manifestaciones y desarrollo del mobbing:

a) El acoso moral, dada la finalidad perseguida, exige, en principio, un conjunto de acciones conscientes y voluntarias (no espontáneas, ni causales) que tengan un denominador común que les de coherencia (Tribunal Supremo Justicia Canarias, Sala de lo Contencioso Administrativo, Santa Cruz de Tenerife, 27.2.03).

b) En la base de comportamientos como el "mobbing" hay un atentado a la dignidad de la persona y a la salud laboral, siendo necesario que las actuaciones en las que se concrete esa situación de acoso, con independencia de la variedad de modalidades que puedan adoptar, carezcan de justificación y tengan la suficiente intensidad como para atentar contra tales bienes jurídicos (Tribunal Supremo Justicia Canarias, Sala de lo Contencioso Administrativo, Santa Cruz de Tenerife, 27.2.03).

c) En cuanto a la forma de manifestarse se puede dar a través de conductas hostiles contra la dignidad de la persona de la víctima -injurias, burlas, mofas, críticas o cualesquiera otros actos de escarnio- o contra su profesionalidad -encargos monótonos,

innecesarios, desproporcionados, abusivos e impropios de su categoría profesional- (Tribunal Supremo Justicia Galicia, Sala de lo Social, 2.4.03).

d) Las manifestaciones externas del "mobbing", sean directas o indirectas mediante la manipulación de la información -creación de situaciones de ambigüedad de roles y acentuación de errores y minimización de logros-, determinan un conflicto, aunque ese conflicto puede ser más o menos explícito o más o menos larvado (Tribunal Supremo Justicia Galicia, Sala de lo Social, 2.4.03).

e) Los actos de hostigamiento se producen de manera activa por acción o de manera pasiva, por omisión. Esta última se desarrolla en forma de restricciones en el uso del material o equipos, prohibiciones u obstaculizaciones en el acceso a los datos de información necesaria para el trabajo, eliminación del apoyo necesario para el trabajador, disminución o eliminación de la formación o el adiestramiento imprescindible para el empleado, negación de la comunicación con él, etc. (Juzgado de lo Social Nº 36, Madrid, 29.4.03).

f) Las conductas sistemáticas que reflejan manifestaciones o comportamientos susceptibles de producir acoso moral, son de difícil

sistematización pero donde ejemplificativamente se puede hablar de situaciones en las que se implantan medidas organizativas sin asignación de tareas o con asignación de otras innecesarias, degradantes, repetitivas, imposibles de cumplir, que provocan medidas de aislamiento que impiden las relaciones personales internas-externas con clientes, inferiores o superiores con ataques a la persona que se pretende herir, criticar, vejar, burlar o subestimar e incluso ante medidas de violencia física, agresiones verbales, insultos, críticas permanentes, amenazas, descalificaciones donde, en general, todas las fórmulas de expresión múltiples y conexionadas descubren un fenómeno que deberá ser estudiado por un nuevo derecho social de víctimas (Juzgado de lo Social Nº 1, Bilbao, 22.3.02; Juzgado de lo Social Nº 2, Vitoria-Gastiez, 31.1.02).

g) El atentado contra las condiciones de trabajo que supone la pérdida de funciones de mando, el atentado contra la dignidad que implica la desacreditación ante sus compañeros y el aislamiento que conlleva la recomendación al resto de los trabajadores para que no hablen con la víctima, configuran una situación de acoso moral que somete al trabajador a un trato degradante, conculcando el derecho a la integridad moral (Tribunal Supremo Justicia Cataluña, Sala de lo Social, 28.11.01; Tribunal Supremo Justicia Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 29.9.01).

h) Entre las conductas de persecución psicológica o acoso moral se encuentran las que pretenden atentar contra la reputación de la víctima (ridiculizándola públicamente por múltiples causas), contra el ejercicio de su trabajo (encomendándole tareas de excesiva dificultad, o trabajo en exceso o recriminándole por unos supuestos malos resultados de su tarea) o manipulando su comunicación e información con los demás compañeros o sus superiores (Tribunal Supremo Justicia Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 29.9.01).

i) La doctrina especializada en la materia incluye en la categoría de "mobbing" las siguientes conductas: 1) ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima: el superior le limita las posibilidades de comunicarse, le cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestionan sus decisiones, 2) ataque mediante aislamiento social, 3) ataques a la vida privada, 4) agresiones verbales, como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona y 5) y difundir rumores contra esa persona. (Juzgado de lo Social Nº 2 Pamplona Iruña, 24.9.01).

j) La ausencia de conflicto explícito no elimina la existencia de acoso moral (Tribunal Supremo Justicia Galicia, Sala de lo Social, 2.4.03).

k) El elemento teleológico es fundamental en la definición de "mobbing", pues si algo caracteriza a este fenómeno es el objetivo: que la persona se elimine laboralmente, mediante su ataque psicológico. De aquí se extrae, que el repudio por parte de la conciencia social laboral, deriva de dos vías, tanto por buscar la denigración laboral, como por buscar la autoeliminación (Juzgado de lo Social Nº 2, Girona, 19.8.02).

l) En ocasiones, el objetivo final que se persigue es que la víctima adopte de manera voluntaria la decisión de abandonar el lugar de trabajo con vistas a ahorrar una indemnización, mientras que en otros casos se pretende eliminar de la circulación a un probable competidor (Juzgado de lo Social Nº 36, Madrid, 29.4.03).

m) La búsqueda de la autoeliminación es el aspecto esencial del "mobbing" y, asimismo, resulta especialmente repugnante para la moral social colectiva, tanto por las consecuencias que tiene para la víctima como por su cobardía. Una vez que es el propio sujeto pasivo de la presión, quien solicita el abandono del puesto de trabajo -definitivo o médico- el objetivo del "mobbing" se ha cumplido y el

fraude a la ley se ha consumado (Juzgado de lo Social Nº 2, Girona, 19.8.02).

n) Para muchos autores lo que se pretende con el "mobbing" es provocar el vacío al trabajador, en la idea de que no lo resistirá psicológicamente y así se marchará de la empresa. Hacer el vacío al trabajador es una de las formas más eficaces de medrar la autoestima de todo ser humano, que por definición es un ser sociable y necesita de sus semejantes. Lo que ocurre es que esta idea debe ser completada. Para otros autores lo tendencioso del "mobbing" es que busca dañar la salud psicológica del trabajador: una vez más estamos muy cerca de qué es la tendenciosidad, pero -en puridad- el "mobbing" no busca el daño por el daño, busca que ese daño genere un resultado (Juzgado de lo Social Nº 2, Girona, 19.8.02).

ñ) No debe olvidarse que comportamientos formalmente adecuados por ofrecer aparentes justificaciones e incluso tenidas por confirmadoras de conductas habituales pueden evidenciar ilícitos desde la perspectiva de una actividad globalmente orientada a producir el acoso y derribo, el aislamiento o vacío de un trabajador víctima. Y es que en modo alguno, puede infravalorarse ese efecto demoledor destructivo, a veces, vengativo, que tienen las

modalidades de acoso psicológico-moral sobre la salud del trabajador, donde la ansiedad, el estrés, la depresión, son efectos multiplicadores de situaciones de incapacidad temporal padecidas y encubiertas cuya forma de autotutela se resuelve hacia una opción que se puede calificar de puramente reactiva en lo que denominaríamos una posición de salida de la organización, en un derecho a irse con o sin condiciones (Juzgado de lo Social Nº 1, Bilbao, 22.3.02).

9) Finalmente, se considera importante señalar aquellas decisiones, en las cuales los jueces determinaron que efectivamente existía acoso:

a) En el caso existe acoso moral si la víctima sufrió una conducta de presión constante y denigrante, tendente a que abandonase la empresa con coste o no (por dimisión), y a cuyo fin resultaba indiferente la afectación psíquica de la trabajadora y si se le creó un ambiente laboral irrespirable que le obligara al comportamiento objeto, esto es, la denigración laboral que busca provocar la autoeliminación del trabajador (abandono laboral o, en su defecto, la baja médica) (Juzgado de lo Social Nº 2, Girona, 19.8.02).

b) El actor ha padecido la conducta desorbitada de un superior quien, a la búsqueda inercial de un resultado empresarial positivo ha desoído los mínimos laborales, sociales y personales con el asentimiento o pasividad del empresario cuyo resultado conforta la consecución del fin empresarial pero ha permitido y causalizado no ya como figura prototípica del acoso psico-laboral y moral sino como ejemplo excepcional de la existencia de unos malos tratos de palabra, obra u omisión que producidos por la empresarial perjudican y menoscaban los derechos básicos del trabajador (Juzgado de lo Social Nº 1, Bilbao, 22.3.02).

c) Si de la prueba practicada reflejada en la declaración de hechos probados se desprende que ha existido una verdadera actitud de desprestigio personal y profesional hacia el actor, manifestado en su ámbito profesional y social y la existencia de una actitud de represalia frente al actor, hay que valorar la gravedad de los actos para determinar la indemnización que pueda proceder como consecuencia de ello (Juzgado de lo Social Nº 1, Santa Cruz de Tenerife, 24.2.03).

d) Cabe considerar que la actora ha sido objeto de una situación injustificada de persecución laboral, con insultos hacia su persona (fundamento jurídico primero, con valor fáctico pese a su inadecuada

ubicación) y con descalificaciones públicas de su trabajo, con cambios a puesto de trabajo de menor cualificación, generando todo ello en la misma una situación de percepción de persecución en el trabajo, que ha dado lugar a una perturbación de su estabilidad psico-física, necesitada de asistencia médica, con tratamiento psiquiátrico y medicación (Tribunal Supremo Justicia Castilla-La Mancha, 28.5.02).

e) El actor ha sido sometido por parte de sus superiores jerárquicos a comportamientos hostiles, fundamentalmente modales, consumados y expresos que lo han afectado psicológicamente, sin que por la intensidad, periodicidad y contenido, puedan ser considerados como situaciones tensas, dado el carácter de ilegitimidad que las preside (Juzgado de lo Social Nº 30, Madrid, 18.3.02).

f) La presencia de cualquier conflicto no determina la presencia de un hostigamiento laboral. Sin embargo, no estamos hablando aquí del conflicto. Nos referimos a un tipo de situación comunicativa que amenaza inflingir al individuo perjuicios psíquicos y físicos (Juzgado de lo Social Nº 2 Pamplona Iruña, 24.9.01).

g) El "mobbing" al que ha sido sometido la actora ha motivado una reacción mixta ansiedad depresión, concepto este que no está catalogado en España ni como enfermedad profesional ni como enfermedad común pero que ha comenzado a manejarse, y que se define como una forma de acoso en el trabajo por la que un individuo o un grupo de individuos se comportan abusivamente con palabras, gestos u otro modo que atenta contra uno o varios empleados con la subsiguiente degradación del clima laboral, que exige una prolongación y manifestación a lo largo de un periodo importante de tiempo, como mínimo de seis meses (Juzgado de lo Social Nº 1, Pamplona Iruña, 19.2.01).

h) Estando acreditada la situación de acoso moral al que la actora ha sido sometida, se considera vulnerado el derecho fundamental a respetar su dignidad en el ejercicio de la prestación de servicios por lo que corresponde indemnizarla por los daños y perjuicios morales y materiales sufridos (Juzgado de lo Social Nº 27, Madrid, sentencia 507/2002).

Necesario es referir, que aún cuando pudieran existir pocos casos en los tribunales en comparación con las cifras, suministradas por organismo internacionales sobre el número de personas que sufren o han padecido de acoso psicológico, no es menos cierto que la

jurisprudencia española, aún sin que exista una regulación especifica, ha sabido dar soluciones a aquellos casos que sobre este fenómeno han sido sometido al conocimiento de los jueces españoles. Inclusive se le hada un tratamiento penal en España al mobbing, tal como puede verse del primer proceso penal abierto en este país, en el cual un director de Telefónica se enfrenta a un año de cárcel y una multa de poco más de 6.000 euros. La víctima, Manuel Paracuellos, es un ingeniero que trabaja desde hace más de 30 años en la sede que tiene la empresa en Barcelona.

Es importante destacar, que el caso tiene varios años en proceso, y ha sido objeto de varios recursos apelaciones y retrasos, sin embargo, a pesar de que no había ningún precedente, un juez de la capital catalana admitió a trámite la querella, en septiembre de 2002. El magistrado argumentó que los hechos podían ser constitutivos de un delito contra los derechos de los trabajadores y a finales del pasado año 2004, el magistrado de la Sección Tercera de la Audiencia de Barcelona, Carlos Mir, dictó una resolución sin precedentes al ordenar que el caso fuera a juicio. En contra de la Fiscalía, en contra del juzgado que decidió darle carpetazo, y en contra de la jurisprudencia entonces existente, el magistrado dictó una resolución en la que sentenció que el mobbing no sólo «puede

ser debatido en la jurisdicción laboral, sino también debe ser perseguido por la jurisdicción penal.

CAPÍTULO IV

A. Definición de los tipos de prueba.

Para Rodrigo Rivera (2002, p. 35) la palabra prueba tiene un uso muy amplio en el mundo del saber y la practica cotidiana. Probar es convencer de la existencia o de la verdad de algo.

Es importante destacar que una de las dificultades que se presenta al abordar el estudio de la prueba en el derecho, nace de las distintas nociones que se le dan a este vocablo.

Se usa, en el sentido de medios de prueba, o para designar los elementos consignados por las partes para probar sus alegatos. En segundo lugar, como acción de probar y por último, como la convicción o certeza producida en el juez sobre la existencia de los hechos o afirmaciones alegados.

Devis Echandia, (1981, 28) manifiesta que: "Desde el punto de vista procesal es ineludible reconocer estos tres aspectos de la noción: el medio o instrumento, el contenido sustancial o mejor dicho esencial, y el resultado y efecto obtenido en la mente del juez." Para este autor se puede separar la noción medios de prueba de la noción de prueba.

En el desarrollo de este capítulo se hará referencia al término prueba comprendiendo las tres nociones, pero haciendo especial énfasis en los medios de pruebas, utilizados con el objeto de probar los alegatos o afirmaciones de las partes que acuden ante los tribunales para el ejercicio de los derechos que les consagra la ley.

Existen diversas clasificaciones para determinar las pruebas sin embargo en este estudio nos limitaremos a una de las principales, considerada por Devis Echandia (1981, p. 526) como una clasificación los medios de prueba, lo cual consideramos más acorde con el objeto del presente trabajo, tomando en cuenta que la idea es reflejar los medios de pruebas que existen y resultan más idóneos para probar el mobbing.

1) De acuerdo a su forma

a) Escritas: Son aquellas en las cuales priva el elemento escrito en su producción, tales como: documentos, dictámenes escritos de los peritos, planos, dibujos y fotografías.

b) Orales: En contraposición a la definición anterior, son aquellas en las que priva el elemento oral, entre otras: la confesión, la declaración de testigos, las declaraciones de expertos en audiencias.

B. Estudio Comparativo de medios de pruebas empleados en Venezuela y España para demostrar el acoso laboral.

En un caso estudiado por un tribunal español se destacó especialmente el valor mostrado por los trabajadores que prestaron testimonio a instancia de la parte actora, dadas las especiales circunstancias que se vivían en el interior de la empresa (con ceses voluntarios, depresiones, etc.), y la contundencia, firmeza y veracidad con que uno tras otro fueron exponiendo la situación.

Por su parte, la jurisprudencia española sostuvo que para acreditar que existió acoso aunque esto fue dicho en un caso en que la conducta tenía connotaciones sexuales, era válido cualquier medio probatorio, incluso el testimonial. Si bien éste constituye uno de los medios clásicos probatorios cuya efectividad ha sido cuestionada por inseguro, lo cierto es que, en algunas ocasiones, la prueba de testigos es el único medio con que se cuenta para reconstruir la realidad fáctica que da sustento a la controversia jurídica. Además, la circunstancia de que un testigo se encuentre emocionalmente involucrado en un incidente laboral, no es factor suficiente para prescindir de su relato; sin perjuicio de ello, la valoración ha de ser muy estricta y prudente por parte de los jueces, en busca de la verdad material para lograr una eficiente aplicación de las normas jurídicas.

En cuanto a la carga de la prueba del mobbing, la jurisprudencia española ha considerado que cuando se prueba indiciariamente que la extinción de un contrato de trabajo puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales se ha de invertir el onus probandi. Así, si el trabajador invoca la existencia de causa atentatoria a su derecho a la integridad en las decisiones, órdenes o actitudes, sobre la empresa recae la carga de acreditar que su conducta es ajena a todo propósito contrario al derecho fundamental en juego, para lo que, además, cuenta con medios de fácil disponibilidad a su alcance en estos casos de acoso moral, especialmente pruebas periciales psicológicas y los informes o declaraciones de los responsables de salud laboral y de los representantes de los trabajadores

Siguiendo esta misma línea argumental se sostuvo que el empresario debía acreditar que su decisión obedecía a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio del derecho de que se tratase, como así también la aportación de una justificación, objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad . A lo cual se añadió que las reglas de la carga probatoria no deben estar solamente matizadas por las peculiaridades propias del proceso laboral, o por la concurrencia de una mayor o menor sensibilización judicial, sino que deben estar expresamente reguladas, mediante pautas de inversión, análogas a las que en la actualidad

presiden los procesos de defensa de derechos fundamentales. Esta aseveración puede evidenciarse en el extracto de esta decisión: "Tratándose de un proceso de tutela de derechos fundamentales, en virtud de los dispuesto en el Art. 179.2 de la Ley Procesal Laboral, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido la vulneración denunciada, corresponderá a los demandados "la aportación de una justificación, objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad" (Juzgado de lo Social Nº 1, Santa Cruz de Tenerife, 24.2.03).

Recordemos, que según los planteamientos desarrollados en este trabajo, el acoso psicológico constituye en España, una violación a derechos fundamentales, por lo que la decisión que antecede tiene plena eficacia en este tipo de casos.

A su vez, en un caso en el que se reclamaba la responsabilidad derivada del acoso sexual se declaró que incumbía a la empleadora probar acabadamente la falta de responsabilidad por la conducta cuestionada de su dependiente, por encontrarse en mejor posición para informar acerca de las condiciones en que se desenvolvían las labores de sus empleándose.

Es importante citar el siguiente fallo del Tribunal Constitucional de España 168/2002, de fecha 30 de septiembre de 2002, que sintetiza la doctrina al respecto:

> "Las pruebas que se alegarán serán las que las partes estimen pertinentes, no ilimitadas y que tengan relación los hechos probados y el thema decidendi, incluso en casos especiales.
>
> Los Jueces y Tribunales son los que se encargan de recordar la legalidad y pertinencia de las pruebas presentadas. El TC no es una nueva instancia probatoria, sólo cuando no se admiten pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna es cuando se produce un examen nuevo de la situación.
>
> Es necesario que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa"
>
> A tal efecto, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas, y de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo, podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia"

El Tribunal Constitucional aborda en esta sentencia un caso más de vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, porque, denegado el recibimiento a prueba de un proceso contencioso-administrativo para acreditar unos determinados hechos, el recurso es desestimado por no haberlos acreditado. No se pueden fallar resoluciones que no han tomado en cuenta pruebas inescindibles en las defensas de las partes, esa sentencia que así procede es incongruente y

omisiva, vulnera el derecho fundamental de la defensa, sea el orden jurídico en que nos encontremos algo anecdótico.

Toda parte tiene el derecho absoluto a utilizar todos los medios de prueba pertinentes que crea necesarios para sostener su pretensión (Sentencia Tribunal Social de fecha 6 de Febrero de 1998, AR.703).

Ahora bien, ese derecho (ATS de 24 de diciembre de 1996, AR8394/97) no comprende un derecho a una actividad probatoria ilimitada. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha insistido reiteradamente en que los órganos judiciales pueden denegar las pruebas que no consideren pertinentes puesto que el derecho del litigante a utilizar las pruebas no es absoluto ni queda a su total disponibilidad.

Según la Sentencia Tribunal Supremo de fecha 20 de Octubre de 1999 (Número 7338) la denegación de una prueba puede ocasionar indefensión, pero su otorgamiento nunca puede producir tal efecto; en otro caso, será una prueba innecesaria.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Julio de 1997 (Número 5758) aclara que sólo se vulnera el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba si se deniega una prueba que, en caso de haberse practicado, hubiera podido hacer favorable el resultado del proceso.

El derecho español se somete al Principio general dispositivo: "Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales (Artículo 216 Ley Enjuiciamiento Criminal). Es a las partes a quienes compete la introducción de los hechos en el proceso realizando su alegación en el momento procesal oportuno y llevando a cabo su probanza cuando por no ser admitidos por la contraparte fuere ello necesario (Sentencia Tribunal Supremo 7 de fecha de marzo de 1990, Número 1676).

Devenido del principio de la buena fe procesal que rige nuestras actuaciones ante la justicia se llegaba a indicar que quod no est in actum non est in mundo. De ahí que la tangibilidad del Principio de prueba en el derecho español sea total.

La accesibilidad a los medios probatorios es una incidencia central en este sentido. El Tribunal Constitucional (227/91 de fecha 28 de noviembre y 116/95 de 17 de Julio) entiende que cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso Art.118 (Constitución Española) conlleva que dicha parte es quien debe

aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad (Sentencia Tribunal Constitucional 7/94).

La valoración de la prueba ha de adaptarse a las circunstancias de cada caso en correlación con la naturaleza del debate, la naturaleza de los hechos afirmados o negados, los criterios de facilidad probatoria... (Sentencia Tribunal Social 28 de noviembre de 1996, Número 8590, 2 de diciembre de 1996, Número 8938).

El principio de aportación de la prueba es tan añejo (da mihi factum dabo tibi ius) que supone ser una de los anillos de la columna vertebral de todo Ordenamiento jurídico democrático. Y llegamos al punto más controvertido del derecho de prueba: El principio de la Libre valoración de la prueba la Ley procesal española Artículos, 316,2 (interrogatorio de las partes), 319 (documentos públicos), 326 (documentos privados), 334 (fotocopias) 348 (prueba pericial) 376 (Testifical) y 382 (reproducción de palabra, sonido e imagen).

Ya indicaba sentencia del Tribunal Constitucional Nº 732/85 de 23 de octubre de 1985 que "la Constitución no veda la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en los procesos civiles, ni exige el análisis explícito y diferenciado de todas las practicadas, por lo que estos temas en absoluto rozan el Art. 24 Constitución Española". La Jurisprudencia en

esta materia es reiteradísima, muy numerosa con respecto a cada tipo de medio probatorio, más es evidente que el principio de igualdad de armas en juicio está interrelacionado con la posterior valoración de esos medios.

El juez no puede suplir con las diligencias para mejor proveer la negligencia probatoria de las partes, ya que estas diligencias sólo son un complemento a la actividad probatoria (Sentencia Tribunal Supremo de 15 de julio de 1997, Nº 6154). Debe evitarse una situación de privilegio o supremacía de una de las partes en la aportación de los hechos al proceso, garantizándose así la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio (Sentencia Tribunal Constitucional 22/91 y 90/94).

En Venezuela, existen pocos casos de mobbing, en los tribunales, recordemos que la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo fue reformada en el año 2005. Sin embargo, en materia probatoria las posiciones están definidas.

En materia laboral la justicia nacional ha aceptado también la prueba de presunciones, cuando entre el hecho que se tiene como demostrado y el que se trata de establecer, exista una conexión tan íntima y estrecha que aleje la posibilidad de llegar a conclusiones distintas. Respecto de la

concurrencia de los tres requisitos clásicos de las presunciones, se aclaró que no debe exigirse con todo rigor, ya que en esta materia la función evaluadora del juez tiene un dilatado campo de acción.

En materia laboral la regulación expresa de la carga de prueba se encuentra en Artículo 72 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que establece:

> "Salvo disposición legal en contrario, la carga de la prueba corresponde a quien afirme hechos que configuren su pretensión o a quien los contradiga, alegando nuevos hechos. El empleador, cualquiera que fuere su presencia subjetiva en la relación procesal, tendrá siempre la carga de la prueba de las causas del despido y del pago liberatorio de las obligaciones inherentes a la relación de trabajo. Cuando corresponda al trabajador probar la relación de trabajo gozará de la presunción de su existencia, cualquiera que fuere su posición en la relación procesal".

Conforme a la norma antes transcrita, en principio corresponde al accionante la carga de la prueba de aquellos hechos que configuran su pretensión, en tanto que corresponde a la parte demandada la carga de probar aquellos hechos nuevos traídos al proceso como consecuencia de la contradicción de los hechos afirmados por el demandante, salvo la carga de demostrar las causas de despido y su pago liberatorio.

Respecto a la carga de la prueba del mobbing, en Venezuela el Tribunal Superior Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia en el juicio

instaurado Pablo César Atencio Coy, frente a la sociedad mercantil Costa Norte Construcciones C. A.; en fecha 2 de enero 2006, expresó lo siguiente:

> "Dicho lo anterior, observa este Juzgador, respecto al hecho de que la empresa demandada obligó al actor a firmar la renuncia y seguidamente la planilla de liquidación de prestaciones sociales, que el mismo hecho no quedó demostrado, en virtud de que era carga de actor probar tal circunstancia, y de las pruebas promovidas y evacuadas por el actor, no conllevaron al pleno convencimiento de que la empresa demandada haciendo uso de un mecanismo denominado psicoterror, sobre el cual se hicieron algunas consideraciones, haya obligado al actor a renunciar, por lo que se declara que la terminación en el presente caso resultó de la renuncia hecha voluntariamente por el actor, donde manifestó su retiro de la empresa demandada conforme lo previsto en el Artículo 100 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual dispone que: "Se entenderá por retiro la manifestación de voluntad del trabajador de poner fin a la relación de trabajo."

Con esta decisión pareciera que al contrario de lo que se establece en España, que cuando se prueba indiciariamente que la extinción de un contrato de trabajo puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales se ha de invertir el onus probandi. Así, si el trabajador invoca la existencia de causa atentatoria a su derecho a la integridad en las decisiones, órdenes o actitudes, sobre la empresa recae la carga de acreditar que su conducta es ajena a todo propósito contrario al derecho fundamental en juego; el trabajador tiene la carga de probar que es víctima de mobbing.

b.1. Eficacia Probatoria.

Refiere Carnelutti (1944, p.471) que: "El resultado de la valoración de la prueba es que se reconoce su eficacia o ineficacia para establecer la verdad de la afirmación." Ahora bien esa eficacia puede ser total o parcial en cuanto a que la prueba por si sola es suficiente para demostrar el hecho alegado o cuando solo sirve para demostrar la verosimilitud del hecho mismo. En la terminología legal existen dos palabras que sirven para indicar los antes expuestos: principio de prueba e indicio.

Existe un difícil camino para el trabajador de probar que es víctima de acoso laboral, Nora Rodríguez (2002, p. 135), refiere acertadamente: "Sin duda son muchas las dificultades que existen el actualidad cuando se trata de probar jurídicamente que ha habido hostigamiento laboral. En la mayoría de los casos las pruebas son escasas y los testigos temen perder su lugar de trabajo si apoyan a la víctima." Pero para Patricia Barbado (2005) la dificultad de la prueba en el acoso psicológico en el ámbito laboral no puede ser sinónimo de impunidad.

El mobbing es un proceso silencioso y sutil en tanto conduce a un aumento de confusión y a la disminución de la autoestima de la víctima, sintiéndose incluso responsable de lo que sucede. Por esto, la mayoría de los afectados callan por miedo a ser juzgados y etiquetados por los compañeros y la dirección como "problemáticos".

No nos olvidemos tampoco que el acoso moral implica siempre conductas dirigidas a causar un daño en el trabajador de muy difícil prueba porque al no tratarse de un daño físico no quedan huellas visibles en él.

Es común que el acosador cree a su alrededor un ambiente de impunidad favorecido por el ejercicio del poder de dirección que ostenta. Se preparará entonces para no dejar huellas ni rastros posibles de seguir y todo lo que pueda comprometerlo desaparecerá o nunca habrá existido. También buscará ampararse en el cumplimiento de la ley proveyendo a su actuación una apariencia de legalidad para que no sea fácilmente rebatida ante quien eventualmente dirima los conflictos laborales. Estos extremos obligarán tanto a la víctima, como a quien la represente, a reconocer la norma que se trata de eludir y a desenmascarar la pretendida cobertura del fraude con vistas a evitar que se concrete.

Patricia Barbados (2005), considera que, debido a las peculiaridades propias de las conductas implicadas en el acoso psicológico deberán tomarse en consideración también los indicios y presunciones que puedan emanar de las declaraciones del afectado, sin perjuicio de analizar esos dichos con el cuidado que el caso merece y de aquellas circunstancias que rodean el proceso, sin descartar, por supuesto, los testimonios de compañeros de trabajo que puedan dar, aunque sea mínimamente,

pautas de conducta del acosador, aun desde el punto de vista del comportamiento general .

Sin lugar a dudas, es más sencillo probar el mobbing en los casos en que la persecución tiene su origen en cambios políticos en la administración pública, cuando ésta es la empleadora. Por el contrario, se dificulta la tarea cuando las conductas no son fácilmente externalizadas, lo cual impide asimismo su captación. Salvo, claro está, si opera la intervención de testigos presenciales en favor de quien es objeto de la persecución y si, por hipótesis, ellos son trabajadores de la organización, se verán entonces involucrados en la violenta situación de testificar contra su empleador o contra sus mandos laborales.

Dadas las dificultades que presenta la cuestión será menester, pues, realizar un gran esfuerzo que permita poner en relación las múltiples piezas del rompecabezas que concurren en estos casos para llegar a la conclusión final de la existencia del acoso moral en el trabajo, debiéndose valorar la prueba en su totalidad.

Es preciso demostrar concretamente: a) que la finalidad del empresario como sujeto activo del acoso o, en su caso, como sujeto tolerante del proceso, era perjudicar la integridad psíquica del trabajador o desentenderse de su deber de protección en tal sentido y b) que se le han

causado daños psíquicos, lo que exige la existencia de un informe psicológico, para verificar los datos fácticos o elementos que integran el acoso moral. De todos modos, la resistencia del individuo ante las situaciones de esta naturaleza dependerá de la capacidad de cada uno, de su constitución física, de su confianza en sí mismo, de su fortaleza psicológica, del apoyo que tenga en su entorno, de la estabilidad o no de sus condiciones personales y familiares y en definitiva de su capacidad de resolución ante problemas y vicisitudes, aunque es evidente que cuanto más se prolongue en el tiempo, esa capacidad de resistencia del individuo tiende a verse disminuida, pues ante una inicial muestra de resistencia, el agresor reacciona con una mayor y más constante e intensa presión.

Una de las principales pruebas del mobbing o acoso psicológico, debe estar orientada a demostrar la relación o nexo causal entre la conducta del acosador y el daño sufrido por la víctima. En nuestro criterio, además del examen médico a la víctima por un perito debe practicarse también un examen médico al acosador, para demostrar las posibles conductas psicológicas de éste, entre otras: agresividad, rasgos psicópatas, personalidad excesivamente dominante, graves complejos de inferioridad.

Es claro, que debe existir entre la enfermedad padecida por el trabajador quien aduce ser victima de acoso moral y su situación laboral, un nexo causal, por lo cual la prueba de experticia constituida por informes

médicos cobra vital importancia, así como las inspecciones realizadas en el caso de Venezuela por INPSASEL para demostrar las condiciones de trabajo, dado que estas pruebas pudieran determinar si lo hubiere, el nexo causal entre la enfermedad y las condiciones de trabajo.

CONCLUSIONES

1) Entiendo en definitiva que en un estado social y democrático de derecho, el argumento de que el empresario es propietario del resultado de la actividad laboral del trabajador no es razón bastante para por sí y sólo por sí, justificar las potestades que se le confieren desde la norma para organizar y dirigir dicha actividad productiva, sino que es preciso además que las órdenes dadas se vinculen a las necesidades de la propia empresa.

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

3) No todo conflicto es calificable de acoso. Como antes se indicó pueden existir por una parte conflictos que no presentan consecuencias

psicológicas, serían los típicos conflictos laborales rutinarios en los que la disputa se establece entre las partes por razón del ejercicio del poder de dirección empresarial, lícito o abusivo, y de la negativa del trabajador a cumplir la orden dada, por estimarla contraria a derecho o por colocarse en situación de desobediencia.

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

Por otra parte pueden existir conflictos que constituyendo episodios de violencia psíquica responden a pautas distintas de las verificadas para el acoso desde la psicología. En este apartado se podrían englobar las conductas agresivas de personalidades paranoicas, tiránicas, etcétera. así como el estrés causado por el trabajo mismo.

Sin embargo, esa no pareciera la orientación de nuestros jueces, quienes quizás en apego a la norma prevista en el Artículo 56 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, consideran mobbing o psicoterror cualquier conducta del patrono sin valorar los elementos existentes en la misma.

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

5) Cabe concluir que la misión esencial del Derecho del Trabajo es la de asegurar el respeto a la dignidad del trabajador. No existiría un verdadero Estado social y democrático del Derecho, sin el respeto de la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan.

6) En ambos países el empresario debe velar por que se respete la dignidad del trabajador en el lugar de trabajo y a la vez el trabajador debe saber que la firma de su contrato supone una limitación de sus derechos en el ámbito de la empresa. El empresario debe salvaguardar los derechos del trabajador como persona y el trabajador tiene contraído un compromiso de lealtad contractual, que le impide, por ejemplo, hacer una crítica insultante de su empresario al amparo de la libertad de expresión o falta, en las empresas ideológicas, al Código de Principios que aceptó al ser contratado. Proporcionalidad y equilibrio son los polos que marcan las

reglas del juego. Ni se puede olvidar la Constitución, ni se puede olvidar el contrato.

¿Y de qué derechos estamos hablando? En España fundamentalmente del derecho a la igualdad y no discriminación (Art. 14 Constitución Española), integridad moral (Art. 15 Constitución Española), de libertad de expresión e información (Art. 20 Constitución Española), honor, intimidad y propia imagen (Art. 18 Constitución Española). En Venezuela todos los derechos humanos, tales como derecho a la igualdad y no discriminación (Art. 21 de la Constitución) derecho a la libertad personal (Art. 19 de la Constitución) honor, intimidad, vida privada (Artículos 60 y 61 Constitución) Todos estos derechos que hacen de la persona "persona" tienen que poder ejercerse en el ámbito laboral. Con las limitaciones y modulaciones que el compromiso laboral impone, pero con respeto a su contenido esencial.

El mobbing constituye en consecuencia una violación a los derechos humanos, por lo tanto, entre otras el trabajador puede ejercer una acción de amparo en Venezuela para la restitución de la situación jurídica infligida.

7) Tan importante es la solución del mobbing a través de la vía jurisdiccional como la prevención del mismo, en Venezuela el legislador

busca a través del Artículo 56 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, prevenir las conductas violentas del patrono.

8) El Trabajador tiene varias acciones legales cuando es víctima de mobbing, destacamos entre ellas: a) Indemnización daños morales por la vía laboral por tratarse de enfermedad profesional, b) Solicitar un amparo para que cese el acoso y se restituya la situación jurídica infligida es procedente, c) pudiera demandar despido indirecto y las indemnizaciones previstas en el Artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo.

9) El principal medio de prueba del acoso pareciera la prueba de testigos, sin embargo no debemos olvidar que el acoso es silencioso, lo cual puede dificultar su prueba, empero muchas veces el acosador propio desequilibrio psicológico que suele acompañarlo, hace que en numerosas ocasiones, a la hora de materializar sus actividades denigratorias, deje algún tipo de rastro o prueba escrita demostrativa de su idea obsesiva por la víctima (por ejemplo, cartas de sanciones, avisos por incumplimientos inexistentes, advertencias incomprensibles, modificaciones sustanciales de condiciones escritas o incluso instrucciones laborales inusitadas, etc.) con lo cual la prueba documental, servirá también como elemento para acreditar la presencia del hostigamiento. Es recomendable practicar tanto a la víctima como al acosador un examen médico (experticia) que permita

determinar la personalidad de cada uno, y el daño ocasionado si lo hubiere.

10) Comparando Venezuela con España, en cuanto a la carga de la prueba es nuestro país se dificultada más aún la carga probatoria del mobbing, porque no existe como en España una inversión de la carga de la prueba, al menos en estos casos, con lo cual al trabajador puede hacérsele cuesta arriba probar que es víctima de acoso. Nos parece conveniente, pues, la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, de manera tal que sobre ambas partes (y no solamente la parte actora), recaiga la obligación de realizar los esfuerzos posibles para llevar la verdad de los hechos al expediente y que en Venezuela se revise el tratamiento dado al tema por la jurisprudencia española. Donde se establece una distribución adecuada de la carga de la prueba. El trabajador ha de presentar los elementos de hecho o indicios de los que pueda presumirse la existencia de un acoso. Una vez surgida la presunción, corresponderá al empresario probar que las acciones o el comportamiento no constituyen un acoso: a tal fin, habrá de aportar una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvarez Montalvo, M. (2003). **El 'mobbing', un cáncer para las empresas: el acoso moral en el trabajo acarrea pérdida de productividad y es causa de gran parte del absentismo laboral.** España: Época (Magazine/Journal).

Alsina, Hugo. (2001) **El Testimonio y la Confesión.** Bogotá-Caracas-Panamá-Quito: Editorial Jurídica Bolivariana.

Aramendi, P. (2002): **Acoso moral: su tipificación jurídica y su tutela judicial**. Aranzadi Social, Núm. 2.

Ballesteros, J. (1992) **Derechos Humanos.** Madrid: Tecnos.

Barbados Patricia (2005) **La Prueba del Acoso Psicológico**. Artículo publicado en Jurisprudencia Argentina del 12.08.05.

Carballo MENA, C. (1999) **Reflexiones y Propuestas en torno a la nueva Constitución: Normativa Laboral y Seguridad Social.** Caracas: Fondo Editorial Nacional José Agustín Catalá.

Carballo Mena, C. (2000) **Derecho Laboral Venezolano Ensayos.** Caracas: Publicaciones UCAB.

Carnelutti Francisco (1944) **Sistema de Derecho Procesal Civil.** Tomo II. Buenos Aires. Unión Tipográfica Editorial Hispano América.

Cavas Martínez, F. (2002): **El acoso moral en el trabajo (mobbing): delimitación y herramientas jurídicas para combatirlo.** Actualidad Jurídica Aranzadi, Año XII, Núm. 555.

Constitución Española Publicada en el Boletín Oficial del Estado el 29 de diciembre de 2002, aprobada por las Cortes el 31 de octubre de 1978. Sancionada por el Rey Don Juan Carlos I el 27 de diciembre de 2002 y ratificada por el pueblo español el 6 de diciembre de 1978.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2000) Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5453 (Extraordinario), 24 de marzo de 2000.

Correa Carrasco, Manuel. (2005) **Concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños.** España: Editorial Thomson Aranzadi.

Devis Echandia, Fernando (1981) **Teoría General de la Prueba Judicial.** Buenos Aires. Alberti 835.

Duque Sánchez, J. (1982) Libro **Homenaje a José Melich Orsini.** *Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas UCV.*

Echandia, H. (1981) **Teoría General de la Prueba Judicial**. Buenos Aires: Zavalia Editor.

De la Oliva Santos, A; Díez-Picazo Giménez, I. Tribunal Constitucional, **Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales**. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

Del Rey Guanter, Salvador (1993) **Acoso sexual y Relación Laboral**, en Revista Relaciones Laborales, Edit. La Ley. Madrid.

Feo, Ramón (1996) **El Documento Público y Privado.** Caracas: Ediciones Fabreton.

García Morillo, J. (1994) **La protección judicial de los derechos fundamentales**, Valencia: Tirant lo Blanch.

Goldin, A. (2001) **Las Fronteras de la Dependencia.** V Congreso Regional Americano del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. (pp. 21-38). Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social.

González Fuenmayor, Enrique (2006) **Nueva Causal de Retiro Justificado del Trabajo.** Vadell Hermanos Editores.

Heinz, Leyman. (1990) **Congreso Sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo.**

Hirigoyen, M-F. (2001): **El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso,** Barcelona, Ed. Paidós.

Jañez, Tarsicio. (2005) **Metodología de la Investigación en Derecho.** Caracas: UCAB.

Ley del Estatuto de los Trabajadores Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. España.

Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 38.236 (Ordinaria), 26 de julio de 2005.

Ley de Prevención de Riesgos Laborales. LEY 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales. BOE Nº 269, de 10 de noviembre.

Martín Daza, Félix, Jesús Pérez Bilbao y Juan López García Silva: en **El hostigamiento psicológico en el trabajo**, www.mobbing.nu/476.htm

Molina Navarrete, C. (2001) **Una nueva patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (Mobbing). Reflexiones a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, de 23 de julio de 2001**. La Ley, Núm. 5436.

-(2002) **La tutela frente a la violencia moral en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización.** Aranzadi Social, Núm. 18.

Montoya Melgar Alfredo (2000) El Poder de Dirección del Empresario, en Madrid. Editorial Cívitas.

Olea Alonso, Manuel y Mª Emilia Casa Baamonde (1987) **Derecho del Trabajo.** Barcelona. 10ma edición, publicaciones Facultad de Derecho UCM.

Pro Rísquez, J (2001) **Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren.** Caracas: Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Nº de Disposición: 2/1995.
Fecha Disposición: 7/4/1995 Órgano Emisor: MINISTERIO DE JUSTICIA
Número BOE: 86/1995 Fecha Publicación: 11/4/1995.

Revista de Derecho del Trabajo Nº 3 Extraordinaria 2007, Fundación Universitas.

Rivera, Rodrigo (2002) **Las Pruebas en el Derecho Venezolano.** San Cristóbal, Estado Táchira: Editorial Jurídica Santana.

Rodríguez, Nora (2002) **Mobbing Vencer el Acoso Moral.** España: Planeta.

Urroz, Javier (2002) **Época (Magazine/Journal**. España: Difusora de Información Periódica, S.A. (DINPESA).

Universidad Católica Andrés Bello. (1997) **Manual para la Elaboración del Trabajo Especial de Grado en el Área de Derecho para optar al título de Especialista.**

Universidad Pedagógica Experimental Libertador. (2003) **Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales.** Caracas: Fedupel.

Vallenilla, F. (2000) **Programa de la Asignatura de Mitología de la Investigación.** Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Documentos Electrónicos

Compendio de legislación sobre el Mobbing. Consultado el 08 de agosto de 2006: http://contenidos.universia.es/especiales/mobbing/legislacion/index.htm.

Estudios del Mobbing. Consultada el 01 de mayo de 2007. http://www.el-refugioesjo.net7archivo/mobbing-telefonica.htm.

Olego, S. **Caso de la trabajadora de Ripoll. La primera condena en España por 'mobbing' ratificada por el TSJ de Cataluña.** Consultada el 16 de noviembre de 2006 en: http://mobbingopinión.bpweb.net/artman/publish/printer_258.shtlm

Propuestas de leyes españolas. Congreso de Diputados. Consultada el 08 de agosto de 2006 en: http://www.congreso.es.